TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA: NOVOS PARADIGMAS.

Marcelo Farina de Medeiros, Juliane Nagafugi de Souza Costa

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente, SP. E-mail: mfmedeiros@unoeste.br

RESUMO
O presente estudo se vale do método dedutivo, dialético e empírico para, por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legal, contribuir com a análise das teorias contratualistas, seu contexto histórico e período de aplicação. Com as revoluções liberais buscou-se a autonomia nas relações sociais, tanto no plano horizontal como vertical. Neste contexto surgiu a teoria contratual clássica, fundada na *pacta sunt servanda*. Entretanto, com a dinamização das relações sociais e fragilidade da fase negocial na celebração de negócios jurídicos, sobretudo com o advento do contrato de adesão, princípios do Estado Democrático de Direito passaram a ser feridos, surgindo a necessidade da atuação do Estado na busca equilíbrio das relações jurídicas. Apresenta-se, então, a teoria contemporânea dos contratos, que prima pela proteção dos valores sociais, trazendo como objeto jurídico a ser tutelado a pessoa, em substituição ao ato negocial. Vislumbra-se, neste diapasão, uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.
Palavras - chave: Contrato; Autonomia da vontade; Função social.

CONTEMPORARY CONTRACT THEORY: NEW PARADIGMS

ABSTRACT
This study uses the deductive method, dialectical and empirical for through doctrinal, jurisprudential and legal research to contribute to the analysis of contractarian theories, their historical context and application period. With the liberal revolutions sought to autonomy in social relations, both horizontal and vertical. In this context came the classical contractual theory, based on pacta sunt servanda. However, with the promotion of social relations and weakness of the negotiating phase in the execution of legal, especially with the advent of the accession agreement, Law Democratic State principles came to be harmed, resulting in the need for state action to the equilibrium search of legal relations. It comes, then, the contemporary theory of contracts, to prioritize for the protection of social values, bringing as legal object to be protected the person, instead of the bargaining act. Therefore we see a paradigm break, occasioning a milestone in negotiation law, from which the contract social function shall govern the extent of the autonomy of the parties.
Keywords: Contract Agreement; Freedom of choice; Social role.

INTRODUÇÃO

A queda do Estado Liberal influenciada por grandes movimentos socioeconômicos e políticos – revolução industrial, guerras mundiais, crise norte americana de 1929, etc. – deu espaço ao surgimento do Estado Social e, consequentemente, à intervenção estatal nas relações privadas, passando o Estado a atuar direta e indiretamente na Ordem Econômica, como agente de mercado, ou como agente regulador, fiscalizador e planejador.

A primeira Constituição Federal Brasileira a consagrar princípios e normas sobre a Ordem Econômica foi a de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar (Alemã). Contudo, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se incorporou ao sistema constitucional nacional a Ordem Econômica atual, indicativa de um sistema capitalista neoliberal. O sistema opta claramente pelo sistema capitalista de mercado, ao priorizar a apropriação privada dos meios de produção (artigos 170 e 173), mas, “visando a arrumar a desordem que provinha do liberalismo” (SILVA,

1996), condiciona à atividade econômica uma função social, conferindo prioridade ao ser humano ao declarar não só como fundamento da Ordem Econômica (art. 170), mas da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Constituição Federal excepciona ao Poder Público a possibilidade de exploração direta de atividade econômica – quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse público (art. 173, *caput*) –, monopólio de algumas atividades tidas como de relevante interesse nacional (art. 177) e intervenção estatal na economia para assegurar a dignidade humana, conforme os ditames da justiça social – finalidade da ordem econômica –, revelando o que ficou conhecido por neoliberalismo, ou social liberalismo.

Diante da dificuldade da ponderação entre os valores individualistas e solidaristas, o Supremo Tribunal Federal decidiu (ADI 319) que a natureza da atividade relacionada ao ser humano (dignidade do ser humano) pode ser invocada como fundamento de legitimação da intervenção estatal nos contratos privados.

A Constituição Federal determina um conteúdo preciso através de seus princípios, como a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais, e a busca do pleno emprego, o que "revela o compromisso do capitalismo nacional em humanizar-se" (SILVA, 1996), priorizando, no campo contratual, a substância em detrimento da forma. Assim, são acrescidos valores outros ao da liberdade individual, como direitos sociais e transindividuais. A auto-organização do mercado dá espaço à possibilidade de controle Estatal e à propriedade privada é acrescida uma função social. A liberdade fica condicionada ao equilíbrio das partes e, por fim, a boa-fé objetiva – na tratativa, no contrato e no pós-contrato – passa a ser considerada norma de ordem pública.

Percebeu-se, a partir disso, a necessidade de reforma da teoria contratual clássica, baseada puramente na autonomia da vontade, já inteiramente defasada diante do novo sistema constitucional. Assim é que o legislador nacional provocou um grande avanço com a criação da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), e anos mais tarde – em 2002 – com a chegada do atual Código Civil em vigor, traçando novos pilares à teoria contratual.

Objetiva-se com este estudo proceder à análise das relações negociais, apresentando, para tanto, o contexto histórico e o fato social que deram ensejo à quebra do paradigma da total liberdade contratual. Ainda, pretende-se explorar as relações de consumo, importante aspecto nesse novo cenário, para fundamentar a intervenção do Estado visando a proteção do hipossuficiente.

METODOLOGIA: O estudo se vale do método dedutivo, dialético e empírico. Utilizou-se de levantamento bibliográfico, como livros de doutrina, artigos de revistas especializadas, nacionais e estrangeiras, e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema, além de pesquisa jurisprudencial e legislativa acerca do objeto do estudo, no intuito de cumprir com o objetivo proposto.

1. A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

O conceito contratual clássico priorizava a autonomia da vontade, vigorando o *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes). De origem do Código Civil de 1916, era influenciado pelo modelo jurídico de Estado Liberal – imposto pela burguesia francesa e defendido por Adam Smith –, no qual o individualismo foi traço dominante e a função do Estado limitava-se, basicamente, a prover a proteção da sociedade contra a violência ou invasão estrangeira e promover o desenvolvimento das liberdades individuais.

A ideia dominante da teoria clássica contratual, partindo dos ideais fisiocratas e da doutrina de Adam Smith, é de que os homens são capazes de regular suas relações de acordo com seus interesses e da melhor forma que lhes convir, porque são livres e, assim, seriam os melhores juízes de seus interesses (GUILHERME, 2004).

Nota-se a influência do Estado Liberal e, principalmente, a ênfase à liberdade e sua metodologia formal nos princípios da Teoria contratual Clássica que, segundo Diniz (1993), consistiam em autonomia da vontade, consensualismo, obrigatoriedade, relatividade dos efeitos do contrato, boa fé.

A teoria clássica sofreu diante dos novos paradigmas traçados pela Constituição Federal de 1988 e sua superação foi fortemente influenciada pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 (BRASIL, 1990). Houve, a partir de então, um diálogo entre o microssistema do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1916.

2. O CONTRATO DE ADESÃO E A QUEBRA DE PARADIGMAS

As funções do contrato se ampliaram à medida que o sistema econômico evoluiu, caracterizando-se pela dinâmica das operações econômicas, havendo estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado (GUILHERME, 2004). A dinamicidade das mudanças sociais e, sobretudo, o surgimento do contrato de adesão culminaram para a superação da antiga ideia propagada por Hans Kelsen, de fundamentar a segurança jurídica num sistema rígido, em que o tipo legal fechado conferiria a previsibilidade do direito subjetivo dos indivíduos. Superado este paradigma, a segurança jurídica passa a vir da análise do caso concreto, de acordo com os valores e normas vigentes, ou seja, da ponderação axiológica de princípios e normas, tendo em vista o resultado do contrato – teoria finalística do contrato. Isto representa, segundo Nalin (2001), a superação do paradigma moderno da vontade para o pós-moderno da boa-fé.

Contratos de adesão, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são aqueles nos quais as cláusulas uniformes são estabelecidas de antemão unilateralmente (NERY JR., 2004), cabendo ao contratante aceitá-las ou não. Não há fase negocial, pesando a disparidade do poder das partes, necessitando, portanto, de controle estatal, para tutela da parte mais fraca – hipossuficiente.

O surgimento de tal espécie de contrato foi crucial para a crítica e procura de novos paradigmas, posto que, pela teoria clássica, os termos contratuais eram constituídos e ordenados de acordo com a vontade dos contratantes – ambos – e isto o tornava justo e equilibrado. Agora, ante uma forma contratual imposta por uma parte e meramente aceita pela outra, quebra-se aquela premissa.

Assim é que o contrato de adesão passou a ser um símbolo da intervenção do Estado nos contratos, instituindo medidas compensadoras em vista da proteção do aderente hipossuficiente, em respeito aos princípios constitucionais da isonomia substancial e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido é expresso o artigo 423 do Código Civil: *"*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*"*. É firme a jurisprudência neste sentido: "As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada, principalmente existindo o risco de morte" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010). Neste sentido é também o enunciado n.º 302 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

O diálogo das fontes entre sistema (Código Civil) e microssistema (Código de Defesa do Consumidor) é perfeitamente possível, no intuito de aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional, para que a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, seja efetiva. O diálogo entre sistema e microssistema, no entanto, não é via de mão dupla. Não há nenhum problema na aplicação da norma geral em lacunas da especial – como, por exemplo, no conceito de pessoa jurídica, abuso de direito, etc. –, contudo, a jurisprudência tem negado aplicação de conceitos do microssistema no sistema geral, como ocorre com os contratos de adesão – não conceituado pelo Código Civil, mas definido no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, contudo, parece sugerir também a sua aplicação nas relações civis, haja vista a equiparação genérica prevista no seu artigo 29: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Em suma, a equiparação reza que:

> consumidor é, então, não apenas aquele que 'adquire ou utiliza produto ou serviço', mas igualmente as pessoas 'expostas às práticas' previstas no Código (art. 29). [...] o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço. (BENJAMIN, 2005, p. 253).

Por meio da lição de Benjamin pode se constatar que as práticas comerciais abusivas, definidas pelo Código de Defesa do Consumidor,

podem ser invocadas por quem não se apresente como consumidor – logo, inviável a aplicação da lei consumerista, pela teoria finalista, segundo a qual só é consumidor o destinatário final de produtos, ou serviços –, no intuito de invalidar um negócio jurídico, ou pleitear reparação de danos. Assim, seria possível a aplicação do microssistema ao sistema.

3. A TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Resta demonstrada a insuficiência e o equívoco da classificação contratual baseada em critérios meramente formais e no valor absoluto da liberdade. A teoria contratual contemporânea sinaliza uma classificação material do contrato, priorizando valores sociais.

Influenciada pela Teoria do Negócio Jurídico, de origem no direito Alemão, a teoria contratual contemporânea traz regras gerais e abstratas, baseadas em princípios que prezam pela segurança do negócio celebrado a partir da tutela da confiança. Frisa-se que a Teoria do Negócio Jurídico e a Teoria Contratual não são dissidentes, mas sim completivas. Seus conceitos e regras devem ser interpretados com harmonia, haja vista que o contrato é o negócio jurídico por excelência (CÓRDOVA, 1994).

Conforme visto, o surgimento de novas categorias de contrato – sobretudo os de adesão – mostra a distância da teoria clássica contratual da realidade, e a nova teoria revela o esforço do sistema jurídico para aproximar teoria e prática. Significa reforçar a ideia de que as normas infraconstitucionais só podem ser elaboradas e interpretadas se de acordo com as constitucionais.

Os valores impostos à conduta dos contratantes são muito mais do que valores intrínsecos na liberdade destes. A liberdade contratual, ao contrário do esperado, opera como instrumento de discriminação da parte vulnerável do contrato. Este desequilíbrio foi a principal sustentação da formação de novos paradigmas contratuais. Enquanto na teoria clássica a validade do contrato estava atrelada à autonomia da vontade, pela contemporânea a validade é condicionada à justiça do pacto, examinando-se não só o que está escrito, mas também o processo de formação do consentimento, tendo em vista a finalidade daquele.

Pelo panorama constitucional brasileiro, não há como aceitar a liberdade como valor único e absoluto na teoria contratual, devendo-se articular a livre iniciativa com a justiça social (artigos 170 e seguintes da Constituição Federal). Inclusive os avanços alcançados a partir da promulgação da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990), expressam valores constitucionais, devendo incidir sobre todo o direito civil.

Na análise contratual contemporânea reclamada por uma lide, deve-se considerar a ponderação entre os princípios constitucionais contratuais. É a partir das dicotomias que o resultado de um contrato se contrapõe entre aquilo que é contratado e, aquilo que deveria ser, ou se pretendia ser. A teoria contratual deve compor adequadamente os princípios constitucionais, não como meros acessórios, mas como valores que definem a classificação das diversas espécies de contratos (NEGREIROS, 2002).

O cerne do ordenamento passa a não ser mais o negócio, mas a pessoa. O direito civil foi constitucionalizado e a dignidade da pessoa humana opera com fundamento maior da República Federativa do Brasil. O contrato não pode ser considerado indiferente às disparidades dos contratantes. Desta forma, à medida que o contrato sofre influências sociais, ele adquire importância social.

A nova teoria contratual, seguindo os valores constitucionais e os pilares do Código Civil – eticidade, solidariedade e equidade – é baseada na boa fé objetiva, no equilíbrio econômico e na função social do contrato.

4. A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O DIRIGISMO CONTRATUAL

A partir da Teoria Contratual Contemporânea, percebe-se mais do que a constitucionalização do Direito Civil, mas a atenuação da linha divisória entre direito público e direito privado. Vislumbra-se a publicização deste e o dirigismo contratual realizado pelo Estado.

A publicização do direito privado é um fenômeno universal de socialização das relações jurídicas (VENOSA, 2014). Trata-se não do desaparecimento do direito privado, mas de autodefesa imposta pelo Estado ao indivíduo e à sua dignidade.

O dirigismo contratual compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito do legislativo, com a criação de diplomas autônomos de proteção de uma coletividade (Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis do Trabalho, etc.), ou a redução do espaço da autonomia

privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos (LÔBO, 2002). 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 (LOURENÇO, 2001, p. 20).

A autonomia da vontade na liberdade de contratar passa a ser direcionada pela supremacia do bem-estar social e pela função social do contrato. Identificando-se que cada vez mais o direito público e o direito privado aproximam-se, unicamente, de um direito social.

CONCLUSÃO

A Teoria Contratualista Clássica não admitia a intervenção do Estado nas relações entre particulares, em respeito ao *pacta sunt servanda*. Assim era pelo fato de que os contratos eram constituídos de forma conjunta entre os contratantes, pressupondo que se alguém contratou o fez porque quis e como quis – autonomia da vontade.

A autonomia da vontade, contudo, não se sustenta em absoluto diante do surgimento de modalidades contratuais em que as cláusulas são impostas por um polo da relação jurídica, enquanto que ao outro cabe simplesmente aceitar ou não a contratação (contratos de adesão). Por vezes o indivíduo não tem sequer a opção de não aceitar contratar, como, por exemplo, quando pleiteia a ligação de energia em sua residência recém construída. Não há liberdade de contratar, pois se está diante de uma necessidade essencial, tampouco de como contratar, pois o contrato é de adesão, caracterizando, portanto, um fato social motivador de mudança. Diante da relativização da autonomia da vontade surge também a Teoria Contemporânea dos Contratos, que passou a possibilitar uma postura ativa do Estado, para legislar e intervir nas relações privadas, em proteção do equilíbrio dos negócios jurídicos.

Houve um acréscimo, desse modo, de valores sociais à autonomia contratual, ficando a liberdade das partes condicionada à equidade e à boa fé das mesmas. Não é possível, no atual panorama, aceitar a liberdade como valor absoluto, devendo-se agregar a esta os direitos sociais.

Conclui-se que foi quebrado o paradigma da autonomia contratual e do *pacta sunt servanda*, emergindo deste uma nova concepção de relação negocial, baseada na dignidade da pessoa humana, adquirindo o contrato importância e função social. A partir disso, opera-se a publicização do direito privado e o consequente dirigismo contratual pelo Estado, podendo este intervir nas relações jurídicas em que manifesta for a desigualdade entre aqueles que contratam, no intuito de criar expectativas positivas, no sentido de dar segurança jurídica aos contratantes, que sabem que se houver abuso, ou ilegalidade, o Estado está apto a intervir na relação jurídica e reestabelecer a equidade.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.253.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso 07 ago. 2016.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 07 ago. 2016.

CÓRDOVA, Lizardo Taboada. La Teoria del Contracto frente a la del Negocio Juridico. **Revista de Direito Civil**, n**.** 70/41, out/dez. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** São Paulo: Saraiva, 1993. t.1

FILHO, André Nicolau Heinemann. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. **Revista de Direito Privado,** v. 37, n. 9, jan/ fev. 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida. **Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil**. Campinas: Millennium, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil/1>. Acesso em: 16 ago. 2016.

LOURENÇO, José. **Limites à liberdade de contratar**. São Paulo: J. Oliveira, 2001.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação da perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contractual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PASCOAL, Frederico A. et al. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millennium, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Recebido para publicação em 19/08/2016
Revisado em 27/08/2016
Aceito em 12/09/2016