

A crise da noção clássica do contrato: a emergência da função social

Diego Dezorzi*

Resumo

Este artigo expõe a crise – e a sua superação – da noção clássica do contrato, originada pela inadequação dos modelos jurídicos tradicionais, calcados no paradigma liberal-individualista, à realidade socioeconômica contemporânea. Para tanto, são analisadas a evolução da teoria contratual clássica e a nova realidade em que se inseriu o contrato. A função social do contrato, nesse contexto, emerge no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral e como princípio, dotada de eficácia imediata, limitando a liberdade contratual e integrando o conceito de contrato.

Palavras-chave: Teoria contratual clássica. Autonomia da vontade. Crise do contrato. Nova realidade contratual. Função social do contrato.

Introdução

O contrato é instrumento que, tradicionalmente, viabiliza a circulação e a acumulação de riquezas. As novas feições que o instituto vem tomando nas sociedades contemporâneas, marcadas pela crescente massificação das relações sociais, bem como, no caso brasileiro, pelo desenvolvimento tardio da mentalidade jurídica, evidenciam a relevância da abordagem. Ademais, é o fito de contribuir para que a Constituição seja respeitada e efetivada, especialmente no que tange à socialidade, que desperta o irresistível desejo dessa reflexão.

Não se pode olvidar, ao fim, a menção de que esta explanação não tem a pretensão de esgotar o tema, o que, ao menos por ora, mostra-se inviável, diante da sua complexidade e da abundante doutrina que versa sobre a

* Acadêmico nível X da Faculdade de Direito, Passo Fundo.

matéria. Contudo, mesmo em modestas proporções, já se tem o suficiente para suscitar o debate.

O contrato em sua concepção clássica: aspectos conceituais e principiológicos

O contrato é exigência imposta pela realidade social e sua ideia vem sendo moldada, desde os romanos,² pelas práticas sociais, pela moral e pelo modelo econômico vigente em cada época.³ É nessa perspectiva que Theodoro Júnior pondera que “tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito”.⁴

A definição do vocábulo “contrato” permeia os manuais jurídicos, podendo-se destacar, por sua abrangência, a conceituação elaborada por Pereira. Para este autor, contrato, em sentido estrito, é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.⁵ Enfim, é um negócio jurídico⁶ bilateral ou plurilateral,⁷ que objetiva a produção de efeitos jurídicos. Ampliando a noção, então, pode-se compreender no conceito de contrato toda espécie de negócio jurídico em que ocorra a participação de vontade

plúrima, abarcando, por exemplo, o casamento e qualquer espécie de convenção.⁸

É interessante notar que, fruto de uma multiplicidade de eventos históricos,⁹ a concepção clássica do contrato está fundada na doutrina da autonomia da vontade, bem como em seu reflexo mais importante, qual seja, o dogma da liberdade contratual. Efetivamente, a vontade dos contratantes, declarada ou não, é o elemento principal do contrato, representando não só a sua origem, mas a sua própria legitimação.¹⁰

É nesse sentido que Gomes refere ter a expressão autonomia da vontade buscado inspiração na filosofia oitocentista, sendo influenciada, especialmente, por Kant, com o desenvolvimento do pensamento da capacidade de autodeterminação do indivíduo, bem como por Rousseau, com o estabelecimento da ideia de convenção como base de autoridade entre todos os homens.¹¹

De fato, para a formação da concepção clássica do contrato, foi determinante a confluência das doutrinas da escola do direito natural e dos canonistas. A primeira, calcada no racionalismo e no individualismo, deu sustentação ao entendimento de que o nascimento das obrigações encontrava seu fundamento na vontade livre dos contratantes, dando azo à inferência

de que o mero consentimento obrigava as partes. A segunda, por seu turno, atribuiu relevância às ideias de consenso e de fé jurada, preconizando ser a vontade – a simples declaração de vontade, independente de outros fatores – fonte de obrigações, o que abriu espaço para formulação do já aludido princípio da autonomia da vontade.¹²

Agregando-se a isso – noções do contrato como consenso e da vontade como fonte geradora de efeitos jurídicos, ambos reflexos do contexto individualista do jusnaturalismo e da superestimação do papel do indivíduo – o efervescente liberalismo econômico do século XIX, não poderia defluir outra consequência senão a da consolidação do contrato como instrumento jurídico por excelência da vida econômica.¹³ Ora, uma vez que o liberalismo estava fundado na ideia de igualdade formal¹⁴ dos indivíduos, bem como no raciocínio paradoxal de que os mercados de capitais e de trabalho deveriam funcionar livremente, em condições que favorecessem a dominação de uma classe sobre a economia, fixou-se a figura do contrato como “categoria que serve a todos os tipos de relação entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”.¹⁵

Ressalta-se que o contrato encontrou ponto de destaque, sobretudo, nos regimes liberais, justamente por

não se mostrar possível a compreensão da ideologia de tais regimes sem a valorização da propriedade e o exercício natural da propriedade não ser concebido dissociado da presença instrumental do contrato.¹⁶

Representando uma tendência mundial, a concepção voluntarista e liberal do contrato repercutiu no pensamento jurídico brasileiro, tendo sido positivada no Código Civil de 1916.¹⁷ A despeito do esforço empregado para a superação desse modelo, é importante salientar que o Código Civil de 2002, por si só, não se mostrou e não se mostra hábil à ruptura do paradigma que se havia consolidado, o que somente se afigura viável com a reformulação e evolução das mentalidades dos operadores do direito, processo, vale dizer, que ainda se encontra em desenvolvimento.

Vale repisar que, na perspectiva clássica, os contratos são regidos por princípios que os singularizam, calcados numa lógica individualista, que se torna compreensível por meio de uma concepção meramente formal dos valores da liberdade e da igualdade.¹⁸ Impõe-se, assim, traçar algumas considerações acerca desses princípios, que, contemporaneamente, continuam válidos, não mais como dogmas, mas como princípios diretores que se agregam e passam a conviver – com a relativização daí decorrente – com outros princípios.¹⁹

No âmago da noção clássica do contrato, como se deixou antever, encontra-se o princípio da autonomia da vontade, que, genericamente, pode enunciar-se “como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”.²⁰ Significa, em síntese, o poder de auto-regulamentação de interesses.²¹ A justificação desse enunciado está na ideia de que o ser humano encontra em si mesmo o fundamento de sua conduta, uma vez que é livre e que as regras que o governam emanam de sua vontade.²²

A autonomia da vontade²³ constituiu-se como base para a compreensão do princípio da força obrigatória dos contratos.²⁴ Com efeito, esse princípio, também conhecido pela fórmula *pacta sunt servanda*, funda-se “na concepção de que a vontade, independentemente de quaisquer outras variáveis, fazia do contrato a lei entre as partes”,²⁵ ou seja, as partes vinculavam-se àquilo que fora negociado, não podendo, unilateralmente, desobrigar-se. Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual, sem a qual, consoante Venosa, estaria estabelecido o caos.²⁶

Em regra, os efeitos do contrato não podem prejudicar nem aproveitar a terceiros. É o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*. Sua aplica-

ção não se restringe somente às partes, mas também alcança o objeto, considerando-se que, em geral, o contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros. Assim, pode-se sintetizar que a relatividade contratual leva a que o contrato não produza efeitos em relação a terceiros, exceto nos casos expressamente previstos pela lei.²⁷

Considerando que o contrato reflete, de certa forma, a realidade das sociedades, não poderia ter sido diverso o seu caminho evolutivo, uma vez que, ao longo da história, a cultura individualista prevaleceu sobre as ideias de cunho social. Mesmo assim, mudanças na economia e no seio das sociedades fizeram com que a teoria contratual clássica caísse em crise. Portanto, fixados alguns conceitos básicos, torna-se possível verificar a nova realidade contratual que se desvela.

Crise na teoria contratual clássica: a nova realidade do contrato

A realidade socioeconômica do século XX, marcada pela industrialização e pela massificação das relações contratuais – sobretudo com a proliferação dos contratos de adesão –, não se conformava mais com a noção

clássica do contrato. Ora, embora a liberdade e a autonomia contratual fossem asseguradas no campo teórico, assim não ocorria no plano dos fatos, o que gerava desequilíbrio²⁸ e ensejou a crise da concepção tradicional do contrato.²⁹

Gomes aponta os seguintes fatores como determinantes na transformação da teoria geral dos contratos: “A insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal; a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; a intromissão do Estado na vida econômica.”³⁰ Salienta-se, também, que a igualdade tomada apenas do prisma formal, muito além de desequilíbrio, apresenta-se capaz de comprometer o ideal de justiça inscrito na Carta de 1988.

A crise dos contratos, entretanto, não se restringe a apenas isso, pois, segundo Venosa,

[...] a crise situa-se na própria evolução da sociedade, nas transformações sociais que exigem do jurista respostas mais rápidas. O sectarismo do direito das obrigações tradicional é colocado em choque. O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. E o direito das obrigações, e em especial o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos. Nesse cenário, o presente Código procura inserir o contrato como mais um elemento

de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade.³¹

Enfim, em decorrência da crise apontada, formou-se uma nova concepção do contrato, de cunho social, em que alcançaram maior relevância, à frente do momento da manifestação da vontade, os efeitos do contrato na sociedade e as condições socioeconômicas das pessoas nele envolvidas.³² Nessa senda, a crise pode ser assimilada como condição indispensável para que o contrato, verdadeiramente, conseguisse acompanhar a evolução social, possibilitando a sua virada conceitual.

Ad argumentandum tantum, segundo perspectiva inovadora, Gordley escapa ao consenso de associar a crise do contrato ao liberalismo econômico e à filosofia individualista do iluminismo. Apesar de concordar com a existência da crise da teoria contratual, esta é atribuída a um problema filosófico, qual seja, a ruptura da teoria moderna, de matriz voluntarista, com o modelo filosófico aristotélico-tomista. Com efeito, no século XIX os pressupostos aristotélicos tomistas da causa e da substância dos tipos contratuais foram abandonados, passando-se a reinterpretar as categorias jurídicas dentro de um novo quadro teórico. O conceito de autonomia da vontade, nesse contexto, foi excessivamente

alargado, justamente para ocupar o espaço da justificação teórica deixado pela tradição aristotélico-tomista. A partir de então, passou-se a inferir como incompreensível e injustificável a categoria do contrato, o que originou a sua crise.³³

O modelo clássico de contrato no Brasil, mesmo que tardiamente, começou a ser superado a partir da década de 1980, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. O advento do Código Civil de 2002 também simbolizou etapa marcante desse processo evolutivo, uma vez que foi marcado pelo espírito da socialidade, revelando o intuito do legislador de socializar os modelos jurídicos,³⁴ em vista da insuficiência do paradigma então vigente.

O conceito de contrato, portanto, em decorrência da crise³⁵ enfrentada, aprimorou-se, tendo as noções de equidade e de justiça ocupado o seu centro de gravidade, em substituição “ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do mais vulnerável”.³⁶ Tudo isso conduziu ao fortalecimento da compreensão do contrato como instrumento que cumpre determinada fun-

ção social, o que será objeto de maior estudo no próximo item.

Atrelados à nova concepção do contrato,³⁷ por conseguinte, emergiram no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. Enquanto os princípios clássicos assentavam-se substancialmente sobre o valor liberdade, os novos princípios buscam resgatar a importância do valor igualdade,³⁸ diga-se, materialmente considerada.

É de se ressaltar que os princípios sociais adotados aproximam o Código Civil de 2002 do Código de Defesa do Consumidor, o que denota a tendência ao desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que diz com seus fundamentos e sua principiologia elementar.³⁹

O princípio da boa-fé objetiva, diferentemente daquela tomada no prisma subjetivo,⁴⁰ prescinde da aferição do estado psicológico subjetivo do agente, pretendendo significar a determinação de lealdade de conduta nas relações contratuais, ao que se agrega uma valoração de ordem ética.⁴¹ Efetivamente, a boa-fé objetiva importa em conduta honesta, leal, correta,⁴² podendo ser compreendida como uma regra de conduta, um dever de agir de

acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁴³ A boa-fé objetiva, enfim, não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva,⁴⁴ mas impõe condutas ativas aos sujeitos.

Por seu turno, o princípio do equilíbrio contratual, fundado no princípio constitucional da igualdade, dá ensejo à renegociação, pelos próprios contratantes, dos termos inicialmente acordados, bem como abre espaço à revisão ou à resolução do contrato, mitigando, assim, o princípio da obrigatoriedade contratual.⁴⁵ Deve-se salientar que, embora o Código Civil de 2002 não tenha, de forma explícita, consagrado o princípio do equilíbrio contratual, sua existência é evidente em vista da exacerção do desequilíbrio pelo ordenamento, quer por meio da vedação da lesão,⁴⁶ quer ao permitir a resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.⁴⁷

Fixados tais pressupostos, cumpre, ainda, verificar o conteúdo do enunciado da função social do contrato, em que o princípio da socialidade apresenta traços marcantes. A matéria, entretanto, em vista das especificidades existentes, segue em tópico separado.

A emergência da função social do contrato

A Constituição Federal de 1988, ao positivar a ideia de função social, representou uma mudança de paradigma na compreensão do direito pátrio, abandonando seu viés individualista e incorporando uma perspectiva mais social, atrelada aos direitos fundamentais, comprometida com a efetivação da dignidade da pessoa humana e objetivando a concretização da solidariedade social.⁴⁸

Embora a Carta política de 1988 não tivesse expressamente previsto a função social do contrato⁴⁹ em seu texto, entendia-se que esta estaria implícita na consagração da função social da propriedade, que, extensivamente, poderia ser estendida às obrigações e aos contratos, como concepção de justiça orientadora de toda ordem econômica.⁵⁰ O Código Civil de 2002, em boa hora, consagrou, taxativamente, no artigo 421,⁵¹ a função social como limite da liberdade contratual.⁵²

Afirma-se, assim, que, com a redação estabelecida no Código Civil de 2002, a função social do contrato passou a simbolizar, simultaneamente, uma cláusula geral, restringindo a liberdade contratual e integrando o próprio conceito de contrato,⁵³ e também um princípio, uma vez que, “enquanto forma legislativa impregnada de de-

liberada fluidez, a presente cláusula geral reenvia o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento”.⁵⁴

Efetivamente, ao se reconhecer que a liberdade de contratar não é absoluta, uma vez que somente será aceita pelo ordenamento jurídico se for exercida dentro dos limites da função social do contrato, fixou-se uma determinação, inegavelmente, de natureza principiológica.⁵⁵

A base constitucional da função social do contrato não encontra, segundo Gomes, consenso na doutrina. Entende-se que possa estar calcada na igualdade substancial, com a superação do individualismo e a imposição da solidariedade social na Carta de 1988. Por outro lado, pode-se compreender que esteja constitucionalmente estabelecida no *caput* do artigo 170,⁵⁶ do qual se infere, com a imposição do estabelecimento de uma ordem social harmônica, que as relações contratuais não podem trazer qualquer prejuízo à sociedade. Ainda, pode ser baseada na dignidade da pessoa humana e na livre-iniciativa, buscando a conciliação dos dois preceitos, para que se possa alcançar o desenvolvimento nacional e a justiça social.⁵⁷

A despeito das variações existentes, independentemente do fundamento que seja dado, o importante é não se deixar de ter em conta que a função social do contrato tem como

objetivo principal “a implementação de parâmetros de interpretação contratual fulcrados na solidariedade social, de modo a se permitir a inserção efetiva na sociedade brasileira de direitos nominados como de terceira geração”.⁵⁸ É interessante ressaltar que, mesmo tendo uma função social a atingir, o contrato ainda conserva sua função econômica – de circulação de riquezas, especialmente –, limitada, contudo, pela função social.

Não se pode deixar de destacar, nesse passo, que a função social do contrato constitui princípio de ordem pública, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 2.035⁵⁹ do Código Civil de 2002, ou seja, sua aplicação é de eficácia imediata.⁶⁰

A função social do contrato, ademais, guarda eficácia entre as próprias partes contratantes – promovendo a dignidade humana e o solidarismo –, bem como perante terceiros, em evidente mitigação do princípio da relatividade.⁶¹ Em razão disso, não se pode conceber, como o faz Tomasevicius Filho, que a função social, tomada em sentido estrito – significando o serviço realizado em benefício de outrem, objetivando o exercício socialmente útil de um direito – não esteja presente em todos os contratos.⁶² Ora, guardando íntima vinculação, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana, é certo que a função social deverá estar

presente em todas as manifestações contratuais, independentemente da produção imediata de externalidades à sociedade. A adoção de raciocínio diverso parece não aceitar que a função social irradie efeitos entre as partes contratantes.

No plano dos efeitos derivados da concepção social do contrato, enfim, o principal deles é a flexibilização do princípio da relatividade contratual.⁶³ Mattietto, exemplificando a interação dos princípios em testilha, faz alusão ao julgamento do recurso especial nº 444.716/BA, em que a relatoria coube à ministra Nancy Andrighi, datado de 11 de novembro de 2004, no qual se permitiu que terceiro, estranho à relação contratual, demandasse contra empresa seguradora, maximizando a eficácia social do ajuste entabulado.⁶⁴

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem reconhecendo a possibilidade de ser responsabilizada a seguradora de supermercado em caso de vítimas de furto em estacionamento deste como uma das aplicações da função social do contrato, ainda que não haja efetivamente responsabilidade extracontratual da seguradora, muito menos vínculo contratual direto entre si e a vítima do furto no supermercado.⁶⁵

O princípio da função social do contrato consagrado no Código Civil de 2002, de nítida inspiração solida-

rista, vem, portanto, ao encontro dos valores insculpidos no texto constitucional e impõe uma releitura do conceito clássico do contrato, para que seja apenas concebido enquanto atrelado à função social.

Conclusão

Em vista da relevância que a figura do contrato guarda nas sociedades capitalistas, mostra-se impreterível a compreensão da nova realidade em que o instituto se inseriu, produto da crise do seu conceito clássico, principalmente, em *terrae brasiliis*, após o advento da Constituição Federal de 1988.

A ruptura do paradigma individualista, que vigia à época do Código Civil de 1916, foi determinante para redefinição do contrato, podendo-se falar na socialização do direito privado. Os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade contratual passaram a conviver – e a ser flexibilizados – com as noções de boa-fé objetiva, de equilíbrio contratual e de função social dos contratos.

O Código Civil de 2002 foi o ponto culminante da caminhada que se havia iniciado com a promulgação da Carta de 1988 e, posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, incorporando o princípio da

socialidade e dando tratamento diferenciado aos contratos. A limitação da liberdade contratual pela função social e o seu caráter de ordem pública foram positivados pelo novo diploma legal e passaram a conquistar gradativa efetividade no seio da sociedade, como se verificou na repercussão que vem atingindo nos tribunais.

Nessa perspectiva, a função social do contrato emerge no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral e como princípio, atuando não apenas como limite à liberdade de contratar, mas como elemento integrante do próprio conceito de contrato e de caráter vinculante. Em síntese, o contrato, hoje, somente pode ser entendido como instrumento jurídico – essencial à economia, inegavelmente – que cumpre determinada função social, cuja eficácia abarca as relações *inter partes* e com terceiros.

Abstract

The crisis of the classic concept of contract: the emergence of the social role

This essay explains the crisis - and its overcoming - of the classic concept of contract, resulted from the inadequation of the traditional legal models, based on the liberal-indivi-

dualist paradigm, to the contemporary socioeconomic reality. For this end, the evolution of the classic contractual theory and the new contractual reality are analyzed. The social role, in this context, emerges in the Brazilian legal system as general clause and as principle, endowed with immediate effectiveness, restricting the contractual freedom and making part of the concept of contract.

Key words: Classic contract theory. Freedom of contract doctrine. Crisis of contract. New contract reality. Social role of contract.

Notas

¹ Fala da personagem Pórcia, que fazia as vezes de sábio “doutor de Roma” incumbido de determinar o julgamento em que Shylock, usurário judeu, pretendia o cumprimento das condições estipuladas em contrato, reclamando uma libra de carne do mercador Antônio. SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 93.

² De acordo com Venosa, “no Direito Romano primitivo, os contratos, como todos os atos jurídicos, tinham caráter rigoroso e sacramental. As formas deviam ser obedecidas, ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes. Na época da Lei das XII Tábuas, a intenção das partes estava materializada nas palavras corretamente pronunciadas. No Direito Romano, *convenção* e *pacto* eram conceitos equivalentes e significavam o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de um objeto determinado. O simples acordo, *convenção* ou *pacto*, porém, não bastava para criar uma obrigação juridicamente exigível. O simples *pacto* não criava a obrigação. Essa noção, que vem do Direito clássico, atinge a época de Justiniano. Para que se criasse uma obrigação, havia necessidade de certas formas

que se exteriorizassem à vista dos interessados. A solenidade dava força às convenções. Cada uma dessas convenções, sob certas formalidades, constituía um *contractus*. Não conhecia, portanto, o Direito Romano uma categoria geral de contrato, mas somente alguns contratos em particular. O elemento subjetivo da vontade só vai conseguir sobrepujar o formalismo representado pela exteriorização de fórmulas na época de Justiniano, quando de certo modo se unifica o conceito de contrato com o de convenção. Não chegou, porém, a ser uma identificação completa”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2. p. 378-379.

³ Nesse sentido, ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 11.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 7.

⁶ Mello conceitua negócio jurídico como “o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consistem em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídicos”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 184.

⁷ Discorrendo sobre a compreensão do contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral, cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 4 e 10.

⁸ PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 7-8.

⁹ De acordo com Marques, a concepção clássica de contrato representa o “ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a idade média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Francesa, o nacionalismo crescente e o liberalismo econômico”. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 43.

¹⁰ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, p. 42.

¹¹ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 42.

¹² GOMES, *Contratos*, p. 5.

¹³ O contrato passou a ter uma dupla função econômica no Estado moderno: “Instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido.” MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 47.

¹⁴ Segundo Silva, “o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções entre grupos”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 213.

¹⁵ GOMES, *Contratos*, p. 6. Ratificando o raciocínio delineado, afirma-se que “com base na autonomia da vontade e liberdade contratual disfarçavam-se interesses reais de um sistema governado pelo modo capitalista, no qual a igualdade era apenas formal, verificando-se gravíssimas desigualdades substanciais e disparidades de condições concretas de força socioeconômica entre contraentes detentores de riqueza e poder, e contraentes que não dispunham senão de sua força de trabalho”. GOMES, *Teoria contratual contemporânea*, p. 42.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, *O contrato e seus princípios*, p. 12.

¹⁷ Segundo Gomes, “o Código Civil brasileiro de 1916 foi resultado da concepção individualista que predominou nas codificações do século XIX. De modo que estava voltado para a proteção do patrimônio; o sujeito de direito somente era protegido se estivesse na condição de proprietário ou de contratante. Dentro dessa concepção, em que a segurança era valor fundamental para a proteção dos interesses burgueses, as normas estavam centralizadas no Código, para assegurar sua estabilidade. Esse entendimento refletia a concepção oitocentista, em que o Código Civil regulava com exclusividade as relações privadas.” GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à socialidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, p. 32-63, jul./set. 2006. p. 41.

- ¹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. Revista da *Ajuris*, Porto Alegre, v. 34, n. 105, p. 153-188, mar. 2007. p. 162.
- ¹⁹ FACCHINI NETO, A função social do direito privado, p. 162-163.
- ²⁰ PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 25.
- ²¹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.
- ²² REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 186.
- ²³ Diferenciando a autonomia da vontade da autonomia privada, Gomes anota que “[...] quando se trata de autonomia da vontade, está-se referindo a um fator fundamental na relação contratual, qual seja, o poder que qualquer cidadão livre tem de obrigar a determinado ajuste, objetivando criar, extinguir ou modificar direitos, tendo o seu campo de aplicação, por excelência, o Direito das Obrigações. Já a autonomia privada, esclarece Fernando Noronha, consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. Traduz-se na capacidade de indivíduos para impor normas a si próprios, relativas a uma esfera de direitos. Essa esfera se mostra como origem de um ordenamento jurídico menor, aceita e protegida pelo ordenamento estatal. Modernamente ocorre uma tendência de substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada. Constata-se esta substituição porque a autonomia da vontade tem caráter preponderantemente filosófico e psicológico, levando-se em consideração as teorias filosóficas que permearam o Direito Privado durante o século XIX; enquanto a autonomia privada aplica-se de forma prática no campo do direito obrigacional [...]. Da autonomia privada deriva seu principal corolário: a liberdade contratual, a qual consiste na liberdade de celebrar ou não negócios jurídicos, bem como liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo”. GOMES, *Teoria contratual contemporânea*, p. 44-45.
- ²⁴ REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, p. 187.
- ²⁵ GOMES, *Teoria contratual contemporânea*, p. 43.
- ²⁶ VENOSA, *Direito civil*, p. 390.
- ²⁷ VENOSA, *Direito civil*, p. 391.
- ²⁸ Gomes assim se manifesta: “A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes.” GOMES, *Contratos*, p. 7.
- ²⁹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 150-151.
- ³⁰ GOMES, *Contratos*, p. 7.
- ³¹ VENOSA, *Direito civil*, p. 382.
- ³² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 175. Nessa perspectiva, Gomes anota que “o contrato passa a perder uma de suas principais características, a que consistia numa relação entre dois indivíduos que entabulavam as condições do seu cumprimento para, ao final, consolidá-las num documento cujo teor resultava daquela convenção”. GOMES, *Teoria contratual contemporânea*, p. 61.
- ³³ O pensamento do professor norte-americano James Gordley a respeito da moderna teoria contratual é sintetizado no seguinte artigo: TIMM, Luciano Benetti. Gordley e as origens filosóficas da moderna teoria dos contratos. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 319-336, 2005.
- ³⁴ GOMES, *A evolução do sistema de direito civil*, p. 47. A autora ainda pondera que “na legislação civil pátria, o Código Civil de 1916 marca o período em que vigorava o dogma da completude do ordenamento jurídico, e representa o caráter individualista e patrimonialista que predominou nas codificações do século XIX. Já o Código Civil de 2002 abandona o formalismo tecnicista e privilegia as soluções baseadas em critérios éticos, de justiça e de equidade, ao ter por base os princípios norteadores da socialidade, da eticidade e da operabilidade”. p. 60. A par disso, Reale, nesse sentido, narra que “é constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinan-

- te, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.” REALE, Miguel. O novo código brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 17, n. 19 e 20, p. 155-162. 2001. p. 156.
- ³⁵ De acordo com Marques, “para muitos o que foi denominado de crise do contrato era, na verdade, a crise do dogma da autonomia da vontade [...]. Certo é que a decadência do voluntarismo no Direito Privado levou à relativização dos conceitos. O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.” MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 153-154.
- ³⁶ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 154.
- ³⁷ “A teoria contratual contemporânea não está baseada apenas nos princípios liberais – autonomia da vontade, força obrigatória das convenções, e relatividade dos efeitos – que configuravam o contrato em sua concepção tradicional. A estes foram acrescidos novos princípios, que buscam aprimorar a teoria dos contratos, e adequá-la aos valores éticos e sociais impostos pelo Estado Democrático de Direito.” GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, p. 77-104, abr./jun. 2006. p. 90.
- ³⁸ FACCHINI NETO, *A função social do direito privado*, p. 163.
- ³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 27, p. 103-123, jul./set. 2006. p. 109.
- ⁴⁰ Consoante Venosa, “na boa fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.” VENOSA, *Direito civil*, p. 393.
- ⁴¹ REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, p. 514-515.
- ⁴² LÔBO, *Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro*, p. 110.
- ⁴³ VENOSA, *Direito civil*, p. 393.
- ⁴⁴ PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 20.
- ⁴⁵ MATTIETTO, Leonardo. Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 128-136, jul./ago. 2007. p. 131.
- ⁴⁶ Costa elucida que “[...] a lesão veio a ser incorporada ao novo Código, com as características de nova técnica de intervenção nos negócios jurídicos. Predomina aqui o interesse social de suprir a incapacidade ou limitação econômica, social e cultural do agente. O velho instituto da lesão enorme ressurgiu no direito moderno com o caráter preventivo predominante de neutralizar os prejuízos decorrentes dos contratos realizados em condições de desigualdade econômica-social-cultural”. COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 796, p. 39-65, fev. 2002. p. 50.
- ⁴⁷ MATTIETTO, *Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual*, p. 133.
- ⁴⁸ FACCHINI NETO, *A função social do direito privado*, p. 158.
- ⁴⁹ Para uma análise da função social do contrato à luz da fenomenologia existencial de Heidegger, vale conferir: GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). *Revista Jurídica*, São Paulo, a. 53, n. 334, p. 9-42, ago. 2005.
- ⁵⁰ GOMES, *Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea*, p. 94.
- ⁵¹ Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” BRASIL. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ⁵² Pereira sustenta que “a redação [do artigo 421 do Código Civil] que vingou deve ser interpretada de forma a se manter o princípio de que a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar [...]. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social [...]. A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica