

PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E LIBERDADE DE CONTRATAR

João Luis Nogueira Matias

Professor Doutor da Universidade Federal do Ceará
Juiz Federal da 5ª Vara/Seção Judiciária do Ceará

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 2. Transformações do Direito Privado. 2.1. O fenômeno da descodificação. 3. Limites à liberdade de contratar. 3.1. Inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e pactuação de contratos atípicos. 3.2. Ordem pública e bons costumes. 4. Princípios sociais dos contratos. 4.1. Princípio da socialidade. 4.2. Princípio da eticidade. 4.2.1. Princípio da boa-fé. 4.2.2. Princípio da justiça contratual. 5. Conclusões.

1. Colocação do problema

Inicialmente, convém esclarecer que o fenômeno da publicização do direito privado não se confunde com a constatação de sua constitucionalização. É inegável que as constituições contemporâneas, na esteira da Constituição de Weimar, inclusive como reflexo de nova estrutura e preocupações do Estado Social, produzem normas variadas sobre as relações privadas, limitando a atuação dos indivíduos.

Entretanto, o que se denomina publicização do direito privado é o processo de crescente intervenção estatal, objetivando garantir o direito dos indivíduos em condições mais fracas. É o que nos relata Netto Lôbo, que afasta a confusão entre os termos: “*durante muito tempo, cogitou-se de publicização do*

direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito do legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço da autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de móveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais e o direito do consumidor.”¹⁵⁰

Lembrando a historicidade da distinção entre público e privado, Giorgianni questiona se as transformações sofridas pelo direito privado devem ser explicadas como publicização do direito privado: *“pode-se interrogar se as transformações que o direito privado sofreu no curso de mais de 150 anos, tão densos de história, podem ser sumariamente explicadas sob o rótulo da publicização, ou seja, da sua absorção na órbita do direito público. Poderia, ao contrário, ter acontecido uma mais íntima modificação da estrutura do direito privado e, portanto, das relações com o direito público.”*¹⁵¹

A verdade é que o direito privado tem assumido nova feição. Com o termo *publicização* ou *socialização* evidencia-se uma nova conformação do direito privado, marcada pela interferência do Estado nas relações privadas, em defesa dos mais fracos, em face das exigências atuais de seu papel.

Deve ser esclarecido, ainda, que a expressão publicização do direito privado, para alguns, pode ser substituída por *dirigismo contratual*, como esclarece José Lourenço: *“Além das restrições oriundas da imperatividade das normas jurídicas, há também os limites à autonomia da vontade oriundos do fenômeno do dirigismo contratual, ou seja, a intervenção estatal na economia dos negócios de qualquer espécie. O dirigismo subentende que, se os contratantes pactuassem os negócios jurídicos com total liberdade, sem que o poder estatal pudesse intervir para mitigar o princípio pacta sun servanda - mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína - a ordem jurídica estaria assegurando apenas a igualdade perante a lei.”*¹⁵²

150 Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navegandi, n.33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Capturado em 10 de julho de 2002.

151 Em *O Direito Privado e as suas atuais Fronteiras*. RT/fasc. Civ, ano 87/volume 747, janeiro de 1998, páginas 35-55, página 50.

152 Em *Limites à Liberdade de Contratar*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2001, página 20.

2. Transformações do Direito Privado

Existe necessária vinculação entre direito e sociedade, fator fundamental para entender as modificações operadas na seara do direito privado na sociedade contemporânea. Para Duguit, os institutos jurídicos foram formados para atender as necessidades econômicas, assim as transformações das mesmas devem implicar em transformações dos institutos jurídicos.¹⁵³

Gurvitch, ao expor a idéia de direito social, demonstra a vinculação histórica da diferenciação entre direito público e direito privado, carente de critério matéria, destacando que *“a oposição tradicional entre direito público e direito privado não é estabelecida sob critério material e depende da vontade cambiante do Estado, que de acordo com a época, fixa as respectivas áreas jurídicas, esta classificação não corresponde a nenhuma das distinções precedentes (direito social- direito individual ; direito de subordinação- direito de coordenação), mas se relaciona com elas : como o direito privado pode conter ao lado do direito individual aspectos de direito da integração (direito social) e de direito da subordinação, o direito público pode incluir, e o faz, porções importantes de regras de direito individual.”*¹⁵⁴

Superado está o ideário dos Códigos oitocentistas, cujos paradigmas são descabidos na sociedade contemporânea. Duguit destaca que tais códigos são baseados em concepção puramente individualista do direito, sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo, enquanto atualmente é exigido sistema de direito de base social, assim entendido aquele sistema cujas regras se impõem ao indivíduo, fundadas na função social, em bases reais e não metafísicas.^{155 156}

Melhor explicando a idéia que norteia o direito civil contemporaneamente, Duguit expõe que *“a solidariedade social, ou melhor a interdependência social, deve ser compreendida cientificamente, não é um sentimento ou uma doutrina, não é sequer um princípio de ação. É um fato*

153 Ob. citada, páginas 235 e seguintes.

154 V. Gurvitch Georges, em *L'idee du Droit Social*, Scientia Verlag Aalen, 1972, página 13. No original : L'opposition traditionnelle entre le “droit Public” et le “droit privé” n'étant fondée sur aucun critère matériel (1) et dépendant de la volonté changeante de l'état, qui avantage suivant les époques des zones de droit de structures différentes, cette classification ne correspond à aucune des distinctions précédentes, mais s'entrecroise avec elles : come le droit privé peut contenir à côté du droit individuel de nombreuses couches de droit d'integration (droit social) et de droit de subordination, le droit public peut inclut bien souvent en réalité, des portions importantes de l'ordre de droit individuel, venant pervertir le droit social en un droit de subordination.

155 Obra citada, página 173.

156 Fachin, em *Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000*, página 10, relata que três eram os pilares fundamentais em que se assenta a estrutura do direito privado : o contrato como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade ; a família, como organização essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre pessoas e sobre as coisas.

*real possível de demonstração direta: é o fato da estrutura social mesma. (...) é possível comprovar que, qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade ou interdependência social está constituída por dois elementos que se encontram sempre, em graus diversos, com formas variáveis, entrelaçados a outros, mas que apresentam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos os povos e tempos. Tais elementos são as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social e as diversidades de necessidades e atitudes desses mesmos homens. Entenda-se, a solidariedade em face das semelhanças decorre das necessidades comuns que não podem os homens assegurar. Já a diversidade de atitudes e necessidades os une em razão da ajuda mútua, que pode ajudar a satisfação de necessidades diversas”.*¹⁵⁷

Francisco Amaral Neto aponta que o direito privado, a partir do direito civil, está envolvido em flagrante processo de transformação, adequando-se aos novos valores em vigor na sociedade. Defende que “a *segurança individual cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal, cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado Social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos, e com o reconhecimento da existência e eficácia da União estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tudo isto estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda do status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial.*”¹⁵⁸

157 Obra citada, páginas 182\183.

158 Em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650, páginas 644 e 645. No trabalho, o autor detalha as transformações no âmbito do direito civil: 1. Constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado; 2. Personalização do direito civil, ou seja, sua humanização; 3. Desagregação do Direito Civil, com surgimento de novos ramos do direito; 4. Configuração de Microssistemas, leis especiais que regulam aspectos do direito privado; 5. Tendência para o pluralismo jurídico, ou seja, aceitação de outras fontes do direito que não o Estado; 6. Admissibilidade de normas individuais e concretas; 7. Prevalência da justiça em detrimento da segurança jurídica; 8. Prevalência do aspecto de conteúdo em detrimento do formalismo jurídico; 9. Complexidade da vida social e da respectiva normatividade; 10. Preocupação crescente com ética e moral; 11. Substituição do Código Civil pela Constituição na posição central do pensamento jurídico; 12. Relativização da dicotomia Estado-Sociedade Civil, com a subordinação do Estado ao sistema jurídico; 13. Resgate da idéia de direito como experiência problemática, imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento de ordem lógico-dedutiva. 14. Idéia de direito como sistema aberto, com a retomada da razão prática, do saber pragmático.

A supervalorização do indivíduo, necessária como fator de afirmação perante o Estado, elemento de consolidação do poder da burguesia, não é compatível com a sociedade contemporânea. Por consequência, inevitável é a modificação do cenário jurídico. O indivíduo deixa de ser o eixo central do direito privado, valorizado é o todo (sociedade) sem menosprezo da parte (indivíduo).

Em tal contexto, os aspectos basilares do sistema oitocentista, propriedade como direito absoluto e contrato como modo de aquisição de propriedade, sofrem modificações.

Jürgen Habermas destaca que a modificação do direito de propriedade, contemporaneamente condicionado à função social, acarretou a modificação de suas garantias correlatas, principalmente a liberdade contratual.¹⁵⁹

O direito à propriedade não é mais absoluto, é condicionado à sua função social, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de um bem é vinculado à sua utilidade ou integração com o seu meio e com os demais membros da sociedade.¹⁶⁰

O direito civil contemporâneo, como expressão da sociedade em que é moldado e molda, torna relativo o aspecto patrimonial das relações, fenômeno nominado de repersonalização. Netto Lôbo defende que *“a patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotada pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”*¹⁶¹

Perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição. Na verdade, tal papel somente pôde ser exercido ante a ausência de constituições nos moldes modernos. As primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, preocupando-se apenas em delimitar o Estado mínimo. A

159 *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: editora Tempo Brasileiro, 1984, páginas 178\179: Junto com a instituição central do direito privado, a propriedade, naturalmente são também atingidas as suas garantias correlatas, sobretudo a liberdade contratual. A relação contratual clássica supõe completa independência na definição das condições do contrato. Isto foi, entretentes, sujeito a fortes limitações. À medida que as relações jurídicas se equivalem de modo social-típico, os próprios contratos também procuram tornar-se esquematizados. A crescente padronização das relações contratuais normalmente reduz a liberdade do parceiro economicamente mais fraco, enquanto que o já citado instrumento do contrato coletivo deve exatamente restabelecer a igualdade de posição do mercado.

160 A Constituição Federal do Brasil prevê nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos, a proteção ao direito à propriedade e a sua vinculação à função social do bem.

161 *Constitucionalização do Direito Civil*. In Jus Navegandi, n.33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=507>, capturado em 10 de julho de 2002.

codificação civil era o núcleo do direito privado, com conseqüências severas para os mais carentes economicamente.

Após a Constituição alemã de Weimar, as Constituições passaram a definir direitos e garantias individuais. No que se convencionou chamar de Estado Social, a Constituição passa a regular e limitar o poder econômico e refletir, de forma inevitável, no âmbito do direito civil. Passa o direito privado, embora mantida a sua autonomia dogmática e conceitual, necessariamente a estar inserido em contexto mais amplo que o conforma, definindo o seu alcance.¹⁶²

A Constituição Federal de 1988 é expressão da nova realidade, prevendo inúmeras normas basiladoras das relações particulares de indivíduos, tradicionalmente situados como de direito privado, o que impõe a releitura dos institutos clássicos, sob os valores eleitos pelo constituinte. Da mesma forma, a atividade do legislador infraconstitucional não poderá desprezar a supremacia constitucional e a importância dos princípios na unificação do sistema jurídico.

163 164

2.1. O fenômeno da descodificação

A codificação perde a pretensão totalitária, pretensão de exclusividade de regulação das relações privadas. É que os códigos tem estrutura e vocação para perdurarem no tempo, o que não permite a regulação integral de uma sociedade que se transforma e modifica os seus valores com uma velocidade nunca antes imaginada, sobretudo em conseqüência dos efeitos da globalização e das inovações tecnológicas.

Sobre a descodificação, Francisco Amaral Neto defende que “*se a codificação é uma síntese histórica, a descodificação representa uma antítese. Se a codificação resulta do racionalismo jurídico europeu, a época atual, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o movimento e a pluralidade do direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil, senão a própria recusa à idéia de sistema.*”¹⁶⁵

162 V. Tepedino, Gustavo : *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

163 Paulo Luis Netto Lôbo, na obra citada, defende que na atualidade não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

164 V. Adriana Rocha de Holanda Coutinho, em “*A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado*”, em *Direito Civil Constitucional*, coordenação de Renan Lotufo. São Paulo : Malheiros editores, 2002, 59-92.

165 Em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650, página 646.

Na sociedade contemporânea, a insuficiência dos Códigos é inegável, o seu sistema não pode regular toda a atividade privada. Existe relação de complementaridade com subsistemas, estabelecidos por leis específicas, como o Código do Consumidor, que giram em torno das normas genéricas previstas na codificação.¹⁶⁶

Ao explicar a idéia de descodificação, Ricardo Luis Lorenzetti destaca que a exigência de codificação decorria da criação do Estado Nacional, cuja pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária, motivação já superada. Continua o autor, defendendo que “a sociedade pós-moderna se caracteriza pela regulação de matérias em microsistemas, fenômeno que denomina *big bang* legislativo: *a explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente ; o código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.*”¹⁶⁷

No âmbito dos pactos particulares, deixa o contrato de ser encarado como simples instrumento de aquisição de propriedade, cujo conteúdo é livremente fixado pelas partes. Na sociedade contemporânea, caracterizada pela produção em massa e por uma dinâmica empresarial complexa, nem sempre é assegurado aos indivíduos o direito de optar sobre quando, com quem e como contratar, decorrências clássicas da autonomia privada.

Caio Mário, já há bastante tempo, alertava sobre o afastamento do direito das idéias individualistas, destacando que “*Ferretado em sua invulnerabilidade, o tabu egoísta tende a eclipsar-se dos Códigos burgueses. Escoraçam-no princípios que assentam na solidariedade humana e na utilidade social. Em todos os quadrantes da ciência jurídica a infiltração destes está a se realizar com pertinência. Já invadiu a esfera do direito público, espalha-se pelo direito privado e atinge mesmo o direito das obrigações. Moldando-se numa restrição cada vez maior das prerrogativas a que corresponde uma expansão cada vez mais acentuada de surtos de socialização, as novas diretrizes do direito originaram um fenômeno curiosíssimo. Relações dantes reguladas pelos costumes e pela moral deslocam-se para a esfera jurídica. A causa deste deslocamento reside na convicção de que a pura sanção da consciência individual já não bastaria para defender certos deveres morais*

166 V. Amaral Neto, Francisco: “O Direito Civil na Pós-Modernidade”, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 61-77.

167 Em *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998, página 45. Também com abordagem sobre o tema, do mesmo autor: “A Descodificação e a Possibilidade de Resistemização do Direito Civil”, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, 219-239.

(Bruig). *É necessária a sanção externa do direito para impor uma pena ao transgressor.*"¹⁶⁸

Como conseqüência dos novos parâmetros do direito privado, a autonomia privada, e mais especificamente a autonomia contratual, tem sido redefinida, assumindo contornos de evidente restrição do âmbito de atuação dos particulares.

3. Limites à liberdade de contratar

Em natureza, a autonomia privada, e como decorrência a liberdade de contratar, configura poder jurídico, consubstanciado na possibilidade do sujeito atuar com a finalidade de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem, o que no plano dos contratos importa na condição de escolher com quem, quando e como contratar.^{169 170}

Entretanto, tal poder não é absoluto, decorre do ordenamento jurídico estatal, que o delimita, estabelecendo limites, limites crescentes em face dos novos contornos que assumiu o Estado ao longo do século XX e início do século XXI.¹⁷¹

A consolidação da idéia de limitação da autonomia privada é conseqüência dos excessos que o instituto assumiu no Estado Liberal, cujo ordenamento jurídico concebia valoração exacerbada do indivíduo, anteriormente já apontada. Com a superação do Estado Liberal pelo Estado do Bem-estar, com novas funções e preocupações sociais, desponta com grande

168 *A Crise do Direito*, coleção Philadelpho Azevedo, São Paulo : Max Limonad, 1955, páginas 27.

169 Amaral Neto, Francisco: *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica : Perspectiva Estrutural e Funcional*, Revista de Direito Civil, número 46, 1998, páginas 07-26, página 11.

170 Sobre a relação autonomia da vontade e liberdade de contratar, esclarecedora é a lição de José Lourenço: *a liberdade de concluir negócio jurídico é corolário do princípio da autonomia da vontade, entendido e aceito como o poder que os participantes têm de fixar, por si próprios (auto), a disciplina (nomos) juridicamente vinculativa de seus interesses. A autonomia da vontade é mais ampla do que a liberdade contratual, que se limita ao poder de auto-regulamentação dos interesses concretos e contrapostos das partes, mediante acordos vinculativos patrimoniais, enquanto a autonomia da vontade abrange, também, os negócios jurídicos não patrimoniais*“, obra citada. páginas 78.

171 Sobre o tema, ver o artigo *Autonomia Privada e Forma di Stato*, de Natalino Irti, em Rivista di Diritto Civile. CEDAM, janeiro/fevereiro de 1994, páginas 15-23.

intensidade a necessidade de submissão da autonomia da vontade ao interesse social.^{172 173}

Ante os valores prevalentes neste novo contexto, na sociedade contemporânea, incompatível é a manutenção da definição do princípio da liberdade de contratar nos moldes tradicionais, o Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar.

As limitações à autonomia da vontade no ato negocial importam na afirmação da existência do princípio da heteronomia da vontade, que pode impor a realização do negócio e a participação de agente específico. José Lourenço defende que “*o termo heteronomia refere-se ao que se deixa sujeitar; condição de pessoa ou de grupo que recebe de um elemento que lhe é exterior, ou de um princípio estranho, a razão e a lei. Mais especificamente, a heteronomia jurídica, para Maria Helena Diniz, é a sujeição do destinatário da norma a seu comando, independente de sua vontade. Ou, como prefere, Lanlande, a condição de uma pessoa ou de uma coletividade receber a lei à qual se submete. A heteronomia da vontade é a área dos atos jurídicos cuja norma reguladora é externa aos seus elementos. A vontade dos agentes não é considerada. A norma, conjuntiva ou alternativamente, impõe regras para : o estabelecimento ou não do negócio jurídico e determina quais serão os agentes ativos e passivos, bem como o seu conteúdo.*”¹⁷⁴

Miguel Maria de Serpa Lopes, abordando o dirigismo contratual, expõe pensamento assemelhado, baseado na doutrina de Jossierand, destacando que o dirigismo pode ser restritivo, quando implicar em proibição de inserção de cláusula nos negócios jurídicos, ou expansivo, quando acarretar obrigações não previstas pelos pactuantes ou até mesmo a obrigação de contratar.¹⁷⁵

172 Cláudia Lima Marques, em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª edição. São Paulo: editora RT, 2001, destaca que: *Vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e de fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realizáveis. Momento em que se desconfia da força e suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social. Vivemos um momento de mudança também no estilo de vida, da acumulação de bens materiais, passamos a acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar, para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da contratação pessoal direta para o automatismo da contratação à distância por meios eletrônicos, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse público.*

173 V. Nalin, Paulo: *O Contrato em Movimento no Direito Pós-Moderno*, Revista Trimestral do Direito do Consumidor, volume 1º, abril/junho de 2002, 375-282.

174 Obra citada, páginas 77.

175 Em *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações : contratos*, volume IV. Rio de Janeiro: editora Freitas Bastos, 1993, páginas 34 e seguintes.

Francisco Amaral Neto, justificando a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas, destaca que *“o exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos, e por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou negociação, a acentuados desníveis econômicos, devendo o Estado intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas. O legislador pode limitar, assim, a autonomia privada, para o fim de proteger os pontos mais fracos da relação jurídica patrimonial - é o que se verifica nos contratos de consumidor, locação, empréstimo, seguros, operações financeiras típicas”*.¹⁷⁶

Raciocínio no mesmo sentido é expresso por José Lourenço, que argumenta que *“o exercício da plena autonomia da vontade nos contratos leva segmentos sociais mais carentes de recursos, e, por isso, praticamente, sem poder coercitivo nas negociações, ao empobrecimento, o que acentua ainda mais os desníveis econômicos. É, por isso, que o Estado intervém nos negócios jurídicos contratuais, estabelecendo normas cogentes. Assim, o legislador, imbuído de grande poder e desprovido da melhor técnica científica, metodológica e jurídica, limita a autonomia da vontade e a obrigatoriedade da convenção e amplia a relatividade, a boa fé e a justiça comutativa, tudo no intuito de proteger os pólos mais fracos, principalmente em matérias de contratos (locação, empréstimo, seguro, etc.”*¹⁷⁷

Inegável, assim, que a autonomia privada é atualmente regida por novos parâmetros, com contornos nítidos de proteção aos indivíduos mais fracos economicamente.

Pontes de Miranda alertava que não há autonomia absoluta ou ilimitada; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.¹⁷⁸

No direito nacional, são exemplos de limitação da liberdade de definição de quando contratar, entre outras hipóteses, a obrigação decorrente de promessa de contratar; a obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil imposta a todo proprietário de veículo (leis 6194\74 e 8374\91); a obrigação de aceitar o regular curso da moeda ; a obrigação de contratar em igualdade de condições com quem aceite proposta válida, etc.

Podem ser apontadas como limitação ao direito de definir com quem contratar, entre outras situações, a cláusula de retrovenda, o pacto de melhor

176 “Autonomia Privada”, em *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ - 20*, Conselho da Justiça Federal, Brasília : 2002, 77-88, página 85\86.

177 José Lourenço, obra citada, página 63.

178 Em *Tratado de Direito Privado - Parte Especial*, Tomo XXXVIII, Rio de Janeiro: editora Borsoi, 1972, página 39.

comprador, o exercício do direito de preferência na alienação do domínio direto pelo senhorio, etc.

Para os fins a que nos propomos, nos restringiremos ao enfoque das limitações ao direito de fixar o conteúdo contratual, tendo em mente que com a nova realidade mantêm-se firme o valor de intervenção do Estado nas relações privadas, idéia percebida por Ricardo Lorenzetti, ao expressar que “*El derecho civil exhibe una progresiva referenciabilidad pública. Sus instituciones, otrora subjetivas, se vinculan progresivamente con el derecho público em un mundo económico y jurídico cada vez más interrelacionado. La funcionalidad, y sobre todo la eficacia de las instituciones de derecho privado exigen que se correlacionen con el derecho público.*”¹⁷⁹

A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato implica na possibilidade de optar por qualquer dos contratos que possuem regulação específica na legislação; por alterá-los inserindo cláusulas não previstas originalmente, sempre que possível ou na possibilidade de contratar através de forma diversa da prevista pelo legislador.

Analisaremos as hipóteses de restrição à inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e as restrições à formulação de contratos atípicos.

3.1 Inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e pactuação de contratos atípicos

A possibilidade assegurada aos indivíduos de inserir cláusulas atípicas em contratos típicos, bem como de firmar contratos atípicos, decorre do reconhecimento de que as leis não podem prever todas as relações sociais, sendo necessário permitir que os particulares estabeleçam novas formas de contratação que atendam aos seus interesses e às perspectivas da dinâmica negocial da sociedade pós-industrial, em que, na visão de Galgano, a inteira organização econômica tem dimensão planetária.¹⁸⁰

O estabelecimento de tipos contratuais inibe a liberdade dos particulares moldarem, de acordo com a sua vontade, os seus negócios privados. Deve, entretanto, ser lembrado que a estrutura tipológica compõe-se de normas cogentes e normas dispositivas. Cogentes são as normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade dos indivíduos. Dispositivas são as normas que podem deixar de serem observadas pelos indivíduos sem desnaturar o tipo societário.

¹⁷⁹ Em *Análisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual*, Revista de Direito do Consumidor, número 14, abril/junho de 1995, 5-19, páginas 12.

¹⁸⁰ *Lex Mercatoria: storia Del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1993, página 214. No original : Nella società post-industriale l'intera organizzazzione econômica ha dimensione planetarie.

Variadas são as formas de limitação do direito de estabelecer o conteúdo contratual, que podem ser resumidas no texto do artigo 104, do Código Civil de 2002, que dispõe que o negócio jurídico pressupõe agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁸¹

Objeto lícito é o adequado ao ordenamento jurídico, ou seja, o que se amolde aos formatos previstos ou possa ser modificado, posto que regulado de forma meramente dispositiva. Sofre restrição a liberdade dos particulares através do estabelecimento de normas impositivas, que não podem ser derogadas pela vontade dos indivíduos. O Código Civil de 2002 reprova taxativamente a tentativa de descumprimento de normas de ordem pública ou cogentes, dispondo em seu artigo 166, inciso VI, que é nulo o negócio jurídico quando tiver por objeto fraudar lei imperativa, *in verbis* :

“artigo 166 – É nulo o negócio jurídico quando :

.....

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

.....”.

Já quanto aos contratos atípicos, contratos sem regulamentação específica pelo ordenamento, entendemos que configuram ampla faceta de autonomia privada, de há muito aceita no ordenamento nacional.¹⁸²

No novo Código Civil a sua disciplina passou a ser mais transparente, posto que há expressa disposição que os reconhece e remete à aplicação das normas gerais sobre contratos:

“artigo 425 - É lícito as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

Embora, em razão de suas peculiaridades e importância na sociedade atual, talvez devesse o legislador ter tido maior preocupação com os contratos atípicos, estabelecendo regência genérica própria.

Em contexto diferenciado, mas fundamental para a compreensão da importância dos contratos atípicos, Francesco Galgano adverte que *o elemento*

181 Artigo 104 - A validade do negócio jurídico requer :

I - agente capaz ;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável ;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

182 Álvaro Vilaça os define, baseado na doutrina italiana (Ângelo Piraino Leto e Sacco) como o contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular. em *Teoria Geral dos Contratos Atípicos*, editora Atlas. São Paulo : 2002, páginas 131.

dominante na cena jurídica de nosso tempo é a circulação internacional de modelos contratuais uniformes, em regra contratos atípicos, base do que se pode chamar de nova Lex Mercatoria, direito criado pelos empreendedores, sem a mediação dos poderes legislativos dos Estados, formado de regras destinadas a disciplinar de maneira uniforme, além da unidade política do Estado, as relações que se instauram na unidade econômica dos mercados.

183

Reconhecida a importância crescente dos contratos atípicos, como meio de atendimento das necessidades dos agentes econômicos da sociedade contemporânea, é preciso deixar claro que, também, configuram seus limites a ordem pública e os bons costumes.^{184 185}

3.2 Ordem pública e bons costumes

Importa definir o que seja ordem pública e bons costumes. Válido é o alerta de João Manuel de Carvalho Santos, que descreve que “*não é fácil dizer quando um ato é contrário à ordem pública. Ordem Pública tem uma significação tão vaga e imprecisa que é difícil definir o que seja tal coisa. (...) O conceito de ordem pública não é suscetível de regras científicas constantes ; é antes uma questão de fato, que precisa ser apreciada com o devido cuidado, por estar o conceito de ordem pública sujeito aos princípios contingentes e mutáveis da conveniência política, social e econômica. A ordem pública é uma noção variável, de fato, com as épocas e com os lugares*”.¹⁸⁶

183 Obra citada, páginas 214, 217 e 218. No original : Cio que domna la scena giuridica Del nostro tempo non sono le convenzioni internazionali di diritto uniforme né sono, in âmbito europeo, le direttive comunitaire di armonizzazione Del diritto entro la Cee. L'elemento dominante é, piuttosto, la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi. (...) ...per nova lex mercatoria, o ius mercatorum, oggi si intende um diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione Del potere legislativo degli stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti commerciali Che siinstaurano entro l'unità econômica dei mercati.

184 Francisco Amaral Neto, em *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional*, Revista de Direito Civil, número 46, out/dez de 1990, São Paulo, (7-26), página 20: Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações a que a esta se impõem também atuam quanto àquela. E esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social de direção, sob a forma de intervencionismo liberal neoliberal ou de dirigismo econômico, e os bons costumes, as regras morais. “

185 No *Code Civil* a limitação era expressamente prevista: artigo.900 - Em todas disposições entre vivos ou testamentárias, as condições impossíveis, as que sejam contrárias às leis ou aos costumes, serão reputadas não escritas. artigo 1133 - A causa é ilícita quando é proibida pela lei, quando é contrária aos bons costumes e a ordem pública. artigo.1172 - Toda condição impossível ou contrária aos bons costumes, ou proibida por lei, é nula ou torna nula a convenção da qual depende. Tradução livre.

186 Em *Código Civil Brasileiro Interpretado*, volume II, Parte Geral (artigos 43-113). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1998, página 274.

A ordem pública pode ser descrita como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado. São as normas que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral, no direito privado de determinada sociedade. São as normas que objetivam regular condutas entre particulares, mas que, em razão da natureza da tutela e o interesse social em jogo, são revestida de caráter imperativo, cogente.

Para Norma Juanes, as normas de ordem pública são essenciais para permitir ao Estado intervir na seara dos particulares, criando restrições à liberdade contratual e impedindo a utilização do contrato como meio de opressão, expressando a autora que: *El Estado debió abandonar su actitud de mero observador garante del cumplimiento de lo acordado, y asumir una mayor intervención en el tráfico a través de distintas medidas de protección, a fin de neutralizar las consecuencias negativas de tantas desigualdades. Se promulgaron normas imperativas, se ejercitaron controles y se arbitraron variados esfuerzos dirigidos a restablecer el equilibrio roto por abuso de la libertad contractual, Así, se sancionaron cuerpos normativos de observancia obligatoria en distintos sectores de la actividad (legislación laboral, precios máximos, locaciones urbanas, etc) y aparecieron los contratos normados o reglamentarios, los contratos tipo y los contratos dictados. Son éstas modalidades contractuales en las que se restringe, o directamente desaparecen, la libertad de conclusión o la libertad de configuración. Sobreviene lo que se conoce como publicización del derecho privado, que acompaña un fuerte desarrollo del llamado derecho económico.*¹⁸⁷

Quanto aos bons costumes, podem ser definidos como as regras morais que formam a mentalidade de um povo e se expressam em princípios, como por exemplo, os da lealdade contratual, perempção, proibição do jogo, etc.

João Manuel de Carvalho Santos defende que as noções da sabedoria antiga sobre bons costumes devem ser relativizadas, no sentido de que o importante é analisar os fatos e não a teoria, a fim de que possa ser identificado aquilo que contraria a moral, na opinião comum.¹⁸⁸

187 Em *Los Actuales Perfiles de la Autonomia de la Voluntad en el Ambito de la Contratacion Privada*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, volume 6, número 1, 1998, 285-311, página 294. Tradução livre : O Estado deve abandonar sua atitude de mero observador garante do cumprimento do acordado, e assumir uma maior intervenção nos negócios, através de diversificadas medidas de proteção, com a finalidade de neutralizar as consequências negativas de tantas desigualdades. Serão promulgadas normas imperativas, se exercitaram controles e se estabelecerão variados esforços direcionados a restabelecer o equilíbrio rompido pelo abuso da liberdade de contratar. Assim, se sancionarão corpos normativos de observância obrigatória em distintos setores de atividade (legislação laboral, preços máximos, locações urbanas, etc) e aparecerão contratos normativos ou regulamentários, contratos tipos e cogentes. São estas modalidades contratuais em que se restringe, o faz-se desaparecer, a liberdade de conclusão ou de definição do conteúdo contratual. Sobrevém o que se conhece como publicização do direito privado, que acompanha o desenvolvimento do direito econômico.

188 Obra citada, página 275.

Conceituada a norma de ordem pública, importa definir que tipo de norma pode ser assim considerada. Para Orlando Gomes, as normas de ordem pública são aquelas que atendem aos interesses essenciais do Estado ou da coletividade, entretanto, tal idéia geral não é suficiente para permitir ao juiz identificá-la, posto que a noção de interesses essenciais do Estado e da sociedade é variável de acordo com o regime político. Ademais, esclarece o autor: “os pilares centrais da ordem econômica e moral de dada sociedade são poucos, o que reduziria o conceito importante de ordem pública. Ante a ausência de critério de definição, recorre-se a enumeração exemplificativa de normas que podem ser assim consideradas, enquadrando as leis que consagram o princípio da liberdade e igualdade dos cidadãos; as leis relativas a certas responsabilidades; as leis que asseguram aos operários proteção especial; as leis sobre estado e capacidade das pessoas; as leis sobre o estado civil; princípios básicos sobre direito hereditário; leis relativas à composição do domínio público; princípios fundamentais do direito de propriedade; leis monetárias e proibição do anatocismo, entre outras.”¹⁸⁹

Lorenzetti com a finalidade de explicá-las, procura classificar as normas de intervenção estatal na seara do direito privado, indicando que podem ser normas de ordem pública de proteção, de coordenação e de direção. As normas de ordem pública de proteção objetivam igualar a expressão de vontade das partes, estabelecendo o equilíbrio no consentimento. Opera-se impondo obrigações ou através de contrato coletivo, como ocorre no direito nacional em relação ao direito do trabalho e do consumidor. As normas de ordem pública de coordenação objetivam estabelecer a coordenação entre os valores individuais e coletivos. Podem ser formuladas negativamente, fulminando obrigações não enquadradas nos valores prevalentes ou podem ser decorrentes do princípio da socialização. Por fim, as normas de ordem pública de direção impõem aos contratantes forma específica de atuação.¹⁹⁰

Conclui-se que as normas de ordem pública são aquelas normas que, de acordo com a realidade de sua época e lugar, estabelecem os fundamentos básicos da sociedade.

Pode-se diferenciar normas de ordem pública de normas cogentes ou coativas. É que, embora ambas sejam impositivas, não derogáveis pela vontade dos indivíduos, as normas coativas não tem a ver com os interesses essenciais da sociedade.

Para João Manuel de Carvalho Santos, baseado na doutrina italiana, a distinção possível de ser feita é entre normas de ordem pública primária, compreendendo as disposições que digam de forma direta ao bem público,

189 *Contratos*: Rio de Janeiro: editora Forense, 1987, página 28.

190 Obra citada, páginas 13 a 19.

cuja regulação é assunto de interesse de todos, ou secundária, que compreende preceitos e proibições estatuídas no interesse de um indivíduo em particular, ou grupo de indivíduos em específico, visando indiretamente ao bem comum.¹⁹¹ A distinção é meramente doutrinária, já que em ambas as hipóteses impõe-se o cumprimento do conteúdo legal pelos particulares, de forma inevitável.

Percebe-se, assim, que há grande insegurança doutrinária e jurisprudencial sobre a definição das normas de ordem pública. Em algumas oportunidades o próprio texto legal é enunciado como de ordem pública, sendo as dúvidas afastadas, o que ocorreu, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor. Em outras oportunidades, contudo, compete ao intérprete apontar, no caso concreto, a natureza de ordem pública, exigindo, se for o caso, o cumprimento obrigatório da disposição.^{192 193}

Como bem expressa José Lourenço, *“o fundamento das normas de ordem pública é a convicção de que determinadas relações sociais ou estados de vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos à sociedade. Existem relações humanas que pela sua grandeza e importância, são reguladas taxativamente por normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social.”*¹⁹⁴

Baseado em tais idéias, o autor aponta critério de definição de normas de ordem pública, destacando que seriam normas de imperatividade absoluta as normas cujo conteúdo seja objeto imediato da Constituição Federal, independente de seu nível hierárquico, o que permitiria assim considerar Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, por exemplo.¹⁹⁵

O nosso posicionamento não é coincidente com o do autor. É que com a dinâmica da sociedade contemporânea, tememos que alguma relação digna de

191 Obra citada, página 275.

192 Artigo 1º. - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de sua Disposições Transitórias.

193 Vicente Ráo, em seu O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, editora RT, 1999, à página 217, sustenta que: *“não é possível indicar a priori, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública. É da natureza de cada disposição, da natureza das relações contempladas e das razões sociais determinantes de cada norma, que esse caráter resulta. Certo é, contudo, que no direito moderno, o legislador tende a imprimir esse maior grau de eficácia à disciplina de um número sempre crescente de relações, que, outrora, eram regidas pelas normas meramente dispositivas do direito privado”*.

194 Obra citada, página 138.

195 Fernando Noronha, em tese de doutorado, intitulada Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas, FADUSP, São Paulo : 1990, páginas 146, defende na mesma linha que : Não admira assim a digamos perda de prestígio do princípio da autonomia provada (ou melhor, da autonomia da vontade, como em tempos mais antigos se dizia) e sobretudo do seu principal corolário, o princípio da liberdade contratual. Tal perda de prestígio era inevitável : afinal, estavam-se tomando meras partes, isto é, o interesse do empresário e a sua liberdade contratual, pelo todo, ou seja, a complexidade de interesses e de valores sociais envolvidos nos contratos.

interferência por parte do Estado não se enquadre no critério eleito, deixando desprotegidos os indivíduos economicamente desfavorecidos.

Com a modificação de valores típica dos tempos atuais, novas normas imperativas são editadas, como as que visam proteger os sócios minoritários e terceiros no direito societário atual, especialmente na sociedade limitada regulada no Código Civil de 2002, nem sempre possíveis de serem enquadradas no critério proposto.¹⁹⁶

Resta claro que o princípio da autonomia privada, entendido como liberdade contratual, sofre consideráveis modificações, devendo atualmente ser considerado na perspectiva do interesse social.

É o alerta que manifesta Alessandro Somma, ao defender que *“há um tempo se acreditava que o combate pela liberdade individual não fosse incompatível com a luta pela emancipação coletiva, entretanto, ao fim do século vinte está muito claro que as duas postulações são contraditórias, necessário é restringir a atuação do indivíduo a fim de prestigiar o interesse geral, o interesse da sociedade.”*¹⁹⁷

Assim, é que deve ser compreendida a autonomia privada em nossos dias, como defende Norma Juanes: *“Hoy o principio há de ser entendido como potestad o competência de autorregulación que se ejercita dentro de los limites concedidos Poe el derecho positivo. La autonomia privada debe ser considerada com uma nueva perspectiva, de manera que su ejercicio no solo debe ajustarse a los limites próprios Del derecho imperativo, sino que debe atender además a la justicia intrínseca de lo contratado, a fin de que la regulación proyectada por los particulares no resulte remida com los principios de justicia commutativa que informan la regulación normal del derecho dispositivo.”*¹⁹⁸

Observe-se que, além das restrições à liberdade de contratar que analisamos, no Código Civil de 2002 estão firmadas diretrizes gerais que configuram restrição à liberdade de fixação do conteúdo contratual. São os

196 Destaque-se que no Código Civil de 2002 o artigo 122, ao tratar da licitude das condições, estipula que são lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes ; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Já o artigo 187 indica como ato ilícito aquele decorrente de abuso de direito pelo titular que extrapola aos limites fixados pelo fim econômico ou social, boa fé ou pelos bons costumes.

197 No original: *Tuttavia un tempo si credeva che combattere per la libertà individuale non fosse incompatibile com la lotta per una emancipazione collettiva mentre allá fine del ventesimo secolo à sempre più chiaro che queste due esigenze sono in conflitto. Em Il Diritto Privato Liberalista. Reflessioni sull Tema Dell'autonomia Privata Stimolate da Um Recente Contributo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, ano XXXIV, número 101, maio-agosto de 2001, página 603.*

198 Obra citada, páginas 310\311.

princípios que emanam as idéias centrais do novo Código e que influenciarão os intérpretes e aplicadores do direito.¹⁹⁹

4. Princípios sociais dos contratos

O Código Civil é o núcleo central do qual são irradiadas as regras de direito privado, o que não implica em exclusividade de emanações de valor, evidentemente. Entretanto, as normas e princípios do Código Civil de 2002 assumem papel preponderante em sua conformação, tanto pelo aspecto genérico, no que se refere à aplicação, quanto pelo sentido de inovação e adequação à nova realidade social brasileira.

Tais princípios sinalizam para novos tempos, em que resta superada a lógica do individual acima do coletivo, típica do Código de Beviláqua. Contudo, é importante ter em mente que os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios decorrentes da autonomia privada, limitam, isto sim, seu alcance e conteúdo.²⁰⁰

Centraremos nossa análise em duas idéias bases, socialização e eticidade, objetivando estabelecer critérios de interpretação e aplicação das normas sobre sociedades limitadas, tendo em mente a lição de Miguel Reale, que defende que “*o que importa em uma codificação é o seu espírito, é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam, se sistematizam.*”²⁰¹

A Constituição de 1988 prevê como um de seus fundamentos a solidariedade social, e faz restrições ao direito de propriedade, indicando estar sintonizada com os novos tempos e valores, contudo, a concretização dos princípios enunciados não foi efetiva, o que muito pode ser creditado ao arcaico sistema decorrente do Código de Beviláqua.

Os valores firmados no Código Civil de 2002 influenciarão a interpretação da lei maior, a Constituição de 1988, consolidando o ideário típico da sociedade pós-moderna. Observe-se que não há nesse raciocínio qualquer contrariedade ao entendimento de que o ordenamento jurídico possui estrutura escalonada de normas, hierarquicamente organizadas, mas é que ocorrerá, sem dúvida, modificação na maneira de compreender a Constituição, a partir dos valores enunciados pelo Código Civil, em mecanismo de influência

199 V. Lyra Júnior, Eduardo Messias Gonçalves de : *Os Princípios do Direito Contratual*, Revista de Direito Privado, número 12, out/dez de 2002, 135-155 ; Lima, Taisa Maria Macena de : *Princípios Fundantes do Direito Civil Atual*, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, 241-258.

200 V. Lobo Netto, Paulo Luiz : *O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros* Campinas: editora Bookseller, 2003, 81-93, página 83.

201 Em “As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil”, em *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, série Cadernos do CEJ – Conselho da Justiça Federal, número 20. (9-26), página 16.

recíproca (Constituição-Legislação infraconstitucional) que não pode ser desprezado, o que nos permite visualizar a efetiva importância dos princípios que analisaremos.

4.1 Princípio da socialidade

O Código Civil de 2002 tem por traço marcante, como reflexo de sua época, o privilégio do social, ou seja, é centrado na valorização da pessoa humana, sem os excessos da supervalorização da individualidade. Como forma de prestígio ao indivíduo, preponderam os valores coletivos sobre os valores individuais.

A Constituição brasileira de 1988 assimila o novo ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos, artigo 1º, inciso III, e da solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens.²⁰²

O advento do Código Civil de 2002, em perfeita sintonia com as novas idéias, permite maior concretude aos princípios antes narrados, estendendo-os para outras searas do direito privado, que assume novo perfil.

Afastando-se dos valores dos Códigos oitocentistas, rejeitada é a idéia do indivíduo como centro do universo e a propriedade, seu reflexo patrimonial, deixa de ser absoluta, como é percebido pelo texto do artigo 1228, e seus parágrafos.

O enfoque social do Código repercute no plano contratual, devendo os contratos ser instrumentos de realização da justiça social, conforme a lapidar lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: *“o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às*

202 Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos : (...) III- a dignidade da pessoa humana. (...)

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária. (...)

Artigo 5º. - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes : (...) XXIII - função social da propriedade.

Artigo 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 : (...) III – função social da propriedade.

*mudanças sociais. O conteúdo conceitual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo o direito”.*²⁰³

O Código Civil de 2002 dispõe, no artigo 421, sobre a função social do contrato:

“artigo 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Impõe a previsão em evidência a análise das normas emanadas do acordo de vontades a partir de sua finalidade, sua função, sua utilidade social. Firmados são os parâmetros que possibilitarão aos intérpretes do direito definir o alcance e extensão de obrigações decorrentes de acordos de vontade.

A função social do contrato é imposta como cláusula genérica, dotada, na visão de Eduardo Sens dos Santos, de vagueza semântica e multissignificação. Conclui o autor que a cláusula é atendida quando possibilite um contrato justo do ponto de vista não só privado, mas também em relação ao interesse social e ao bem comum.²⁰⁴

No Código Civil de 2002, o contrato é condicionado ao interesse coletivo, o que significa expressa restrição da liberdade de contratar, o que leva Antônio Jeová Santos a expor que *“tanto o direito de propriedade como o de contratar não ficam submetidos ao arbítrio do proprietário, nem do contratante mais forte economicamente. Derruído o esquema do liberalismo, o contrato e a propriedade como símbolos de direito subjetivo individual, extensos e desconhecedores de limitações, passam a ser exercidos não para a satisfação de interesses egoísticos, mas para preencher interesses bem maiores, mais amplos e que evitam o senso individualístico de que se revestiam. As restrições impostas à liberdade de contratar e ao direito de propriedade são exemplos claros de que, ambos, devem satisfazer interesses da sociedade.”*^{205 206}

Judith Martins-Costa, ao fazer paralelo entre a função social da propriedade e a função social do contrato, destaca que *“a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos : atualmente admite-se que os poderes do titular de um*

203 Em *Contrato e Mudança Social*, RT ano 84, volume 722, dezembro de 1995, página 44.

204 Em *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais : Exame da Função Social do Contrato*. Revista de Direito Privado, número 10, abril/junho de 2002, editora Revista dos Tribunais, 9-37, páginas 35.

205 Em *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*, São Paulo: editora Método, 2002, páginas 121\122.

206 V. Hironaka, Giselda M. Fernandes Novaes: *A Função Social do Contrato*. Revista de Direito Civil, volume 45, jul/set de 1990, páginas 141-152. V, também, Arnoldi, Paulo Roberto Colombo e Michelan, Tais Cristina de Camargo : *Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada*. Revista de Direito Privado, número 11, jul/set de 2002, editora RT, 244-250.

*direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação oitocentista, das qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.”*²⁰⁷

São ainda restrições aos ideais individualistas as previsões dos artigos 423 e 424, na medida em que equilibram a relação contratual em função do desequilíbrio econômico das partes:

“artigo 423 - Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

artigo 424 - Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

No mesmo sentido, a previsão do artigo 157, do Código Civil de 2002, que introduz no direito nacional a noção de lesão como exceção à regra da obrigatoriedade dos contratos, possibilitando a sua anulação, na forma do artigo 171, que dispõe :

“artigo 157 - Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Artigo 171 – Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico :

I-..... (...)

II-por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Importante, também, a regra de que comete ato ilícito, o que significa revestir-se de nulidade e atrair a obrigação de indenizar, o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim

207 Em “O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da ética da situação”, em *Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo : editora Saraiva, 2002, páginas 88-168, página 158.

econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes, conforme o artigo 187 do Código Civil de 2002.

O contrato deve ser encarado como instrumento de realização de operações econômicas, moldado pelo interesse dos particulares e da sociedade, interesses que se estendem à proteção ao indivíduo economicamente mais fraco e à manutenção da justiça social, distribuição mais justa das riquezas e promoção do progresso econômico, concretizados pela atuação do aplicador do direito.^{208 209}

4.2 Princípio da eticidade

Por esta idéia central, enuncia-se o sentido de valorização da pessoa humana, como fonte de todos os demais valores. Trata-se de concepção do direito em novos moldes, em que institutos como a propriedade estão subordinados à realização dos interesses das pessoas, não configurando finalidade em si mesmos, ao lado de que, em outra vertente, exige-se das pessoas padrões de comportamentos éticos, transparentes, o que repercute nos deveres decorrentes de relações negociais.

Em primeiro lugar, valoriza-se a pessoa humana, apenas e somente em razão de tal qualidade, fenômeno que é bem percebido por Judith Martins-Costa, ao dispor que opera-se verdadeiro retorno do direito civil, e do direito privado como um todo, aos valores da civilidade: *“se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e interesses não mensuráveis economicamente – passa o direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.”*²¹⁰

208 V. Adriana Mandim Theodoro de Mello, em *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, em RT, volume 81, julho de 2002, 11-29.

209 Oportuno o comentário de Eduardo Sens dos Santos, em *A Função Social do Contrato*, Revista de Direito Privado, número 13, jan/mar de 2003 (99-111), páginas 111: não podem, portanto, ficar alheias ao conceito de função social do contrato as questões que guardem relação com a dignidade do ser humano, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais, devendo o magistrado, no caso concreto, pautar-se por esses padrões, mensuráveis objetivamente por meio da jurisprudência. Em outras palavras, o juízo acerca do alcance da função social do contrato deve ser sempre feito de acordo com os padrões de conduta verificáveis na sociedade. E isso, como qualquer outro conceito expresso por cláusulas gerais, deve ser precisado com o tempo, no exercício diário da jurisprudência.

210 V. *O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da ética da situação*, em Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro, editora Saraiva, São Paulo : 2002, (88-168), página 132.

Sob novo paradigma, afasta-se o novo Código das amarras da segurança jurídica, exacerbadamente resguardada no Código Civil de Beviláqua, para acolher termos genéricos como boa fé, probidade, justa causa, entre outros, que permitem alcançar a concreção jurídica.

Apesar do uso de termos genéricos, recorde-se que ao operador do direito é possível tornar concreta a intenção do legislador, sendo esta uma das marcas do novo Código, a sua operabilidade.

Desdobra-se o princípio da eticidade em outros princípios, como o principal da boa fé e o princípio da justiça contratual que, para Fernando Noronha, em visão sob o nosso ponto de vista restrita, configuram, ao lado do princípio da autonomia privada, a ordem pública interna dos contratos: *“assim autonomia privada, boa fé e justiça contratual constituiriam os três princípios fundamentais dos contratos, constituiriam, poderíamos dizer, a ordem pública interna dos contratos. Nesta perspectiva, as “outras “ordens públicas, aquelas usualmente consideradas como constituindo a (única) “ordem pública” (isto é, a ordem pública tradicional, ou política, voltada para a tutela dos bons costumes, da família, das liberdades individuais, etc..., mais a nova ordem pública econômica) passariam a constituir uma ordem pública externa.”*²¹¹

4.2.1 Princípio da boa fé

Ao abordar o princípio da boa fé, fundamental é que se recorde a distinção entre boa fé objetiva e boa fé subjetiva, não sem antes recordar que tal princípio não configura nenhuma novidade, sendo o direito romano o seu berço histórico.^{212 213}

Antonio Musio, tendo em vista o Código Civil Italiano de 1942, e em enfoque centrado no aspecto contratual da boa fé, destaca que *“o legislador estabeleceu no Código Civil de 1942 uma série de deveres contratuais que devem ser respeitados pelos contratantes em todos os estágios da vida do contrato”*, destacando que tais deveres devem ser enquadrados na categoria de boa fé objetiva, antes destacando que a boa fé que é exigida através da regulação de um fato ou de um comportamento é a objetiva, ao passo que a boa fé que se configura como estado de consciência é a boa fé subjetiva.²¹⁴

211 V. *Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Tese, USP, São Paulo:1990.

212 Goron, Lívio Goellner: *Anotações sobre a Boa Fé no Direito Comercial*, Revista de Direito Privado, número 13, 143-157, páginas 144.

213 Wieacker, Franz : *El Principio General de la Buena Fe*. Tradução de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas 1977.

214 Em *La Buona Fede nei Contratti dei Consumatori*, edizione Scientifiche Italiane, Napoli : 2001, páginas 17 a 19, no original : (...) il legislatore há sancito nel código del 1942 esplicitamente una serie di doveri che i contraenti devono rispettare in tutti gli stadi della vita del contratto. (...) Da um lato, dunque, abbiamo la buona fede che è regola, (oggettiva) di um fatto (artigo 1366cc) o di um comportamento (artigo 1175. 1337.

Na mesma linha Junqueira de Azevedo, que afasta a confusão entre os conceitos, destacando que *“não se confunde essa boa fé objetiva com a subjetiva que conhecemos de longa data no direito brasileiro, a qual não representa nenhuma novidade. A boa fé subjetiva, começando pelo que é sabido, é uma espécie de conhecimento ou desconhecimento – portanto algo psíquico nas pessoas – que o direito considera especialmente no campo dos direitos reais. A boa fé no usucapião encurta o prazo. A boa fé na questão de frutos dá direito ao possuidor sobre frutos, no caso das benfeitorias, e assim por diante. Esta boa fé é um estado de espírito que, naturalmente, entra no suporte fático para aquisição de direitos, principalmente direitos reais. A boa fé do nosso tema, é a objetiva, uma espécie de comportamento, poderíamos dizer, de correção, no caso, entre contratantes, ou até entre pré-contratantes na fase, portanto, de tratativas”*.²¹⁵

O princípio da boa fé, objetivamente considerado, impõe a observância de um padrão de conduta, típica do homem médio, de acordo com as condições do caso concreto.

Não previsto de forma expressa no Código Civil de 1916, é explicitado no Código Civil de 2002 em diversos dispositivos, ora importando em instrumento de auxílio ao intérprete na definição do conteúdo contratual, ora atuando como expressa limitação da atuação dos particulares, que devem se posicionar eticamente, ensejando a anulação de negócios jurídicos ou estabelecendo padrões de comportamento a serem seguidos, não apenas durante o contrato, mas também na fase pré-contratual e após o contrato.^{216 217}

1358, 1375, 1460, comma 2, 2598, n.3, cc) dall’altro abbiamo la buona fede Che è stato (soggettivo) della coscienza.

215 Em “O Princípio da Boa Fé nos Contratos”, em *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro* - Série Cadernos do CEJ- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 121-132, página 123.

216 No Código de Defesa do Consumidor é previsto o princípio da boa fé objetiva, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, verbis: artigo 4º. - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e esperança, 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 (artigo 170 da CF), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. artigo 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 (...).

217 Menezes Cordeiro, em *A Boa Fé como Regra de Conduta*, volume I, Coimbra, Almedina, 1985, páginas 648\649, destaca o papel de restrição à autonomia privada exercido pelo princípio da boa fé: *“Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: ela reduz a margem de discricionariedade da atuação privada, em função de objetivos externos”*.

Como elemento útil e condicionante da interpretação dos negócios realizados, é previsto nos artigos 112 e 113, do Código Civil de 2002 verbis:

“artigo 112 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

artigo 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Compete ao aplicador do direito, na definição do conteúdo contratual, observar a intenção e comportamento dos contratantes, bem como as suas expectativas recíprocas, firmando com exatidão o alcance e responsabilidades dos participantes no negócio jurídico.²¹⁹

De forma genérica, como fundamento para restringir a atuação dos particulares, exigindo padrões de comportamento, consta o princípio da boa fé no artigo 422, do Código Civil de 2002, que dispõe:

“artigo 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa fé e da probidade”.

Observe-se que, embora o dispositivo tenha predicado a aplicação do princípio na conclusão e execução do contrato, a doutrina tem conduzido o entendimento de que na fase pré-contratual, bem como na fase posterior ao contrato, mister se faz aplicar o princípio da boa fé. Em verdade, entendimento diverso levaria à inutilidade do princípio em inúmeros casos, já que o conteúdo das relações é firmado na fase de tratativas, sendo a fase pós-contratual fundamental para o bom resultado do negócio realizado, que pressupõe assistência técnica de fácil acesso e eficiente, assim como lealdade entre os antigos contratantes.²²⁰

218 Na linha do que pioneiramente houvera sido estabelecido no artigo 131 do Código Comercial :

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

219 Junqueira de Azevedo, na obra citada, aponta que quatro são os pressupostos a fim de que se possa ser concretizada pelo intérprete a idéia de boa fé : a expectativa, formada a partir do comportamento das partes ; fundamento da expectativa, que seja realmente baseada no comportamento não em meras ilusões : investimentos em relação à expectativa e causa da expectativa vinculada à atuação da outra parte, páginas 127\128.

220 Junqueira de Azevedo, em *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado*, RT\Fasc. Civ. Ano 87, v 750, abril de 1988, página 116, defende que *a boa fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes, como o de informar, o de sigilo e o de proteção. Na fase contratual propriamente dita, esses deveres passam a existir paralelamente ao vínculo contratual*

Com a intenção de configurar explícito limite aos direitos subjetivos, prevê o artigo 187:

“artigo 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.”

Trata-se de dispositivo que permitirá efetiva eficácia ao princípio da boa fé, instrumento de imposição de comportamento adequado aos contratantes, sem necessidade de demonstração de culpa ou dolo.

Esclarecedora, sobre o tema, é a lição de Gerson Luiz Carlos Branco: *no artigo 187 a boa fé é usada como um limite interno do direito subjetivo, pois o direito que for exercido contrariamente à boa fé é considerado abusivo e o ato é classificado como ilícito. Esse artigo do novo Código tem sofrido críticas desde a sua feitura na década de 70, sob o argumento de que foi consagrada a feição das teorias externas subjetivas, que obrigam a vítima do ato abusivo a provar um ato ilícito culposo. Tal crítica não tem qualquer fundamento, pois apesar de o artigo 187 do Código Civil de 2002 fazer referência a um ato ilícito, não diz respeito ao ato ilícito do artigo 159 do Código Civil de 1916. Ocorre que, atos ilícitos podem ser absolutos ou relativos, vem como podem exigir ou prescindir de culpa. No caso, o dispositivo não exige culpa, mas que no exercício o titular “exceda” os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.* ²²¹

Especificando o princípio no aspecto em abordagem, Judith Martins-Costa destaca que *“ao operar negativamente, de forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa fé é reconduzida à máxima que proíbe venire contra factum proprium. Essa expressão indica uma especificação da antiga Teoria dos Actos Próprios, tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao alter para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade. (...) Trata-se de regra de fundo conteúdo ético que, por refletir princípio geral independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade. Na proibição do venire, incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois*

: são deveres anexos ao que foi expressamente pactuado. Da mesma forma, *Moreira Alves em A Boa Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro, Revista Roma e América, Roma, volume 7/99, 1999.*

221 Em “O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Código Civil de 2002”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: editora Saraiva, 2002, página 62.

*comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o factum proprium) contrariado pelo segundo.”*²²²

A concepção de Junqueira é assemelhada, já que defende que “o princípio da boa fé, que veio corrigir eventuais excessos do subjetivismo individualista, além de impedir o venire contra factum proprium, impõe também a manutenção de uma linha de conduta uniforme, quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor.”²²³

4.2.2 Princípio da justiça contratual

Por princípio da Justiça contratual entenda-se a diretriz genérica de que as obrigações devem obediência a certo equilíbrio, definido pelas partes nos termos da lei, que as vincula e protege das alterações posteriores.

Deve-se afastar o aniquilamento de qualquer dos contratantes, tornando-se efetiva a solidariedade prevista na Constituição Federal, compreendendo-se que a idéia de justiça contratual não é mais moldada pelos contornos do voluntarismo contratual.²²⁴

Dentro desse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo aponta que talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Este princípio, segundo o autor, “preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, tal como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.”²²⁵

A previsão da necessidade de justiça contratual é existente em diversos artigos do Código Civil de 2002, como na aceitação da teoria da resolução por onerosidade excessiva (artigos 478, 479 e 480) e do instituto da lesão (artigo 157), e ainda nos artigos 317, 396 e 413.

222 Em “A Boa Fé como Modelo (Uma Aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale)”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, editora Saraiva, São Paulo : 2001, páginas 214\215.

223 Em *Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade Contratual*, Revista Forense, volume 351, 275-283, página 280.

224 V. Nalin, Paulo: *A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro*, Revista de Direito Privado número 12, out/dez de 2002, 50-60.

225 Em *Contrato e Mudança Social*, em RT 722, dezembro de 1995, (40-45), página 44.

Ao admitir a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, resguarda o legislador o equilíbrio da equação contratual, em face de modificações extraordinárias e imprevisíveis :

“artigo 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.

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

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

O legislador procurou afastar as prestações desproporcionais em outras situações, a teor do artigo 317, que regula o objeto do pagamento e sua prova, dispondo que, quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.²²⁶

Eventual hipótese que não possa ser resolvida com as normas decorrentes dos artigos antes referenciados enseja a possibilidade de aplicação das normas sobre enriquecimento sem causa, descritas nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002.²²⁷

A preocupação em resguardar a justiça contratual vai além da alteração do equilíbrio contratual por eventos imprevisíveis e extraordinários, sendo admitida a hipótese de lesão, descrita no artigo 157, como apontamos ao analisar, anteriormente, o princípio da socialidade.

226 artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta ente o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

227 artigo 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único – Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem à época em que foi exigido.

artigo 885 - A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Artigo 886 – Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Com a lesão é possível pleitear a anulação de contrato firmado sob premente necessidade ou por inexperiência, em que uma das partes admite prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, sendo a desproporção aferida segundo os valores vigentes à época da celebração do negócio jurídico. Trata-se de hipótese de anulabilidade do negócio, que não será decretada se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito excessivo.

Já no artigo 396, ao regular a mora, o Código Civil de 2002 dispõe que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor não incorre este em mora, estabelecendo critérios que evitam a configuração indevida da mesma.
228

Na regulação da cláusula penal, no artigo 413, o novo Código permite a redução da penalidade pelo juiz, eqüitativamente, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.²²⁹

Todas as hipóteses narradas tem por objetivo a prevalência do valor maior de equilíbrio da relação contratual pactuada, na forma da lei, e o afastamento de qualquer oneração excessiva.

Sob outra concepção, em que é objetivado o equilíbrio da relação material entre os contratantes, o princípio da justiça contratual justifica a imposição de normas cogentes nos contratos entre particulares, configurando restrição à liberdade de contratar, como suscitam Kötz e Flessner :

“Onde as partes são desiguais em poder de barganha, onde a paridade contratual é perturbada, e a parte mais fraca precisa de proteção, deve a liberdade contratual deixar de ser restringida por normas imperativas ? Não é tempo de o princípio da liberdade contratual ser substituído ou complementado pelo princípio da justiça contratual ?”²³⁰

Percebe-se, assim, a importância fundamental do princípio da justiça contratual no sistema estabelecido pelo Novo Código Civil.

5. Conclusões

228 artigo 396 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

229 artigo 413 - A penalidade deve se reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

230 Kötz, Hein e Flessner, Axel ; *European Contract Law*, vol. 1, *Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*. Tradução de Tony Weir. Nova York : Oxford, 1997. pág. 11.

Como conseqüência das modificações sofridas na sociedade contemporânea, com a superação do ideário liberal, o direito privado assume contornos diferenciados dos tradicionais. É em tal contexto que se pode falar em publicização do direito privado.

Entende-se por publicização do direito privado o fenômeno da interferência do Estado nas relações privadas, em defesa dos mais fracos, equilibrando relações naturalmente disformes.

A nova realidade social impõe restrições à liberdade de contratar. No Ordenamento Jurídico Nacional amplia-se a heteronomia da vontade, definida como a área dos atos jurídicos cuja regulação é externa aos seus elementos. O Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar.

A liberdade de fixar o conteúdo contratual implica na possibilidade de optar por qualquer dos contratos que possuem regulação específica na legislação, como também por alterá-los, acrescentando cláusulas não previstas ou na possibilidade de contratar de forma diversa da regulada pelo legislador. O artigo 104, do Código Civil, importa em restrição à liberdade de fixação do conteúdo negocial, restrição que se estende à ordem pública e aos bons costumes.

Normas de ordem pública são as que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral no direito privado de determinada sociedade, revestida de caráter imperativo, cujo descumprimento acarreta a sanção de nulidade do ato jurídico, na forma do artigo 166, do Código Civil. Os bons costumes são regras morais que formam a mentalidade de um povo e se expressam em princípios, como preempção, proibição do jogo, etc.

Os princípios da socialidade e da eticidade, constantes do Código Civil de 2002, são forma de restrição da fixação do conteúdo contratual, seja esclarecendo ao intérprete o exato conteúdo do contrato seja impondo às partes normas contratuais e padrões de conduta inafastáveis.

O artigo 421, do Código Civil, impõe a análise das normas do acordo de vontades a partir de sua finalidade, sua função, sua utilidade social. Também são emanções da socialidade no Código Civil os artigos 157, 423 e 424. Importante, ainda, a regra de que comete ato ilícito, o que significa revestir-se de nulidade e atrair a obrigação de indenizar, o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, pela boa fé ou pelo bons costumes, na forma do artigo 187, do Código.

Pelo princípio da eticidade, que se desdobra em princípios da boa fé e da justiça contratual, institutos como a propriedade e o contrato estão subordinados à realização dos interesses das pessoas, não configurando

finalidade em si mesmos, ao lado de que se exige, em outra vertente, padrões de comportamentos éticos, transparentes, o que repercute nos deveres decorrentes das relações negociais.

São emanações do princípio da boa fé objetiva os artigos 112, 113 e 422 do Código Civil. No artigo 187, há regra que enquadra o ato que despreza a boa fé objetiva como ato ilícito, sujeito à nulidade e indenização por dano. A previsão da necessidade de justiça contratual é disposta nos artigos 478, 479 e 480, na aceitação da onerosidade excessiva e no artigo 157, na admissão do instituto da lesão.

Concluimos, destarte, que a autonomia privada e, como conseqüência, a liberdade de contratar, sofre severas restrições no Código Civil de 2002, moldando as relações jurídico-privadas em padrões distintos da concepção tradicional.