

O DIREITO CONTRATUAL REVISITADO: A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DA SOCIALIDADE

*ROSANE LEAL DA SILVA**

A evolução da sociedade proporcionou uma nova abordagem dos contratos, rompendo com a teoria clássica. Princípios seculares são revisitos, cedendo espaço para uma visão social. Nesse contexto, a Lei 10.406/02 merece ser analisada, pois propõe um novo paradigma contratual.

* Advogada, mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), professora assistente da UFSM e do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, onde ministra as disciplinas de Teoria Geral do Direito e Direito Civil; professora dos cursos de Especialização *lato sensu* da Universidade da Região da Campanha (URCAMP – campus Bagé, Santana do Livramento, Dom Pedrito e São Gabriel) e da CESUCA, unidade de Cachoeirinha.

Introdução

Com o advento da Lei 10.402/02 – Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, parte dos estudiosos deste ramo do direito passou a dar atenção para as questões civis, notadamente através do estudo comparativo entre as duas legislações, na tentativa de encontrar os pontos em que a lei mais recente alterou o *Código de Beviláqua*.

Apesar de esta ser uma postura comum no meio jurídico, acredita-se que a análise a ser feita ultrapassa o mero exame do texto legal, transcendendo a abordagem dogmática do assunto. Nessa perspectiva, apresenta-se o presente trabalho, cujo objetivo é propor uma discussão acerca da questão contratual, revisitando esse instituto secular à luz de um novo paradigma.

Esta discussão será realizada em duas partes: num primeiro momento, será analisada a evolução do contrato através do tempo, verificando as mudanças que se operaram no direito privado sob a inspiração de princípios constitucionais, perpassando pelo advento do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, resultando no texto do Código Civil de 2002.

O segundo momento destina-se a fazer uma abordagem sobre o paradigma contratual proposto pela nova lei, sobretudo a partir da análise dos princípios que regem os contratos.

O Direito Contratual através dos tempos

O contrato acompanha a vida do homem através dos tempos, constituindo-se num importante meio de circulação de mercadorias e tendo importante papel na economia mundial. Presente desde o direito romano, quando caracterizado pelo formalismo e acompanhado de rituais, teve grande impulso a partir da Revolução Industrial, momento histórico que a um só tempo introduziu produtos no mercado, bem como fomentou o interesse da população pela aquisição de novos bens, que passaram a se tornar objeto de consumo, acirrando uma postura individualista e de cunho marcadamente patrimonial.

Essa postura individualista tem seu apogeu durante os séculos XVIII e XIX, período da consolidação dos Estados liberais, construídos sob a influência da Revolução Francesa. Esse momento histórico marcou de forma significativa o direito ocidental, influenciado pelos preceitos de igualdade e liberdade, de inspiração francesa¹.

¹ O Código Civil Francês, de 1804, inspirou a elaboração de grande parte dos códigos latinos. No que concerne ao direito civil, segundo Silva (1986), a influência do Código Napoleônico não foi tão marcante, uma vez que o Brasil adotou por mais de trezentos anos a legislação portuguesa (período que precedeu a proclamação da independência, estendendo-se até a entrada em vigor do Código Civil de 1916). Assim, o direito civil brasileiro ter-se-ia desenvolvido de forma orgânica, centrado nas ordenações e com forte influência do direito romano, fonte subsidiária do direito e meio supletivo de lacunas. O

Nesse contexto começa a ser delineado o Código Civil de 1916, de inspiração eminentemente positivista e que adotava o modelo clássico de contrato, no qual havia grande campo para a autonomia da vontade. Assim, partindo-se do pressuposto de que os contratantes estavam numa posição de igualdade, poderiam fazer uso da sua liberdade, estabelecendo as cláusulas contratuais que melhor atendessem aos seus interesses. Todavia, este modelo não considerava um importante dado da realidade: embora pudesse existir uma igualdade formal, esta situação não se refletia na prática, que apresentava contratantes em flagrante posição de desigualdade material.

Segundo Marques (2001), a autonomia da vontade teve seu apogeu devido a alguns fatores, entre os quais:

- 1) Influência do direito canônico: sua importância reside no fato de ter libertado os contratos do formalismo do direito romano, dando grande ênfase à liberdade dos contratantes. A partir desta liberdade, a palavra empenhada tinha que ser cumprida, pois criava entre os contratantes um pacto de ordem moral.
- 2) Inspiração do direito natural: esta posição se contrapõe ao direito canônico, buscando a razão para explicar a liberdade do homem. Influenciados por Kant, os estudiosos passam a defender a forma de agir do homem e sua autonomia como elementos essenciais, pois a liberdade de contratar seria uma das suas liberdades. Através dessa teoria afirma-se que a vontade do indivíduo é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhe correspondem. Essas idéias tiveram muita influência na Alemanha, sendo decisivas para a construção do modelo clássico dos contratos.
- 3) Teorias de ordem política e Revolução Francesa: ao lado de teorias inspiradas por filósofos, o cenário político exerce grande importância na construção da visão clássica dos contratos, marcadamente a partir da Revolução Francesa. O Código Civil Francês, originado nesta época, alia a teoria do individualismo e do voluntarismo, afirmando, em seu artigo 1134, *que as convenções livremente pactuadas têm lugar das leis para aqueles que as fizeram*.
- 4) Teorias econômicas: as teorias econômicas do séc. XVIII, em resposta ao corporativismo e aos limites impostos pela Igreja, propõem a liberdade e a livre movimentação de riquezas. O contrato é um instrumento colocado à disposição pelo direito para que essa manifestação aconteça.

centralismo é a idéia dominante, já que a legislação que não está contemplada nos códigos mostra-se bastante fragilizada. Apenas bem mais tarde o direito brasileiro começa a traçar caminhos próprios, desvinculando-se da tradição portuguesa, o que se dá a partir da atuação de Teixeira de Freitas, que em muitos aspectos seguiu os passos de Savigny, autor que não teve muita influência na construção do direito português.

Acreditava-se que o contrato se realizava dentro de uma natural equidade, pois consistia num instrumento de troca útil, visando à realização dos interesses individuais de quem contratava.

Ao lado da autonomia da vontade e da igualdade, o modelo clássico esteia-se sobre o princípio da obrigatoriedade dos contratos, da relatividade dos seus efeitos, que atingem somente os contratantes, e da intangibilidade dos acordos, que, uma vez firmados, não poderiam mais ser alterados pelas partes. A limitação ao direito de propriedade, a concepção mais moderna de contratos e de família ainda não se tinha propagado até o Brasil, já que somente começaram a figurar nas legislações de alguns Estados a partir de 1918.

O século XX, notadamente a partir da sua segunda metade, descortina ao mundo uma série de rápidas e profundas modificações. A Segunda Guerra Mundial coloca o homem em choque, não somente pelas barbáries praticadas, mas também porque o seu ocaso possibilita novas formas de atuação, apresentando ao mundo atores, até então desconhecidos.

Assim, aliado ao fato de muitos contratos celebrados antes do advento da guerra não conseguirem ser cumpridos, difundindo a teoria da imprevisão e fragilizando o dogma da obrigatoriedade e intangibilidade dos contratos, o mundo começa a conviver com a atuação das empresas transnacionais.

Essas empresas originaram-se inicialmente nos Estados Unidos e rapidamente se disseminaram por muitos Estados, possibilitando uma despersonalização dos contratos. Fenômeno recente e de largo alcance, elas se caracterizam por se formarem em um local, de onde provém seu capital, exercendo suas atividades em outro, cujo mercado consumidor é explorado. Essa forma de atuação provocou uma ruptura na idéia de confiança, que por tantos anos cimentou os contratos, já que a partir do seu advento os contratantes não mais se conhecem. Aliado a esse fator, acrescenta-se outro, trazido pela produção e consumo em massa.

Essa forma de produção e consumo estabelece um novo *modus vivendi*, já que além dos consumidores não conhecerem mais os seus fornecedores, os contratos passam a ser padronizados, o que não permite a um dos contratantes expressar a sua vontade.

Na era dos contratos padronizados e despersonalizados, da produção em massa, colocam-se produtos e serviços no mercado sem que os mesmos apresentem a qualidade desejada, o que acarreta uma série de prejuízos ao consumidor e evidencia a quebra da confiança, que antes permeava os pactos.

E as mudanças não cessaram por aí. Campo fértil em transformações, os contratos adaptaram-se facilmente à realidade virtual, registrando uma nova formação: a despersonalização dos contratos passa a ser algo corri-

queiro e evolui para um outro estágio, caracterizado pela desmaterialização dos contratos.

Assim, além de ser padronizados, os contratos passam a ser realizados em espaço virtual, ultrapassando fronteiras e quebrando de vez os últimos sustentáculos que por tanto tempo apoiaram o modelo clássico.

Nesse contexto, *as condições gerais dos contratos* passam a ocupar posição de destaque junto com os contratos de adesão (escritos), estendendo ao homem do século XXI uma forma de contratar materializada através de símbolos, *tickets* de máquinas e caixas eletrônicos, computadores, linguagem telemática, em que palavras são substituídas por comandos (MARCQUES, 2001).

Na era virtual, o contrato se desumaniza e perde o pouco de dialética que ainda possuía.

Diante dessa evolução, o que falar da legislação que regulamenta os contratos?

A publicização e a constitucionalização: abordagem contemporânea do Direito Civil

O início do século XX já anunciava o declínio do individualismo, redefinindo algumas idéias basilares dos contratos. Os códigos, que outrora eram monumentos à completude, bastando para regular todas as matérias, começam a dar sinal de incompletude, iniciando-se o movimento de descentralização do direito privado. Apesar disso, tais ventos só passaram a soprar no Brasil a partir da década de 30, quando o Código Civil passa a conviver com outras legislações, que gravitam ao seu redor (TEPEDINO, 2000).

Amplia-se o número de leis que regulam aspectos da vida privada, mostrando uma intensa atividade do Estado neste âmbito. Apesar disso, nesse período ainda dominava a clássica concepção de separação entre os ramos do direito, divididos em compartimentos hermeticamente fechados². Assim, em que pesem algumas mudanças introduzidas por conta de uma

² Silva (1986) refere que, logo após a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 1916, foi editada a Constituição de Weimar, estabelecendo novos princípios para a propriedade, a partir da idéia de que a propriedade obriga. Essa previsão no seio de uma constituição acaba por abalar a idéia de incomunicabilidade entre o direito civil e o constitucional, mostrando que não pode haver uma separação entre Estado e sociedade. Esse princípio acaba se estendendo a outros campos do direito civil, sendo copiado por constituições de todo o mundo, inclusive a brasileira, de 1934, que inaugura entre nós essa concepção, ao prever a função social da propriedade. As Cartas subseqüentes também o repetem (à exceção da CF/37), e a função social da propriedade ganha status de norma constitucional programática. A Constituição de 1988 dá um grande salto, já que a função social da propriedade deixa de ser uma norma meramente programática, a depender de lei posterior definindo o que seria esta função social e em que limites deverá ser exercida, sendo alçada à condição de direito e garantia individual, de aplicabilidade imediata.

maior intervenção do Estado, essa intervenção ainda era tímida e setorial. Apesar disso, dava mostras da publicização do direito privado, notadamente a partir da inserção do tema da propriedade na Constituição Federal de 1934 e da elaboração de normas trabalhistas, *locus* de forte intervenção estatal.

Lôbo (2003), ao abordar o direito civil, faz importante distinção entre a publicização e a constitucionalização desse direito, conforme é possível verificar:

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

A intervenção estatal não se expressa apenas na produção de leis protetivas. Ela se manifesta pela ação do Poder Judiciário, que assume uma postura diferente da até então desenvolvida, pois passa a reconhecer a posição de desequilíbrio contratual, revisando os contratos quando os mesmos apresentam situações de flagrante desigualdade.

Há que se ressaltar que esta postura, embora se mostrasse desejável, sinalizando para a atuação comprometida do Poder Judiciário, por certo não era comum em todos os lugares. Mesmo diante de um movimento em prol da publicização do direito civil, era comum encontrar-se julgadores ainda presos ao antigo dogma da supremacia da vontade e da obrigatoriedade dos pactos, defensores de uma posição privatista do direito civil, onde era possível que o Código Civil fizesse frente até mesmo à Constituição Federal.

A ampliação do espaço de atuação, ultrapassando as fronteiras da vida privada, recebe o impulso de todo o movimento de publicização do direito civil. Todavia, é com o advento da Constituição Federal de 1988 que se torna imperativo rever determinados conceitos.

Com efeito, a CF/88, ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil, desloca a atenção do patrimônio, foco de interesses do Estado Liberal, e o centraliza na pessoa, gerando um movimento denominado *repersonalização do direito* (LÔBO, 2003). Esse novo viés não se manifesta somente pelo elenco de

princípios, mas também pelo extenso rol de direitos e garantias fundamentais, alguns dos quais de caráter eminentemente privado.

No momento em que a CF/88 disciplina matérias como a propriedade, os direitos da personalidade³, o direito do trabalho, estabelece um amplo canal de conexão com outros ramos, o que culmina com o rompimento da visão estanque de direito público e privado.

Com acerto a afirmação de Mattietto, para quem as inúmeras alterações na sociedade⁴ condicionaram um repensar da dicotomia entre público e privado⁵, a qual, embora tenha servido para justificar um momento histórico, mostra-se totalmente inadequada quando o *interesse individual, o social e o estatal assumem contornos de difícil separação* (2000, p. 164).

Essa mudança é captada pelos legisladores constituintes. Eles, sintonizados com o novo tempo que se descortina, produzem um texto constitucional que interpenetra em diversos ramos do direito, encurtando as distâncias entre direito público e privado e dando início a um forte movimento de constitucionalização do direito privado.

A constitucionalização do direito privado é algo ainda mais forte que a mera publicização, já que impõe as normas e princípios constitucionais a toda legislação infraconstitucional. Essa constitucionalização convida para

³ Não há como precisar em que momento histórico surgem e se desenvolvem os direitos da personalidade, já que seu desenvolvimento está intimamente ligado com a história do homem. Com efeito, segundo a corrente naturalista, esses direitos são inerentes à condição humana, cabendo ao Estado somente reconhecê-los. Estudiosos do tema dão notícias de que, por volta de 81 a.C., foi criada a Lex Fabia, prevendo a garantia processual para proteção dos direitos da personalidade (SÁ, 2000). Antes disso, porém, já existiam outras leis, como a *Lex Aquilia* e *Lex Cornelia* que protegiam a pessoa, principalmente no tocante às agressões físicas e casos de violação de domicílio (AMARAL, 2000, p. 252). Segundo Alves (1998, p. 58), o Código Português de 1867 não protegia expressamente os direitos da personalidade, na acepção utilizada modernamente, limitando-se a tutelar o direito à existência e à liberdade. Já o Código Português atual traz dispositivos mais específicos, ao proteger nome, imagem, intimidade. O Código Civil Brasileiro de 1916, por sua vez, não trazia proteção expressa aos referidos direitos, prevendo, genericamente, que todo aquele que causasse dano a outrem teria o dever de indenizar (artigo 159).

⁴ Flores (1998), ao abordar as alterações na sociedade, menciona extenso rol de transformações: a revolução na área dos transportes, o avanço no setor de telecomunicações, a revolução da informática, a grande mudança nos costumes, havendo mudança comportamental significativa, o desenvolvimento biotecnológico, com a cura de doenças, o desenvolvimento de novas práticas de intervenção na área científica, a revolução econômica e financeira trazida pela globalização, a formação de comunidades e blocos internacionais, a mudança no conceito e na forma de atuação do Estado. Todos esses fatores corroboraram para o repensar do direito civil e a sua conseqüente constitucionalização.

⁵ Segundo Moraes, tradicionalmente o direito privado é tratado como o âmbito dos direitos naturais e inatos dos seres humanos, enquanto o direito público é emanado do Estado e se dirige às finalidades sociais, regulamentando a atuação do Estado e deste com o indivíduo (2000, p. 48).

que se lance um novo olhar para institutos seculares, como a propriedade, que abandona o caráter absoluto, herdado dos romanos, passando a ter uma conotação social⁶.

O mesmo se dá com relação à pessoa, que deixa de ser tratada como uma extensão do seu patrimônio e ganha um novo *status*, através da tutela do nome, imagem, privacidade, honra, proteção aos direitos da personalidade. Essa nova forma de encarar o direito civil também se manifesta para o tratamento que passa a ser dispensado ao direito de família, outro ramo que sofreu alteração significativa a partir da Carta Constitucional⁷.

A partir disso, deve-se proceder a uma revisão no direito civil, abandonando-se o viés patrimonialista e convocando a sociedade brasileira a construir uma nova ordem, centrada na dignidade da pessoa humana.

Essa idéia se materializa no título VII, capítulo I, que regula a ordem econômica e financeira. Sob esse novo paradigma, a ordem econômica deve desenvolver-se de forma a assegurar a todos uma existência digna, segundo os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, entre outros. A Carta Constitucional deixa de ser apenas política e passa a envolver temas econômicos e sociais, estabelecendo um conjunto de princípios de aplicação imediata que abalam as estruturas do direito civil posto (FLORES, 1998).

Ao assim dispor, a Constituição Federal impõe a *releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição* (MATTIETTO, 2000, p. 168), propondo uma abordagem civil-constitucional. Como assevera Moraes (2000, p. 55):

No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado
está limitado pelo Direito; mas não é só: o poder da

⁶ Embora a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 já fizessem menção à função social da propriedade, a matéria encontrava-se incluída na fundamentação da ordem econômica e social, sem, contudo, figurar como direito e garantia individual. A Constituição Federal de 1988 apresenta sensível modificação, já que a função social é colocada entre os direitos e garantias individuais, listados no artigo 5º. Assim, há maior eficácia dessa norma, já que figura entre os direitos fundamentais, constituindo-se em cláusula pétrea. A propriedade, então, passa a ser encarada sob um novo viés, já que condicionada à promoção da justiça. Como princípio próprio, autônomo e de aplicação imediata, a função social dá arestos contemporâneos ao direito de propriedade, cujo limite deve ser o bem-estar social (GONDINHO, 2000, p. 397-433).

⁷ A CF/88, em seu artigo 226, parágrafo 4º, admite a família monoparental, constituída por um dos pais e os filhos; reconhece a união estável; os filhos têm a sua condição respeitada, não mais se admitindo as discriminações decorrentes da origem da sua concepção. Dessa forma, abandona-se o conceito patrimonial de família, construindo-se a idéia da família sócio-afetiva, fundada sobre o valor da dignidade da pessoa humana, o que se coaduna com o modelo contemporâneo apresentado pela sociedade atual (SOARES, 2000, p. 547-577).

vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais da solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem os espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais para definir o sistema de direito privado.

Nesse novo contexto, em que o direito privado passa por um processo de releitura, interessa mencionar importante legislação, que em muito contribuiu para a construção de um novo paradigma contratual. Trata-se do Código de Defesa do Consumidor - CDC, elaborado para atender ao direito constitucional de defesa do consumidor, apresentando-se como um importante instrumento, cuja carga principiológica acaba contaminando todo o tecido contratual, a merecer um exame mais aprofundado, o que será feito no tópico a seguir.

Os princípios do CDC e sua influência sobre o Direito Civil

O advento do Código de Defesa do Consumidor trouxe uma contribuição valiosa à construção do novo paradigma contratual, posto que muitos dos princípios inspiradores dessa legislação foram absorvidos pelo Código Civil de 2002.

Assim, embora sem pretensão de fazer um estudo direcionado ao CDC, entende-se necessário visitar alguns aspectos dessa legislação, notadamente através da abordagem de princípios, para o qual se utiliza a listagem apresentada por Marques (2001):

- 1) Princípio da transparência:** estabelecido no artigo 4º, prega a idéia de uma relação contratual mais sincera e menos danosa ao consumidor e fornecedor. Este princípio deve acompanhar os contratantes durante toda a fase pré-contratual, perpassando pela sua execução e estendendo-se após o seu cumprimento. Através dele privilegia-se o direito de informação do consumidor.
- 2) Princípio da informação:** diferente da transparência, este princípio estabelece o dever de o fornecedor informar ao consumidor sobre os termos e conteúdo do contrato, pois os consumidores só estarão obrigados se tiverem oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre o seu conteúdo. O desrespeito a este princípio conduz à inexistência do contrato, pois se entende que faltou o elemento essencial, que é a vontade.

3) Princípio da boa-fé objetiva: originado no direito alemão e difundido no Brasil a partir dos escritos do jurista gaúcho Clóvis do Couto e Silva, este princípio ao mesmo tempo serve de fonte de obrigação e de elemento de interpretação dos contratos. Segundo ele, os contratantes, desde o momento em que entabulam os primeiros contatos, até a fase pós-eficaz, devem respeitar deveres anexos, como o de informação e de lealdade. Assim, devem agir de forma a não prejudicar os interesses do outro, atuando de maneira justa e proba. Estampado no artigo 4º, III, do CDC e posteriormente referido no artigo 51, IV, propõe uma releitura da relação consumerista, que deve ser feita tendo em conta a posição das partes na relação contratual.

4) Princípio da equidade: materializa-se através da adoção de normas imperativas que proíbem e punem a conduta danosa do fornecedor. Elencado no artigo 51, IV, conclama o intérprete e o operador jurídico a fazer uma interpretação sistemática da lei, à luz dos preceitos constitucionais, pois só desta forma é possível dar um tratamento justo aos contratantes. A partir dele é possível dar-se um tratamento desigual aos desiguais.

5) Princípio da vulnerabilidade: reconhece que os pólos da relação de consumo não estão na mesma posição, derrubando o dogma da igualdade contratual. Assim, reconhece a posição de vulnerabilidade do consumidor, sendo que esta vulnerabilidade pode ser fática (por ser o consumidor efetivamente menos favorecido economicamente em face do fornecedor), técnica (casos em que não domina a técnica de feitura do produto, por exemplo) ou jurídica (não detém informações sobre as questões jurídicas ou econômicas que têm influência sobre seu contrato). Ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, prevê um tratamento que leva em consideração a sua posição contratual.

6) Princípio da ação governamental: evidencia que o Estado precisa intervir de forma efetiva na relação contratual, impondo limites e protegendo o mais vulnerável da relação. Este princípio é materializado a partir da atuação do representante do Ministério Público e das associações que atuam em defesa do consumidor, notadamente através da tutela coletiva proposta por esta lei.

Os princípios acima elencados dão mostras de quanto o CDC se encontra sintonizado com os novos tempos e com a realidade contratual do final do século XX, fator que corroborou para que em curto espaço de tempo se tornasse conhecido da população, atuando como um instrumento em defesa da cidadania.

Com efeito, seus reflexos foram tão positivos na seara contratual que em pouco tempo os tribunais brasileiros passaram a enfrentar uma série de demandas em que, embora tecnicamente não se afigurasse uma relação de consumo, o contratante vulnerável postulava a proteção do CDC, na esperança de revisar o seu contrato.

Esta situação não passou despercebida, sendo que muitos dos princípios das relações *consumeristas* foram incorporados pelo novo Código Civil, como se verá a seguir.

O novo Código Civil: alicerces de sua construção

Embora só recentemente tenha sido aprovado, o texto do novo Código Civil começou a *ser costurado* ainda na década de 60, quando Miguel Reale foi consultado pelo Ministro Gama e Filho para coordenar os trabalhos de elaboração da nova lei (MARTINS-COSTA, 2002, p. 42).

Diante da grandeza da tarefa e das dificuldades que certamente encontraria, Miguel Reale sugeriu que fosse nomeada uma comissão de competentes juristas, oriundos de várias regiões do Brasil, de forma que o texto da nova lei refletisse a realidade brasileira, marcada por grandes contrastes.

Para tanto, foram nomeados o Ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves (SP), encarregado de elaborar a parte geral; Agostinho Alvim (SP), responsável pela redação do capítulo referente ao direito das obrigações; Sylvio Marcondes (SP), encarregado de redigir a parte referente ao direito da empresa; Ebert Chamoun (RJ), responsável pela redação de direito das coisas; Torquato Castro (PE), que deveria responder pelo direito sucessório e Clóvis do Couto e Silva (RS), autor da parte referente ao direito de família (MARTINS-COSTA, 2002, p. 42-43).

Remontando à história de construção dessa lei, sobretudo a partir da Exposição de Motivos, constata-se que a comissão de juristas começou a realizar os trabalhos no ano de 1969, delineando algumas diretrizes para nortear o processo de elaboração, a saber:

- 1) Manter a unidade do sistema, pois entenderam que a nova lei deveria contemplar uma parte geral e outra especial, a exemplo do Código Civil de 1916, agregando-se à nova lei temas de direito empresarial e títulos de crédito, unificando numa mesma legislação importante matéria de direito privado;
- 2) Conservar o patrimônio histórico-jurídico construído a partir do *Código de Beviláqua*, alterando-se os pontos que a lei anterior apresentava falhas, tais como: reestruturar a parte especial, dando uma seqüência lógica às matérias (colocando-se o direito das obrigações logo após a parte geral, seguida do capítulo referente aos contratos; aproximar o

direito da família do direito sucessório, por exemplo); corrigir problemas com a má utilização da terminologia⁸, em situações em que o legislador oitocentista não fez o emprego correto de figuras extintivas dos contratos, como resolução, revogação, rescisão etc.;

3) Acrescentar matérias de forma cuidadosa, evitando-se inovações desnecessárias. Assim, objetivavam legislar de forma cautelosa sobre alguns temas, principalmente aqueles em que a sociedade brasileira ainda não tinha formado uma posição firme, sendo que a nova lei deveria acolher, preferencialmente, questões que já estavam consolidadas na jurisprudência pátria;

4) Não efetuar mudanças desnecessárias, pois a comissão entendia que o patrimônio jurídico legado pelo Código de 1916 devia ser mantido nos pontos em que não se encontrava desatualizado;

5) A adoção da técnica de elaboração chamada de *cláusula geral*, técnica bastante moderna, que consiste na inserção de dispositivos amplos e dotados de generalidade, permitindo acompanhar a evolução da sociedade. Essa técnica impede que o Código Civil se cristalice no tempo, mantendo-o atualizado. São exemplos de tais cláusulas: artigos 119, 186, 187, 927 e 422 do novo Código Civil⁹.

O estabelecimento dessas diretrizes não serviu para aplacar as inúmeras críticas que o novo Código Civil recebeu, tanto no momento da sua feitura, bem como nos momentos que sucederam o processo de elaboração. Entre as críticas mais contundentes encontra-se a de Gomes (2000), para quem o projeto foi elaborado na calada da noite, sem a necessária participação da comunidade jurídica e da sociedade¹⁰.

⁸ No Código Civil de Beviláqua evidenciava-se o fato de a doutrina brasileira não fazer clara distinção entre os planos do mundo jurídico, conforme o faz Pontes de Miranda, amparado no direito e doutrina germânica. Essa desconsideração entre os planos conduz a alguns equívocos entre valer e ser eficaz, materializado no antigo e perpetuado no novo Código Civil, conforme é possível verificar pela leitura do art. 309, da atual legislação, que tem a seguinte redação: O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor. A análise dos planos do mundo jurídico permite afirmar que o termo correto é eficaz, e não válido, já que pagamento é ato-fato, não se submetendo, portanto, ao crivo da validade. O mesmo se repete no artigo 310 e 312, evidenciando que a comissão elaboradora, apesar de visar à correção de imprecisão terminológica, não foi feliz em seu intento, já que elas ainda persistem no novo texto.

⁹ Segundo Martins-Costa (2001), cláusulas gerais são dotadas de grande abertura semântica, permitindo acompanhar as evoluções sociais. A adoção desta técnica permite uma melhor articulação entre o Código Civil e as demais legislações, estabelecendo uma porosidade entre os sistemas. Aliado a isso, as cláusulas gerais possibilitam um maior poder criativo por parte dos juízes, pois ao se constituírem em comandos dotados de generalidade, abrem espaço para o embate, a utilização de argumentos novos, resultado da evolução da sociedade.

O estudo dessas diretrizes importa para que se consiga entender os objetivos da comissão elaboradora, o que permite a análise das críticas dirigidas ao novo texto e o seu enfrentamento científico, evitando-se manifestação açodada e destituída de fundamento jurídico.

O que se observa, todavia, são inúmeras vozes se levantando contra o fato de o Código Civil ter sido muito tímido em algumas matérias, limitando-se a repetir o texto da Constituição Federal, não enfrentando questões latentes na sociedade, como a reprodução assistida, a mudança de sexo, e tantas outras, incorporadas pelo desenvolvimento biotecnológico. Entendo que essa crítica é procedente, embora tenha resposta nas diretrizes adotadas pela comissão elaboradora.

Com efeito, em algumas matérias, como os direitos da personalidade, por exemplo, o legislador ficou aquém do que deveria, ignorando situações largamente utilizadas pela sociedade e que mereciam um enfrentamento corajoso. Em outros momentos, o novo Código Civil estaria em total descompasso com os preceitos constitucionais, como acontece no direito de família.

Quanto à matéria contratual, objeto de discussão do presente trabalho, há inúmeras considerações a fazer, merecendo uma abordagem mais profunda, o que será feito em seção própria.

Em que pesem todas as críticas, a nova lei apresenta pontos positivos, que merecem ser destacados, como se verá no próximo tópico.

A construção do paradigma da socialidade

Ao elaborar o novo Código Civil, notadamente ao referir expressamente as matérias já reguladas na Constituição Federal e em legislação esparsa, a comissão elaboradora faz uma clara opção em retirar o Código Civil da ilha na qual ele se encontrava, estabelecendo canais de conexão com outras legislações. Com isso, rompe-se o *dogma da completude*, que por tanto tempo acompanhou e norteou a postura dos civilistas.

Ao reconhecer que o direito civil precisa se comunicar com outros saberes, rompe-se com a postura fechada, recolhendo ensinamentos trazidos pela CF/88 e pelo CDC, e *mantendo janelas abertas* para uma mobilidade com leis futuras, como acentua Martins-Costa (2001, p. 117-118):

O Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa a assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos so-

¹⁰ Sabe-se que muitas das críticas se devem a questões político-ideológicas, devido à proximidade de Miguel Reale com o regime militar.

ciais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como um “eixo central” e como um *sistema aberto*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução – de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente completá-lo.

É nesta dimensão que ganha relevo uma das principais mudanças trazidas por essa lei, que propõe a construção de um novo paradigma, onde os saberes se comunicam e interpenetram, havendo espaço para a atuação do homem e para a evolução social. Nessa perspectiva, é possível que o direito civil seja construído pelos privados, à medida em que privilegia os usos e costumes do lugar, o que promove a pessoa e a construção social, em detrimento do patrimônio, inspiração da legislação anterior.

Nessa esteira e, especialmente, na matéria contratual, são verificadas importantes mudanças, notadamente pela inserção de princípios que passam a nortear os contratos, a saber:

1) Princípio da função social dos contratos: inaugurando a matéria contratual, tem-se o princípio da função social dos contratos. Na esteira da função social da propriedade, o contrato começa a ser analisado sob um novo viés. Historicamente a propriedade é marcada pelo caráter individualista (marcadamente no período do feudalismo), não cabendo a intervenção do Estado. Tal excesso de liberdade, no entanto, mostra sinais nefastos, pois a propriedade passa a ser exercida de forma individualista, irresponsável e incondicional.

Com os contratos se deu algo similar, e a excessiva autonomia da vontade mostrava sua face negativa, gerando enriquecimento ilícito para muitos contratantes, o que exigia urgente intervenção estatal, a recompor as condições mínimas de vida digna. É neste contexto que nasce e se desenvolve a doutrina da função social dos contratos, que se *insere no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função social* (MARTINS-COSTA, 2002, p. 158).

No que tange aos contratos, três são as suas principais funções: a econômica, na medida em que funciona como uma das formas mais efetivas de circulação de mercadorias e riquezas; a regulatória, enquanto enfeixa uma gama de direitos e obrigações livremente pactuadas entre as partes; a social, considerando que o seu exercício dirige-se à satisfação dos interesses sociais. Assim, o papel a ser desempenhado pelo Estado é de suma importância, pois servirá como um contrapeso, equilibrando o contrato (BIERWAGEN, 2002).

2) Princípio da boa-fé objetiva: Tal princípio, embora previsto no BGB, em seu artigo 242, não foi utilizado pelo legislador pátrio, não havendo registro no CC/16 dessa previsão. Como já referido, sua introdução no ordenamento jurídico interno se deu a partir do CDC.

Consiste em fonte de obrigação, porquanto gera deveres anexos aos contratantes, como também a forma de interpretar os contratos e de suprir lacunas, diferenciando-se da boa-fé subjetiva¹¹, esta, sim, prevista no CC/16.

Segundo Bierwagen (2002), como fonte de obrigações, salienta-se por criar entre as partes deveres como:

- dever de informação, já que um contratante deve informar ao outro sobre o teor do que é contratado, explicitando cláusulas contratuais;
- dever de lealdade, à medida em que os contratantes devem se obrigar e cumprir o que contrataram, sendo desleal aquele que, ao pactuar, já sabe, de antemão, que não cumprirá o avençado;
- dever de segurança, pois o contratante, além de entregar a coisa, ou realizar a obra (em se tratando de obrigação de dar, ou fazer), deve comprometer-se com a segurança e idoneidade da coisa dada ou realizada, respondendo pelos vícios que, por ventura, apresente e pelos danos que possam ser causados pelo produto ou serviço prestado;
- dever de sigilo, não devendo publicizar fatos e informações de que tenha tomado conhecimento em virtude do contrato e que possam causar problemas ou ruína financeira ao outro contratante;
- dever de confiança, pois entre os contratantes não deve haver receio de um trapacear o outro;
- manutenção do equilíbrio contratual, já que o contrato deve servir de fonte de riqueza para ambos os contratantes;
- pautar-se de acordo com a moralidade, não gerando prejuízos ao outro negociante.

Esses deveres, que não são exaustivos, podem e devem ir sofrendo alterações à medida em que novos padrões de comportamento forem incorporados pela sociedade. Assim, a aplicação deste princípio informativo serve como uma forma de dinamização do direito das obrigações, permitindo que a matéria seja constantemente revista.

Devem acompanhar todo o período da pré-negociação, quando ainda não há o contrato, durante a sua execução, estendendo-se até mesmo após o seu cumprimento, quando se fala do papel da boa-fé objetiva em seu momento pós-eficacial, em que o respeito, o zelo e a integridade ainda devem acompanhar os contratantes. Assim, estará desrespeitando esse princípio a parte que tem acesso a alguma informação sigilosa sobre o outro e, após a

¹¹ Assim entendida como o desconhecimento do homem ou compreensão equivocada acerca de um determinado fato, como acontece com a posse.

execução do contrato, faz uso dessa informação, lesando interesses (informação de técnicas desenvolvidas, sobre o estado financeiro do outro etc.).

A partir da positivação desse princípio pelo CDC, alguns tribunais brasileiros¹² passaram a aplicá-lo como argumento para a revisão de contratos, tais como: contratos de planos de saúde e seguros de vida¹³, contratos bancários¹⁴, contratos de fornecimento de energia elétrica e serviços essenciais, consórcios e alienação fiduciária em garantia, entre outros¹⁵.

Apesar de esse princípio já estar sendo aplicado por alguns tribunais, o seu reconhecimento ainda é tímido, o que faz com que sua positivação se dê em boa hora.

3) Princípio do não-enriquecimento ilícito: finalmente incorporado ao texto legal como instituto autônomo, o enriquecimento sem causa consiste na obtenção de uma vantagem sem a respectiva causa. No CC/16 a matéria é regulada no pagamento indevido, na indenização devida ao possuidor que realizou benfeitorias, na reparação de danos causados. No entanto, o princípio não estava expresso no Código de Beviláqua.

¹² Dentre os tribunais brasileiros a utilizar o princípio da boa-fé objetiva despontam, de forma pioneira, os Tribunais do Estado do Rio Grande do Sul, onde é possível encontrar os seguintes julgados, anteriores à década de 90: Apelação Cível nº 589073956, da 5ª Câmara (trata-se de pedido de mercadorias, formulado pela empresa que está vendendo o negócio a outra, sendo que após a realização dos mesmos efetua o seu cancelamento junto ao fornecedor, o que inviabiliza o exercício da atividade por parte do novo comerciante); Apelação Cível nº 588012666, da 5ª Câmara Cível (situação de resolução contratual ajuizada contra devedor inadimplente, sendo que o inadimplemento se deu na última prestação. Entendimento de que no caso, diante do cumprimento substancial, não poderia ser o devedor demandado pela resolução contratual); Apelação Cível nº 588059113, da 5ª Câmara Cível (Revisão judicial de contrato celebrado com firma exportadora de soja) (MARTINS-COSTA, AJURIS). Posteriormente, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível nº 69.245-1/90, entendeu por abusiva e violadora da boa-fé a cláusula em contrato de adesão de promessa de compra e venda de terrenos, que faculta a uma das empresas vendedoras emitir duplicatas de prestação de serviços de urbanização que já tinham sido realizados; em igual sentido o julgado proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, que ao decidir a Apelação Cível nº 12.076-1/94 entendeu pela abusividade de cláusula em contrato de mútuo, cuja forma de correção fere o princípio da boa-fé objetiva. No Estado de São Paulo também é possível encontrar entendimentos similares, como o esposado no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.996-4/8, que considera abusiva a cláusula contratual que prevê o perdimento das parcelas já pagas, em caso de resolução por inadimplemento, já que isso fere o princípio da boa-fé. Outros exemplos são encontrados com frequência nos Recursos Especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, principalmente naqueles em que há atuação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, defensor do princípio da boa-fé objetiva (SLAWINSKI, 2000, p. 101-106).

¹³ Onde se discute o dever de informação que o contratante tem de noticiar as doenças ou situações de risco pré-existentes ao contrato.

¹⁴ Aqui tem lugar a revisão do contrato por se entender que não foi observado o dever de informação acerca do teor das cláusulas contratuais.

¹⁵ Nestes casos, normalmente, pela expressiva quantidade de cláusulas abusivas presentes nestes contratos de adesão.

No novo CC houve uma revalorização do princípio, quando o legislador disciplina o estado de perigo, a lesão, a revisão dos contratos por onerosidade excessiva, e pela disciplina própria que a matéria recebeu nos artigos 884 a 886.

Para que haja o enriquecimento sem causa é preciso: a ocorrência do enriquecimento de uma parte; o empobrecimento da outra; onexo causal entre os dois eventos; que o acréscimo seja sem justa causa, ação *in rem verso* para postular a restituição do que foi pago a maior.

Esse princípio está intimamente ligado ao **princípio da equivalência das prestações**, característica dos contratos comutativos, que pela sua natureza devem guardar uma equivalência entre prestação e contraprestação, como compra e venda, locação, espécies contratuais em que é necessário o equilíbrio contratual.

A equivalência aqui referida é a objetiva, o que vale dizer que as prestações não precisam ser rigorosamente do mesmo valor, mas devem atender às expectativas das partes. O que não pode é o contrato ser desfigurado, e passar a uma doação.

À luz desses princípios pode-se perceber que o Código Civil de 2002 baseou-se numa outra estrutura, a partir da qual é possível maior equilíbrio da relação contratual, admitindo-se as posições de desigualdades entre as partes e propondo a intervenção do Estado, através do dirigismo estatal protetivo.

É inegável que a nova principiologia contratual constitui-se num avanço significativo no tratamento da matéria, pois a um só tempo figura como fonte (como no caso do princípio da boa-fé objetiva) e como critério hermenêutico.

Todavia, não basta um aporte principiológico. É preciso que, além de princípios, haja uma mudança significativa na forma de *olhar os contratos*, enxergando-se a sua conotação social. É nesta tarefa que ganha relevo o papel do operador jurídico, pois ao advogado incumbe estar atualizado e sintonizado com a evolução social, de forma a trazer argumentos contemporâneos ao Poder Judiciário. Este, por sua vez, deve atuar de forma sensível e criativa, levando em consideração a diversidade de postura dos contratantes, tendo presente o imenso desafio que lhe é posto a partir da adoção das cláusulas gerais.

Há ainda outro desafio que se coloca aos operadores jurídicos, a partir do novo Código Civil, pois a eles cabe a difícil tarefa de contemporizar algumas contradições que se apresentam no seio da nova legislação. Com efeito, apesar de todo um aporte contemporâneo, a matéria contratual não se libertou totalmente de alguns princípios seculares que implicitamente aparecem ao longo do texto, gerando um conflito entre dois paradigmas: o indivi-

dualista e o social, conforme se verá a seguir.

As fragilidades da nova construção contratual

Não obstante o avanço significativo no tratamento da matéria contratual, há algumas considerações que precisam ser feitas, sobretudo quanto aos dispositivos que se mostram em conflito com o tratamento contemporâneo que o Código Civil pretende dar à matéria.

Dentre os aspectos merecedores de críticas destaca-se o tratamento dispensado à resolução por onerosidade excessiva, previsto no artigo 478. Percebe-se que a nova legislação *reprisou*, por assim dizer, a *teoria da imprevisão*, cujos requisitos já se mostravam ultrapassados pela jurisprudência brasileira, que vinha dispensando a comprovação de imprevisibilidade para a revisão dos contratos. Portanto, para muitos julgadores essa discussão já estava vencida, bastando que tivesse ocorrido fato superveniente, a tornar excessivamente oneroso o contrato.

Ainda discutindo esse mesmo artigo, merece referência o fato de o dispositivo não mencionar a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, mantendo-se o contrato. Todavia, defende-se a idéia de que esta possibilidade existe, uma vez que o contrato deve ser preservado, sempre que possível. Dessa forma, caso seja possível a revisão das cláusulas, mantendo-se o contrato, deve ser esta a opção do julgador.

Quanto à terminologia, conforme já destacado, em que pese o objetivo da comissão elaboradora em primar pela técnica, em alguns momentos tal objetivo não foi atingido, haja vista os problemas apresentados nos artigos 309, 310 e 312, em que o legislador utiliza o termo *validade*, quando o correto seria eficácia.

Todavia, é o teor do artigo 406 que causa maior preocupação. Com efeito, apesar do referido dispositivo não estar localizado na parte contratual, traz reflexos diretos nos contratos, pois trata de juros, em caso de inadimplemento das obrigações.

Segundo sua redação, quando forem devidos juros moratórios e os contratantes não estabelecerem a taxa, ou quando os juros são devidos em virtude de disposição legal, serão fixados segundo o que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A dubiedade da redação do referido artigo remete ao seguinte questionamento: a taxa mencionada seria apenas a prevista no Código Tributário Nacional, limitada a 1%, ou tratar-se-ia deste índice, acrescido de outra taxa, como por exemplo a SELIC, o que aumentaria consideravelmente o índice a ser aplicado?

A análise da evolução histórica dos juros permite afirmar que sempre se perseguiu a aplicação de taxa superior a 1% ao mês, senão vejamos:

desde o advento do Decreto 22.626 (Lei de Usura) há grande resistência na aplicação desse limite, principalmente por parte de instituições financeiras. O ápice dessa resistência se materializou através da interpretação, deliberadamente equivocada, realizada acerca dos termos da Lei 4.595/64, que, segundo as instituições financeiras, conferia a possibilidade de as mesmas aplicarem taxas de juros superiores aos percentuais previstos na Lei de Usura. Esse entendimento e a pressão do setor culminou na Súmula 596, do Supremo Tribunal Federal, que chancelou a inaplicabilidade da Lei de Usura aos contratos celebrados com instituições financeiras.

A discussão tornou-se ainda mais acirrada a partir do advento da Constituição Federal de 1988, onde o legislador constituinte, atento para o problema dos juros, grande causador de onerosidade excessiva dos contratos, tratou de limitá-los a 12% ao ano. Assim, seguindo a esteira de outras constituições¹⁶, o Brasil rompeu com o liberalismo exacerbado, estabelecendo limites para o desenvolvimento das atividades econômicas.

Como é sabido, o fato de a limitação figurar na Carta Constitucional só aumentou a celeuma, já que não tardou para o Supremo Tribunal Federal entender pela não auto-aplicabilidade do parágrafo 3º, artigo 192, restabelecendo o espaço para a livre atuação das instituições financeiras, numa atitude de clara subserviência ao poder do capital¹⁷.

Em que pese o entendimento do STF, os julgadores de primeira instância ainda continuavam decidindo de forma independente, entendendo pela limitação da taxa de juros, até porque o julgamento da ADIn 4-7 não tem efeito vinculante.

O que se apresenta hoje, no entanto, é a liberação da taxa de juros a patamares superiores aos 12%, conforme se depreende da leitura conjugada do artigo 406 com o momento histórico presente, quando a matéria referente aos juros foi extirpada da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003.

Dessa forma encerra-se a discussão constitucional acerca do limite dos juros, pontuada por situações lamentáveis: a submissão do STF aos

¹⁶ Uma das críticas feitas à previsão constitucional dos juros é que esta matéria não seria de competência da Constituição Federal. Todavia, esta é uma visão ultrapassada, pois a matéria referente aos juros vem sendo acrescentada nas cartas constitucionais, no mundo: A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 são apontadas como precursoras destas medidas (PORTANOVA, 2002).

Na verdade, ao incorporar esse modelo, trazendo um capítulo referente à ordem econômica e social, a CF/88 rompe com a idéia de que o direito público e o privado não se comunicam.

¹⁷ A limitação da taxa de juros causou muita discussão e isso teve início desde que a CF entrou em vigor. Um dia após a promulgação da carta, o Presidente da República José Sarney já encomendava um parecer ao Consultor-Geral, Saulo Ramos. O parecer foi publicado no Diário Oficial em 07.10.1988, mesmo dia em que o Banco Central emitia a circular n. 1365, notificando todo o sistema nacional sobre a taxa de juros, informando

interesses políticos; a morosidade do Poder Legislativo, que deliberadamente não editou a Lei Complementar para regularizar a matéria¹⁸, culminando com nova atuação merecedora de críticas, por parte do legislativo, que não hesita em aprovar um projeto de emenda constitucional para retirar o parágrafo 3º, do artigo 192, da CF/88.

E é exatamente nesse ponto que ganha relevância a previsão do artigo 406, do novo Código Civil. Com a retirada dos juros do seio da CF/88, esta matéria passa a ser regradada apenas pelo novo Código Civil, cujo dispositivo em comento caracteriza-se pela dubiedade e por apresentar-se em flagrante afronta aos princípios norteadores dos contratos, posto que juros elevados podem trazer grande desequilíbrio às relações contratuais.

Diante dessa situação, uma pergunta mostra-se pertinente: é possível afirmar que o novo Código Civil estabeleceu um novo paradigma para os contratos?

Considerações Finais

A exposição até aqui realizada permite acompanhar a evolução dos contratos através dos tempos, desde sua fase inicial, cercada de formalismos, passando pelo modelo clássico, calcado no individualismo e autonomia da vontade, até os dias atuais, onde a matéria se apresenta com nova roupagem.

As transformações ocorridas no seio da sociedade, sobretudo a partir da segunda metade do Séc. XX, trouxeram influência direta à matéria, posto que foram agregadas novas formas de contratação, destacando-se os contratos de adesão, a massificação dos contratos de consumo, completando-se,

que os preceitos limitativos, expressos na CF/88, ainda não estavam em vigor. Diante do parecer do Consultor-Geral, o Partido dos Trabalhadores intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 4-7), requerendo medida liminar de suspensão do ato normativo. A ADIn era contra o ato normativo do Presidente da República, que aprovou o parecer do Consultor-Geral. A liminar não foi concedida, sendo o mérito julgado em 07.03.91. A ADIn foi julgada improcedente, com voto vencido dos ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Paulo Brossard, Néri da Silveira.

Restou vencedor o entendimento dos ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Octávio Gallotti, Célio Borja e Celso de Mello. O argumento dos vencedores era que a norma constitucional discutida tinha eficácia contida, já que sujeita ao preceituado no caput do artigo 192. Aliado a isso, entenderam que não havia, no texto constitucional, suficiente conceituação de juros.

Como defendido por Portanova (2002), é inaceitável o argumento utilizado pelo STF, senão vejamos: o parágrafo 3º, do artigo 192, está dividido em duas partes e mesmo admitindo-se que esteja sujeito ao caput (como querem alguns) a referência à lei complementar se dá ao final do dispositivo, fazendo clara alusão aos crimes de usura. Portanto, o julgamento do STF evidencia uma posição marcadamente política, onde mais uma vez se privilegiou o interesse do capital.

¹⁸ Apesar dos incontáveis mandados de injunção impetrados, o Congresso Nacional manteve-se deliberadamente omissivo, não elaborando a lei complementar, que, segundo o entendimento do STF, era necessária para regulamentar os juros.

mais recentemente, pelo fenômeno da *desmaterialização dos contratos*, utilizada a partir da adoção de condições gerais dos contratos.

Os contratos passam, então, de um período de entendimento direto entre as partes, que se conheciam e estabeleciam suas regras baseadas na confiança mútua, para um outro, em que aos poucos vai desaparecendo a dialética contratual, hoje substituída por códigos, senhas e operações realizadas em frente a computadores ou caixas eletrônicos.

É inegável que essa nova forma de contratação exige uma legislação atualizada, que dê respostas aos conflitos contratuais dos tempos presentes. É sabido, também, que o Código Civil de 1916, no que concerne à matéria contratual, encontrava-se distante dessa nova realidade, reproduzindo os valores do modelo contratual clássico.

A evolução social acabou forçando a revisão desse modelo, apontando a publicização do direito privado, especialmente o contratual, como um dos meios de atualização da matéria, o que se deu através da edição de leis esparsas, dotadas de maior aporte social, bem como através de uma nova postura do Poder Judiciário, cuja atuação visava ao restabelecimento do equilíbrio contratual. Esse movimento de publicização do direito privado foi completado pela constitucionalização do direito civil, trazida pela Constituição Federal de 1988.

A partir desses dois movimentos surge uma importante legislação, dotada de grande efetividade na sociedade: o Código de Defesa do Consumidor. Esta lei, a partir do seu aporte principiológico, possibilitou a revisão de antigos dogmas contratuais, permitindo que se lançasse um olhar contemporâneo aos contratos, reconhecendo-se a posição de desigualdade material entre os contratantes e servindo de instrumento para o exercício de cidadania.

Seus princípios, como o da boa-fé objetiva, o princípio da transparência, do dever de informação e da ação governamental acabaram contaminando todo o *tecido contratual*, influenciando de forma definitiva o novo Código Civil.

Seria ingenuidade pensar que todos os problemas atinentes à matéria serão resolvidos a partir das previsões da nova legislação. É certo que não se abandonam posturas seculares devido ao advento de uma nova lei, sendo que por muito tempo ainda serão encontradas posições eminentemente privatistas no que tange aos contratos. Não obstante, o fato de a legislação civilista fazer menção a um conjunto de princípios, reconhecendo que os contratantes não estão na mesma posição e que os contratos devem cumprir uma função social sinaliza para novos tempos.

Esses novos tempos virão carregados de desafios, pois o operador jurídico, tão habituado a compartimentalizar as áreas do conhecimento, pre-

cisará rever suas posições, aprendendo a trabalhar com a interpenetração do direito público e privado. Além de perquirir a função social dos contratos, interpretar as cláusulas contratuais de forma favorável ao aderente (reconhecendo-se que os contratantes não estão na mesma posição), ainda desafia o poder criador e a sensibilidade do julgador, à medida em que o remete ao trabalho com cláusulas gerais.

Em que pese a crítica sobre os pontos de vulnerabilidade da nova lei, sobretudo no que concerne ao tratamento dispensado aos juros moratórios e à ausência de um regramento acerca de contratos eletrônicos, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 inaugura uma nova etapa do direito contratual. Nessa nova etapa, não haverá espaço para a análise automática do contrato, à luz de princípios há muito superados. Haverá, isto sim, espaços para uma interpretação mais sensível e humana do direito, à luz do caso concreto, considerando-se a posição dos contratantes, sua integridade e honestidade.

Portanto, a análise da matéria contratual deve ser feita a partir de um outro enfoque, centrado no paradigma da socialidade. Eis aí o grande desafio imposto pelo Código Civil de 2002.

Referências Bibliográficas

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FLORES, Paulo R. Thompson. Novos direitos – O direito Civil no fim do século XX. *Revista Jurídica IUS Vivens*.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em 13 de junho de 2003.

MARQUES, Cláudio Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, setembro de 2000.

PORTANOVA, Rui. *Limitação dos Juros nos Contratos Bancários: ações e defesas dos devedores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, 1987.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos Polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Bibliografia Complementar

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *A Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Princípio da Boa-Fé*. In: *Ajuris*, v. 50.

ELESBÃO, Elsita Collor. *Princípios Informativos das Obrigações Contratuais Cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo et. al. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo et al. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2003.