

# A TEORIA CONTRATUAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

## THE THEORY OF CONTRACT AND THE CONSUMPTION RELATIONS IN THE CIVILIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA<sup>1</sup>  
Maria Christina de ALMEIDA<sup>2</sup>

### RESUMO

A teoria dos contratos definida pelo individualismo evolui, especialmente, a partir do dirigismo contratual e conseqüente limitação da autonomia privada. A partir de então, com a intervenção estatal, os dogmas da liberdade e igualdade formal restaram relativizados em benefício do equilíbrio contratual. O contrato passa a ser informado por nova principiologia, sendo considerado como fenômeno da realidade social. As mais expressivas transformações são concretizadas no âmbito das relações de consumo. A busca da justa proporcionalidade entre as obrigações contratadas, assentada na justeza do pacto, conduz para a efetividade do contrato e a realização da justiça contratual.

**Palavras-chave:** Teoria dos contratos; intervenção estatal; relações de consumo.

### ABSTRACT

The theory of contracts defined by the individualism evolves, especially from the intervention in contracts, and consequent limitation of private autonomy. From now on, with the state intervention, the freedom and formal equality dogmas had remained relativized in benefit of the contractual balance. The contract starts to be informed by new principles, being considered as the social

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela PUC-SP. Advogada. Vice- Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília/ Unimar. Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Marília/ Unimar.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela UFPR. Advogada. Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR. Professora de Direito Civil da Unibrasil. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM – Seccional Paraná.

reality phenomenon. The most expressive transformations are materialized in the scope of the consumption relations. The search of a fair proportionality between the contracted obligations, set in the pact justice, leads to the effectiveness of the contract and the accomplishment of contractual justice.

**Key-words:** Theory of contracts; state intervention; consumption relations.

## 1. Apresentação do tema

Os institutos fundamentais do Direito Civil passaram por um esfacelamento de suas conceituações, a partir da nova ordem estatal instalada pelo Estado intervencionista do século XX.

Essa nova ordem axiológica e jurídica deixa para trás a idéia típica do Estado Liberal de que o legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelos indivíduos em seu tráfego jurídico, limitando-se a atividade legislativa a garantir a estabilidade e a previsibilidade das regras do jogo.

A decomposição conceitual que se constata nos institutos fundamentais do Direito Civil – família, sucessões, propriedade, contratos, há de ser associada, na visão de Gustavo Tepedino, à fragmentação das forças de poder político e do próprio Estado:

[...] o Estado liberal estava para o Código Civil (tido como verdadeira Constituição do direito privado, expressão monolítica de uma ordem de valores inquebrantável) assim como o Estado Social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e, em particular, para uma Constituição que o referenda, avocando a si – e este é um ponto fundamental para a compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas – as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade.<sup>3</sup>

## 2. Concepção clássica da teoria contratual

No apogeu do individualismo, a teoria dos contratos adquiriu seus contornos, atendendo ao imperativo exigido pela ordem econômica da época, a qual requeria expediente hábil e seguro a propulsionar a circulação de riquezas.

---

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 221.

Arnoldo Wald adverte que poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas como o contrato, adaptando-se a sociedades com estruturas e escalas de valores distintos, desde a Antigüidade, passando pela Idade Média, e chegando até as sociedades neocapitalistas de nossos dias<sup>4</sup>. De fato, erigiu-se este instituto como o mais importante instrumento de circulação de riquezas, verdadeira mola propulsora do incipiente capitalismo do século XIX.

Tendo o seu núcleo na manifestação livre de vontades, reflexo da autonomia privada, pretendeu-se anunciar o fim do contrato, após o advento do comunismo e o surgimento do Estado Social. Contudo, mesmo nos regimes socialistas mais severos, a vontade individual – embora sufocada – nunca deixou de existir e o contrato não perdeu a sua utilidade, passando, sem dúvida, por uma importante reestruturação.

Nessa perspectiva, bem asseverou Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O ‘homo aeconomicus’ estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários”<sup>5</sup>.

A concepção de equanimidade das partes fez sólida a idéia de que a manifestação de vontade dessas era o suficiente para construir a avença e torná-la obrigatória. O indivíduo era onipotente, contratava com quem quisesse sobre o que bem entendesse, a ele cabendo ditar o conteúdo do ajuste, sua forma de celebração, de cumprimento, sendo que ao Estado não cabia a interferência nos negócios de natureza particular. Era a autonomia da vontade manifestada em toda a sua extensão.

O dogma da autonomia da vontade reconhecia em favor das partes o poder de criar preceitos vinculantes, regendo a relação obrigacional singular. Assim, a vontade reinava como soberana, estabelecendo o próprio direito, sendo certo que a autonomia das partes apenas estava restrita aos limites da ordem pública e aos bons costumes.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano IV, n. 8, 1º semestre de 2000.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4-5. v. III.

<sup>6</sup> STIGLITZ, Rúben. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Buenos Aires : Delpama, 1992, p. 17.

Uma vez dada a palavra, assumido o compromisso, obrigatório restava o vínculo em toda a sua extensão. O contrato se fazia lei entre as partes e a manifestação de vontade vinculava os contraentes às obrigações assumidas. Nesse viés, a obrigatoriedade era colocada como elemento essencial à validade e segurança dos contratos, como garantidora da estabilidade das relações negociais privadas. Tratava-se da inderrogável força obrigatória dos contratos.

Nesse contexto, o individualismo não admitia a revisão do contrato, visto que este era resultante de um acordo entre iguais e livres. Logo, o acordo somente era factível de ser modificado com o consenso das partes, mediante a realização de outro contrato.

Destaque-se, outrossim, que o contrato jamais poderia ser considerado injusto para uma das partes, posto que o único limite existente na formalização do acordo era a própria liberdade de contratar. Portanto, presumia-se, que aquele que contratava, o fazia por sua livre e espontânea vontade, sendo impossível que o contrato trouxesse, em sua essência, a injustiça.

Destarte, a imposição de qualquer limite que se propusesse a proteger o sujeito portador de uma inferioridade contratual, decorrente de sua condição econômica e social, era absolutamente vedado, sob o fundamento de as partes estarem sempre em condições de igualdade – frise-se de uma igualdade formal, conquista inquestionável da Revolução Francesa, cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual.<sup>7</sup>

Tal ordem de idéias era própria do Estado Liberal, defendendo-se não ser função do Estado a intervenção na atividade econômica privada, pois, se assim o fosse, estar-se-ia comprometendo o equilíbrio contratual estabelecido pela vontade autônoma das partes e, como conseqüência direta, deflagrar-se-ia a injustiça contratual. A única intervenção admitida seria a do juiz, a fim de compelir o cumprimento da avença firmada entre as partes.<sup>8</sup>

Nesse viés, é de se entender que o ordenamento jurídico possuía somente caráter complementar ao contrato, cuja função se restringia especificamente ao dever de estabelecer normas interpretativas que viessem a suprir as lacunas existentes, a fim de que fosse traduzida a vontade implícita, mas não expressa, das partes. Isso porque, conforme afirma Stiglitz<sup>9</sup>, o individualismo consagra a preeminência

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 221, p. 220.

<sup>8</sup> Rubén STIGLITZ destaca: “[...] la voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público, y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión, ya que los intereses privados, libremente discutidos, concurdan con el bienestar público, y que del contrato no puede surgir injusticia alguna, dado que las obligaciones son asumidas libremente” (STIGLITZ, *Op. cit.*, p. 19).

<sup>9</sup> STIGLITZ, citando o entendimento de Demogue diz: “[...] la teoría de la autonomía fundada sobre el respeto de la voluntad real corresponde a lo que enuncia como ‘sentimiento de la seguridad estática’, en tanto suministra a la ‘liberdad’ garantías incontestables. Y la seguridad está dada por el principio de inmutabilidad de la palabra empeñada.”(STIGLITZ, *Op. cit.*, p. 20)

do valor “segurança” sobre o de “justiça contratual”, sendo que a segurança seria assegurada pelo princípio da imutabilidade da palavra empenhada pelas partes.

A liberdade de contratar e a livre manifestação da vontade redundavam na justiça contratual, por força da pressuposição de que as partes encontravam-se em condições de igualdade jurídica. Assim, independentemente da diversidade das classes sociais, os contratantes eram considerados juridicamente iguais e livres para decidir pela contratação ou não, e ainda determinar os termos e conteúdo do contrato.

Não se há de negar que os liberais apregoavam toda essa teoria acreditando que, na celebração dos ajustes, as partes estavam em condições de igualdade e que a equanimidade de relação era automática, sendo decorrente da ampla e total liberdade de contratar.<sup>10</sup>

Conclui-se, pois, que a liberdade contratual e a igualdade formal não eram, apenas, pressupostos da concepção liberal do contrato, mas, ao contrário, constituíam o interesse direto da classe burguesa, detentora dos meios de produção, representando, assim, a ideologia fundamental do instrumento funcionalizado de operar o modo de produção capitalista.

### 3. A Relativização dos elementos contratuais clássicos

Com o passar do tempo e na medida em que as relações socioeconômicas e de consumo tornaram-se mais complexas, surgiram limitações à liberdade de contratar. Essa transformação se justificou porque o contrato deixou de ser um ato cujo interesse se restringe apenas e tão somente às partes contratantes, transformando-se, pois, em instrumento que traduz o momento político, econômico e social em que é celebrado.

Tal como concebido pelos juristas influenciados pelas idéias individualistas do século XIX, a justiça estaria assentada nos princípios da ampla “liberdade

---

<sup>10</sup> São elucidativas as palavras de Enzo Roppo: “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que o caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’ afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se complementavam reciprocamente – sobre os quais formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale dizer ‘justo (‘qui di contractuel dit juste’)” (sic) (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 35).

contratual e da igualdade formal das partes contratantes”. Todavia, desconsiderava-se que tal isonomia era apenas aparente.

Após as duas grandes guerras, tais desigualdades tornaram-se cada vez mais nítidas, e os Estados passaram a intervir no âmbito da autonomia privada para tentar reequilibrar os *pratos da balança negocial*, caracterizando o processo denominado pela doutrina civilista de *dirigismo contratual*.<sup>11</sup>

Destarte, seria inconcebível imaginar, no atual contexto econômico e social, uma figura contratual em que todo o conteúdo do negócio fosse ditado apenas por uma das partes, ou que demandasse, para a sua validade, a anuência dos órgãos governamentais. Por força desta mudança de rumos, sob a influência de idéias solidaristas, as legislações foram levadas ao *dirigismo contratual* para proteger o indivíduo econômica e socialmente mais fraco.<sup>12</sup>

Tal ingerência estatal, traduzida por normas, de ordem pública, condicionadoras do direito de contratar, foi fruto da necessidade de se impor limites aos organismos empresariais economicamente fortes, cuja situação na relação contratual, por si só, desequilibraria a balança de interesses, em detrimento da outra parte contratante.

Com efeito, enquanto absoluta a idéia do liberalismo puro, tinha-se como dogma a *igualdade dos contratantes*, ligado umbilicalmente à *liberdade de contratar*. Ocorre, pois, que as condições sócio-econômicas pós-liberais acabaram por demonstrar a irrealidade de tais dogmas, sobretudo pela notória diferença social e econômica entre os contratantes<sup>13</sup>.

Nesse rumo, é forçoso reconhecer que o *dirigismo contratual* da segunda metade do século XX alterou profundamente a feição do direito

<sup>11</sup> Orlando Gomes, com clareza que lhe é peculiar diz: “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. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera da autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7)

<sup>12</sup> “En consecuencia, si la libertad contractual conviene a la economía liberal, habremos de concluir que el Estado debe acentuar sus controles para evitar que la ‘libertad’ engendre opresión. O, en otras palabras, el control, o la intervención del Estado, fundado em consideraciones sociales o si, quiere, humanizantes o solidaristas, se transforma em una exigencia de paz social, pues lo otro, la llamada ‘libertad contractual’, significa descontrol, desigualdad, anarquía, injusticia, desorden. (STIGLITZ, Rubén. *op. cit.*, p. 40).

<sup>13</sup> “El postulado de la libertad absoluta es dementido por la simple observación del hecho que le individuo, al vivir en sociedad, convive. Y si convive, requiere que sus necesarias relaciones sociales se desenvuelvan en un marco de interdependencia. A su turno, el principio de igualdad es irreal. Es una ficción ignorar la existencia de confrontación entre empleadores y trabajadores; propietarios y locatarios; predisponentes y adherentes; profesionales y profanos; aprovechadores y necesitados; empresa y consumidor. Al Cabo, sería negar a existencia del débil” (STIGLITZ, Rubén. *Op. cit.*, p. 24).

contratual, mudando, até mesmo, o eixo interpretativo do contrato, que passou a ser, não mais o instrumento de opressão do mais forte contra o mais fraco, mas sim, a oportunidade para a manifestação da verdadeira vontade das partes contratantes.

Tal fenômeno, todavia, não poderia significar, a aniquilação da vontade individual, da autonomia privada, ou ainda a decadência do próprio contrato<sup>14</sup>. Na realidade, com a intervenção estatal, os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade de contratar restaram relativizados em benefício do equilíbrio contratual, ou seja, a autonomia da vontade e a liberdade são valores presentes na ordem contratual, contudo, não da forma vislumbrada na concepção liberal do contrato.

Diante de tal contexto, o Estado passou a ditar normas, a impor o conteúdo de certos contratos e a proibir a introdução de certas cláusulas, a fim de resguardar o equilíbrio contratual.<sup>15</sup>

Nesse contexto, destaca-se a boa-fé objetiva representado o princípio que veio reorientar as relações patrimoniais estabelecidas em contrato. A boa-fé objetiva revela-se como dever de cooperação e de lealdade entre as partes contratantes, de respeito às expectativas criadas, da satisfação de interesses recíprocos, da manutenção do equilíbrio contratual, o que no entendimento de Cláudia Lima Marques, traduz-se no seguinte pensamento:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos objetivos das partes.<sup>16</sup>

Na visão da autora, o princípio da boa-fé objetiva possui dupla função na nova teoria contratual: (1) a primeira reflete-se na fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e (2) a segunda função representa causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos.<sup>17</sup> Assim,

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, o pensamento de Morin, Duguit, Savatier, Josserand, Ripert, dentre outros.

<sup>15</sup> “Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. A primeira consistiu da promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica e socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder político.” (GOMES, Orlando. *Op.cit.*, p. 8).

<sup>16</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 106.

não basta que a parte contratante não prejudique a contraparte. Faz-se necessária a colaboração com a outra parte, desde que não prejudique a si própria de forma tal que o benefício contraposto desnature a função mesma do vínculo.

O resguardo constitucional ao princípio da boa-fé como dever de cooperação não significa o fim da autonomia da vontade, mas ao contrário, traz a necessidade de uma nova sistemática de interpretação das relações patrimoniais, no sentido de funcionalizá-las a valores existenciais, segundo os quais, o mais importante é o ser, e não o ter.<sup>18</sup>

Destarte, o princípio da boa-fé possui função fundamental na nova concepção da teoria contratual e, consoante “vocação solidarista da Constituição, tem papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes”.<sup>19</sup>

O dever de agir de acordo com a boa-fé está presente em todas as fases da vida do contrato<sup>20</sup>. Manifesta-se, pois, nas negociações que precedem o contrato, resultando da sua violação a responsabilidade pré-contratual, na execução do contrato e, inclusive, após a extinção do mesmo, representado pelo momento pós-eficaz do contrato cumprido.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da Boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 257. “ A exigência de justiça, imposta como um dos objetivos da ordem econômica expressa o fenômeno da ‘socialização do direito privado’, que impede que as relações intersubjetivas possam ser compreendidas em si mesmas, sem uma contextualização sistemática e, especificamente, constitucional. A dignidade da pessoa humana aparece, neste contexto, como princípio unificante, razão e fim do Estado, e que, desde suas referências normativas mais remotas, vem ligada à idéia de respeito e solidariedade entre os homens, assim tornados pessoas – ‘Todos os seres humano nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade’ -; em espírito , poder-se-ia complementar, a boa-fé.”

<sup>19</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 138. Conveniente transcrever a posição completa do autor: “A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmbito do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior fora a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia de contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ele de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.”

<sup>20</sup> Dispõe o artigo 4º do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais funda a ordem econômica, **sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedores.**”(grifos nossos)

<sup>21</sup> O Código Civil de 2002 consagrou expressamente o princípio da boa-fé, em seu Artigo 421, que diz: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”



Assim, há que se concluir que o princípio da boa-fé objetiva é elemento essencial da teoria contratual, na medida em que atua como limitador da autonomia da vontade e impõe às partes o dever recíproco de ação e conduta de cooperação e lealdade. Portanto, não é suficiente ter boa-fé. É imprescindível agir conforme a boa-fé.

#### **4. A nova teoria contratual e as relações de consumo**

Desde os primórdios da sociabilidade humana, os indivíduos vêm estabelecendo relações entre si a fim de atender suas necessidades de consumo. Inicialmente, através do sistema de trocas<sup>22</sup>, após, pelo surgimento da moeda, e posteriormente, pela consolidação do mercado, vindo a evoluir e a impor necessidades econômicas e sociais, principalmente no que tange à sua regulamentação.

As relações de consumo, como qualquer fenômeno social, impuseram a necessidade de regulamentação jurídica e, por terem se manifestado de modo mais incisivo quando do apogeu do liberalismo, passaram a ser regidas pelas idéias contratuais então em desenvolvimento, alicerçadas no ideal de autonomia da vontade e obrigatoriedade do vínculo, advindo da clássica teoria dos contratos.

O indivíduo manifestava-se como contratante e tinha que se manter como tal, honrando o compromisso assumido, independentemente de qualquer outro aspecto que porventura surgisse. Era o ideal liberal norteando a atividade da contratação em todas as searas. Não se considerava nada além do expreso consentimento dos contratantes para que se tivesse por perfeito o vínculo. Assim, a vontade humana era considerada como núcleo da relação jurídica contratual, tendo a lei mera finalidade de fazer valer as disposições estipuladas.

Mas o decurso dos séculos deflagrou vários movimentos sociais, políticos e econômicos e os mercados se desenvolveram, dando espaço ao surgimento de um mercado diferenciado: o mercado de consumo.

Com o final da Segunda Grande Guerra e surgimento das grandes potências mundiais, EUA e URSS, e com a consolidação do mundo polarizado e deflagração da Guerra Fria, o capitalismo alcançou o seu apogeu. As relações negociais incrementaram-se e especializaram-se, as relações de consumo se diferenciaram nesse contexto, passando a requerer uma regulamentação que atendesse às suas peculiaridades. Emerge, então, a preocupação com a teoria dos contratos, tal como desenvolvida à época do ideal liberal.

---

<sup>22</sup> No sistema de trocas, cada qual das partes entregava à outra o objeto que não lhe era de interesse, obtendo o que lhe interessava, sem nada mais terem a reclamar, sendo considerado concluído o negócio. A paridade se demonstrava no interesse e na satisfação mútua.

A impulsão nos negócios e o crescimento exacerbado do consumo propiciada pelo capitalismo aflorante em todos os meios, asseverado pela derrocada do socialismo e a dissolução do bloco soviético, deu lugar à aplicação de uma nova exegese à tradicional teoria contratual, passando-se a questionar quais os reais limites dos até então inatacáveis princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*).

As relações de consumo passaram a ser alvo de um novo enfoque, agora voltado à percepção das particularidades atinentes a essa modalidade de contratação, consistentes, principalmente, no desequilíbrio natural existente entre as partes contratantes, deflagradores de um pólo hipossuficiente em detrimento de um hipersuficiente.

A superveniência da nova teoria contratual revelou a necessidade do questionamento do que vem a ser realmente o livre consentimento perfazedor do vínculo contratual válido. É o surgimento da teoria da vontade racional, preconizada por Charbin<sup>23</sup>, segundo a qual a autonomia da vontade só se manifesta de modo válido se o consentimento for realmente autônomo, surgido de uma relação que se demonstre paritária a partir da situação das suas partes.

A conscientização acerca da desigualdade entre as partes da relação de consumo – consumidor e fornecedor – desloca o ponto de enfoque para o questionamento acerca da abrangência dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade. As partes continuam sendo livres para pactuar o que lhes aprouver e o contrato não perde o seu caráter de obrigatório; apenas a ordem pública se exalta com a finalidade de assegurar eficácia à atividade contratual.

Passa-se a uma evolução do conceito e dos princípios contratuais, cedendo espaço para a instrumentalização social do contrato, erigida a partir da segurança de paridade entre as partes contratantes, real cerne da manifestação de suas vontades.

Nesse rumo, percebe-se uma inadequação entre o conceito clássico de contrato e a realidade do século XX. O fortalecimento da sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, traz à tona a impossibilidade de integrar os princípios e as normas contratuais tradicionais com o novo contexto de contratação, em voga na sociedade de consumo. A percepção de que a paridade não pode ser presumida nessas relações, como o era na contratação tradicional, fez surgir a nova concepção social do contrato, pela qual não importa apenas a manifestação de vontade das partes, mas, também, os efeitos do contrato na sociedade.

---

<sup>23</sup> Nicole Charbin, *apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

Em busca do equilíbrio, a lei limita a autonomia da vontade, sendo suplantada a hegemonia desta em função do interesse social. Permanecem os conceitos tradicionais, todavia normas imperativas regulam as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Contratar continua sendo um ato de autonomia privada, contudo, realizado conforme disposições legais, as quais passam a impor uma atuação racional, medida, refletida, tendo em vista a posição do outro pólo da relação contratual.

Verifica-se um embate entre a equidade, a segurança, a boa-fé e a autonomia volitiva irrestrita, optando-se, na linha da nova teoria contratual, por se definir uma noção de equilíbrio mínimo, valorizando-se o sinalagma, a justa proporcionalidade, a comutatividade inerente à própria atividade contratual de consumo.

A intervenção do Estado na seara das relações individuais encontrou muitos percalços e barreiras. Porém, frente à sociedade de consumo de massa e suas peculiaridades<sup>24</sup>, concluiu-se pela necessidade de um parcial cerceamento da liberdade dos contraentes, o que veio a reduzir a até então irrestrita aplicabilidade dos basilares princípios da liberdade e da autonomia das partes no ato da contratação. Delinearam-se, pois, os contornos de uma teoria contratual mais condizente com a nova realidade insurgente, alicerçada ainda na principiologia da teoria contratual tradicional. Contudo, com um enfoque hermenêutico e exegético voltado para o real estabelecimento de uma igualdade entre os contratantes, consumidor e fornecedor, equilibram-se os elementos das já reconhecidas hipo e hipersuficiência desses.

Nascendo o contrato da iniciativa de duas ou mais partes em estabelecer uma relação de natureza juridicamente obrigatória, mister é que tal relação mostre-se consoante com o escopo precípua do Direito, qual seja, de coordenar, lícita e legitimamente, os interesses de todos aqueles que buscam o agir conforme os seus ditames, destinando ordem ao contexto social. Partes que desejam negociar invocam a figura do contrato, um meio pelo qual se constitui, modifica ou extingue obrigações de caráter patrimonial, daí a necessidade de tal meio ser eficaz.

A eficácia do contrato vincula-se ao atendimento das pretensões de partes que o celebram, sendo certo que a satisfação não se vincula somente à declaração de vontade dessas mesmas partes contraentes. Verificando-se a hipossuficiência de um dos pólos da relação contratual, como se acentua na seara das relações de consumo, tem-se em mente que o homem se obriga na medida em que é livre,

---

<sup>24</sup> Cláudia Lima Marques elenca muitas dessas peculiaridades, advindas das modificações deflagradas nos mecanismos de produção e distribuição de produtos, dentre as quais se ressaltam os contratos de massa, por adesão, as cláusulas e condições gerais dos contratos, os contratos cativos de longa duração, estes intitulados pelo Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. como contratos relacionais.

que a força obrigatória advém do poder de escolha, que a obrigação jurídica nasce do consentimento livremente dado.

Numa relação de natureza consumerista, muitas vezes, o adquirente de bens ou serviços tem como única opção para satisfação das suas necessidades de natureza material a celebração de um ajuste nas condições impostas pelo fornecedor, denotando-se, claramente, a inexistência de liberdade contratual e ainda uma liberdade de contratar flagrantemente deturpada<sup>25</sup>.

A constatação da desigualdade entre as partes contratantes em relações de consumo ensejou a necessidade de uma participação estatal mais incisiva no cerne das relações contratuais, com o objetivo de diminuir a discrepância existente entre as partes por meio de ditames refletores do intuito de fazer valer a igualdade dinâmica, isto é, o tratamento desigual dos desiguais, equilibrando, de conseguinte, a relação contratual estabelecida.

A intervenção na formação dos instrumentos de contrato não representa uma supressão imediata da autonomia da vontade, mas sim um meio de que realmente tal princípio reine equitativamente entre as partes contratantes. A submissão destas, depois de formalizada a avença e durante a formação do instrumento contratual, não significa necessariamente um rechaçar do conceito do contrato enquanto forma livre de negociação entre particulares. A submissão a tais organismos é conseqüência da necessidade de fornecer resguardo àqueles que contratam.

Assim se reporta Carlos Alberto Bittar acerca do conceito atual do contrato, afirmando que

[...] isso tudo significa que, mesmo com as ingerências referidas e à luz das relações particulares citadas, persiste sendo o contrato, estrutural e funcionalmente, conceito real e útil no plano jurídico, pois preenche, em matéria de obrigações, uma das fontes reconhecidas desde os tempos primitivos, em razão da própria natureza humana e do sentido dos ajustes negociais [...]. Com isso, permanece intacta a essência do conceito, cabendo à liberdade de vinculação, de regra, a definitiva inserção da parte em qualquer negociação privada, com as ressalvas indicadas, que não lhe retiram. No entanto, a existência e a influência no plano obrigacional, mesmo nos casos de simples adesão”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Orlando Gomes, em sua obra *Contratos* (Rio de Janeiro: Forense, 1997) faz a distinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar, definindo a primeira como sendo a liberdade dos indivíduos avençarem negócio jurídico e a segunda como a liberdade dos contratantes estipularem o conteúdo do ajuste.

<sup>26</sup>BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 42 .

A simplicidade da contratação da era do Direito Romano, em que a regulamentação máxima era a *pacta sunt servanda* e não havia explícitas restrições à celebração de contratos (explícitas porque no dizer de Orlando Gomes<sup>27</sup>, a ordem pública e os bons costumes sempre representaram limitações à atuação dos particulares), não se adequam à realidade sócio-econômica contemporânea, mapeada pela ordem civil-constitucional.

O modelo de dois particulares declararem suas vontades e isso ser o suficiente para vinculá-los milimetricamente ao que pactuaram não se demonstra aceitável devido à notável evolução dos elementos econômicos da contemporaneidade. A formalização e a instituição de prerrogativas e garantias são decorrentes da complexidade das relações construídas sob o manto da prática contratual, o que compele o Estado Social Democrático, revelado pela Constituição Federal de 1988, enquanto titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, a intervir em tal seara do direito privado, almejando preservar o *bonum commune*, finalidade última do Direito<sup>28</sup>.

A plena eficácia da atividade contratual, tão almejada por aqueles que dela fazem uso, torna-se utópica ou, até mesmo, dificultada em razão da persistência em se afirmar o dever de prevaquecimento do concurso direto das vontades livres e soberanas daqueles que contratam, o respeito à autonomia da vontade enquanto resguardo concreto do individualismo; sendo precípua clamar pela observação do real alcance de tais assertivas, para que não se confunda a liberdade de contratar com a liberdade contratual, para que se consagre em cada mente defensora da liberdade, enquanto ausência de restrições, que o intento das partes jamais será atingido, se não reinar a equidade no sopesar das forças impostas aos seus objetivos.

Se a liberdade jurídica não pode ter o mesmo sentido da liberdade filosófica, o progresso do direito, ora representado pela legislação específica de proteção e defesa do consumidor, ao menos consiste em aproximá-las, o máximo possível. Seria obviamente ilógico que a tal aclamada liberdade de atuação pudesse servir de justificativa à vontade que se exerce de modo imoral e alberga a exploração escandalosa de um contratante em detrimento de outro. Não há justiça no contrato se existe o desequilíbrio entre as partes. De outra banda, é evidente que consolidan-

---

<sup>27</sup>GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 24. “A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se como ainda se pensa, que as pessoas podem regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites”.

<sup>28</sup> PAUPERIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 21. “Aliás, como ensina também Fleiner, o Direito público e o Direito Privado não se acham separados por um abismo. Pelo contrário, cada vez mais a interpenetração dos dois direitos se torna maior. Se o estado evolue à luz dos imperativos do direito privado, este sofre, por seu turno, indisfarçável influxo do Direito Público, que passa a presidir, cada vez mais, a maior número de relações jurídicas”.

do-se a injustiça, padece o próprio contrato, eis que impossibilitado de atingir o fim para o qual foi criado e desenvolvido.

No âmbito da contratação de consumo, não mais se pode defender a autonomia da vontade e a obrigatoriedade como ícones irrestritos, quando da celebração da avença. A ordem pública se exalta para determinar restrições imperativas, como no caso das cláusulas de conteúdo abusivo e, até mesmo, inserção de cláusulas necessárias no contrato em celebração. Limita-se a autonomia da vontade para permitir que as vontades realmente se manifestem de forma equitativa e paritária.

A liberdade passa a ser vista como substrato do contrato, apenas na medida em que proporciona a justiça nas convenções. A obrigatoriedade resulta simplesmente da função prática do contrato, restando condicionada ao equilíbrio do ajuste e não mais apenas à manutenção das condições contextuais à época da avença.

A própria elaboração do contrato de relação de consumo passa por modificações. A formação do ajuste passa a ser alvo de proteção, sendo estipulados deveres para o fornecedor e direitos para o consumidor, partindo do princípio da boa-fé objetiva<sup>29</sup>, o qual desdobra-se nos sub-princípios da transparência, pelos quais a lealdade deve se fazer presente desde o momento pré-contratual, e da confiança, que estabelece que cada uma das partes deve se fazer consciente da expectativa que gera em cada outra, respondendo por aquela, de forma a se imprimir segurança ao vínculo contratual.

O contrato se assume como fenômeno da realidade social, criado a fim de possibilitar e regulamentar o movimento de riquezas dentro da sociedade. A nova teoria contratual lança os elementos dos contratos, conforme a atual realidade social, da qual o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é consequência direta. Afinal, para que a justiça resulte da confrontação de duas liberdades, como ocorre na contratação, é necessário ter como postulado a igualdade dos sujeitos, é necessário que estes estejam no mesmo patamar de liberdade.

---

<sup>29</sup>Em face de sua importância perante o exercer de qualquer atividade relacionada à ciência jurídica, a boa-fé encontra resguardo perante a legislação. Representa a certeza de que a situação jurídica a se desenvolver sob o seu reflexo é dotada de credibilidade e validade perante o ordenamento no qual se insere. No caso de um contrato, a boa-fé é princípio inafastável da sua consideração enquanto instrumento destinado a constituir, modificar ou extinguir obrigações, vez que não se apresentar como existente e norteadora das ações dos contraentes, deflagra-se uma opressão, uma superposição de interesses e suas respectivas concretizações de uma parte em detrimento dos prejuízos causados a outra. A má-fé dá cabo à autonomia da vontade, suprime a volitividade inicial da contratação nos termos objetivados pelo contraente prejudicado, vicia o instrumento contratual, delineando a sua nulidade para a consecução dos fins aos quais demonstrava destino, em virtude da impossibilidade de se admitir que um instituto criado para sopesar e garantir uma relação jurídica satisfatória a suas partes constituintes seja voltada para a preponderância de individualismos exacerbados representantes de supressão imediata da paridade essencial à constituição de um contrato, independentemente da sua natureza.

O desequilíbrio natural existe. O fornecedor tem mais poder que o consumidor, porém, havia de ser encontrado um meio de equiparar as duas partes da relação de consumo, e a fórmula aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor foi a imposição de certas obrigações não previstas pelas partes, mas que vêm a garantir a justiça na avença.

Assim, o contrato que resulte em desequilíbrio entre as partes resta condenado, posto que injusto. Consagrar a exploração do fraco pelo forte, sancionando a execução de uma convenção injusta, contradiz o senso moral mais elementar. A inequivalência repercute sobre toda a coletividade, agravando as desigualdades sociais e perturbando a ordem econômica.

## 5. Considerações finais

A teoria contratual sofreu inúmeras transformações em sua interpretação doutrinária a fim de se adequar às novas exigências sociais. O contrato se socializa com o fito de propiciar aos contratantes a consecução dos objetivos intentados desde os primórdios da atividade contratual: a segurança, o que só se atinge com o pleno equilíbrio entre as partes concretizadoras do vínculo.

Parte-se de quatro premissas constituintes das vigas mestras do novo pensamento que vem se consolidando acerca das normas e princípios que regem a nova contratação: (1) limitação da liberdade contratual através do dirigismo, renascendo o formalismo para assegurar justiça e segurança ao contrato; (2) relativização da obrigatoriedade, viabilizando, assim, a modificação do conteúdo do contrato; (3) proteção e segurança e dos interesses legítimos, primados pela boa-fé contratual, assegurando a confiança no vínculo e na prestação; (4) busca da justa proporcionalidade entre as obrigações contratadas, assentada na comutatividade e na justiça do sinalagma.

Entende-se, assim, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor representa, concretamente, resposta à crise social, decorrente da irrealidade apregoada pelas idéias absolutistas da concepção liberal do contrato.

Assim, a superveniência desse microssistema resultou na imposição de uma nova ética à realidade contratual de consumo, representada pela harmonia, boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais. O contrato não deve ser um campo de batalhas entre as partes, mas, sim, de cooperação, a fim de alcançar a satisfação dos interesses de ambas as partes.

Em tempos pós-modernos, surge uma nova realidade contratual em que ocorre uma renovação de valores. Na atual concepção, a dignidade humana passa a estar no ápice do sistema normativo, sendo incontroverso a efetivação do ser, e não do ter, atrelados à realização da justiça contratual, a qual baseia-se na equivalência econômica, na boa-fé objetiva e na comutatividade, sendo certo que a segu-

rança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações sem abusos, excessos e desequilíbrio.<sup>30</sup>

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito Pós-Moderno - Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PAUPERIO, A. Machado. *Teoria geral do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.v. III.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra : Almedina, 1998.

STIGLITZ, Rúben. *Autonomia de la Voluntad y Revision del Contrato*. Buenos Aires: Delpama, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217-237.

WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano IV, n. 08, 2000.

---

<sup>30</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito Pós-Moderno - Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 142.