

2.2 No Brasil

2.2.1 *Princípios dos contratos empresariais*

Ancorada no objetivismo francês e no liberalismo de raízes novecentistas, a concepção doutrinária preponderante no Brasil do século XX estruturou-se em torno da liberdade de contratar. O princípio regente é a marca do liberalismo no campo contratual: a autonomia da vontade privada, expressa na forma de norma cogente, que inverte o functor¹: não é a permissão que prevalece, mas o dever de cumprir aquilo que voluntariamente foi assumido como obrigatório: *pacta sunt servanda*.

O princípio regente *pacta sunt servanda* não está sequer escrito, mas irradia sua ideia-força por todo o campo do direito das obrigações. Como leciona Teresa Ancona: “O princípio da força obrigatória dos contratos tem como corolários a pontualidade no cumprimento das obrigações criadas do vínculo negocial, a irrevogabilidade do vínculo e a intangibilidade de seu conteúdo.”²

A partir do engrossamento das fileiras acadêmicas ao redor do projeto do Código de Miguel Reale, toma corpo outra perspectiva. O princípio da força obrigatória dos contratos passa a ser referência nominal, ainda necessária, mas sempre para enunciar o seu oposto, que então emerge com vigor. Trata-se da mitigação do princípio regente em função de outro: o dever genérico de sociabilidade das obrigações, de conformidade aos parâmetros éticos (e, portanto, uma abertura ao campo moral para valoração das condutas). Na própria formulação da norma dedicada à liberdade de contratar, qual seja, o artigo 421 do Código Civil, já constam os princípios que a defrontam: “Art.º. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Essa oposição demará, portanto, a clivagem entre os “velhos princípios” e os “novos princípios”. Neste contexto, os “velhos” princípios incluem a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade das convenções (valem *inter pars*). Pode-se incluir ainda a boa-fé (em sentido subjetivo) e o consensualismo, ou menor exigência quanto aos aspetos formais (a vontade é causa eficiente da obrigação).³

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas, 2001. pág. 129.

² LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Saraiva, 2007. pág. 17.

³ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2000, pág. 62-63.

Os “novos” princípios, por sua vez, incluem o equilíbrio contratual ou equivalência material, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.⁴ Como se vê, os “novos” princípios estão diretamente vinculados ao ideário e à axiologia que permeiam a conceção unificadora de 2003.

Neste sentido, convém ressaltar o papel da boa-fé, tal como fez o próprio autor do projeto do Código. Para Miguel Reale, a boa-fé em sentido objetivo, é uma “exigência de lealdade”, que avalia a conduta como “noção sinônima de ‘honestidade pública’”. Percebe-se, de modo claro, a adoção de cláusulas ou normas abertas, viés encontradiço em todo o texto codificado.⁵

O eixo axiológico do sistema do novo Código encontra-se, pois, entre “eticidade, socialidade e operabilidade”⁶, esta última ancorada em “conceitos jurídicos indeterminados”, bem ao modo da justiça aristotélica, em que o juízo de equidade se faz perante o caso concreto, valendo a lei como baliza genérica, a ser complementada pelo juiz. Nestes termos, complementa Teresa Ancona Lopez:

“Portanto, o sistema aberto é um sistema normativo incompleto, pois muitas de suas regras precisam ter seu conteúdo preenchido pelo juiz, que para isso vai se utilizar do próprio sistema, de outras normas, de todas as fontes do Direito, mas além disso, de elementos tirados da realidade social daquele momento e, ainda, de noções metajurídicas, como qualidade de vida, bem-estar, felicidade, esperança, justiça.”⁷

A inspiração no substrato constitucional da dignidade da pessoa humana, igualdade material e solidariedade social figuram entre as justificativas,⁸ as quais, com tal abertura, encontrarão respaldo em outras cláusulas abertas de nível constitucional.

Luciano Timm bem sintetiza essa guinada na dogmática brasileira:

“Nesse novo paradigma regulatório, tipicamente de publicização do direito privado, mediante normas redistributivas, a suposição do modelo liberal de que a proteção da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio e a justiça nas relações privadas, fosse qual fosse a sua condição econômica e social, foi colocada em cheque. Daí a

⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Editora Saraiva, 2007. pág. 8., NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e da Empresa*, págs. 226-240.

⁵ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil* [em linha]. 2003. [21 de agosto de 2017] Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>

⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Editora Saraiva, 2007. pág. 3.

⁷ Idem, pág. 6.

⁸ Idem, pág. 7.

necessidade de proteção da parte mais fraca da relação com objetivo de estabelecer um equilíbrio material concreto. Esse ficou conhecido como o modelo social ou solidarista de regulação do contrato, fruto de influências socialistas e solidaristas.”⁹

Vê-se, pois, que o modelo liberal foi substituído pelo dirigismo contratual, por mão do legislador, em especial com o Código de Defesa do Consumidor de 1991 e o Código Civil de 2003.

2.2.2 Autonomia da vontade

Como dito, a doutrina brasileira passa a utilizar o princípio da autonomia da vontade como a referência nominal necessária à matéria contratual, ou seja, como o ponto de partida para a explanação da matéria, a qual logo no segundo parágrafo sofrerá a inflexão para tratar da mitigação e superação do sistema de princípios que orbita em seu entorno por outro voltado à sociabilidade e seus corolários.

De todo modo, convém registrar, o princípio inclui a liberdade de contratar (fazer ou não o contrato), a liberdade de escolha da outra parte (com quem contratar) e do conteúdo dos contratos (liberdade contratual).¹⁰

2.2.3 Limitações materiais ao poder de contratar

As primeiras limitações que a doutrina aponta são as “velhas”, já encontradas desde o século XIX. São pertinentes ao sistema de princípios da época. Enquadram-se neste gênero os bons costumes e a ordem pública.¹¹

A ordem pública inclui “todas as leis do *Direito Público* e as *normas imperativas do direito privado*.” Deriva da ação do legislador.¹²

⁹ TIMM, Luciano Benetti - Contratos no direito brasileiro. *Direito e Justiça*. V. 39 (Jul/dez. 2013). págs. 224-236.

¹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Editora Saraiva, 2007. pág. 10.; *Manual de Direito Comercial e da Empresa*. Saraiva, 2010, pág. 226-229.

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e da Empresa*. Saraiva, 2010, pág. 227.

¹² LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Editora Saraiva, 2007. pág. 12.

Os bons costumes advêm da força social e constituem um limite negativo, marcado pela proibição de violação da “ética e valores” contingentes no tempo e lugar em que são verificados.¹³

A essas regras-limite acrescem aos mitigadores da liberdade contratual as leis protetivas das partes mais frágeis, as quais deslocam-se do espectro da comercialidade, a exemplo do Direito do Consumidor e do Trabalho. Ali a repressão ao “abuso” de poder na contratação, seja pelo fornecedor ou pelo empregador, afastará a força obrigatória dos contratos e a remeterá para um pequeno conjunto de matérias sobre as quais haverá efetiva liberdade de contratar.¹⁴ A consequência prática não pode deixar de ser anotada. Na seara trabalhista não se usa elaborar instrumentos escritos mais elaborados, pois há muito pouco conteúdo que sobrou para ser determinado pela vontade das partes. Trocam-se contratos por formulários. No Direito do Consumidor, o fenómeno da contratação em massa acolhe a prática de cláusulas gerais e termos gerais de contratação.

Nos “novos” princípios, as limitações materiais apresentam-se mais intensamente. Além da boa-fé em sentido objetivo, a reger todas as condutas por um padrão de “honestidade”, no campo contratual assomará princípio com ela geminado, o da “função social do contrato”, a remeter à “sociabilidade” e aos efeitos sociais da contratação, isto é, a preocupar-se com o entorno à volta das partes contratantes e com os efeitos do contrato sobre tal comunidade.

A importância dada a tais princípios limitadores da vontade privada foi tanta, que se admitiu mesmo a sua retroatividade (artigo 2.035 do Código Civil)¹⁵.

Porém, tais noções não repercutirão apenas sobre o entorno. No interior do próprio liame contratual apresentar-se-á ainda o “princípio da equivalência”, a noção de equilíbrio entre as prestações. Nesta linha, segundo Judith Martins-Costa, a função social do contrato integra a noção de autonomia privada, a partir da consideração efeitos em

¹³ Idem, pág. 12.

¹⁴ É fato que a mui recente Lei n. 13.467/17, que altera as leis trabalhistas, criará, quando em vigor, panorama um tanto distinto, de contornos ainda imprecisos a esta altura.

¹⁵ *In verbis*: “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”

dois sentidos, intersubjetivos e trans-subjetivos, ou seja, no interesse dos contratantes e com projeção do contrato sobre interesses de terceiros ou da sociedade.¹⁶

Daí porque a “lesão” seja instituto acolhido no Código,¹⁷ para reprimir o desequilíbrio extremado no ato de contratar. Para o desequilíbrio durante a execução, reforçou-se a repressão à onerosidade excessiva (consectária ao princípio *rebus sic stantibus*)¹⁸. A justificativa para essa intromissão no campo anteriormente relegado à vontade privada é, mais uma vez, a sua “repercussão social”.¹⁹

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das obrigações e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pág. 238-248. De fato o foco da nova doutrina está nos efeitos trans-subjetivos da função social do contrato, mas se tem como igualmente relevante a inclusão dos efeitos intersubjetivos da noção “socializante” de contrato.

¹⁷ Art.º. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹⁸ Art.º. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art.º. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art.º. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Editora Saraiva, 2007. pág. 19.