

A MODELAÇÃO DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO

Desembargadora Leticia Sardas

Autonomia da vontade. Liberdade de contratar. Liberdade de estipular o contrato. Liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Crise no século XX. Concentração do poderio econômico. Intervenção estatal. Os contratos de adesão e a mutilação da liberdade de negociação. Os princípios do novo Código Civil Brasileiro. Sociabilidade. Eficidade. Efetividade. Modelação comprometida com a finalidade social do direito.

O fascínio do tema que envolve a abusividade nos contratos, e, portanto, o atualíssimo tema da boa-fé, obriga-nos a adentrar em outro tema atualíssimo, que tem sido denominado de *modelação do contrato*.¹

O novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, estabeleceu no art. 421:

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

O novo Código Civil Brasileiro permite, ainda, que as partes estipulem contratos atípicos, dispondo no art. 425:

" Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

Importante ressaltar, neste ponto, que a liberdade contratual está também expressamente autorizada na codificação civil portuguesa, constando do artigo 405°.:

¹ " ... a liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de *modelação* do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*) , permite que cada parte decida *livremente* acerca dos deveres que assume, das obrigações que contrai, desde que obtenha o *acordo* do outro contratante" Cf. Antonio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual* - em Estudos de Direito da Comunicação, pag. 194.

" 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprouver.

" 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei."

Estes textos legais encerram o *princípio da autonomia da vontade*, o que significa dizer que encerram as regras que determinam o poder dos indivíduos de traçar uma determinada conduta para o futuro.

No clássico conceito, o *princípio da autonomia da vontade* manifesta-se sob um tríptico aspecto: a liberdade de contratar propriamente dita, a liberdade de estipular o contrato, a liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

A *liberdade de contratar* permite que as partes regulem seus interesses por formas diversas, não estando obrigadas a obedecer, sequer, as linhas gerais de estrutura de cada contrato.

São livres, não só para determinar o *conteúdo* dos contratos, como os limites legais do contratado.

José de Oliveira Ascensão, na obra denominada *Ações e Factos Jurídicos* destacou a crise da autonomia da vontade no século XX, lembrando que a concentração do poder econômico, assim como o crescente intervencionismo estatal, aliado à formação da sociedade de massas, levaram ao obscurecimento do princípio da autonomia da vontade.

Para o professor de Lisboa, a liberdade de criação sofreu novas restrições, quer diretas, como nos contratos de seguro, quer indiretas, nas hipóteses das situações jurídicas a que as partes podem dar vida, criando novas tipificações de contratos.

Afirmou, ainda, que o contrato de adesão, típico daquele século, suprimiu completamente a liberdade de estipulação e, em consequência, mutilou a liberdade de negociação.

Lembrou o professor que sempre houve contratos em que não existia liberdade de estipulação, a novidade no contrato de adesão é a imposição do *conteúdo* do contrato genericamente imposto pela unilateral vontade de uma das partes.

Com as novas regras do Código Civil Brasileiro, agora regido pelos princípios da *sociabilidade*, da *eticidade* e da *efetividade* ou *operabilidade*, tem-se, apressadamente, afirmado a morte do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato.

No entanto, esta não é, com certeza, a intenção do legislador brasileiro e, como adequadamente refletido no pensamento de **Sylvio Capanema de Sousa**², estes princípios continuarão sendo os pilares de sustentação de todo o direito das obrigações, cabendo aos magistrados o grande desafio de compatibilizá-los com os novos princípios.

Desta forma, nos estritos termos do textos codificados quer na legislação brasileira, como na portuguesa, as partes podem definir o objeto do contrato³, precisando seu conteúdo e sua extensão, sem que esta *modelação* do contrato importe em qualquer excludente de responsabilidade.

Não se pode olvidar, no entanto, que a liberdade de contratar é uma faculdade concedida às partes para precisar o conteúdo das obrigações assumidas, balizando os limites da relação contratual, mediante a inclusão ou a exclusão de certas obrigações.⁴

A hipótese codificada, repita-se, não é a de excludente de responsabilidade e sim de *modelação* do contrato, através da supressão (ou da inclusão) de obrigações.⁵

A informalidade e a liberdade de escolher o que, como e com quem contratar são fundamentais para o bom desenvolvimento dos contratos, assegurando às partes o necessário equilíbrio, como uma eficaz proteção contra a *vulnerabilidade* e a *hipossuficiência* natural nas relações humanas.

² “ O Novo Código Civil e a Reformulação da Teoria das Obrigações e dos Contratos.” – AMAERJ Notícias Especial, n. 07, maio de 2003.

³ Discorrendo sobre a auto-regulação de interesses, Oliveira Ascensão apresenta uma interessante distinção entre as relações de *cortesia* e os acordos de cavalheiros, exemplificando: “ Antonio combina com Baptista dar-lhe boleia no dia seguinte. Mas esquece-se, ou prefere outro conviva, ou tem outra coisa para fazer. Baptista chega tarde e sofre prejuízo com isso. Houve um negócio jurídico entre ambos? E quais as conseqüências da falta? Para o referido doutrinador, a hipótese é de relação denominada de *cortesia* ou de *obsequiosidade*. E, em seguida, formula outras duas questões: “podem as partes constituir sobre elas verdadeiras relações jurídicas?” “ pode haver uma responsabilização de quem se comprometeu?” As respostas não deixam dúvidas. O principal sentido da autonomia da vontade privada é o de admitir que as partes possam criar as vinculações que entenderem. Assim, as partes podem se obrigar a receber para jantar, a convidar para férias, a ensinar a dançar, ... O que não é possível é que se possa contestar a validade de uma obrigação livremente assumida, desde que corresponda a um interesse “digno de protecção legal”. Para justificar a resposta é pertinente a indicação do artigo 398º., n. 2, do Código Civil Português: “ A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal.” Nos *acordos de cavalheiros*, no entanto, a situação é inversa. A matéria que poderia ser jurídica, é tratada nos termos de um acordo.

⁴ O professor de Coimbra ressaltou que na esfera da liberdade de contratar ninguém poderá ser responsabilizado pelo não cumprimento de uma obrigação que não faz parte do contrato.

⁵ No estudo indicado, **Pinto Monteiro**, citando PAUL DURAND (*Des conventions d' irresponsabilité*) ressaltou que *uma coisa é assumir-se determinada obrigação, ainda que afastando previamente a responsabilidade pelo seu não cumprimento, e, outra, diferente, é nem sequer assumir o devedor essa obrigação*, afirmando que *neste último caso não há responsabilidade porque não há, sequer, incumprimento, visto que a obrigação não faz parte do contrato.*

Em trabalho publicado pelo Instituto Jurídico da Comunicação, o professor Antonio **Pinto Monteiro**⁶ discorreu sobre as cláusulas de exclusão de responsabilidade, fazendo uma perfeita delimitação diferenciadora de outras figuras, com as quais são comumente confundidas, tais como, as *cláusulas limitativas do conteúdo contratual*.⁷

Em tempo de conceitos, disse o festejado professor que as *cláusulas de exclusão de responsabilidade constituem um meio de o devedor se prevenir das consequências desfavoráveis que a situação de não cumprimento lhe acarretará*, ou seja, configuram a hipótese em que o devedor previamente se furta à responsabilidade que sobre ele poderá recair.⁸

Necessário, no entanto, para que a também denominada ***cláusula de irresponsabilidade*** seja capaz de desonerar o devedor, que, sem ela, tivesse de indenizar o devedor.

Ou seja, com a cláusula de exclusão de responsabilidade, como o próprio nome está a sugerir, as partes afastam uma obrigação que, normalmente, faria parte do contrato.

Para finalizar este tópico de nosso estudo, podemos dizer, sem medo de errar, que a grande modificação advinda do novo Código Civil Brasileira é a passagem, - de um modelo *individualista*, solidamente alicerçado nos conhecidos e vetustos dogmas do Estado liberal, com os princípios da *autonomia da vontade* e da *imutabilidade dos contratos* considerados como valores absolutos -, para um modelo comprometido com a função social do direito, preocupado com a construção da dignidade humana, inserido na busca da formação de uma sociedade mais justa e igualitária.⁹

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 17 de julho de 2008.

⁶ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Presidente da Direção do IJC – Instituto Jurídico da Comunicação.

⁷ Cf. “ *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual*” - Estudos de Direito da Comunicação, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002.

⁸ No supracitado artigo, que nos serve de apoio para a complementação do tema, Pinto Monteiro formulou alguns exemplos práticos. Uma oficina de reparação de automóveis, uma garagem de recolha de automóveis (de um hotel, por exemplo) ou um qualquer parque de estacionamento (no interior da cidade, num aeroporto, num centro comercial, etc), declara, através de um aviso ou leiteiro afixado no local de cumprimento do contrato ou no *ticket* destinado ao utente do mesmo, que “*não se responsabiliza pelo desaparecimento de objectos deixados no interior dos veículos*”; ou que “*não responde pelo furto dos veículos*”; ou, ainda, de um modo mais explícito, que “*a empresa não assume a obrigação de vigilância*”, que “*a empresa limita-se a proporcionar um espaço para estacionamento da viatura*”, que “*não há contrato de depósito*”.

⁹ Cf. Sylvio Capanema de Souza, obra citada.