

Teresa Negreiros

*Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC-Rio. Mestre em  
Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio.  
Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ*

# TEORIA DO CONTRATO: NOVOS PARADIGMAS

2ª Edição

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife

2006

BPDEA  
P  
U  
C  
R  
I  
O

Associação Brasileira para  
a Proteção dos Direitos  
Intelectuais e Autorais  
RESPEITE O AUTOR  
NÃO FAÇA CÓPIA

geral de tutela da pessoa humana) e os deveres impostos pelo princípio da solidariedade social — dois dos mais importantes signos da ordem constitucional em vigor — são considerados como fundamentos para a emergência do que neste trabalho se propõe como paradigma da essencialidade.

## 2. Renovação dos princípios do contrato

A evolução do pensamento jurídico em direção a uma nova concepção de contrato — identificada como uma concepção *social* do contrato<sup>26</sup> — contrapõe ao modelo liberal clássico o modelo contemporâneo, numa narrativa histórica que assinala, sob o ponto de vista dos princípios, as transformações de maior significado para a renovação da teoria contratual.

O ponto de partida da história que se passa agora a focalizar é o modelo de contrato enunciado pelo individualismo filosófico e pelo liberalismo econômico, que surgem no século XVIII, triunfam no século XIX e se positivam em valores jurídicos nas codificações francesa e alemã, nas

26. A socialização do contrato insere-se, naturalmente, na socialização, em geral, do direito civil. A seu respeito, António Pinto Monteiro reporta: "A falada *socialização* do direito civil é a fórmula por que correntemente se designa este fenómeno, de acentuação da componente social, conseqüente à superação histórica (dos pressupostos) do liberalismo e individualismo jurídicos. Pretende-se alcançar uma verdadeira justiça material (em consonância com as funções que se atribuem ao Estado de Direito Social), que não ignore, antes tome em devida conta, as desigualdades reais, que, de facto, condicionam e limitam as possibilidades de realização dos diversos sujeitos. O que teve repercussão em todo o direito civil e afectou de modo especial dois princípios, o da autonomia privada e o da responsabilidade civil" (António Pinto Monteiro, "O Direito do Consumidor em Portugal", in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 128-142, p. 130).

quais se inspirou o nosso Código Civil de 1916.<sup>27</sup> De acordo com este modelo, o formalismo deu lugar ao consensualismo, e a força obrigatória dos contratos passou a ser justificada pela idéia de respeito à palavra voluntariamente dada. O contrato passou então a pressupor tão-somente o consentimento mútuo, sem que uma forma específica fosse (em regra) essencial à sua validade.

A vontade passa a ser o cerne do contrato, e este, o cerne do Direito objetivo como um todo e do próprio Estado.<sup>28</sup> O cenário jurídico-filosófico do século XVIII — o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato — vai espriar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento civilístico.

O liberalismo econômico,<sup>29</sup> também ele uma doutrina desenvolvida no século XVIII, inspira-se na valorização da

27. Para uma justificativa da escolha do *Code* como sendo o ponto de partida desta pesquisa histórica acerca das mudanças ocorridas no Direito Civil, veja-se, por todos, Rosario Nicolò, "Diritto Civile", in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano: Giuffrè, 1964, p. 904-921, p. 909.

28. A propósito do papel central desempenhado pela vontade individual como suporte ideológico para a concepção liberal de Estado, Clóvis V. do Couto e Silva observa: "No Estado Liberal, com a nítida separação entre Estado e Sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada. Pela teoria do Direito, a vontade passou então a ser considerada como elemento natural à explicação das figuras jurídicas, extensiva até àquelas que não a pressupunham" (*A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 18).

29. Adam Smith é a principal referência do pensamento econômico liberal, denominado por Escola Clássica, cujas bases estão "na liberdade pessoal, na propriedade privada, na iniciativa industrial e no controle individual da empresa, apoiadas na doutrina do *laissez-faire*" (Jacob Oser e William C. Blachfield, *História do Pensamento Econômico*, ob. cit., p. 51).

vontade individual como elemento de garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade. Na base desta doutrina econômica está a concepção de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais.<sup>30</sup>

O "contrato social" é, neste contexto, ao mesmo tempo fundamento e limite do controle do Estado sobre certa esfera da vida em sociedade. As limitações impostas pelo Direito objetivo à liberdade dos indivíduos tiram a sua legitimidade do consentimento. No âmbito das relações interprivadas, a lógica mantém-se: o contrato constitui um instrumento de autolimitação da liberdade individual e, nesta medida, só pode justificar-se desde que fundado no consentimento dos indivíduos que assim se tornam "relativamente" menos livres em face da força obrigatória do vínculo entre eles voluntariamente formado.

Esta crença na intrínseca justiça do mecanismo contratual<sup>31</sup> reflete-se no postulado de que, como enunciava

30. A chamada "harmonia dos interesses" está retratada, por exemplo, na seguinte passagem da obra clássica de Adam Smith: "Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. (...) É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo" (*A Riqueza das Nações, Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*, vol. 1, trad. Luiz João Baraúna, São Paulo: Abril, 1983, p. 378-379). Esta concepção de fundo reflete-se numa concepção de forma, metodológica. Os fenômenos de âmbito nacional tendem a ser explicados a partir de exemplos concernentes ao indivíduo: "Assim como uma pessoa rica provavelmente será um cliente melhor para as pessoas operosas de sua vizinhança do que uma pessoa pobre, o mesmo acontece com uma nação rica" (Adam Smith, *A Riqueza das Nações...*, ob. cit., p. 410).

31. Eternizada na frase a todo o tempo citada: *Qui dit contractuel dit juste*.

Kant: "Quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio".<sup>32</sup>

A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se auto-imponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo. A lei referente aos contratos — salvo quando tem em vista proteger, precisamente, a livre formação e manifestação do consentimento — legitima-se como reprodução da tácita vontade dos contratantes, e, por essa razão, tem caráter dispositivo, não se aplicando quando a "vontade tácita" deixar de coincidir com a vontade expressamente manifestada em sentido contrário.

A desconstrução destes postulados, que durante o século XIX estiveram na base de todas as análises do contrato — seja como categoria abstrata, seja concretizado em algum tipo específico — dá lugar a uma reconceitualização do instituto, acompanhada, naturalmente, de uma nova principiologia.

Entre nós, a promulgação da Lei nº 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor — "CDC") representa o marco da "mudança de mentalidade"<sup>33</sup> relativa-

32. E. Kant, "Metafísica dos Costumes", *apud* Mireille Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, ob. cit., p. 234.

33. É como Antonio Junqueira de Azevedo se refere ao advento do CDC a propósito da consagração da boa-fé objetiva sob a forma de cláusula geral ("A boa-fé na formação dos contratos", in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 87, São Paulo, 1992, p. 79-90, p. 79).

mente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170, V, CF) sobre as relações contratuais de consumo. Os 10 anos de vida do CDC são por isso motivo de comemoração, na medida em que, pela via dos princípios contratuais ali consagrados:

FD  
"Os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, I, CF), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) foram trazidos ao cotidiano das relações jurídicas privadas, ganhando densidade normativa e informando a nova teoria contratual".<sup>34</sup>

O que há de significar para o direito dos contratos — reduto clássico do voluntarismo — o influxo dos princípios e valores constitucionais? Como esta mudança de mentalidade, postulando que as relações jurídicas se assentem também sobre o princípio da solidariedade (em lugar do princípio da soberania da vontade individual), haverá de repercutir no direito dos contratos e na interpretação do novo Código Civil?<sup>35</sup> O que significa, concretamente, exigir-se dos contratantes que sejam solidários entre si, na exata medida em que se trata de pessoas cuja dignidade deva respeitar-se acima de tudo?

34. Gustavo Tepedino, "Editorial: Dez Anos de Proteção ao Consumidor", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 5, jan.-mar. 2001, Rio de Janeiro: Padma, p. III-V, p. III.

35. Como se sabe, o novo Código Civil foi instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que prevê, no art. 2.044, que a sua entrada em vigor se dará um ano após a publicação.

A intenção desta pesquisa é relacionar algumas das mais importantes inovações que a teoria contratual vem sofrendo — mediante o estudo dos chamados "novos princípios do contrato": boa-fé, equilíbrio econômico e função social<sup>36</sup> (Capítulo II). Com base em tais princípios e na metodologia que os mesmos encarnam, propõe-se o reconhecimento do *paradigma da essencialidade* (Capítulos III e IV), procurando-se demonstrar a sua utilidade como meio de adequação da dogmática contratual à ordem civil-constitucional.

O paradigma da essencialidade — a servir para distinguir os contratos em razão do grau de imprescindibilidade do bem contratado — traduz adequadamente a metodologia civil-constitucional, na medida em que é deduzido de uma releitura, à luz da Constituição, de categorias dogmáticas consagradas (como é o caso da classificação dos bens, que passa a levar em conta o critério da utilidade existencial, em lugar da utilidade exclusivamente patrimonial). Ademais, a inovação no sistema de diferenciação dos contratos, por meio da classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos, traduz ainda a metodologia especificamente contratual, que, atualmente, se caracteriza por uma crescente fragmentação. Com efeito, a unidade e o formalismo do direito contratual clássico são incompatíveis com a concepção social do contrato, em que certas características das partes contratantes, antes inteiramente desconsideradas, ganham relevância jurídica.

36. Assim definidos por Antonio Junqueira de Azevedo ("Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual", in *Revista dos Tribunais*, nº 750, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 1998, p. 113-120, p. 116).