

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Christiano Cassettari

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil no curso de graduação da UNIFMU/SP e da USJT/SP. É Diretor Cultural do IBDFAM-SP (Instituto Brasileiro de Direito de Família), e autor dos livros "Multa Contratual, publicado pela Editora RT e "Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática", publicado pela Editora Método. www.professorchristiano.com.br

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o advento no Novo Código Civil surge uma nova teoria geral dos contratos, baseada em princípios importantíssimos para se evitar os excessos que a obrigatoriedade da convenção, ou seja, o "pacta sunt servanda"¹, trazia para as relações contratuais.

Novos princípios foram introduzidos na teoria geral dos contratos com o advento do Código Civil vigente, que a aproximaram, e muito, do Código de Defesa do Consumidor. Refiro-me aos princípios da função social do contrato e da boa fé objetiva, descritos, respectivamente, nos artigos 421 e 424 da novel legislação.

¹ Significa que o contrato faz lei entre as partes, que o pacto deve ser respeitado.

Este pensamento vem retratado no enunciado n.º 167 da III Jornada de Direito Civil, idealizada pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada em Brasília em dezembro de 2004, em que, após discussões entre doutrinadores do mais alto gabarito, entendeu-se que:

167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

Esta idéia foi utilizada por CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN E BRUNO MIRAGEM², para fundamentar a idéia do “diálogo das fontes”, em que ela, antes mesmo da mudança do Código Civil, preconizava a necessidade de uma discussão necessária entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, para adotar-se uma única teoria geral dos contratos.

Com a mudança da codificação civil, verificamos que de fato este diálogo, agora, está explícito nos princípios nela existentes, haja vista que, as brilhantes inovações trazidas pela legislação consumerista na década de 90, no século passado, foram, sabiamente, incorporadas na vigente legislação civil.

2. DOS PRINCÍPIOS

Os princípios contratuais existentes podem ser enumerados

² Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2004.

da seguinte forma:

- I. Princípio da dignidade da pessoa humana – decorrente da releitura constitucional do Direito Civil;
- II. Princípio da autonomia privada;
- III. Princípio da supremacia da ordem pública
- IV. Princípio da força obrigatória dos contratos;
- V. Princípio da relatividade dos seus efeitos;
- VI. Princípio da função social do contrato;
- VII. Princípio da boa-fé objetiva;

3. DA PRINCIPIOLOGIA

O princípio da dignidade da pessoa humana possui dimensão social e jurídica importantíssima, pois garante o direito de se viver plenamente sem intervenções ilegítimas do Estado ou do particular.

Isto se deve ao fato do mentor da novel codificação civil, o emérito professor tridimensionalista Miguel Reale, fundamentar o Código Civil vigente nos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade.

Pelo princípio da socialidade podemos afirmar que o Código Civil vigente perdeu sua idéia individualista, mudando seu pensamento para adotar uma posição voltada para o todo, fundamentando a existência do princípio em pauta. Desta forma, ele deixa de ter a rigidez que possuía desde o início da sua vigência, para pensar mais no social,

na coletividade, incorporando nas relações contratuais princípios sociais como a função social do contrato e a boa fé objetiva.

Estes princípios sociais vieram dar vida nova ao contrato, já que por meio deles haverá a possibilidade de relativizar o “pacta sunt servanda” que, na vigência da legislação anterior, tinha um caráter absoluto.

Na III Jornada de Direito Civil, já citada neste trabalho, o Conselho da Justiça Federal decidiu por enunciar a questão da seguinte forma:

23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Esta suavização veio, no meu entender, para derrubar a tese existente no direito comparado de “crise dos contratos”, ou seja, de que, um dia, o contrato viria a “sumir” do mundo jurídico.

O embasamento que justifica o referido pensamento estrangeiro tem sua razão de ser, porém toda esta nova principiologia vem para eliminar qualquer possibilidade de supressão do contrato do mundo jurídico. Fundamentam os adeptos da referida crise que, em razão da existência dos contratos modelos, standard e padrão, já que hoje é possível comprar contratos até mesmo em papelaria, ou até mesmo pedir para amigos “minutas-modelo” via internet, o mesmo não

consegue cumprir sua função de retratar a vontade das partes, que deveria ser o fruto das discussões para se chegar à um denominador comum.

Temos, com isto, a extinção do império da vontade, já que as cláusulas contratuais não poderão ser discutidas entre as partes, o que inviabiliza a manutenção do referido princípio denominado "autonomia da vontade".

Por isto que muitos doutrinadores não falam mais em autonomia da vontade, mas sim em autonomia privada, que pode sofrer todas estas vicissitudes, mas que, pela relativização do "pacta sunt servanda", os defeitos na formação do contrato poderão ser sanados após sua conclusão, objetivando buscar que o mesmo possa cumprir com sua função de forma harmônica, sem colocar as partes em "pé de guerra".

Esta nomenclatura teve que ser alterada face a iminência de crise que rondava os contratos propugnada pelo direito comparado. O argumento da referida crise estava justamente no fortalecimento do contrato de adesão, em que as cláusulas contratuais já vêm pré-estabelecidas, o que impossibilita uma discussão das partes para chegarem a um denominador comum que seja interessante para ambas as partes, bem como pela utilização de contratos com cláusulas prontas, seja por aquisição do mesmo em uma papelaria, por exemplo, como pelo intercâmbio de minutas via internet, em que a vontade de duas partes podem, como diríamos no universo jurídico, "criar jurisprudência", já que será utilizada de forma reiterada como vontade de outros que quiçá conhece a fonte de inspiração.

Esta mitigação da vontade das partes é defendida por autores de renome, tais como os excelentes Renan Lotufo de São Paulo, Fernando Noronha de Santa Catarina e Francisco Amaral do Rio de Janeiro.

Porém, novas gerações de juristas vem surgindo para desvendar este novo direito civil e desvendar esta nova principiologia. No assunto abordado neste artigo, FLÁVIO TARTUCE³, aborda esta nova principiologia para defender a existência de uma nova teoria geral do contratos, voltada para o todo, para a sociedade, em que o contrato não pode ser instrumento de opressão ou prisão, mas sim de liberdade e de autonomia.

Os elementos que, portanto, podem justificar a necessidade de se relativizar a obrigatoriedade da convenção são:

- 1) A imposição de cláusulas pelo Estado e pela lei (conhecido como Dirigismo Contratual);
- 2) A imposição de cláusulas pela parte economicamente mais forte, como bancos e instituições financeiras;
- 3) Regras de conduta impostas pela sociedade (boa-fé objetiva);
- 4) Sede de consumo, como pessoa que troca seu carro após o vizinho comprar um carro novo;

³ A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

5) Fatores políticos.

Desta forma analisando, por exemplo, o contrato em que os participantes do reality show chamado Big Brother são obrigados a assinar, ao aceitar participar do programa, veremos uma explicação prática para isto.

No referido contrato, que é de adesão, o participante é obrigado a renunciar, por meio de cláusula expressa, qualquer direito de indenização decorrente de danos à sua imagem, em razão das edições que são feitas no programa, para que o telespectador pense que ocorreu algo que de fato não corresponde com a verdade.

Ora, não podemos esquecer que, por força do artigo 11 do Código Civil, os Direitos da Personalidade são irrenunciáveis, logo, tal cláusula é nula de pleno direito, por contrariar lei imperativa, já que não se pode dispor de direito indisponível.

Desta feita, verificamos que não se pode ter em qualquer contrato, cláusula que viole preceitos de ordem pública, principalmente a Função Social dos Contratos. Vejamos o que determina o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil:

“Art. 2.035 - Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Com isto, não há de prevalecer referida cláusula flagrantemente antijurídica, já que os Direitos da Personalidade são

indisponíveis, e, desta forma, haverá uma exceção ao princípio do “pacta sunt servanda”.

O referido princípio, que também é chamado de princípio da obrigatoriedade da convenção, ou de pacta sunt servanda, determina que o contrato depois de celebrado faz lei entre as partes. Ocorre, porém, que o mesmo, antes absoluto, encontra-se hoje relativizado, em razão destas condutas praticadas na relação contratual, que não atendem à princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana.

O princípio da função social do contrato está positivado no Código Civil, no artigo 421, que determina:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O referido artigo merece críticas, pois impreciso é na sua terminologia.

Verificamos ao fazer sua leitura que o legislador não está se referindo a possibilidade das partes escolherem se contratam ou não, já que esta liberdade, salvo em raríssimas situações como no caso do seguro obrigatório, todos possuem. Refere-se o legislador a liberdade de fixação do conteúdo contratual, ou seja, a liberdade contratual ou de contratação.

Outro erro que contém o referido artigo é de afirmar que a

função social do contrato é limite para a liberdade de fixação do conteúdo. O limite para isto é a autonomia privada, que já analisamos anteriormente.

A função social do contrato que ora estudamos possui respaldo constitucional. Como hoje não é mais possível deixar de interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal, constatamos que essa idéia de socializar o direito é retrato de mandamento constitucional.

Esta é a opinião de JUDITH MARTINS COSTA, e do professor GÉRSON LUIZ CARLOS BRANCO⁴, baseados em afirmações do próprio professor MIGUEL REALE

Portanto temos que a função social do contrato é uma forma de se evitar abusos nas relações contratuais, ou seja, uma força de limitar a liberdade de fixação do conteúdo contratual, ofertada pela autonomia privada, já que em muitas situações as partes se utilizam do contrato como um meio de opressão, uma forma de realizar a prisão de uma das partes, que ficaria sem saída, se não fosse tal princípio.

O princípio da boa-fé, que é princípio geral de direito, nos assegura o acolhimento do que é lícito e do que é ilícito, dando, no nosso caso aos contratos, uma presença ética que passará a integrar a norma de direito.

⁴ Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

A boa fé como princípio contratual é objetiva, por ser alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes no cumprimento da obrigação principal e dos deveres anexos, tais como de informar, de colaborar e de atuação diligente.

Esses Deveres Anexos, cuja teoria foi trazida ao Brasil pela professora CLAÚDIA LIMA MARQUES, acabou dando origem ao enunciado número 24 do CJF que determina:

24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Enuncia o CJF que o descumprimento dos deveres anexos representa responsabilidade civil objetiva, já que independe de culpa.

Portanto o princípio da boa fé objetiva estabelece para as partes de uma relação contratual, uma regra de conduta, baseada na lealdade, na confiança, na transparência, na veracidade, na assistência e na informação.

Exemplifico a violação da boa fé objetiva, com um caso amplamente conhecido, objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que ficou conhecido como "caso dos tomates". Uma empresa famosa do Sul do país tinha o hábito de distribuir sementes de tomates aos agricultores pedindo que eles

plantassem, pois teriam a garantia de compra de toda a safra. A cada safra esta empresa comprava a colheita e distribuía mais sementes para serem plantadas, o que gerou uma conduta reiterada. Em uma determinada época a referida empresa não quis mais efetuar a compra dos tomates. Os agricultores, socorrendo-se do judiciário, tiveram direito à indenização em razão do descumprimento do dever de confiança, que gerou expectativa em quem plantava.

Cumpramos ressaltar que neste caso temos um exemplo de aplicação da boa fé objetiva na fase pré contratual, e não contratual ou pós contratual como trata o artigo 422 do Código Civil vigente. Desta feita verificamos a importância deste princípio, hoje aplicado nas fases pré, pós e também na contratual.

Caminhamos hoje para a aplicação da boa fé objetiva em tudo dentro das relações privadas. A professora VERA JACOB FRADERA trouxe para o Brasil a teoria do "duty to mitigate de loss", ou seja, dever de mitigar a perda.

Hoje existe prática abusiva de alguns credores que, em razão de terem uma boa garantia, não evitam o agravamento do próprio prejuízo, como é o caso das instituições financeiras e locadores de imóveis. Ocorrido o inadimplemento, o credor tem a obrigação de buscar seu crédito o quanto antes, e não deixar que o mesmo vá aumentando, e para o devedor se agravando, somente para se beneficiar financeiramente.

Isto representa a quebra da base objetiva do contrato, fazendo com o que o juiz deva reduzir o valor que será objeto de cobrança.

Trata-se de uma semente esta idéia, que admito ser revolucionária dentro da nossa sociedade, mas que deve ser levada adiante pelos nossos Tribunais, objetivando que prevaleça a relação harmônica nas relações jurídicas, e, principalmente, a aplicação deste princípios nas negociações como um todo.

4. CONCLUSÃO

Por estes motivos apresentados neste trabalho é que deveremos entender o contrato dentro deste novo contexto que se apresenta. Podemos afirmar que a novel legislação foi um marco para inaugurar uma nova era, uma nova etapa, que tem por objetivo romper definitivamente com a estrutura apresentada à época do Código Beviláqua. Temos que ler o referido instituto à luz desta nova principiologia, que vem retratar a aplicação das teorias de MIGUEL REALE⁵, não só a Teoria Tridimensional do Direito, mas também a ontognoseologia jurídica. Por isto insisto em dizer que para entender o novo direito civil que se monta, deve-se estudar MIGUEL REALE⁶, suas teorias e seu pensamento, que rompe, definitivamente, com o positivismo kelseniano.

⁵ Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶ Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

5. BIBLIOGRAFIA

MARQUES, Cláudia Lima, HERMAN, Antônio V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gérson Luis Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.