

Modelação, Sociabilidade e Eiticidade dos Contratos

Letícia de
Faria Sardas

IJC INSTITUTO JURÍDICO DA
COMUNICAÇÃO

2003

Modelação, Sociabilidade e Eticidade dos Contratos

Trabalho apresentado por
Letícia de Faria
Sardas, na cadeira de
Direitos dos Contratos e da
Publicidade, ministrada

pelo professor Doutor
Antonio Pinto Monteiro, no
Curso de Pós-Graduação em
Direito da Comunicação, do
Instituto Jurídico da
Comunicação da Faculdade de
Direito da Universidade de
Coimbra, em 2003.

ÍNDICE

- I . A Questão da Ética:** O ensinamento de Aristóteles. Sociedade da Informação. Ética nos negócios. Conceitos. Ética e moral. Moral social e moral individual.....
..... *pag. 04*
- II . Evolução dos Contratos:** Noção de negócio jurídico. Breve histórico. *Rousseau* e o contrato social. Liberdade contratual e liberdade de contratar. Contratos de massa. Dirigismo contratual. *pag. 13*
- III . Abusividade no contrato:** Conceito de cláusulas abusivas. Preocupação estatal. A questão no Código de Defesa do Consumidor. Os planos de saúde. A Comunidade Europeia e as directivas. *pag. 22*
- IV . Modelação do contrato:** Liberdade de contratar. Contratos atípicos. Sociabilidade, eticidade e operabilidade. Cláusulas de exclusão da responsabilidade e cláusulas limitativas do conteúdo contratual *pag. 37*
- V . Sociabilidade:** Os textos legais. Conceitos. Aspecto garantidor na Constituição. *pag. 46*
- VI . Eticidade:** O modelo individualista. Dever jurídico. Cláusula geral. Sanção *pag. 53*
- VII. Tempo de Remate:** Reformulação da teoria dos contratos. Abrangência. A busca da igualdade material. A relevante função do Judiciário. *pag. 62*
- IX . Obras Consultadas:** *pag. 67*

“ No contrato, é a vontade, e, por conseguinte, a substância do que é direito no contrato, que a estipulação venera (...) Então, se concordo com os termos estipulados, estou juridicamente obrigado, de imediato, de direito, a cumpri-los (...)

Fitche sustentou outrora que minha obrigação de cumprir um contrato só começa quando a outra parte começa a cumprir sua parte desse contrato; sua alegação

era de que até esse momento não tenho certeza se a declaração da outra parte foi proferida a sério (...) Mas a expressão da estipulação encarna uma vontade comum que foi trazida à vida e que suplantou as disposições arbitrárias e alteráveis das partes. A questão , portanto, não é se a outra parte *poderia* ter tido intenções privadas diferentes quando o contrato foi feito ou depois disso, mas se essa outra parte

tinha algum *direito* de
tê-las.”

(Georg Wilhelm Friedrich HEGEL)

I – A Questão da Ética:

“ Quando um pai indagou sobre o melhor método para educar seu filho na conduta ética, um pitagórico respondeu: “Faça dele um cidadão de um Estado com boas leis.”

(HEGEL)

I – A QUESTÃO DA ÉTICA:

Uma pergunta era sempre formulada aos entrevistados. Buscava-se saber com que afirmativa eles concordavam, “*se as empresas deveriam preocupar-se apenas com seus lucros ou se deveriam ter, também, algum tipo de preocupação com a comunidade, chegando até mesmo a sacrificar lucros.*”

A conclusão é significativa: 95% dos entrevistados apontaram para a necessidade de uma responsabilidade social das empresas, sacrificando o lucro.⁵

A “*Pesquisa do Milênio*” realizada em 23 países, ouviu 25.000 pessoas de todas as camadas sociais, as quais era perguntado qual deveria ser a finalidade das empresas: somente o lucro; além do lucro, uma responsabilidade em relação à comunidade; ou uma alternativa intermediária.⁶

Em dois terços das respostas trazidas pelos 23 países participantes, optou-se pela finalidade social, além do lucro.⁷

O mundo exige ética nos negócios, ética nas profissões, ética na educação, ética na política⁸, ética sexual, ética na medicina, ética esportiva, ética na imprensa, ética na sociedade da informação.

Mas afinal, o que é ética?⁹

Sabe-se que ética, em sua acepção ampla, está ligada ao termo grego *ethiqué* ou *éthos* e do latim *ethica, ethicos*¹⁰, que significa moral, tendo a ver com costume, uso, caráter, comportamento¹¹.

Ética, para uns é a parte da filosofia que estuda os valores morais e princípios ideais da conduta humana; para outros é o conjunto de princípios que devem ser respeitados no exercício de uma profissão.¹²

Em todas as diferentes esferas da atividade humana, conceituar ética importa em determinar o alcance do mesmo problema: a distinção entre aquilo que é moralmente lícito e aquilo que é moralmente ilícito.¹³

A discussão será sempre sobre os princípios ou as regras que empresários, comerciantes, amantes, cônjuges, jogadores de pôquer ou de futebol, médicos, educadores, jornalistas, internautas, devem seguir no exercício de suas atividades.

Não se discute se existe ou não uma questão moral, se é ou não plausível colocar-se o problema da moralidade das condutas.¹⁴

Para **Alberto Dines**¹⁵ a ética pressupõe o livre arbítrio, a consciência, os compromissos morais. É uma porção da Filosofia e da Moral¹⁶, que não pode ser reduzida ou comprimida a um conjunto de normas pragmáticas de conduta. Situa-se numa esfera superior e íntima, mais abrangente e muito mais complexa.

Relevante, no entanto, distinguir *moral social* de *moral individual*.

Quando se fala em *moral social*, estamos nos referindo à moral que diz respeito às ações de um indivíduo que interferem na esfera de atividade de outros indivíduos.

Fala-se em *moral individual* para identificar, por exemplo, as ações relativas ao aperfeiçoamento da própria personalidade, independentemente das conseqüências que a busca deste ideal de perfeição possa ter para os outros.

Aliás, como adequadamente ressaltado por Norberto Bobbio, *a ética tradicional sempre distinguiu os deveres para com os demais, dos deveres para consigo próprio.*

Para finalizar este tópico, em que buscamos fixar uma noção genérica de ética, para posterior análise contextualizada, podemos dizer, tomando as palavras do filólogo Aurélio Buarque de Holanda ¹⁷, que,

" ... ética é o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana, susceptível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto."

II– Evolução dos Contratos

“ O avassalador prestígio do Direito Romano, grande sobretudo depois do renascimento do romantismo justinianeu e da sua difusão pela Europa, fez perdurar por longo transcurso, firme e sem adulteração (ao menos nas definições, algumas vezes ultrapassadas pela evolução legislativa), o nítido mas limitado conceito de contrato que erguera na sua existência final à Ciência Jurídica de Roma.”

(INOCÊNCIO GALVÃO TELLES)

II – EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS:

Ao lado do *contractum*, o Direito Romano criou o *pactum*, que não autorizava a *rem persecuendi in iudicio*, não conferia ação às partes, logo, não era dotado de força cogente, gerando unicamente a *exceptiones*.

O *contractum* e o *pactum* eram considerados espécies do gênero *conventio*.²⁴

Para **Orlando Gomes**²⁵, não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje denominamos de contrato.

O respeitado doutrinador brasileiro, adotando a posição de Bonfante²⁶, assegura que o *contractum* romano era somente um especial vínculo jurídico (*vinculum iuris*), que consistia na *obligatio*, que, por sua vez, para ser criada, dependia de atos jurídicos solenes, tais como o *nexum*, *sponsio*, *stipulatio*.

O *contractum* romano, - apesar do grande prestígio do Direito Romano²⁷ -, sofreu alterações e a *teoria da autonomia da vontade*²⁸, surgida da inspiração canônica, desenvolveu-se através dos estudos de filósofos e juristas, nos tempos que antecederam a Revolução Francesa, afirmando dogmas tais como a obrigatoriedade das convenções e a equiparação da vontade das partes à força da lei.²⁹

Do conjunto destas regras, surge o princípio denominado *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser observados.

Com o *Contrato Social de Rousseau*, os jusnaturalistas levaram o contrato ao seu apogeu, erigindo-o à própria base estrutural do Estado.

O contrato não mais estava limitado a criar obrigações. Era agora o instrumento hábil para modificar ou extinguir *qualquer* direito.³⁰

O Código Napoleão, maior e mais representativo monumento legislativo do individualismo do Século XIX, reduzindo ao mínimo a interferência estatal³¹, priorizou a liberdade da vontade humana, que só por si mesma, em decorrência das obrigações assumidas, poderia sofrer limitação ou restrição.

Os modernos dogmatistas priorizaram a distinção entre *liberdade contratual* e *liberdade de contratar*.

Fala-se em *liberdade contratual* para se referir à faculdade de contratar ou não determinadas obrigações.

Liberdade de contratar é o termo utilizado para determinar a possibilidade de se estabelecer o conteúdo do contrato.

Em resumo, a primeira se refere à possibilidade da realização do negócio, enquanto que a segunda é a *modelação* do contrato, tema que, por sua relevância, abordaremos em tópico distinto.³²

Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato no mundo moderno.

A preconizada *igualdade formal dos indivíduos* foi desacreditada na vida real, tornando evidente o desequilíbrio, especificamente no campo do direito do trabalho.

A intervenção estatal na vida econômica deu origem à limitação legal da liberdade de contratar, diminuindo a esfera da autonomia privada e ocasionando, em consequência, a restrição da liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual.

A sociedade moderna ganhou novos contornos, novas condutas são exigidas, novos anseios devem ser protegidos.

Surgiu uma nova *técnica de contratação*, derivada da simplificação do processo de formação do contrato e os denominados *contratos em massa*, geraram o fenômeno da *despersonalização dos contratos*.

A estrutura básica, o regime legal e a interpretação dos contratos ganharam novas cores.³³

O *dirigismo contratual*, também denominado de *intervenção do Estado na vida do contrato*³⁴, é exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem o conteúdo de determinados contratos, sujeitando a conclusão e a eficácia do contrato a uma autorização do poder público.

Este movimento ganha incrível dimensão, na medida em que a intervenção do Estado aumenta a extensão ou a intensidade das normas de ordem pública, levando os juristas tradicionais a acreditar no desprestígio e morte do contrato.

Seria o fim do contrato ?

III – Abusividade no Contrato

“ Como o escopo da lei é, neste campo, evitar a sujeição do aderente a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que o foram, mas com violação do dever de informar (em prejuízo, assim, do seu conhecimento efectivo), a consequência, nos termos do art. 8º, reside na sua *exclusão* dos contratos singulares.

Quer dizer, não se consideram *integradas* no contrato as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos de sua *inclusão* ... ”

(PINTO MONTEIRO, Antonio)

(Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais:
Problemas e Soluções)

III – ABUSIVIDADE NO CONTRATO:

Na oportunidade, Paulo de Tarso ressaltou que o consumidor deve ser alertado ³⁷ de que estas cláusulas, mesmo que estejam estipuladas nos contratos, não têm qualquer validade, vez que são ilegais, não produzindo qualquer efeito contra o consumidor.

O Ministro da Justiça, enfatizando o repúdio do órgão governamental afirmou a necessidade de se restabelecer a **ética** nas relações de consumo, orientando que os consumidores que se sintam lesados, busquem o auxílio dos Procon's, órgão responsável pela defesa dos direitos individuais violados e pela fiscalização das empresas que se utilizam destes artifícios lesivos.

O Ministério da Justiça tem divulgado, anualmente, uma relação de **cláusulas abusivas**. ³⁸

As multas aplicadas às empresas que lesam os direitos dos consumidores variam de 200 a 3 milhões de Ufirs.

Recentemente o Ministério da Justiça enunciou 16 situações de **cláusulas abusivas**, destacando-se, nesta ocasião, a que estipula juros capitalizados (juros sobre juros) ³⁹ nos contratos civis; a que autoriza o não fornecimento de informações, tais como histórico escolar ou ficha médica, se o consumidor estiver inadimplente; a que autoriza a remessa de dados ao cadastro negativo dos consumidores (SERASA e SPC) enquanto houver discussão em juízo, relativa ao contrato.

A questão não é nova, e o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, tem regra expressa de vedação às **cláusulas abusivas**, dispondo o artigo 51:

“ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

A par do texto legal inserido na legislação específica, a jurisprudência brasileira tem desempenhado um relevante papel no combate às **cláusulas abusivas** em todo e qualquer tipo de relação jurídica e não somente naquelas tipicamente consumeristas.

Especificamente nas hipóteses dos planos privados que se propõem a fornecer a proteção da saúde dos seus associados, a jurisprudência tem sido um importante alicerce na defesa dos direitos dos consumidores.

Importante ressaltar que a conhecida falência dos serviços da saúde pública no Brasil, serviu de palco ao incremento dos planos privados de saúde.

Premido pela necessidade e sem os necessários e imprescindíveis esclarecimentos, os consumidores aderem aos contratos previamente preparados ⁴⁰, quiçá com cláusulas obscuras ou até mesmo desprovidas de esclarecimentos e, no momento em que buscam o serviço contratado ⁴¹, se deparam com as mais estapafúrdias desculpas das empresas.

Neste contexto, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros têm refletido a constante preocupação de garantir a concretização dos contratos de seguro-saúde.

Através das reiteradas decisões judiciais, tem se formado a consciência de que a prestação nos contratos de assistência médica ou de seguro-saúde, quando necessária, deve ser prestada com a devida qualidade, com a devida adequação de forma que o serviço objeto do contrato que uniu o consumidor e o fornecedor do serviço, possa atingir os fins que razoavelmente dele se espera.

Em recente palestra que proferimos no “*Seminário sobre Cláusulas Limitativas e Excludentes nos contratos de Plano de Saúde*”, realizado em Salvador, na Bahia, tivemos oportunidade de afirmar que o estudo e a aplicação das cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade pela prestação de saúde têm sido um dos grandes embates entre o Poder Judiciário – que tem sido cada vez mais chamado a assegurar os mais variados direitos – e os planos de saúde, que tomaram para si o risco de preservar vidas, num papel de coadjuvante do Poder Público.

Vivemos em um momento de mudanças, numa crise em que os antigos paradigmas civilistas, fundados no princípio da

autonomia da vontade já não mais resolvem as questões cotidianas.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe novos ventos. Estes ventos sopraram direitos mais racionais. Sopraram direitos mais éticos. Sopraram direitos fundados, basicamente, na boa-fé.

O mundo pós-industrial se humanizou. As relações contratuais modernas têm características especiais. Da acumulação dos bens materiais, passamos para uma outra fase, a da acumulação dos bens imateriais.

Os contratos de *dar*, corriqueiros no século passado, já não resolvem os anseios das civilizações modernas, interessadas nos contratos de *fazer*, nos contratos de prestação de serviços.

A Revista VEJA, recentemente destacou em matéria de capa o denominado “*sonho da classe média*”.

O chamado da capa mostra, exatamente, essa mudança conceitual dos contratos modernos, ao afirmar que a classe média não tem mais como sonho principal a aquisição da casa própria.

O *sonho da classe média* está, atualmente, fundado na aquisição de bens e direitos imateriais. A classe média quer planos de saúde, prioriza a educação, preocupa-se com a previdência privada.

A questão que se coloca com prioridade é encontrar soluções para os modernos contratos de prestação de serviços, que envolvem obrigações de fazer contínuas e de longa duração,

envolvendo o bem maior protegido constitucionalmente, que é a saúde e a vida.

Os profissionais do Direito foram acostumados a analisar contratos comutativos. Os modernos contratos de plano de saúde são contratos aleatórios⁴², em que a contraprestação principal do fornecedor de serviços de saúde depende da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença do consumidor/cliente ou de seus dependentes.

O Código de Defesa do Consumidor tem feito a aproximação entre os contratos comutativos e os aleatórios, criando uma mais nova e abrangente noção de vício do produto (art.18) e de vício do serviço (art.20).

Com estas novas noções introduzidas pelas normas consumeristas, as prestações nos contratos dos planos de saúde, quando necessárias, devem ser prestadas com a devida adequação, para alcançar o fim a que se destinam.

A relação contratual nos contratos de prestação do serviço de saúde é tipicamente de resultado. O que se espera do prestador de serviço é um fato; um ato preciso, certo e determinado: “... *prestar serviço médico, reembolsar quantias, fornecer exames, etc.*”

Se ocorre o evento futuro e incerto, o prestador do serviço está obrigado a tratar o consumidor. A interná-lo. A propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar.

A obrigatoriedade da contraprestação do fornecedor de serviços é perfeitamente conhecida. Ele só não sabe se vai prestá-la e quando vai prestá-la.⁴³

O consumidor, ao pagar mês a mês a sua contribuição, visa à cobertura do risco. Anos podem se passar sem que os serviços oferecidos e contratados sejam prestados.

Para evitar que as cláusulas capazes de desfigurar o contrato típico se multipliquem, os deveres anexos, também denominados de deveres secundários⁴⁴, se agregam aos contratos principais, indicando que a relação contratual obriga não só o cumprimento das obrigações clausuladas, como o cumprimento das obrigações acessórias.⁴⁵

A preocupação da Comunidade Européia com o abuso no descumprimento dos contratos⁴⁶ culminou com a Directiva do Conselho de Ministros da CEE n. 13/93, de 5 de Abril, relativa *às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*.⁴⁷

Esta directiva estabeleceu o dia 31 de Dezembro de 1994 como data limite para a adoção, pelos Estados Membros, das disposições legislativas, regulamentares e administrativas destinadas a dar-lhe cumprimento.

A protecção do aderente em face das cláusulas abusivas, está garantido em Portugal pelo Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, modificado em 31 de Agosto de 1995, pelo Decreto-Lei n. 220/95 e, posteriormente, novamente modificado pelo Decreto-Lei n. 249/99, de 07 de Julho.

O Decreto-Lei n. 249/99, de 07 de Julho, veio sanar divergência de transposição da Directiva 93/13/CEE, de 15 de Abril, apontada pela Comissão Européia.⁴⁸

Pinto Monteiro⁴⁹ ressaltou, com propriedade, que a Directiva da CEE somente *limitou* o âmbito aos contratos de

adesão *entre profissionais e consumidores*, acrescentando que, no entanto, o problema não se restringe às *relações de consumo*, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários.⁵⁰

IV – Modelação do Contrato

Artigo 405º

Liberdade contratual.

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 aprover.

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

(Código Civil Português)

IV – MODELAÇÃO DO CONTRATO:

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 verdade 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**⁵², 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 contrato⁵³, 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.⁵⁴

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.⁵⁵

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.

Em trabalho publicado pelo Instituto Jurídico da Comunicação, o professor Antonio **Pinto Monteiro**⁵⁶ 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*.⁵⁷

Em tempo de conceitos, disse o festejado professor que as *cláusulas de exclusão de responsabilidade constituem um meio de o devedor se prevenir das conseqüências 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.⁵⁸

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.⁵⁹

V - Sociabilidade

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

(Novo Código Civil Brasileiro)

V – SOCIALIDADE:

Miguel Reale ⁶⁰, um dos maiores articuladores do Novo Código Civil Brasileiro, tem ressaltado que em todo o ordenamento jurídico há artigos chaves, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema.

Neste contexto, o doutrinador referiu-se ao artigo 113 ⁶¹, do novo Código Civil Brasileiro, afirmando que o texto consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais.

Como já tivemos oportunidade de destacar nestas breves linhas, de um modelo individualista, solidamente alicerçado nos dogmas do Estado Liberal, que transformava os *princípios da autonomia da vontade* e da *imutabilidade dos contratos* em valores absolutos, o sistema civil brasileiro passou para um sistema profundamente comprometido com a *função social do direito*, preocupado com a construção da *dignidade humana* e com a solidificação de uma sociedade não só mais justa, como também igualitária. ⁶²

Vista sob este aspecto regulador, a norma fixou os princípios da *eticidade*, da *sociabilidade* e da *operabilidade*.

Denomina-se de *função social do contrato* ⁶³ o fenômeno que determina o equilíbrio das partes contratantes, de tal forma que os *socialmente mais fortes* não se sobreponham aos *socialmente mais fracos*.

O Novo Código Civil Brasileiro inseriu, expressamente, a *função social do contrato*, dispondo no art. 421:⁶⁴

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

Por sua evidente similaridade, o texto da nova codificação brasileira remete para o art. 5º., inciso XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que limita o âmbito do direito de propriedade, utilizando a mesma expressão, em atendimento à função social.

Com esta introdução de conceitos na legislação infraconstitucional, o legislador brasileiro demonstrou a intenção de limitar o campo da liberdade da vontade, nas contratações de direito privado, à consecução do escopo social.

Para **Oliveira Ascensão** todo negócio jurídico deve ter uma função socialmente relevante. Mas esta afirmação tem pouco valor quando se está no campo dos contratos *típicos*, vez que a valoração da *função social* destes negócios jurídicos já está consagrada na lei que os consagrou.

O significado da inserção da exigência do cumprimento da *função social* do contrato, é importante nos denominados contratos *atípicos*, em que a modelação do contrato, pela vontade das partes, se faz absolutamente presente.

Nesta hipótese, portanto, será necessário valorar a presença ou a ausência da *função social* em relação a cada um dos negócios jurídicos concretamente realizados.

Ou seja, nestes novos tempos, a manifestação de vontade deverá ser não só exercida, mas também valorada, em *razão* do objetivo social.⁶⁵

A *função social do contrato*, retrata a preocupação do legislador deste novo século, buscando, primordialmente, assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes e já encontrava dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, que contém dispositivos destinados à defesa dos hipossuficientes técnicos ou econômicos.

Neste contexto, regra de expressivo significado social está inserida no artigo 317 do novo Código Civil Brasileiro:

“ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Com este dispositivo, o juiz passa a assumir o papel de *equilibrador técnico* das relações obrigacionais.

Dele será a função de velar pela equação financeira dos negócios jurídicos, mantendo a *comutativa* inicial do contrato.⁶⁶

Em concreto, todo ato jurídico deverá ser valorado, para uma apreciação da *função social*, quer se trate de negócio *típico* ou de negócio *atípico*.

O problema interpretativo da *função social* está na valoração em abstrato, vez que imprescindível determinar a categoria em que o negócio *atípico* se enquadra e se desempenha uma função capaz de justificar sua admissão social.

Ao juiz caberá perguntar se o negócio jurídico desempenha um fim útil, ou se, serve de instrumento para um interesse objetivo.

A visão não é mais meramente individualista.

Está em causa, primordialmente, a função econômico-social do contrato inteiro.

VI – Eticidade

“ Com efeito, a vida social capitalista nos ensina a sermos competidores, onde o contrato é mais arena dessa luta diária. A boa-fé objetiva, aliada aos ideais do Estado Social, busca humanizar essa disputa, impondo aos contratantes deveres anexos às disposições contratuais, onde não tem cabimento a postura de querer sempre levar vantagem.”

(RAMON MATEO JÚNIOR)

VI – ETICIDADE:

Em evidente transformação de um modelo individualista, para um sistema preocupado com a dignidade humana e com a formação de uma sociedade mais justa e, principalmente, igualitária, estabelece o artigo 422 do novo Código Civil Brasileiro:

“ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Com este texto legal, a boa-fé objetiva ⁶⁷ transformou-se, na legislação brasileira, em dever jurídico, em cláusula geral implícita em todos os contratos, exigindo dos contratantes uma *efetiva conduta honesta, leal e transparente*.

Tem-se afirmado, com fundamento na teoria da boa-fé objetiva desenvolvida no direito alemão, e agora adotada pelo legislador brasileiro, que a hipótese é de *princípio*, logo, provido de normatividade.

Esta afirmação provém da interpretação do § 242 do Código Civil alemão, que tem servido de esteio à expressão alemã *Treu und Glauben*, que engloba os conceitos de *lealdade* e de *crença*, invocando um *dever*, uma *obrigação* socialmente recomendada.

A regra de conduta individual deve estar fundada na lealdade (*Treu*), na confiança, na lisura, na retidão, na consideração dos interesses do *alter*.

O dever de conduta, agora regido pelo *princípio da eticidade*, não deve frustrar a confiança alheia.

O contratante é visto como um membro de um conjunto social que é juridicamente tutelado.

É sabido que as partes gozam, no domínio contratual, de uma ampla liberdade, o que lhes permite adequar as relações jurídicas à medida de seus interesses, criando instrumentos negociais aptos à obtenção dos objetivos traçados.

A liberdade contratual é, sem dúvida, a expressão mais relevante do *princípio da autonomia da vontade*, que, como já tivemos oportunidade de defender, não está abolido com a reformulação da teoria das obrigações e dos contratos no Novo Código Civil Brasileiro.

Em tempos de valorização da *dignidade humana*, o direito só pode estar a *serviço do homem* (*hominum causa omne ius constitutum*), não mais no seu sentido individualista, mas agora como um integrante de uma sociedade que se quer, antes de tudo, mais igualitária.

A *liberdade contratual* ganha novos contornos, assume a feição de um meio indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade humana⁶⁸, perante as aceleradas transformações econômico-sociais.

Está ultrapassada a fase da boa-fé subjetiva, que traduzindo mera exortação ética, muito pouco contribuía para a garantia de equações econômicas mais justas.

A boa-fé é o cerne ou a matriz da eticidade, que não existe sem o elemento psicológico da intenção ou do propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao contratado.

Dessa intencionalidade resulta a boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve resguardar a veracidade do que foi estipulado.

Pode-se, desta forma, afirmar que a *boa-fé* é uma das condições essenciais da atividade ética, assim como da atividade jurídica, caracterizando-se pela *sinceridade* e pela *probidade* de todos aqueles que dela participam.

Em decorrência da *boa-fé* pode-se esperar o cumprimento do pactuado sem distorções, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado pelas partes contratantes.

Sob este aspecto, a boa-fé se apresenta não só como norma de conduta, mas também, e principalmente, como norma de comportamento, numa perfeita correlação entre meio e fim.

Apresenta-se, ainda, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que importa em dizer que a intenção dos contratantes deve ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, da forma que se encontra configurado nos documentos que o legitimam.

Fácil concluir que no novo ordenamento jurídico brasileiro⁶⁹, a **eticidade**, representada pela boa-fé, simboliza o imperativo do que no plano psicológico se pôs como intenção leal e sincera, imprescindível e essencial à juridicidade do contrato.

Como se não bastasse, converte-se a boa-fé em primeiro critério de hermenêutica dos negócios jurídicos, o que, sem dúvida, representará sua louvável e necessária purificação ética.⁷⁰

Para Judith Martins Costa, autora de um dos mais completos estudos sobre o princípio da eticidade, a boa-fé, funcionando como *cânone hermenêutico integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos, e como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos*, transformou-se em “*topos subversivos do direito obrigacional*”

Importante ressaltar as conseqüências inseridas no art. 187 do novo Código Civil Brasileiro, dispondo:

“ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O texto legal, punindo com a pecha da ilicitude do ato o excesso dos limites impostos pela *boa-fé*, bem demonstra a importância do princípio da *eticidade*, pela primeira vez claramente expresso na codificação civil brasileira.

Serve, ainda, de preceito interpretativo do art. 422, autorizando a intervenção do Estado a sancionar a parte que violar a *eticidade* do contrato, fomentando o desequilíbrio da parte.

O princípio da *eticidade* agora tem sanção específica, estando claro que a má-fé contratual será punida através da concessão de indenizações por danos morais ou materiais.

A aplicação do princípio inserido no art. 422, conjugado com o preceito sancionador do art. 187, todos do Novo Código Civil Brasileiro, autoriza e legitima a intervenção do Poder Judiciário na vontade das partes, para compeli-las a seguir os ditames da *eticidade*.

Importante ressaltar que a *eticidade* se aplica não só às cláusulas principais dos negócios jurídicos, como se estende e se aplica aos denominados *deveres anexos* do contrato, dentre os quais se pode destacar o *dever de informar*, o *dever de cuidado*, o *dever de cooperar*.

A *eticidade* tutela a confiança de quem acreditou que a outra parte procederia em conformidade com os padrões de conduta exigíveis, que são determinados pelo comportamento exigível do bom pai de família, do bom cidadão.

O princípio adotado na legislação brasileira, no limiar do novo século, já se encontrava inserido em grande parte da legislação civil mais atualizada com o respeito ao conceito de ética social.

Assim, o Código Civil espanhol dispõe no art. 7º., inciso I, que *os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé*.

O Código Civil italiano de 1942, por seu turno, dispõe no artigo 1.337, que *as partes, no desenvolvimento das tratativas na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé*.

O Código Civil português, que sem dúvida serviu de valioso contributo para a modificação da teoria das obrigações e dos

contratos no Brasil, tem regra expressa e clara de adoção do princípio da *eticidade*, dispendo no artigo 227º.:

“ Art. 227º. Culpa na formação dos contratos.

1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

VII – Tempo de Remate

“ Todos reconhecem o quanto é louvável que um príncipe mantenha a palavra empenhada e viva com integridade e não com astúcia. Entretanto, por experiência, vê-se, em nossos tempos, que

fizeram grandes coisas
os príncipes que
tiveram em pouca conta
a palavra dada.”

(O Príncipe, de MAQUIAVEL)
(Capítulo XVIII)

VII– TEMPO DE REMATE:

Com a exposição de temas tão palpantes, uma pergunta se impõe:

Há, de fato uma nova teoria contratual ?

Gustavo Tepedino, formula esta pergunta em “ *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*”, uma publicação da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, para analisar especificamente as relações de consumo, mas pensamos que a dúvida não está limitada às relações consumeristas, vez que é mais abrangente, alcançando todas as relações negociais.⁷¹

De qualquer sorte, a resposta será sempre *sim*.⁷²

Sim, porque são evidentes as mudanças ocorridas nas relações contratuais neste mundo globalizado.

A sociedade clama por negócios relacionados à prestação de serviços, tais como, saúde, educação, previdência.

A doutrina tradicional fundada na imutabilidade de conceitos e dogmas jurídicos, cede lugar à função social dos contratos.

A relativização dos conceitos jurídicos, conquista da nossa era, tem alterado a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo, traçando raízes na própria dogmática.

Sim, porque o Estado de Direito em que vivemos, pleno de garantias constitucionais, não mais se conforma com a mera *igualdade formal* entre os indivíduos.

Há urgência na intervenção estatal para assegurar que interesses particulares não se sobreponham a interesses sociais.

Busca-se a *igualdade material* entre os cidadãos.

É necessário o estabelecimento de equilíbrio entre a liberdade individual e o bem estar coletivo.⁷³

O *dirigismo contratual*, com a intervenção do Estado Social de Direito por meio da atividade legislativa, ganha contornos nítidos.

A preocupação do legislador, neste começo do Século XXI, sem qualquer sombra de dúvida, é a de assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes, de tal sorte que os *economicamente mais fortes* não continuem a sobrepujar os *economicamente mais fracos*.

A grande questão que se coloca é como compatibilizar as radicais modificações introduzidas na teoria das obrigações e dos contratos.

Como alcançar o ponto de equilíbrio?

Como mediar e garantir o requisito de segurança dos negócios, agora considerados em contraposição com a igualdade das partes, não mais como mero integrantes de uma relação negocial, mas como integrantes de uma conjuntura econômico-social?

Não sem razão, o professor **Miguel Reale** tem afirmado que o Novo Código Civil Brasileiro está agora nas mãos dos juízes, que deixaram de ocupar o simbólico papel de a “*boca da lei*”, para exercer uma função efetiva não só na realização, como na distribuição da justiça.

Ao Judiciário brasileiro caberá a missão de purificar o conceito de *eticidade* e de guardar o conceito de *sociabilidade*.

VIII – Obras Consultadas:

“ Aos autores indicados, minha gratidão pelo caminho traçado, que nas muitas noites de vigília iluminaram minha rota, na busca destas breves linhas.”

VIII - OBRAS CONSULTADAS:

- * **Almeida**, Carlos Ferreira – “*Contratos I – Conceitos. Fontes. Formação*”, Livraria Almedina, Coimbra, 2ª. Edição, 2003.
- * **Ascensão**, José de Oliveira – “*Direito Civil Teoria Geral*”, Coimbra Editora, 1999.
- * **Baracho**, José Alfredo de Oliveira - “*Teoria Geral do Direito Constitucional Europeu* “ - Revista dos Tribunais – v. 794, pág. 11/55 – ano 90, 1991.
- * **Barroso**, Luis Roberto – “*Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*”, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abril/junho 2001.
- * **Eco**, Umberto – “*Diálogo sobre ética*”, Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2º semestre, 2002.
- * **Fernandes**, Eliseu – “*Ética, globalização e direitos humanos*”, Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2º semestre, 2002.
- * **Franca**, Marcilio Toscano, Filho - “*As Directivas da Comunidade Européia : elementos para uma teoria geral* “ – Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 37, ano 9, pág. 8/25 – Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- * **Garcia**, Maria - “*A Constituição e os Tratados* “ - “ – Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 37, ano 9, pág. 38/43 – Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- * **Gomes**, Luiz Roldão de Freitas
– “*Perspectivas no Direito Civil*”, Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n. 5, 2º semestre, 1998.
- “*Contrato*”, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- * **Gomes**, Orlando – “*Contratos*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 17ª. Edição, 1997.
- * **Greco**, Leonardo – “*A jurisdição internacional em matéria contratual* “ – Revista Brasileira de Direito Comparado – Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, n. 17, 2º. Semestre de 1999, pág. 143/162.

- * **Khouri**, Paulo R. Roque – “*Contratos e responsabilidade civil no CDC*”, Editora Brasília Jurídica, Brasília, 2002.
- * **Leal**, Luciana de Oliveira - “*A Onerosidade Excessiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*”, Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol. 6, n. 21, 2003.
- * **Mattos**, Mauro Roberto Gomes de – “*O Contrato Administrativo*”, Editora América Jurídica, Rio de Janeiro, 2ª. Edição, 2002.
- * **Monteiro**, Antonio Pinto – “*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.
- * **Paiva**, Raquel – “*Ética, Cidadania e Imprensa*”, Editota Mauad, Rio de Janeiro, 2002.
- * **Pereira**, Caio Mario da Silva – “*Instituições de Direito Civil*”, Editora Forense, vol. III, Rio de Janeiro, 10ª. Edição, 1998.
- * **Reale**, Miguel – “*Novo Código Civil Brasileiro*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª. Edição, 2003.
- * **Sardas**, Letícia, “*Cláusulas Limitativas ou de Exclusão de Cobertura de Risco Médico-Hospitalar*” Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2º semestre, 2002.
- * **Serens**, Manuel Nogueira – “*Direitos do Consumidor e publicidade enganosa*”, Comunicação e Defesa do Consumidor, Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996.
- * **Telles**, Inocêncio Galvão - “*Manual dos Contratos em Geral*”, Coimbra Editora, Coimbra, 4ª. Edição, 2002.
- * **Tenreiro**, Mário Paulo – “*O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa*”, Comunicação e Defesa do Consumidor, Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996.
- * **Wald**, Arnoldo – “*Obrigações e Contratos*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 12ª. Edição, 1995.
- * **Will**, Michael, “*A mensagem publicitária – obstáculo à formação do contrato*” a de 1976” - Comunicação e Defesa do Consumidor, Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996.

