

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Diretor: ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

1. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Cláudia Lima Marques
São Paulo : RT, 2002.

Obras publicadas nesta Série vide p. 1.111.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marques, Cláudia Lima
Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais / Cláudia Lima Marques. – 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Biblioteca de direito do consumidor; v. 1).

Bibliografia.
ISBN 85-203-2250-6

1. Consumidores – Leis e legislação – Brasil 2. Consumidores – Proteção – Brasil 3. Contratos 4. Contratos – Brasil I. Título. II. Série.
CDU-347.44:381.6 (81)

02-2249

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos e consumidores : Direito
347.44:381.6 (81)

D. CIVIL (3) texto complementar

CLÁUDIA LIMA MARQUES

CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O novo regime das relações contratuais

4.^a edição revista, atualizada e ampliada,
incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR – 1

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

- Rev. Inf. legisl. – Revista de Informação Legislativa (Senado Federal, Brasília)
- RT – Revista dos Tribunais (São Paulo)
- RF – Revista Forense (Rio de Janeiro)
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TA – Tribunal de Alçada
- TACiv – Tribunal de Alçada Cível
- TJ – Tribunal de Justiça

A RENOVACÃO DA TEORIA CONTRATUAL

A NOVA TEORIA CONTRATUAL

SUMÁRIO: 1. A concepção tradicional do contrato: 1.1 Características principais – 1.2 Origens da concepção tradicional de contrato: a) O direito canônico; b) A teoria do direito natural; c) Teorias de ordem política e a Revolução Francesa; d) Teorias econômicas e o Liberalismo – 1.3 Reflexos da teoria contratual e do dogma da autonomia da vontade: a) A liberdade contratual; b) A força obrigatória dos contratos; c) Os vícios do consentimento – 2. A nova realidade contratual: 2.1 Noções preliminares: Os contratos de massa – 2.2 Os contratos de adesão: a) Descrição do fenômeno; b) A formação do vínculo; c) A disciplina dos contratos de adesão – 2.3 As condições gerais dos contratos (cláusulas contratuais gerais): a) Descrição do fenômeno; b) A inclusão de condições gerais nos contratos; c) A disciplina das condições gerais dos contratos – 2.4 Os contratos cativos de longa duração: a) Descrição do fenômeno; b) A estrutura dos contratos cativos de longa duração; c) Disciplina e visão da conexidade – 2.5 Os contratos à distância no comércio eletrônico: a) Descrição do fenômeno; b) Formação do vínculo e disciplina material; c) Disciplina no Direito Internacional Privado e no Direito Comparado – 2.6 As cláusulas abusivas nos contratos de massa – 3. Crise na teoria contratual clássica: 3.1 Crise da massificação das relações contratuais – 3.2 Crise da pós-modernidade – 4. A nova concepção de contrato e o Código de Defesa do Consumidor: 4.1 A nova concepção social do contrato: a) Socialização da teoria contratual; b) Imposição do princípio da boa-fé objetiva; c) Intervencionismo dos Estados; d) Contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais – 4.2 O Código de Defesa do Consumidor como consequência da nova teoria contratual: a) Limitação da liberdade contratual; b) Relativização da força obrigatória dos contratos; c) Proteção da confiança e dos interesses legítimos; d) Nova noção de equilíbrio mínimo das relações contratuais.

A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.

Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade.¹

Para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíproco. Assim, contrato de compra e venda é um sinalagma, em que um contratante assume a obrigação de pagar certo preço para alcançar um novo status jurídico, status de proprietário (seja de um automóvel, televisão ou mesmo de bens alimentícios), enquanto o outro assume a obrigação de transferir um direito seu de propriedade, porque lhe é mais interessante, no momento, ser credor daquela quantia. A idéia de troca, de reciprocidade de obrigações e de direitos serve para frisarmos a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio mínimo das prestações e contraprestações, equilíbrio mínimo de direitos e deveres. Note-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes.²

Para a teoria jurídica, o contrato é um conceito importantíssimo, uma categoria jurídica fundamental trabalhada pelo poder de abstração dos juristas, especialmente os alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do direito.³ É o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo Direito.

- (1) Assim ensinam os mestres comparatistas Zweigert/Koetz, p. 7, sobre a evolução desta visão econômica do contrato e sua importância ainda nos dias de hoje, Poughon, *Le contrat*, p. 47 e ss.
- (2) Como relembram os mestres da *common law*, o contrato, além da *exchange function*, possui uma importante função de alocação de riscos na sociedade moderna, veja o excelente Atiyah, p. 716.
- (3) Sobre o sistema do direito e a evolução dos conceitos da Teoria do Direito, veja a obra basilar de Karl Larenz, *Metodologia e sobre a história do pensamento jurídico*, veja o também excelente Wieacker, p. 524 e ss. Veja ainda sobre as escolas clássicas do século XIX, Hespanha, p. 176 e ss. e sobre a evolução do conceito de contrato, Lopes, *O direito na História*, p. 391 e ss.

A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação e, em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas. *Contrato evoluiu up ter um caráter social*

Este primeiro capítulo é, portanto, dedicado ao estudo da referida evolução da teoria contratual, evolução esta oriunda da realidade social e da ciência do Direito, que, no Brasil, culminará com a criação do Código de Defesa do Consumidor.⁴

1. A concepção tradicional do contrato

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia de vontade era a pedra angular do Direito.⁵ A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual.⁶ Como afirma Gounot,⁷ “da vontade livre tudo procede e à ela tudo se destina”.

- (4) Nesta quarta edição, tendo o CDC completado 10 anos de vigência, acompanharemos esta evolução teórica com alguns exemplos da prática jurisprudencial brasileira, que incorporou esta evolução teórica e ainda desenvolveu-a em interessantes linhas de *Richterrecht* (direito dos juizes) a influenciar todo o direito privado, a exemplo do que ocorreu na França. Veja Sauphonor, p. 1 e 370, p. 35 e ss.
- (5) Veja os clássicos ensaios de Michel Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, e de A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle*, ambos nos *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 4, Paris, Sirey, 1957, p. 87-98 e 126-132. Veja também Atiyah, p. 1 a 7.
- (6) Assim, os comparatistas alemães Zweigert/Koetz, p. 7; veja também Jacques Ghestin, *La notion de contrat*, em *Recueil Dalloz/Sirey*, 1990, n. 23, p. 147.
- (7) No original, “de la volonté libre tout procede, à elle tout aboutit”, apud Bessone, *Natura Ideologica*, p. 944.

É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito.⁸ A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes.⁹ A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.

Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do Direito¹⁰ e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil,¹¹ sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB/16), ainda em vigor.¹²

Uma concepção mais social¹³ e intervencionista de contrato massificado aparece no novo Código Civil Brasileiro, aprovado pelo Presidente da República, através da Lei 10.406, de 10.01.2002 (CCBr./2002), o qual introduz os mesmos princípios do Código de Defesa do Consumidor (função social dos contratos,¹⁴ boa-fé objetiva,¹⁵ e outros) no sistema do direito privado geral. Tramitando desde a década de 70 e

- (8) Sobre o voluntarismo da época moderna, veja excelente Hespanha, p. 156 e ss.
- (9) Relembre-se aqui a noção clássica de negócio jurídico, como declaração de vontade dirigida a um fim, tutelando o direito tanto esta vontade como os efeitos pretendidos pelas partes, veja a obra de Azevedo, p. 6 e ss.
- (10) Veja, por todos, Wieacker, p. 365 e ss.
- (11) Assim Lopes, *O direito na história*, p. 300-306, p. 391-401.
- (12) Assim Couto e Silva, *Perspectiva*, p. 134.
- (13) Assim, parecer do Deputado Ricardo Fiúza, que acompanha o texto, explica a necessidade de evoluir: "As profundas transformações históricas ocorridas no decurso do século XX, sobretudo nos variados setores da vida privada, impunham o amoldamento do novo Código Civil à configuração social contemporânea que permeia as relações pessoais e patrimoniais ocorrentes."
- (14) Assim o texto aprovado: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."
- (15) Assim o texto aprovado: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

aprovado sem modificações substanciais na parte contratual, o Código Civil Brasileiro de 2002 mantém certos aspectos da linha voluntarista no que se refere às obrigações contratuais em geral, em especial à proposta, à prescrição e à decadência, aos vícios da vontade e à nulidade relativa das obrigações, o que é explicável uma vez que o CCBr./2002 passa a regular, de forma unificadora, as obrigações civis e comerciais, sem afetar o o Código de Defesa do Consumidor, mas servindo a este de nova base conceitual.

Sendo assim, até porque segundo a maioria da jurisprudência brasileira e posição firme do STF, o Código Civil de 1916, como lei material, acompanhará os contratos assinados até a data da entrada em vigor do CCBr./2002 durante toda sua execução e, assim, continuará a servir de base conceitual às obrigações civis assinadas anteriormente, mesmo que reguladas pelo CDC, parece-me útil manter e desenvolver ainda mais estas observações sobre a concepção tradicional do contrato. De um lado há que se entender as origens, para se bem aplicar a lei nova, de outro, o movimento pendular das tendências de interpretação contratual que ainda não cessou no Brasil, nem no mundo.¹⁶

1.1 Características principais

Como primeira aproximação ao estudo da concepção tradicional de contrato vamos examinar a definição do grande sistematizador do século XIX, Friedrich Karl von Savigny, segundo a qual, o contrato é a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes ("Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden").¹⁷

Esta definição, em princípio simples, tem grande valor para a nossa análise, pois nela já podemos encontrar os elementos básicos que caracterizarão a concepção tradicional de contrato até os nossos dias: (1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre (4) definindo, criando direitos e obriga-

(16) Esta é a conclusão de Atiyah/*Contract*, 5. ed., p. 27, que analisando o momento atual contratual pergunta: "return to classical principles?" e explica: "It is therefore necessary, even in an introductory text like this, to consider how this new swing of the freedom-of-contract pendulum is being justified, and what its implication have been, and what they may hold for the future."

(17) Apud Zweigert/Koetz, p. 6.

ções protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de contrato está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e ao seu reflexo¹⁸ mais importante, qual seja, o dogma da liberdade contratual.

Para esta concepção, portanto, a vontade dos contraentes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a *genesis*, como também a legitimação do contrato¹⁹ e de seu poder vinculante e obrigatório.

Tendo em vista o papel decisivo da vontade a doutrina, a legislação e a jurisprudência, influenciadas por esta concepção, irão concentrar seus esforços no problema da realização dessa autonomia da vontade;²⁰ somente a vontade livre e real, isenta de vícios ou defeitos, pode dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e de direitos.

Nesse sentido, a função da ciência do direito será a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica limita-se, nesta época, portanto, a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos,²¹ desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes²² e pressupondo a existência de uma igualdade e liberdade no momento de contrair a obrigação.

Esta concepção clássica de contrato, individualista, liberal e centrada na idéia de valor da vontade, influenciará o pensamento jurídico brasileiro,²³ sendo aceita pelo Código Civil de 1916.²⁴

(18) Concordam Weil/Terre, p. 25, Rieg, p. 126, Larenz/AT, p. 35, Laufs, p. 255, Raizer, p. 12, Almeida Costa, p. 77, Reale/Nova Fase, p. 87, Couto e Silva/RT 655, p. 7, Gomes/Transformações, p. 9, porém, para os comparatistas Zweigert/Koetz, p. 9, Koendgen, p. 119 e Kramer/Muenchener, p. 1.090, os dogmas teriam o mesmo nível, sendo a característica mais importante a liberdade contratual, a qual não seria simples "reflexo" ou elemento do dogma da autonomia da vontade. A tradição brasileira e francesa é a que seguimos.

(19) Assim Kramer/Muenchener, p. 1.091 (ver § 145, 3, b).

(20) Concordam Zweigert/Koetz, p. 8.

(21) Nesse sentido Raizer, p. 12.

(22) Assim, o mestre de Porto Alegre, Couto e Silva/Perspectiva, p. 134.

(23) Veja sobre a repercussão do pensamento filosófico-jurídico europeu no pensamento jurídico brasileiro, a lição de Reale, Nova Fase, p. 219.

(24) Assim Pontes de Miranda/Fontes, p. 377 e Couto e Silva/Perspectiva, p. 137.

Mas a concepção clássica de contrato não é fruto de um único momento histórico, ao contrário, ela representa o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a idade média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Francesa, o nacionalismo crescente e o liberalismo econômico. A compreensão desta teoria clássica contratual exige, portanto, que se analise igualmente as origens dessa concepção, sempre tendo em vista o reflexo que estas influências teóricas e sociais tiveram no nascimento da doutrina da autonomia da vontade (1.2). É necessário, igualmente, que se identifique que conseqüências jurídicas se originaram, nos ordenamentos jurídicos de quase todos os povos europeus e também entre nós, da aceitação desta concepção clássica de contrato (1.3).

1.2 Origens da concepção tradicional de contrato

A concepção tradicional de contrato, segundo frisamos, está intimamente ligada a idéia de autonomia da vontade, eis porque é possível identificar suas origens analisando a evolução deste dogma basilar do direito. Segundo doutrinadores franceses,²⁵ quatro são as principais origens da doutrina da autonomia da vontade no direito:

a) O direito canônico — O direito canônico contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana.²⁶ O simples pacto faz

(25) Assim Weil/Terre, p. 50 sobre as origens da doutrina da autonomia da vontade.

(26) Segundo Puig Peña, p. 2, o *pactum* ou *conventio*, no direito romano, significava um simples acordo que por si só não gerava uma *actio*, nem vínculo obrigacional, sendo necessário um *plus* (*causa civilis*) para se transformar em *contractus*: a forma especial, ou mais tarde, a execução por uma das partes. De outro lado, se Roma possuía um conceito mais objetivo de contrato e diferenciado do atual, isto não impede que alguns doutrinadores visualizem na relação de forças entre o disposto na *lex* e as instituições do *ius* (incluindo aqui os atos jurídicos) um conceito de autonomia privada bastante semelhante ao atual, como espaço reservado para a autodeterminação dos indivíduos, veja a controvérsia em Frezza, p. 481 e Carressi, p. 265. Sobre a flexibilização na evolução do direito romano, veja também Lorenzetti, *Tratado-I*, p. 16 e Lopes, *O direito na história*, p. 392.

nascer a obrigação jurídica, como fruto do ato do homem. É o direito canônico que vulgariza a fórmula *ex nudo pacto nascitur*. Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo. Assim, livre do formalismo excessivo do direito romano, o contrato se estabelece como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica.²⁷

b) A teoria do direito natural — É na teoria do direito natural que encontramos, porém, a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual. Como ensina Reale,²⁸ à luz do Direito Natural, especialmente devido às idéias de Kant, a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois, é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza. Kant²⁹ chegaria mesmo a afirmar que a autonomia da vontade seria “o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem”. Estas idéias de Kant tiveram muita influência na Alemanha à época da sistematização do direito e serão uma das bases da *Willenstheorie*,³⁰ para a qual a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.

Para Wieacker,³¹ os pandectistas do século XIX, ao sistematizarem a ciência do direito e os conceitos jurídicos, basearam-se na ética da liberdade e do dever de Kant. Para este famoso historiador do direito, é na ideologia do jusnaturalismo que vamos encontrar a fonte do que ele chama “paixão burguesa pela liberdade”. Efetivamente, é no direito natural que encontramos a base do dogma da *liberdade contratual*, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, liberdade esta que só poderia ser restringida pela vontade (*Wille*) do próprio homem.³² O próprio Kant³³ afirmaria que as pessoas só podem

(27) Assim concluem também Mazeaud/Mazeaud/Chabas, p. 53.

(28) Reale/Nova, p. 61.

(29) Kant, *Kritik der Praktischen Vernunft* apud Reale/Nova, p. 60.

(30) Assim concluem, também, Zweigert/Koetz, p. 8.

(31) Wieacker, p. 280.

(32) Concordam igualmente Zweigert/Koetz, p. 8. Em interessante estudo Ernst Wolf relembra que o § 823 do BGB ao citar os bens e valores, os quais lesados

se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato. Wieacker chega a considerar o jusnaturalismo, com as influências por ele recebidas da tradição católica, como a força mais poderosa no desenvolvimento do direito, depois do *Corpus Iuris Civile*.³⁴ Mas não só as teorias ético-jurídicas tiveram influência na formação de concepção clássica de contrato, também as teorias de ordem política e econômica ajudaram a moldá-la.

c) Teorias de ordem política e a Revolução Francesa — Já se afirmou que o direito moderno nasce com a Revolução Francesa,³⁵ neste sentido queremos destacar a influência que a famosa *teoria do contrato social* exerceu sobre o direito contratual. Esta teoria de Rousseau lança a idéia do contrato como base da sociedade, sociedade politicamente organizada, isto é, o Estado. Aqui vamos reencontrar o dogma da vontade livre do homem, pois, segundo esta revolucionária teoria francesa, a autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, isto é, os cidadãos. Suas vontades se unem (em contrato) para formar a sociedade, o Estado como hoje o conhecemos. Nas palavras célebres de Rousseau: “Já que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, portanto, os contratos (as convenções) como base de toda a autoridade legítima no meio dos homens”.³⁶

Note-se que também aqui está presente a idéia de renúncia à parte da liberdade individual. É necessário renunciar através do contrato social, mas a própria renúncia é expressão do valor da vontade. O contrato

originam a pretensão de ressarcimento por ato ilícito no direito alemão, inclui “a liberdade”, como interesse e direito natural do homem (*Vertragsfreiheit — eine Illusion?* FSKeller, p. 360).

(33) Kant/*Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, p. 375: “Man sah den Menschen durch seine Pflicht an Gesetze gebunden, man liess es sich aber nicht einfällen, dass er nur seiner eigenen und dennoch allgemeinen Gesetzgebung unterworfen sei, und dass er nur verbunden sei, seinen eigenen, den Naturzweck nach aber allgemeinen gesetzgebenden Willen gemaess zu handeln”.

(34) Wieacker, p. 297.

(35) Assim Reale/Nova, p. 73.

(36) Nas palavras originais, Rousseau, p. 45, L. I., Cap. IV: “puisque aucun homme n’a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes”.

é, assim, não só a fonte das obrigações entre indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. Mesmo o Estado retira sua autoridade de um contrato, logo a própria lei estatal encontra aí sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. O contrato, tornando-se um *a priori* do direito, revela possuir uma base outra, uma legitimidade essencial e autônoma em relação às normas: a vontade dos cidadãos.³⁷ A teoria do contrato social conduz, portanto, à idéia de importância da vontade do homem.³⁸

Destaque-se, por fim, a maior realização da Revolução Francesa no campo do Direito Civil, o Código Civil francês de 1804. O *Code Civil*, elaborado na época napoleônica, conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do Direito Natural Moderno, tendo, segundo Reale,³⁹ remota fonte hobbesiana. Marco da história do direito,⁴⁰ esta codificação, que influenciaria grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo, coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade,⁴¹ afirmando, em seu art. 1.134, que as convenções legalmente formadas têm lugar das leis para aqueles que as fizeram.⁴² Esta visão extremamente voluntarista do direito contratual influenciará várias codificações, inclusive a nossa,⁴³ moldando para sempre a concepção clássica de contrato.

(37) Assim Puig Peña, p. 3. Já o mestre alemão Coing/*Rechtsphilosophie*, p. 33, observa que exatamente neste momento, o homem (*Menschen*) volta a ser visto como cidadão (*Bürger*) e o direito dos homens (direito natural) vai cedendo espaço para o direito dos cidadãos (direito civil ou *bürgerliches Recht*, em alemão), direito dos iguais na sociedade civil.

(38) Assim Weil/Terre, p. 51.

(39) Reale, *Nova Fase*, p. 87 e Villey, p. 683.

(40) Veja, sobre as concepções filosófico-jurídicas do Iluminismo inspiradoras da codificação francesa e sua influência no positivismo jurídico, Bobbio, *Positivismo*, p. 64 e ss.

(41) Destaque-se a nota crítica de Miguel Reale: "O contratualismo exagerou o poder criador do homem, e este, concebido fora da sociedade, seguiu o destino que Aristóteles lhe traçara nas pontas de sua alternativa: ou um bruto (Hobbes) ou um deus (Rosseau)." (Reale, *Fundamentos*, p. 45 e 46).

(42) No original: "Art. 1.134 - Les conventions légalment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", nossa tradução no texto foi influenciada por aquela de Reale, *Nova Fase*, p. 90, veja também sobre o sistema contratual do *Code Civil*, Morin, *Révolution*, p. 13 a 17.

(43) Veja sobre a influência francesa os estudos de Antonio Junqueira de Azevedo, em Marques, *RT* 741, p. 11 e ss.

d) Teorias econômicas e o Liberalismo - As teorias econômicas do século XVIII, em resposta ao corporativismo e as limitações impostas pela igreja católica, propõem a liberdade como panacéia universal.⁴⁴ Para estas teorias, é basicamente necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade.⁴⁵

Uma vez que o contrato é o instrumento colocado à disposição pelo direito para que esta movimentação aconteça, defendem a necessidade da liberdade contratual. Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza. Na expressão da época: "Qui dit contractuelle, dit juste".⁴⁶

O modelo do *synalagma* serve como base para esta visão econômica do contrato, a qual reafirmará ser este precipuamente um instrumento de troca do "inútil" pelo "útil", visando a realização de interesses individuais daqueles que contrataram. Note-se aqui uma dupla função econômica do contrato: instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (sua nova "utilidade"). Evolui-se, assim, para considerar o contrato menos um instrumento de troca de objetos, mas sim uma troca de valores.⁴⁷

No século XIX, auge do Liberalismo, do chamado Estado Moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato,⁴⁸ em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade.⁴⁹

(44) Kramer/*Krise*, p. 22.

(45) Veja Amaral, *Autonomia*, p. 26 e, também, o excelente Atiyah, p. 277, o qual destaca a importância da idéia de propriedade privada, a possibilitar essa liberdade de trocas de mercadorias na sociedade.

(46) Assim Koendgen, p. 119, segundo Ghestin, *L'utile*, p. 36, a expressão é de Fouillée, veja em português Schwab/*Ajuris* 39, p. 17: "quem diz contratual, diz justo".

(47) Assim conclui, também, Poughon, p. 54 e ss.

(48) Veja detalhes na tese de Lobo, p. 35 e ss. e em Bessone, *Natura ideologica*, p. 945.

(49) Assim, também, excelente, Reale, *Nova Fase*, p. 91.

1.3 Reflexos da teoria contratual e do dogma da autonomia da vontade

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras conseqüências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.

Vejamos, portanto, em detalhes estas conseqüências e reflexos no mundo do direito da aceitação da doutrina da autonomia da vontade:

(a) A liberdade contratual — A idéia de autonomia de vontade está estreitamente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.

Para alguns novos autores alemães,⁵⁰ os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual deveriam ter o mesmo nível e importância na caracterização da teoria tradicional do contrato. Evitando teorizar se o dogma da liberdade contratual teria sua origem na doutrina da autonomia da vontade ou não, preferem eles uma análise funcional da teoria contratual, destacando que o contrato é, para o liberalismo econômico do século XIX, um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade. Para estes

⁽⁵⁰⁾ Assim os comparatistas famosos, Zweigert/Koetz, p. 9, o respeitado comentário do BGB, Kramer/Muenchener, p. 1.090 e a *Habilitationsschrift* de Koendgen, p. 119.

autores,⁵¹ a idéia de liberdade contratual preencheu três importantes funções à época do liberalismo, momento de maturação da concepção tradicional de contrato. De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando assim de maneira *optimal* as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: *a livre concorrência*. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurado a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*. Koendgen⁵² destaca aqui, que esta ampla liberdade de contratar pressupõe juridicamente a aceitação de que a obrigação assumida é limitada a determinado ato e em determinado espaço de tempo. Ganha, assim, importância para o direito o *consenso*, a vontade de indivíduo, o conteúdo e os limites desta vontade, interna ou declarada. A terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada como função "*protetora*". Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de defender-se contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade.

Como se observa, mesmo nesta exposição alternativa do dogma da liberdade contratual, este aparece intrinsecamente ligado à autonomia da vontade, pois é a vontade, que, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.

Preferimos aqui destacar os reflexos que ambos os dogmas tiveram na teoria contratual tradicional, assim temos, por exemplo, o princípio da *liberdade de forma* das convenções, o da *livre estipulação* de cláusulas e a possibilidade de criar *novos tipos* de contratos, não tipificados nos Códigos.

Na teoria do direito, a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: *as regras imperativas* que a lei formula.⁵³ Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre

⁽⁵¹⁾ Koendgen, p. 119 a Kramer/Muenchener, p. 1.091.

⁽⁵²⁾ Koendgen, p. 119 e 120.

⁽⁵³⁾ Assim Carbonnier, p. 146 e Weil/Terre, p. 53.

capacidade. No mais, as *normas* legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento.

b) A força obrigatória dos contratos — Se, para a concepção clássica de contrato, a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual; se, como vimos, até mesmo a sociedade politicamente organizada tem sua fonte em um contrato social; se o homem é livre para manifestar a sua vontade e para aceitar somente as obrigações que sua vontade cria; fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a idéia de superioridade da vontade sobre a lei.⁵⁴ O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora. O contrato, como diz o art. 1.134 do Código Civil francês, será a lei entre as partes. A própria lei, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na idéia de um contrato entre todos os indivíduos desta sociedade. A *vontade* é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos.

A *idéia de força obrigatória* dos contratos significa que uma vez manifestada a vontade as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor ante a tutela jurisdicional. Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato. Lembre-se por último que, como corolário da liberdade e autonomia da vontade, a *força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando a sua vontade (inter partes).*

c) Os vícios do consentimento — Do dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais, retira-se o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito. Aqui, portanto, a base da teoria dos vícios do consentimento, presente no Código Civil brasileiro, nos arts. 86 a 113. Se na formação do contrato estiver viciada

⁽⁵⁴⁾ Assim concluem Weil/Terre, p. 55.

a vontade de uma das partes, o negócio jurídico é passível de anulação. Como se vê, a validade (e a eficácia) jurídica do contrato mais uma vez dependem da vontade criadora. A própria escolha, no art. 147, II, do CC, da figura da anulabilidade rende homenagem à autonomia da vontade, pois ao contrário da nulidade, que deve ser declarada *ex officio* pelo juiz, a anulabilidade só repercutirá na validade e eficácia do ato se for manifestado o interesse das partes neste sentido e antes da prescrição da ação.

Ao direito interessava, portanto, identificar qual vontade serve de fonte e legitimação do contrato, se a vontade interna (posição defendida pela *Willentheorie*) ou se a vontade declarada (posição defendida pela *Erklärungstheorie*).⁵⁵ Apesar da grande influência exercida por Savigny, defendendo a prevalência da vontade interna, os Códigos se dividiram, especialmente o Código Civil alemão (BGB) de 1900, de um lado aceitando a figura do erro e de outro, preocupados com a segurança e a estabilidade das relações jurídicas e a proteção do terceiro de boa-fé, confirmando o conteúdo do que foi efetivamente declarado.⁵⁶

Ainda quanto às conseqüências do dogma da autonomia da vontade, cabe destacar que se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito a não ser em casos especialíssimos de lesão.⁵⁷ Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes.

Nas discussões do fim do século XIX, no início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos. É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste. Vejamos, portanto, como a posterior evolução da sociedade, com a revolução industrial e massificação do consumo, acentuou ainda mais esta discrepância entre o que os norte-americanos, corretamente, denominam *law-in-the-books* e *law-in-action*.⁵⁸

⁽⁵⁵⁾ Veja Nery, p. 8 a 15.

⁽⁵⁶⁾ Sobre a posição de compromisso dos §§ 116 e ss. do BGB, veja Koendgen, p. 3.

⁽⁵⁷⁾ Veja sobre a lesão e cláusula *rebus sic stantibus*. Couto e Silva/RT, p. 7 e a obra específica de Caio M. da Silva Pereira.

⁽⁵⁸⁾ Expressão de Friedman, apud Koendgen, p. 2.