

1ª edição – 1959
26ª edição – 2007

© Copyright
† Orlando Gomes

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Gomes, Orlando	
G615c	Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
	Bibliografia.
ISBN 978-85-309-2520-8	
	1. Contratos. I. Título.
342.14	CDU – 347.4

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Capítulo 2

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL

Sumário: 12. Princípios gerais. 13. Princípio da autonomia da vontade. 14. Limitações à liberdade de contratar. 15. Derrogações e mutilações. 16. Limitação à liberdade de modificar o esquema legal do contrato. 17. Processos técnicos para coibir abusos. 18. O princípio do consensualismo. 19. Princípio da força obrigatória. 20. Teoria da imprevisão. 21. Princípio da boa-fé. 22. Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. (RA) 23. Princípio do equilíbrio econômico. (RA) 24. Princípio da função social do contrato. (RA)

12. Princípios gerais. O Direito dos contratos repousa em quatro princípios: 1) o *da autonomia da vontade*; 2) o *do consensualismo*; 3) o *da força obrigatória*; 4) o *da boa-fé*.¹ (RA) Os três primeiros podem ser chamados tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu na doutrina contemporânea sentido e funções inteiramente novos, desempenhando papel de destaque no Código Civil de 2002. Ao lado dela, pode-se acrescentar dois outros princípios norteadores do regime contratual na nova codificação, o *princípio do equilíbrio econômico do contrato* e o *princípio da função social do contrato*. Afirma-se, assim, que atualmente há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social). (RA)

13. Princípio da autonomia da vontade. O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício des-

¹ Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. II, p. 425.

se *poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade* como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

A *liberdade de contratar propriamente dita* é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de *silêncio* ou *carência* das vontades particulares.² Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o *conteúdo* de contrato, nos limites legais imperativos.

O *princípio da liberdade de contratar* torna-se mais inteligível à luz da distinção entre *leis coativas* e *supletivas*. As primeiras ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer.³ Quando ordenam, dizem-se *imperativas*. Quando proíbem, *proibitivas*. Destinam-se as *leis supletivas* a suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara. Ora, o Direito Contratual constitui-se, predominantemente, de *normas supletivas*, deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera. Nesse território, a *liberdade de contratar* domina amplamente.

2 Henri de Page, ob. cit., p. 425. Gunot, *Le Principe de l'Autonomie de la Volonté*; Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé*; Betti, *Teoria del Negocio Jurídico*.

3 *Introdução ao Direito Civil*.

Não procede a observação de que a autonomia das partes é mais aparente do que real, feita sob o fundamento de que estas se submetem, quase sempre, aos preceitos legais, despreocupando-se dos efeitos secundários do contrato.⁴ Se é verdade que ocorre freqüentemente a submissão dos contratantes às normas supletivas do Direito Contratual, nem por isso a liberdade de contratar é um postulado acadêmico. Em cada contrato usa-se com maior ou menor extensão, dependendo da conveniência das partes. Se a dispensam freqüentemente é porque a lei condensa, via de regra, os preceitos usuais que costumam reger o conteúdo dos contratos mais comuns. Somente, pois, quando lhes convém regulá-los de modo diverso é que fazem valer a liberdade que lhes é assegurada.

A circunstância de serem *supletivas* em grande número as regras do Direito Contratual não significa que sua aplicação fica ao arbítrio das partes se não regulam expressamente certos efeitos do contrato. A omissão determina-lhes a incidência no contrato, aplicando-se, *obrigatoriamente*, no suposto de que traduzem a vontade das partes. A aplicação é inelutável, prevalecendo ainda quando fosse outra. Enfim, a norma, em princípio facultativa, torna-se *obrigatória* para os contratantes,⁵ uma vez que não tenham previsto, por outro modo, o efeito disciplinado, em termos gerais e impessoais, pela lei.

O Direito Contratual compõe-se de *leis supletivas*, ou *dispositivas*, mas também de *leis coativas*. Até mesmo quando o princípio da autonomia da vontade alcançou a maior amplitude se reconhecia a necessidade de *normas imperativas*, tanto de inspiração política como por injunções da técnica jurídica. Em qualquer regime contratual, são indispensáveis normas inderrogáveis pela vontade das partes.

14. Limitações à liberdade de contratar. A *liberdade de contratar*, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas *limitações* de caráter geral sempre confinaram-na: a *ordem pública* e os *bons costumes*. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites.

Mas essas *limitações* gerais à *liberdade de contratar*, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais pude-

4 Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, t. II, p. 274.

5 Bessone, *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*.

ram ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à *organização política* e à *infra-estrutura ideológica*.

A despeito, porém, das suas flutuações e da assinalada dificuldade de reduzi-las a termos puramente objetivos, tem-se procurado fixar o conceito tanto de *ordem pública* como de *bons costumes*, para que não variem ao sabor de convicções pessoais dos aplicadores da lei.

Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social.⁶ Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se, então, que ferem as leis de *ordem pública* e os *bons costumes*.

A lei de *ordem pública* seria “aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”.⁷ Essa idéia geral não traça diretriz suficientemente clara para guiar o juiz obrigado a invocá-la, porquanto não é fácil determinar taxativamente os *interesses essenciais* do Estado e da coletividade, variáveis em função até do regime político dominante. Por outro lado, os pilares da ordem econômica e moral de determinada sociedade são em número reduzido. Considerados apenas os fundamentais, limitar-se-ia, demasiadamente, o conceito de *ordem pública*.

Recorre-se ao expediente da *enumeração* exemplificativa, tentando-se classificá-los, como segue: 1º) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; 2º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4º) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; 5º) as leis sobre o estado civil; 6º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; 7º) as leis relativas à composição do domínio público; 8º) os princípios

6 Cf. Henri de Page, t. 1º, p. 100.

7 Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 102.

fundamentais do direito de propriedade; 9º) as leis monetárias; e 10) a proibição do anatocismo.⁸

Via de regra, as *leis coativas* são de *ordem pública*, uma vez que também não podem ser derogadas pela vontade particular – *privatorum pactis mutari non potest*. Incorreria em equívoco, todavia, quem as equiparasse. Se toda lei de *ordem pública* é *imperativa*, ou *proibitiva*, nem toda *lei coativa* é de *ordem pública*. Para a proteção de certos interesses privados, contém a lei preceitos *coativos*, mas as *disposições* que tendem a essa finalidade não entendem com os interesses essenciais da sociedade, não se considerando, portanto, regras de ordem pública.

A noção de *bons costumes* oferece a mesma dificuldade de conceituação. Não há expressões gerais para defini-la em termos precisos. Parece ser projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confunde com a Moral.

Na impossibilidade de formular conceito preciso, a doutrina socorre-se, igualmente, do expediente da enumeração, considerando contrários aos *bons costumes*, dentre outros, os seguintes contratos: 1º) os relativos à exploração de casas de tolerância; 2º) os concernentes às relações entre concubinários; 3º) os que têm por objeto a corretagem matrimonial; 4º) os que dizem respeito ao jogo; 5º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência; 6º) os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo.⁹

Os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos *bons costumes* são *nulos*. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico estatui, por esse modo, limitações de ordem geral à *liberdade de contratar*. Em conseqüência, firma-se o princípio de que toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita for sua *causa*.

Mas essas limitações à autonomia *privada*, que sempre existiram, não eram suficientes para impedir a prática de abusos. Pois consentiram o exercício da liberdade de contratar com uma desenvoltura que tornara excessivo o poder da vontade, como, afinal, se veio a reconhecer. (RA) De acordo com o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratar também encontra limite na função social do contrato, adiante estudada. (RA)

15. Derrogações e mutilações. Quando se apreciam as conseqüências práticas do uso da *liberdade de contratar* num regime de desigualdade

8 Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 103.

9 Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 112.

econômica como o que resultou do desenvolvimento do capitalismo, a impressão mais viva é a da abstenção do Estado no momento da formação dos contratos. O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. No pressuposto dessa igualdade meramente teórica presumia-se que os interessados em contratar precediam o contrato, qualquer que fosse, de *livre discussão*, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum. Como toda *obrigação* importa limitação da liberdade individual, o contratante que a assumisse estaria praticando ato livre de todo constrangimento, já que tinha a liberdade de celebrar, ou não, o contrato. Por princípio, a limitação da liberdade haveria de ser voluntária e os efeitos jurídicos do contrato realizado, fossem quais fossem, presumiam-se queridos pelas partes. A omissão da lei na determinação do conteúdo dos contratos justificava-se diante do princípio que assegurava a liberdade dos contratantes na sua *formação*. Partes iguais e livres não precisavam da interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações onerosas ou vexatórias. O poder de contraí-las livremente, após a discussão das condições contratuais, foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar, tanto que os primeiros passos para evitar que um dos contratantes, por sua posição mais favorável, impusesse ao outro sua vontade, eliminando as negociações preliminares sobre o conteúdo do contrato, foram considerados intoleráveis restrições à liberdade.

Mas de tal modo se abusou dessa liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, que a reação cobrou forças, inspirando medidas legislativas tendentes a limitá-las energeticamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.¹⁰

Muitos contratos passaram a se formar pela *adesão* inevitável de uma das partes às cláusulas impostas pela outra. Por outro lado o conteúdo de outros veio a ser regulamentado insubstituívelmente por preceitos legais imperativos. Tais alterações atingiram a liberdade de formação do vínculo

10 Lacordaire. A expressão “dirigismo contratual” significa, para Josserand, seu criador, que o contrato se tornou uma operação dirigida, seja pelo poder público, legislador ou juiz, seja por um só dos contratantes, que impõe sua fórmula e suas condições ao outro – *Tendances actuelles du contrat*. Ver do autor *Contrato de Adesão*, Ed. Rev. dos Tribunais.

contratual, influenciando no próprio *conceito* de *contrato*. Falou-se, então, na *decadência do contrato*,¹¹ porque as cláusulas de alguns deixaram de ser livremente determinadas pelas partes. Afirmou-se que a noção clássica deixara de corresponder à realidade. Relações jurídicas, oriundas tradicionalmente de contrato, passaram a ser explicadas com efeito de causa diversa, admitida, como foi, por certas correntes doutrinárias, a natureza *unilateral* do ato de formação.

É, assim, interessante passar em revista alguns desses agravos à sua incolumidade no empenho e compromisso de averiguar se respondem a definitiva e irreversível mudança na evolução do Direito Privado e se representam a propagação no território jurídico de um movimento mais profundo na estrutura e na funcionalidade do arcabouço cultural da sociedade.

Em resumo, interessa interpretá-las para verificar se constituem os sinais da decadência do contrato como o instrumento por excelência da vida econômica e de sua incapacidade para atender às exigências de uma sociedade de massa onde – como já se disse expressivamente – muito mais do que de *contrato* se deveria falar de *ditado*.

O método mais aconselhado para proceder à análise investigatória é o da definição em cada aspecto da liberdade contratual, de suas principais derrogações, limitações ou mutilações.

O princípio de que toda pessoa pode soberanamente *abster-se* de contratar sofre exceções cada vez mais importantes e numerosas.

Tais exceções ocorrem quando o indivíduo:

- a) tem de aceitar, sem alternativa, uma proposta ou oferta de contrato;
- b) tem de concorrer para a formação de um vínculo contratual.

Nessas duas situações, diz-se que há *obrigação de contratar*. Têm-na:

- a) os que se encarregam da prestação dos serviços públicos, ou dos serviços de assistência vital, também chamados de *primeira necessidade*;
- b) os que exercem atividade econômica em caráter de monopólio.

A obrigação de contratar pode ser imposta pela lei ou resultar da vontade particular.

São impostas pela lei:

- a) a dos monopólios legais e, segundo alguns, dos monopólios de fato;
- b) a que, embora não seja de monopólios, nasce tal como se fosse, por exemplo, a das companhias de seguros em relação aos seguros obrigatórios.

11 Morin, *La Loi et le Contrat*.

Derivam da vontade particular as obrigações:

- a) contraídas em contrato preliminar;
- b) provenientes do chamado legado de contrato.

A obrigação de contratar estipulada em um negócio jurídico preliminar ou pré-contrato é, quando possível, cumprida até por efeito de sentença judicial substitutiva.¹²

O legado de contrato é uma disposição testamentária pela qual o testador impõe ao herdeiro prestar alimentos a determinada pessoa.

A multiplicação das obrigações de contratar provocou importantíssima mudança no cumprimento das *obrigações de fazer*, a possibilidade de se obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído. O Código de Processo Civil de 1973 aceitou essa solução, tendo reproduzido a disposição do Código Civil italiano (art. 2.932).¹³

A inovação pode estender-se, com proveito, às obrigações legais de contratar.

A liberdade de determinação do conteúdo do contrato vem sendo restringida por diferentes processos e através de novas técnicas negociais.

Antes de indicá-las é interessante apontar alguns modos por que se vem determinando *habitualmente* o conteúdo dos contratos. Tais são:

- a) a inserção de cláusulas necessárias;
- b) a inserção de cláusulas de uso;
- c) a redação de condições gerais através de cláusulas uniformes;
- d) o formulário.

São *cláusulas necessárias* as em que a lei exige a inclusão no conteúdo do contrato e as que estão legalmente subentendidas.

Chamam-se *de uso* as cláusulas habituais que integram o conteúdo de certos contratos, exercendo importante função complementar e interpretativa. Conhecem-se pela expressão *cláusulas de estilo*.

Para uniformidade do tratamento contratual nas relações de massa ou em série, tornou-se comum o novo processo de formação de tais vínculos consistente na elaboração das cláusulas por um dos sujeitos para aceitação global do outro. São as chamadas *condições gerais dos contratos*, mais conhecidos entre nós pela expressão *contrato de adesão*.

12 (RA) Art. 464 do Código Civil (RA).

13 Rescigno, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, p. 253; no Direito pátrio as obras de Comentários ao Código de Processo Civil.