

---

**APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS DA  
REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO NA  
PERSPECTIVA DE UM NOVO ARQUÉTIPO  
CONTRATUAL**

*Luiz Edson Fachin*

*Uiara Andressa Brekailo*

*Luiz Edson Fachin, Professor Titular de  
Direito Civil da Universidade Federal do  
Paraná e da Pontifícia Universidade Católica  
do Paraná*

*Uiara Andressa Brekailo, Bacharel em  
Direito pela Universidade Federal do Paraná,  
Administradora graduada com dupla-  
diplomação no Brasil e na Alemanha pela  
FAE Centro Universitário - "Bacharel em  
Administração" e pela Faculdade de Münster  
(Fachhochschule Münster) - "Diplom-  
Betriebswirtin (FH)"*





---

APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO  
NA PERSPECTIVA DE UM NOVO ARQUÉTIPO CONTRATUAL  
*Luiz Edson Fachin e Uiara Andressa Brekailo*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem objetivo definido: trata da reforma do direito das obrigações na Alemanha levada a efeito em 2002 no § 311 (3) do BGB, atinente à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos. Decorre de um diálogo encetado entre os co-autores vincado pelo somatório de preocupações e de investigações na pesquisa.

Aqui se recoloca que a teoria tradicional dos contratos buscou explicar as relações contratuais tendo como norte o princípio da autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo os quais o contrato faz lei entre as partes. Com o fim do Estado liberal e o advento do Estado social, novos princípios passam a reger as relações contratuais, que culmina, no âmbito do direito das obrigações, no desenvolvimento de uma nova teoria contratual, superando o modelo formal de contratos.

Os princípios norteadores das relações contratuais passam por um processo de releitura e relativização. O que era tido como absoluto e intocável passa a sofrer intervenção estatal, as características individuais dos contratos cedem lugar a características sociais e os litígios envolvendo revisões de cláusulas pactuadas passam a fazer parte da rotina do Judiciário.

A construção jurisprudencial tem papel fundamental na recepção e consolidação dos princípios do direito contratual contemporâneo.

Confirmando esse pensamento houve, em 2002, na Alemanha, uma atualização legislativa do direito das obrigações, que incorporou alguns institutos de construção jurisprudencial, como o § 311 (3). É o que aqui ver-se-á exposto, em linhas gerais, sem pretensão de exaurir a matéria, complexa por si só.

O trabalho parte das raízes e configurações do contrato, abordando, no primeiro capítulo, o modelo clássico e suas características, bem como da superação do modelo formal, desde os princípios que passam a reger as relações contratuais, perpassando pelo fenômeno de constitucionalização do direito civil e, por fim, enfatizando a relatividade dos efeitos relativos dos contratos.

Apresenta um estudo sobre a reforma do direito obrigacional alemão, contextualizando-o na superação do modelo formal de contrato. Por fim, é apresentada uma breve pesquisa jurisprudencial acerca da relatividade dos efeitos relativos dos contratos no *Bundesgerichtshof* (BGH).

## TÍTULO I – DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO: ELEMENTOS DE UMA TRAVESSIA

### 1.1. O modelo formal: aspectos relevantes no pensamento jurídico

A concepção tradicional de contrato do século XIX tem como princípios fundamentais a liberdade contratual e a intangibilidade dos contratos.

Nos contratos, o indivíduo é livre para manifestar sua vontade em conformidade com a lei e, com isso, criar direitos e contrair obrigações. O princípio pelo qual se reconhece à manifestação da vontade o poder criador de efeitos jurídicos é o da autonomia da vontade<sup>1</sup>.

Pode-se afirmar que a teoria do negócio jurídico está intimamente ligada à idéia de vontade, a qual deve ser exteriorizada ou pela declaração da vontade ou pela manifestação da vontade.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1... p. 304.



Sobre esse princípio, particularizado no direito contratual sob a forma da liberdade de contratar, ensina Orlando GOMES:

*A liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido pela ordem jurídica às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei intervenha para impor a observância dos preceitos que traça. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de *silêncio* ou *carência* das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade das contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei<sup>2</sup>.*

Na visão de Paulo Luiz Neto LÔBO, autonomia da vontade é definida como a “possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares pelo ordenamento jurídico, de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”<sup>3</sup>.

Martinho GARCEZ NETO assevera:

*De conformidade, ainda, com o princípio da autonomia da vontade, o homem é absolutamente livre, de contratar ou não contratar, desde que a convenção seja lícita. Não se afirma apenas que o contrato tem força da lei entre os pactuantes; diz-se, ainda, que o contrato é mais forte que a lei. Só a vontade pode criar ou fazer nascer uma obrigação.<sup>4</sup>*

Para Fernando NORONHA, a autonomia privada “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos” e, por conseguinte, consiste na liberdade de as pessoas regularem direitos e deveres por meio de contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 29.

<sup>4</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. p. 50.

<sup>5</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina,

Com efeito, vigorava a presunção de que, diante da liberdade de contratar, os interessados podiam discutir o pacto livremente até chegar a um consenso, desfrutando da liberdade de celebrar, ou não, o contrato. Nesse contexto, partes iguais e livres não precisavam de interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações excessivamente onerosas a um dos contratantes em benefício do outro. De modo que qualquer tentativa de intervenção representaria intolerável restrição à liberdade.

Segundo Paulo Neves SOTO, esse entendimento decorreu do fato de que, nos séculos XVIII e XIX, o Direito foi marcado por uma orientação individualista e as relações contratuais eram estabelecidas por pessoas igualmente livres, já que todos viviam em uma sociedade de proprietários de bens de produção ou de capital ou, ao menos, da própria força de trabalho<sup>6</sup>.

Note-se que o contrato concebido como expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade desenvolve-se no contexto histórico do Estado moderno-liberal. Contexto que tem como ponto máximo o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, momento em que foi elaborada a teoria do negócio jurídico<sup>7</sup>. Para Paulo Luiz Neto LÔBO, apesar de seus pressupostos estarem ligados à ideologia liberal, a teoria do negócio jurídico procura explicar, até hoje, teoricamente, as estruturas de todas as atividades negociais, pela aplicação dos conceitos gerais, desconsiderando o processo histórico ao tentar adaptar à realidade atual as mesmas soluções encontradas em tempos passados.

A liberdade de contratar está no encontro de outras liberdades: a liberdade de escolher o que vai ser contratado, com quem irá contratar e de que forma será contratado. Já a intangibilidade diz que o contrato faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda*<sup>8</sup>. Este princípio impossibilita as partes alterarem o que foi contratado, bem como torna impossível

---

1994. p. 115.

<sup>6</sup> SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>8</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 42.



que o contrato seja passível de revisão judicial. Esses princípios estavam atrelados ao princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o sujeito só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente assumir.

Ao princípio da autonomia da vontade também estavam interligados o consensualismo e o efeito relativo dos contratos. Sobre consensualismo entende-se que se as partes são livres para contrair obrigações, então ficarão vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido. Já sobre o efeito relativo dos contratos entende-se que se as partes só se obrigam na medida da sua liberdade, então os contratos não podem beneficiar nem prejudicar terceiros; esses nunca poderiam ser atingidos por efeitos jurídicos estranhos à sua vontade<sup>9</sup>.

A visão individualista de Direito foi incorporada pelas legislações ocidentais, podendo-se afirmar que o sistema de direito privado está fundado na liberdade dos particulares, com centralidade no negócio jurídico, concebido como paradigma da manifestação da vontade. Portanto, a vontade individual continua a nortear a teoria do negócio jurídico e a teoria do contrato, persistindo, os juristas, em explicar as complexas relações das sociedades de massa.<sup>10</sup>

Leciona Paulo Luiz Neto LÔBO:

A liberdade contratual está estreitamente entrelaçada com a liberdade de propriedade, como se observa nas codificações surgidas da união da sociedade burguesa com o Estado moderno. Através da codificação, o racionalismo liberal burguês generalizou seus valores sociais, políticos e econômicos, utilizando uma aparência abstrata e atemporal.<sup>11</sup>

Daí decorre o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), segundo o qual o contrato é lei entre as partes. Referida como “pedra angular da segurança ao comércio jurídico” por Orlando GOMES, que assevera:

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>11</sup> *Id.*

Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu *conteúdo*, vale dizer, definidos os direitos e obrigações correspondentes a cada parte, as cláusulas que o constituem têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a *irretratabilidade* do acordo de vontades.<sup>12</sup>

Referido autor afirma ainda que o *pacta sunt servanda* afasta a possibilidade de revisão do contrato pelo juiz, ou de libertação por ato seu, tampouco as cláusulas contratuais podem ser alteradas judicialmente, qualquer que seja a razão invocada. E mais, “se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação de nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo”<sup>13</sup>.

Afinal, segundo Paulo Neves SOTO, “se a sociedade é composta por proprietários é o contrato que garante a circulação de riquezas e a realização da liberdade individual”<sup>14</sup>.

Cabe ressaltar, todavia, que o princípio da liberdade de contratar não é absoluto, pois se subordina à ordem pública e aos bons costumes. Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, “em nossos dias, vem-se observando, no mundo inteiro, uma cada vez maior expansão do domínio da ordem pública, e um cada vez mais acentuado estreitamento da participação da autonomia da vontade”<sup>15</sup>.

Orlando GOMES afirma que “as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social”, pois “certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se têm como indispensável à normalidade dessa ordem”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>14</sup> SOTO, Paulo Neves. *Op. cit.*, p. 248.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. v. 1...* p. 304.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p.31



Tanto que, nesse particular, a lei impõe a sanção de invalidade (nulidade) aos contratos firmados em contrariedade às leis de ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, nem essas limitações à autonomia privada eram suficientes para impedir a prática de abusos que transformavam a liberdade de contratar em verdadeiro exercício de poder da vontade. Sobretudo no regime de desigualdade econômica como o que resultou do desenvolvimento do capitalismo<sup>17</sup>.

Aliás, de um modo geral, o direito privado sofreu significativas mudanças, principalmente em razão dos fatos sociais advindos das duas Guerras Mundiais, pela transformação de uma economia estável numa economia flutuante em razão das oscilações do mercado e da moeda<sup>18</sup>.

Para Orlando GOMES, “após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes”<sup>19</sup>.

Segundo Fabiana Rodrigues BARLETTA, “o contrato tal como fora concebido na acepção do Code – em que ambas as partes, em situação de igualdade econômica e jurídica, e no gozo pleno de suas liberdades pactuavam, e o que constasse desse pacto faria lei entre tais partes – não é mais o modelo preponderante na sociedade atual”<sup>20</sup>.

Afirma Martinho GARCEZ NETO:

Os exageros a que foi arrastado o princípio da autonomia da vontade, de par com as transformações econômicas, sociais e políticas que o mundo tem atravessado nestes últimos tempos, provocaram uma reação natural e necessária, que, sem apoucar a significação do princípio, entretanto o reduz às suas exatas proporções e o coloca nos limites indispensáveis à vida jurídica e seu desenvolvimento.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 33

<sup>18</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 287.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>20</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 287.

Sem dúvida, é impossível negar-se, hoje em dia, que o contrato pode ser fonte de injustiça, pois não é verdade que os contratantes se encontrem em um estado de igualdade perfeita. No máximo, poderá existir a igualdade jurídica, ou seja, uma igualdade utópica e ideal, em relação à lei, mas que é desmentida pela desigualdade econômica e social, que é a que importa, na realidade, aos contratantes, às partes que se obrigam mútua e reciprocamente.<sup>21</sup>

Com efeito, adveio a necessidade de intervenção do Estado na relação contratual, pois tanto se abusou da liberdade de contratar que se fizeram necessárias medidas legislativas tendentes a limitá-la, convencendo-se os juristas de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta<sup>22</sup>. Noutras palavras, a (suposta) livre manifestação da vontade de contratantes com poderes de barganha absolutamente desiguais gera, na prática, a escravização daquele que se mostra tecnicamente ou economicamente mais fraco<sup>23</sup>.

## 1.2. A SUPERAÇÃO DO MODELO FORMAL: UMA BREVE SÍNTESE

A teoria do contrato tida como afirmação da autonomia da vontade e exercendo uma função individual tornou-se insuficiente e inadequada devido às transformações sociais e econômicas do século XX, tendo de ser reestruturada para atender e exercer uma função social, voltada a uma ideologia igualitária, com suas demandas de justiça social<sup>24</sup>.

A teoria dos contratos desenvolvida no século XIX girava em torno somente do princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade. No entanto, essa concepção acaba por não explicar alguns institutos de direito contratual, além de prejudicar o desenvolvimento de outros, tornando-se insatisfatória.

Os princípios fundamentais do Direito nada mais são do que reflexos dos valores básicos sociais de liberdade, justiça e de ordem, devendo esses

---

<sup>21</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>22</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>23</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 291.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 17.



ser observados em toda análise jurídica. Para Fernando NORONHA, no direito dos contratos esses princípios se traduzem em autonomia privada, justiça contratual e boa-fé, encontrando-se numa relação de permanente tensão, autolimitando-se reciprocamente:

O princípio da autonomia privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos, os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços. A autonomia privada é fundamento da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.<sup>25</sup>

A transformação demográfica moderna (explosão demográfica) deu origem à sociedade de massas, fenômeno relevante e de conseqüências jurídicas. Um dos problemas concretos relacionado ao direito da sociedade de massas é “a distribuição dos bens com sua incidência na propriedade privada, o estabelecimento de limitações ao direito de propriedade e a intervenção do Estado para realizar a função social da propriedade”, como afirma Paulo Luiz Neto LÔBO:

O que antes era tratado pelos jusprivatistas, ao monumental edifício da teoria do contrato ou do negócio jurídico, como exceção ou tipos marginais, situações-limites, passa a ser a regra: os contratos de adesão em múltiplas e variáveis formas, os contratos de massa, os contratos-tipo, a automatização, etc.<sup>26</sup>

A vontade do grupo ou do Estado prevalece, em detrimento da vontade humana, em seu caráter individual. O Estado passa a direcionar o contrato a uma função social, por meio de sua produção normativa.

Como os pressupostos políticos e econômicos não são mais os mesmos, não se trata apenas de adaptar a teoria contratual aos novos fatos, mas sim de reelaborar e repensar toda a construção jurídica do contrato, conforme ensinamento de Paulo Luiz Neto LÔBO:

O contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica.

---

<sup>25</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 18.

E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu domínio<sup>27</sup>.

Sobre essa transição, Silvio de Salvo VENOSA assevera:

A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; doutro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável.

O Estado, por sua vez, com muita frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas.

Essa situação vem colocar em choque o contrato como dogma do liberalismo. O binômio liberdade-igualdade que forjou esse liberalismo no direito das obrigações tende a desaparecer. Há vontades que se impõem, quer pelo poder econômico, quer pelo poder político.

Em razão dessas modificações, a força obrigatória dos contratos não se aprecia tanto à luz de um dever moral de manter a palavra empenhada, mas sob o aspecto da realização do bem comum e de sua finalidade social. O homem moderno já não mais aceita o dogma no sentido de que seja justo tudo que seja livre (...).<sup>28</sup>

A interdependência entre autonomia da vontade e negócio jurídico faz com que o declínio de um esteja diretamente relacionado ao declínio do outro. Na visão de Paulo Luiz Neto LÔBO, o negócio jurídico “surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações e exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico”<sup>29</sup>.

Com efeito, a teoria do negócio jurídico concebe o negócio jurídico como instrumento da autonomia da vontade. Uma vez que a autonomia deixa de ter papel de centralidade nas relações jurídicas da sociedade de massa, a própria teoria do negócio jurídico perde sua base.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>28</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2003. v. II, p. 369.

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 20.



Uma das características das relações jurídicas de massa é a despersonalização. Os sujeitos não são claramente identificados. As relações jurídicas tradicionais eram concebidas entre indivíduos concretos, se estabeleciam entre pessoas perfeitamente identificadas ou identificáveis<sup>30</sup>. A automatização inerente às relações massificadas ou anônimas não se enquadra no modelo tradicional de contrato.

O modelo clássico, inserido na idéia de justiça contratual passou a atender de maneira insatisfatória as relações entre contratantes, pois em muitas situações o contrato era considerado válido, embora não houvesse equilíbrio na relação estabelecida, o que provocava para uns a ruína e para outros o enriquecimento exagerado<sup>31</sup>.

O Estado assume uma função protetiva ao favorecer economicamente os mais fracos, intervém para estabelecer o equilíbrio, de modo que o princípio da força obrigatória dos contratos seja mitigado para ajustar o contrato à nova realidade social. Além de proteger, o Estado também dirige, não mais de acordo com os interesses dos particulares, mas com o interesse social. O contrato passa a ser dirigido, regulamentado e fiscalizado pelo Poder Público. Esse fenômeno é chamado de dirigismo contratual, em que o Estado interfere em favor da comutatividade contratual, limitando a autonomia privada.

### 1.2.1 RELEITURA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O contexto histórico do Estado social evidenciou a necessidade de uma releitura dos princípios contratuais. Nessa evolução, a liberdade de contratar não é mais tida em caráter absoluto e passa a sofrer limitações, conforme lição de Fernando NORONHA:

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do *milieu contractuel*, em que ela se move. (...) Além disso, só uma sociedade onde todos tivessem uma igual força social,

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>31</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio económico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.<sup>32</sup>

A esse respeito, expõe Martinho GARCEZ NETO:

A evolução jurídica demonstra, assim, que o contrato perdeu a sua característica tradicional, da concepção clássica, isto é, deixou de ser individual e passou a assumir, na modernidade, feição nova, de instituto jurídico social, da mesma forma que, sob o aspecto prático, se transformou em instrumento destinado a realizar os acordos necessários à vida de uma nação moderna, e não apenas a sacramentar as relações entre os indivíduos.<sup>33</sup>

Joaquim de Sousa RIBEIRO assevera que o contrato “é um modo constituinte de juridicidade, uma fonte de normas de conduta juridicamente vinculantes, dotadas das garantias e sanções que são inerentes ao direito, normas a que cabe uma cota-parte da função ordenadora das relações sociais<sup>34</sup>. Dessa forma há uma conexão entre a ordem particular do contrato e a ordem jurídica global, sendo a violação das obrigações contratuais sentidas pelo ordenamento como uma ilicitude, “uma forma de antijuridicidade que contraria os seus próprios valores e estatuições”<sup>35</sup>, equiparando-se ao não acatamento dos comandos

---

<sup>32</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>33</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>34</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 211

<sup>35</sup> *Id.*



prescritos de alcance geral. O contrato encontra-se, portanto, à margem de uma determinada organização político-jurídica, por meio desta fica assegurada a sua credibilidade. Neste sentido, ensina RIBEIRO:

Só assim a ordem particular de relacionamento entre dois sujeitos instituída pelo acto contratual ganha vigência efectiva, permitindo a estabilização de expectativas e a redução da contingência. Dessa forma, mesmo sem a partilha de valores comuns, sem qualquer 'solidariedade mecânica' entre as partes, estas são levadas a cooperar, a cumprir o seu quinhão prestacional do plano de interacção estabelecido no acordo.<sup>36</sup>

O referido autor afirma que, no entanto, “é mais funda a relação entre o contrato, tanto a sua celebração, como no seu conteúdo, e a ordem jurídico-social”<sup>37</sup>. O sistema jurídico não figura como um sistema de garantia da execução forçada dos seus efeitos vinculativos, em caso de descumprimento, é também um antecedente e um pressuposto, integrando como fundamento e base de todo agir contratual. Para além dessa seara, a ordem objetiva interfere com o conteúdo de suas conseqüências vinculativas, estabelecendo requisitos e limites de eficácia, fixando efeitos imperativos, impregnando com seus valores, princípios e critérios, o sentido do comportamento declarativo. Este papel facilitativo do direito dos contratos revela o estreito nexo que se estabelece entre o sistema do contrato autonomamente posto e o sistema normativo geral. Não se trata, portanto, de um dualismo de campos opostos, mas sim de duas esferas de regulação comunicantes, com atinências recíprocas<sup>38</sup>.

RIBEIRO complementa que “está no sentido da autonomia privada, correspondente à sua tarefa normativa, estabelecer uma concretização prescritiva, com afastamento, ou, pelo menos, particularização regulamentadora, de parâmetros legais de outro modo aplicáveis”<sup>39</sup>. Ressalta ainda que, a autonomia privada dos contratantes tem um carácter relativo e subordinado ao regime legal, ficando restrita às matérias que a ordem legal deixa disponíveis à vontade dos contratantes, tendo, portanto,

---

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 214.

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 217.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 223.

limites demarcados<sup>40</sup>. Limites que impedem, em absoluto, a expressão negocial de certos interesses por parte do seu titular.

Por força de disposições imperativas, é imposta uma certa forma de ordenação ou são proibidas determinadas conformações, de modo que a competência para a autonormação é, nesses pontos, restringida, não podendo manifestar-se livremente. Quem intenta provocar o reconhecimento e obter a chancela da ordem jurídica para os efeitos preceptivos de actos de sua vontade tem que respeitar esses limites e imposições legais, sob pena de frustração desse desígnio.<sup>41</sup>

Paulo Neves SOTO, por seu turno, assim trata da evolução jurídica quanto à intervenção na relação contratual:

Por tais razões, até então só era possível uma interpretação subjetiva do contrato, em contraposição à tendência moderna da interpretação objetiva das cláusulas contratuais.

A interpretação objetiva do contrato visa o atingimento de outras finalidades que não os da mera circulação de riquezas. Passa a ser necessário elaborar um juízo de utilidade social do 'jogo' em si considerado, que busca um controle judicial dos negócios jurídicos que vai além do controle superficial das 'regras do jogo', e passa a colocar em julgamento a própria validade social do ato, se o mesmo merece tutela jurídica.<sup>42</sup>

Ou seja, embora a teoria tradicional afirme como regentes das relações entre contratantes o princípio da liberdade contratual e o da vinculatividade do pactuado, de modo que a força obrigatória dos contratos esteja normalmente vinculada ao princípio da autonomia privada, Fernando NORONHA afirma que os valores fundamentais em matéria de contratos são a liberdade, a justiça e a ordem, cujos princípios a eles correspondentes são designados autonomia privada, justiça e boa-fé:

---

<sup>40</sup> *Ibid.* pp. 225/230.

<sup>41</sup> *Ibid.* p. 259.

<sup>42</sup> SOTO, Paulo Neves. *Op. cit.*, p. 251.



(...) se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, mais importante do que este, do ponto de vista social, é a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos – necessidade esta ligada essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé.<sup>43</sup>

Fabiana Rodrigues BARLETTA, sobre essa “transição de um direito estritamente liberal para um direito socializado e funcionalizado”, assevera:

O atual fenômeno da objetivação do contrato exige que não sejam mais super valorizadas as intenções subjetivas das partes no momento da contratação. Numa sociedade de massas, o contrato deverá estar mais sensível ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado<sup>44</sup>.

Contudo, se a igualdade contratual é hoje relativizada, embora antes não o fosse, quando outras eram as condições de vida, e outro era o meio econômico e social, mesmo assim não se pode considerar irrelevante o princípio da autonomia da vontade nem que do regime da plena liberdade de contratar se deve passar ao do intervencionismo rígido<sup>45</sup>.

Com efeito, nas lições de Fernando NORONHA, o princípio da autonomia privada é invocado também como fundamento aos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos, atinentes à liberdade de celebração ou não de negócios jurídicos e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo. Referido autor afirma ainda que a liberdade de contratar é a “faculdade de realizar ou não determinado contrato”, enquanto a liberdade contratual é “a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato”. A distinção é feita para enfatizar que, enquanto a liberdade de contratar tem sido mantida, em termos gerais; a liberdade contratual tem sofrido amplas restrições<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>44</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>45</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 117.

Assim, a autonomia privada passa a sofrer limitações em prol da justiça contratual, cujas as restrições estão relacionadas aos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Diante da liberdade para contratar, dentro da esfera de auto-regulamentação de interesses marcada pela autonomia privada, em princípio, a vinculação criada pelos contratantes só a elas atingirá, e não a terceiros. Em relação a estes, o contrato será *res inter alios acta* – e *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros)<sup>47</sup>. Eis o princípio do efeito relativo dos contratos.

Fernando NORONHA observa, contudo, que esse princípio não deve ser considerado de maneira absoluta:

Efetivamente se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra credores é exemplo disto).<sup>48</sup>

Para resguardar o referido princípio, alguns autores distinguem efeito relativo de oponibilidade a terceiros. O primeiro garante que só as partes contratantes ficariam na posição de “credoras” ou “devedores”, jamais terceiros. Já o segundo destaca que o contrato seria efetivamente oponível a terceiros<sup>49</sup>.

O efeito relativo dos contratos sofre relativização a partir do princípio da boa-fé contratual. Em alguns casos, um terceiro pode ser atingido pela relação contratual estabelecida entre outros sujeitos. Desse assunto tratar-se-á oportunamente.

---

<sup>47</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*



A autonomia privada é vista diante da complexidade de interesse e de valores sociais envolvidos nos contratos, como preceitua Fernando NORONHA:

A liberdade de exprimir o pensamento, a liberdade de trabalhar, de se alimentar convenientemente, de morar decentemente, de se instruir, são liberdades mais necessárias do que a de contratar. A liberdade de contratar a não importa que condições, a não importa que preço, com não importa quem mostrou que pode conduzir à asfixia dos outros direitos e liberdades, que são mais importantes para a felicidade de todos e de cada um. Se ao preço de um certo abandono da liberdade contratual, nós aumentarmos a eficácia dos outros direitos e liberdades, o balanço será ainda positivo e benéfico<sup>50</sup>.

Nessa visão, o que causou o declínio da autonomia privada foi “por um lado, o esquecer-se a regra elementar segundo a qual a lei, e portanto o Estado, está na origem de todos os nossos direitos subjetivos, aí incluído o de contratar e, por outro lado, o abuso que se fez da liberdade de contratar num contexto sócio-econômico permitindo aos fortes explorar os fracos e, por último, e sobretudo, as necessidades de uma economia planejada”<sup>51</sup>.

Todavia, Fernando NORONHA enfatiza que mesmo no tempo em que a teoria contratual era construída com base apenas na autonomia da vontade, havia uma preocupação com a justiça contratual<sup>52</sup>.

### 1.2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

As Constituições, tidas como ápice na ordem hierárquica das normas dentro de determinado território, por si, não abrangem por completo as relações jurídicas da vida social. No entanto, seus valores e princípios devem nortear todas as searas do ordenamento. Esse pensamento aplica-se tanto nas relações entre Estado e indivíduos quanto nas relações inter-individuais; os valores e princípios constitucionais devem ter sua eficácia reconhecida diretamente nas relações entre os indivíduos<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>53</sup> MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO,

Em consonância com a supremacia da Constituição Federal frente às demais codificações no Direito, o reconhecimento da incidência de valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência brasileira, mas de vários ordenamentos, com a qual se verifica a preocupação em edificar uma ordem jurídica voltada aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre eles o direito obrigacional para além do suporte às relações privadas, voltado à promoção da dignidade da pessoa humana e da boa-fé.

Na contemporaneidade, o interesse individual, o social e o estatal não mais são facilmente separados, como ocorria antigamente. Há um complemento entre o interesse público e o privado, sendo difícil conceber um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público.

No Brasil, ao longo da história, o Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada. Além disso, um processo de descodificação do direito civil é percebido pelas leis esparsas que figuram no ordenamento. Nesse sentido, o reflexo da unidade de ordenamento, no âmbito das relações privadas, apresenta-se nos valores e princípios constitucionais.

Segundo Leonardo MATTIETTO, “o caminho inevitável a seguir, é, pois, o de empreender a ‘releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição’, com a forçosa identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade”<sup>54</sup>, auferindo às normas constitucionais, além do papel hermenêutico, um efetivo caráter de direito substancial.

Na teoria contratual ocorre esse mesmo processo de releitura:

O contrato não existe isoladamente, mas sim, dentro de um contexto, no interior de um conjunto normativo. É ele um dos institutos de que se decompõe um ordenamento jurídico e, portanto, acompanha sempre o seu modo de inserção na sociedade de que é expressão. Essa evolução do ordenamento e, mais especificamente, do contrato, segue o caminho das alterações

---

Gustavo (coordenador). *Op. cit.*, p. 167.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.168.



ocorridas no âmbito da sociedade de que o Direito nada mais é do que uma expressão cultural.<sup>55</sup>

A Lei Fundamental alemã, assim como a nossa Constituição Federal, sobrepõe-se às normas de direito privado, partindo da idéia de estrutura do ordenamento jurídico, restringindo a percepção da autonomia do direito privado. A Lei Fundamental alemã reconhece competência aos sujeitos para celebrar contratos ou contrair matrimônio, por exemplo. Mas também reconhece como princípios fundamentais do Estado a soberania popular e a liberdade do indivíduo. Assim, a autonomia privada mantém relação com a soberania popular, e simultaneamente, significa uma relação de complementação recíproca, pois o direito à autodeterminação também constitui um direito humano<sup>56</sup>.

A eficácia externa imediata do art. 1º da Lei Fundamental significa que a dignidade humana deve ser respeitada não somente por medidas do Estado, mas também por ações dos sujeitos privados, com relação à integridade física e ao núcleo absoluto da personalidade<sup>57</sup>. Tanto no plano cível quanto no constitucional há direitos prestacionais originários diante de terceiros e são merecedores de tutela.

O art. 1º da Constituição desenvolve uma eficácia *erga omnes* na condição de fundamento do ordenamento jurídico, incluindo-se nesse contexto os sujeitos jusprivatistas. O art. 6º, II e IV, expõe que os direitos fundamentais objetivam assegurar ao indivíduo uma margem de liberdade de ação em regime de autodeterminação e responsabilidade perante si mesmo.

Todo instituto jurídico está sujeito à relatividade histórica. Numa visão sistêmica, Günther TEUBNER coloca três níveis para a formação do que chama de sistema contratual<sup>58</sup>:

---

<sup>55</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1995. p. 73 apud MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>56</sup> NEUER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 254.

<sup>57</sup> NEUER, Jörg. *Op. cit.*, p. 254.

<sup>58</sup> TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 236 apud MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

- a) nível de interação: relações pessoais entre as partes contratantes;
- b) nível institucional: do mercado e da organização, indo além do contrato individual; e
- c) nível social: da inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como política, economia e direito.

Não há hierarquia entre os referidos níveis, que implicam modos distintos de desenvolvimento do sistema, encontrando no contrato um ponto comum entre si. Pois vejamos.

O primeiro plano refere-se à complementaridade das normas contratuais por meio de um conjunto de expectativas informais. Sua origem não se encontra explícita nas declarações de vontade das partes, mas também não são derivadas de uma interpretação das normas jurídicas estatais.

O segundo plano trata da conexão com o mercado, nele os contratos estão integrados num contexto institucional, e as obrigações contratuais devem adaptar-se a essas estruturas, ora impondo obrigações adicionais, ora limitando direitos (cláusulas gerais).

No último plano, fala-se que o consenso entre as partes não pode ser a única determinante da ordem contratual, sendo observada por meio da inclusão de cláusulas gerais nos contratos<sup>59</sup>.

Sobre o tema, expõe Leonardo MATTIETTO:

(...) a cláusula geral pode ser vista como uma regra de conflitos, como quadro de referência quer para a resolução de conflitos ou colisões em qualquer desses 3 níveis de formação sistêmica, quer para a respectiva sincronização jurídica<sup>60</sup>.

Vale a ressalva de Rogério Ferraz DONNINI de que “continua a existir o princípio da autonomia privada, indispensável para a realização de uma avença”, contudo “há limites impostos em lei a essa liberdade contratual, consistentes na função social do contrato e no princípio da boa-fé objetiva, considerados cláusulas gerais”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>61</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 34.



Nesse particular, é importante destacar que essas cláusulas gerais impõem ao magistrado apenas critérios para valorar certo fato, os quais são facilmente reconhecidos por estarem ligados a normas cogentes atinentes a boa-fé, bons costumes, concepção social do contrato etc. É certo que esses valores estão diretamente vinculados a um dado momento histórico. Basta conferir que os valores éticos previstos no Código Civil de 2002 dizem respeito ao momento histórico atual, visto que no Código Civil de 1916 a preocupação do legislador estava atrelada à circulação de riquezas e à segurança dos negócios jurídicos, e não ao comprometimento e à busca do aspecto ético nas relações jurídicas<sup>62</sup>.

Leciona Rogério Ferraz DONNINI:

Na realidade, num mundo em que cada vez mais nos deparamos com a rapidez com que os fatos surgem e reclamam uma solução também célere do direito, o que se vê é um sistema legislativo incapaz de regular essa vasta gama de fatos que devem ser normatizados. Esse fenômeno, aliás, transcende nossas fronteiras e representa uma questão de difícil solução em todo o mundo. Destarte, as cláusulas gerais têm esse importante papel de tornar o sistema jurídico atualizado, para que possa responder eficazmente aos reclamos da sociedade.

Nesse novo sistema aberto de cláusulas gerais, o que se pretende é cada vez mais aproximar o direito da moral, uma vez que aquele separado desta perde a razão de ser. Com isso, o que se procura é justamente evitar que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter império, validade e eficácia.<sup>63</sup>

Se nas grandes codificações do século XIX, o contrato configura a própria expressão da autonomia privada, servindo de instrumento eficaz da expansão capitalista, a intervenção do Estado nas relações econômicas diminui a autonomia privada e influencia a evolução da teoria contratual, fazendo com que os contratos passem por uma transformação de modo a atender novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Segundo Georges RIPERT, “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser”<sup>64</sup>. Antes o que era acordado tinha força obrigatória entre

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 116/117.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 117.

<sup>64</sup> RIPERT, Georges. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. pp. 11

as partes, garantindo a intangibilidade dos contratos. Com a evolução da ordem jurídica e mudança na relação entre os contratantes, surgem limites e os contratantes já não podem definir sozinhos o conteúdo do contrato, que pode sofrer intervenção do legislador e submeter-se à revisão pelo Judiciário. A autonomia privada é relativizada para que haja uma justiça substancial, com a confiança assumindo papel de destaque na relação contratual.

Com essa nova teoria dos contratos, que visa a assegurar o equilíbrio entre as partes na relação contratual, são vedadas cláusulas abusivas diante da adoção de novos paradigmas interpretativos.

O contrato, além de passar a ser regido pelo paradigma da confiança, assume uma função social, ao contrário do que era discutido no século XIX (acordo de vontades, averiguação da conformidade entre a vontade e declaração e vícios do consentimento). Deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, com a superação da concepção tradicional de que interessa apenas aos contratantes, pois seu objeto vai além daquilo expressamente previsto no instrumento contratual, em virtude do comportamento das partes e das obrigações derivadas da lei e dos princípios gerais do Direito, relevantes para toda a sociedade.

A boa-fé objetiva também apresenta papel importante nessa concepção. Sendo esta entendida como fundamento unitário das obrigações, por meio dela pede-se “a transparência do contrato desde a sua oferta, constrói-se o dever de informar, veda-se a abusividade de modo geral e se afirma o dever de cooperação entre as partes”<sup>65</sup>, conforme lição de Leonardo MATTIETTO, que, citando João Batista VILLELA, acrescenta:

A concepção individualista do direito privado estava toda ela assentada na idéia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como o equilíbrio momentâneo de forças antagônicas mas hoje o direito privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração

---

e 17 *apud* MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p.175.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 180.



se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte a concorrência<sup>66</sup>.

Eis a evolução pela qual o direito civil (e, por conseguinte, o direito obrigacional) passa por um processo de constitucionalização, ou seja, de incorporação de valores e princípios constitucionais.

Em consonância com a relatividade histórica na qual o princípio dos efeitos relativos dos contratos passa a ser relativizado, mudanças objetivas e subjetivas passam a ser notadas no âmbito do direito contratual.

Nessa releitura do princípio dos efeitos relativos dos contratos, certas relações contratuais podem atingir (direta ou indiretamente terceiros), como ocorre na novação tácita objetiva por comportamento concludente, no recesso intencional das tratativas preliminares, na pós-eficácia contratual, no contrato com pessoa a nomear, na promessa de fato de terceiro e na aplicação do princípio da função social dos contratos.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social, questões da função social do contrato e da sua vinculatividade são recolocadas em discussão, para saber o que é interessante quando se busca saber quais são os valores fundamentais visados pelo ordenamento jurídico quando tutela os contratos<sup>67</sup>.

No Brasil o tema foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1946 por meio da função social da propriedade. Nesse sentido, Rogério Ferraz DONNINI afirma que “a função social do contrato deriva da noção social de propriedade, em virtude do modo pelo qual se opera a transferência do domínio, ou seja, pelo contrato. Afinal, não teria sentido exigir-se um comportamento social do proprietário e outro diverso para as partes envolvidas numa relação contratual”<sup>68</sup>.

Gustavo TEPEDINO, por seu turno, leciona que, nas codificações oitocentistas de caráter individualista, a função social não configurou como princípio, mas correspondia, em matéria contratual, “ao papel

---

<sup>66</sup> VILLELA, João Batista. *Por uma nova teoria dos contratos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 261. p. 32 *apud* MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>67</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>68</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, pp. 120/121.

que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo”<sup>69</sup>.

Acrescenta Rogério Ferraz DONNINI:

Na realidade, a função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual. Não era utilizada porque se acreditava que ela era obtida pela mera atuação dos contratantes. Entretanto, isso não aconteceu satisfatoriamente, gerando evidentes distorções nas relações contratuais. Havia, é bem de ver, uma preocupação maior com a circulação de riquezas e com o efetivo cumprimento da obrigação, mesmo que não houvesse um comportamento ético, proporcional, razoável entre as partes contratantes.<sup>70</sup>

Segundo Fernando NORONHA, o interesse fundamental da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de justiça<sup>71</sup>.

Segundo Rogério Ferraz DONNINI, no Brasil, a noção de contrato sofreu alterações em nosso país nas últimas décadas. O modelo baseado na teoria tradicional não mais atendia às relações entre contratantes, segundo a idéia de justiça contratual, pois em diversos casos o contrato era considerado válido, embora desequilibrado de modo a provocar a ruína para uns e excessiva vantagem para outros<sup>72</sup>.

Essa transição ficou expressa no Código Civil de 2002, em cujo art. 421 dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Sendo assim, os contratos assumem função no meio social em que estão inseridos, não podendo trazer onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, de forma a garantir que a igualdade

---

<sup>69</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. In: FACHIN, Luiz Edson; \_\_\_\_\_ (coordenadores). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 396.

<sup>70</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>71</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>72</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, pp. 32/33.



entre elas seja preservada, sendo valorizada a eqüidade, a razoabilidade, o bom senso, em detrimento do enriquecimento sem causa.<sup>73</sup>

A função social é estabelecida a partir da relação entre o papel do contrato e a relação do instituto com as formas de organização econômico-social. Segundo Enzo ROPPO, “analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização de objectivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de conformar do contrato como instituto jurídico não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isso se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”.<sup>74</sup>

A função social limita a liberdade contratual referindo-se ao conteúdo negocial e às cláusulas contratuais, no entanto, o texto do Código Civil fala em liberdade de contratar, o que leva a críticas por parte da doutrina. Paulo Luiz Neto LÔBO entende que “a liberdade de contratar deve ser entendida como abrangente do conceito de autonomia privada e de liberdade contratual, para fins deste artigo”<sup>75</sup>. Sendo assim, segundo o doutrinador, o conceito de liberdade de contratar deve ser compreendido em sentido amplo.

A matéria está também prevista no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 2.035. (...)

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

---

<sup>73</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>74</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 24 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>75</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 197 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 243.

Com efeito, a função social traz nova concepção ao instituto do contrato por meio da valorização da dignidade da pessoa humana, da busca de uma sociedade mais justa e solidária e com a busca da isonomia, princípios de Direito Civil Constitucional<sup>76</sup>.

Flávio TARTUCE explicita que o princípio da função social apresenta dupla eficácia, no sentido interno e externo. O sentido interno está relacionado às partes contratantes; enquanto o sentido externo, para além das partes contratantes<sup>77</sup>. Paulo NALIN utiliza as expressões função intrínseca para explicar a observância de princípios novos pelos titulares contratantes, já a função extrínseca “rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos relativos do contrato”, preocupando-se com as repercussões no âmbito social, pois o contrato passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito<sup>78</sup>. A doutrina diverge no tocante à eficácia da função social. Há quem entenda que existe somente eficácia interna, entre as partes contratantes. Outros apontam a eficácia externa, para além das partes contratantes. Outros ainda apontam a dupla-eficácia e há quem entenda que não há eficácia ao princípio da função social<sup>79</sup>.

Gustavo TEPEDINO, ao versar sobre as posições que buscam delimitar o conteúdo e o alcance da instituto da função social cita posições distintas.

A primeira diz que a função social revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos, não sendo dotada de eficácia jurídica autônoma<sup>80</sup>. Segundo Humberto THEODORO JÚNIOR: “a lei prevê a função social do contrato mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 244.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>78</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Paraná: Juruá, 2005. p. 226 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 245.

<sup>79</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>80</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas...* p. 397.

<sup>81</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.



No entanto, sua importância acaba sendo pormenorizada, uma vez que a função social se expressaria por meio de instituto já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Dessa forma, o princípio constitucional da função social seria interpretado à luz da disciplina dos diversos institutos codificados<sup>82</sup>.

A segunda corrente afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica. Esta concepção vê na função social do contrato uma forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros. Segundo Gustavo TEPEDINO, “a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento”<sup>83</sup>. Dessa forma, o princípio da relatividade dos contratos seria lido e interpretado à luz do princípio da função social dos contratos. Nas palavras de Teresa NEGREIROS:

A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.<sup>84</sup>

Gustavo TEPEDINO adverte, todavia, que “esta concepção acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual<sup>85</sup>”.

---

<sup>93</sup> *apud* TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 397.

<sup>82</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 397.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>84</sup> NEGREIROS, Teresa *apud* TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 398.

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 398.

## TÍTULO II – A CONTRATUALIDADE NA REFORMA DO BGB

### 2.1 PANORAMA DA REFORMA

Com a formação da Comunidade Européia e seu conseqüente processo de integração, torna-se cada vez mais árduo conceber os países que a compõem de maneira isolada. Sucessivas diretivas surgem para ressaltar e confirmar a idéia de harmonização entre os Estados Membros, os quais vêm a necessidade de adaptar sua legislação nacional. Isso no intuito de unificar, futuramente, seus ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, o direito comunitário aparece como importante fonte de modificação do BGB. Surgem a Diretriz da União Européia n. 1.999/44, de 25.05.1999, sobre “Determinados Aspectos da Venda de Bens de Consumo e das Garantias Sobre Bens de Consumo (“Diretrizes Sobre a Venda de Bens de Consumo”), a Diretriz n. 2.000/31, de 08.06.2000, sobre certos “Aspectos jurídicos dos Serviços da Sociedade de Informações, em Especial do Tráfico Comercial Eletrônico no Mercado Interno da União Européia (“Diretriz sobre Comércio Eletrônico”), e a Diretriz 2.000/35, de 29.06.2000, sobre o “Combate ao Atraso de Pagamento no Tráfico Comercial (“Diretriz sobre Atraso no Pagamento”), para dar suporte à futura unificação.

Com a reforma do direito das obrigações na Alemanha, completada pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (“lei para modernização do direito das obrigações”) de 26.11.2001, o BGB sofreu a mais importante e abrangente modificação desde sua entrada em vigor, mais de cem anos atrás<sup>86</sup>. Além das diretivas acima expostas, surgem, como paradigma para a reforma do direito obrigacional alemão, pré-estudos sobre a unificação do direito internacional privado, os “*Principles of European Contract Law*”, da Comissão Européia de direito contratual (Comissão Lando – 1995)<sup>87</sup>, e os “*Principles of International Commercial Contracts*”, do Instituto Europeu UNIDROIT.

---

<sup>86</sup> NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (coordenação). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

<sup>87</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 226.



A doutrina procura compreender o surgimento, o impacto e as consequências da unificação dos sistemas jurídicos, destacando-se Claus-Wilhelm CANARIS, ao observar o papel da dogmática nesse sentido. Para ele é fundamental uma dogmática bem elaborada para a harmonização transnacional do Direito, sob risco de uma confusão conceitual e de contradições teleológicas<sup>88</sup>.

Claus-Wilhelm CANARIS ressalta ainda a constitucionalização do direito privado como paradigma jurídico da unificação que certamente ocorrerá. A influência da Constituição sobre o Direito Privado constitui-se numa tendência cada vez mais fortalecida em muitos países, o que acarreta num exercício comparatista entre diferentes perspectivas. A relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado assume papel relevante, uma vez que os direitos fundamentais integram a Constituição e, por conseguinte, devem exercer influência sobre o Direito Privado, haja vista seu grau mais elevado na hierarquia das normas. No entanto, a função de regular as relações entre pessoas físicas e jurídicas cabe ao Direito Privado que, por seu turno, desenvolveu certa autonomia com relação à Constituição. A tensão consiste entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro.

Ao recorrer aos direitos fundamentais, propõe-se questões específicas de direito privado, que, provavelmente, se assemelham na maioria dos ordenamentos jurídicos. No entanto, a solução das questões tem seu perfil definido pelas especificidades do direito nacional, podendo, portanto, ser muito distintas. Neste sentido apresentam-se, na visão de CANARIS, as possibilidades e os limites de uma harmonização do pensamento jurídico europeu. Com essa finalidade haverá, por um lado, um empenho na elaboração de princípios fundamentais comuns, por outro lado, por representarem a expressão cultural dos países e da identidade dos diferentes ordenamentos jurídicos, não deveriam ser niveladas todas as especificidades nacionais.

## 2.2 A REFORMA E A INCLUSÃO DO § 311 (3)

A atribuição de caráter dispositivo a grande parte das normas do direito dos contratos foi o mecanismo de conciliação encontrado para

---

<sup>88</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 226.

o alcance de uma adequada harmonização entre a ordem autônoma dos contratos e a ordem geral das relações interprivadas<sup>89</sup>. A reforma do direito das obrigações tedesco assume importância, nesse particular, ao codificar novas figuras de direito obrigacional que passam a permear as relações contratuais.

Em 1978 foram iniciadas as discussões atinentes à reforma do direito das obrigações na Alemanha. Foi instaurada uma Comissão cujo relatório final foi apresentado em 1992. Posteriormente, houve um longo período de inatividade. Somente com as obrigações oriundas da Comunidade Européia foram retomadas as discussões sobre uma possível reforma.

As diretivas da Comunidade Européia ocasionaram questionamentos sobre possíveis caminhos para realizar a mudança. Um deles seria apenas transformar as diretrizes em direito nacional (*kleine Lösung* ou solução pequena). A alternativa seria combinar as mudanças trazidas pelo direito comunitário com o projeto de reforma elaborado anteriormente, integrando, ainda, várias leis satélites do BGB, alcançando desta maneira uma reforma abrangente do direito das obrigações.

Durante as discussões da Comissão foi levantada a necessidade de pesquisar as decisões da Corte Federal alemã (*Bundesgerichtshof*) e inserir também o posicionamento jurisprudencial na reforma.

Cláudia Lima MARQUES, citando Carl Friedrich NORDMEIER, assim expõe o tema:

Isso contradizia a idéia de um *Codex* que deve responder sozinho aos problemas jurídicos para trazer mais segurança e clareza ao aplicador do direito e, desta maneira, para todos os cidadãos. Assim, pretendeu-se codificar as figuras jurídicas mais importantes desenvolvidas pela jurisprudência para aproximar, novamente, o texto da lei ao direito praticado na realidade.<sup>90</sup>

Partindo da premissa da inserção na reforma de figuras jurídicas derivadas da construção jurisprudencial, emergiram novos questionamentos quanto às questões a serem codificadas e se a codificação delas traria realmente uma maior segurança jurídica.

---

<sup>89</sup> Ribeiro 223

<sup>90</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 144.



Na visão de PERLINGIERI, no tocante a teoria dos contratos:

... a parte geral do contrato deve ser integrada não somente com a disciplina dos contratos típicos, mas também com a disciplina das obrigações e, especialmente, com toda a vastíssima legislação e jurisprudência comunitárias. Isto impõe reconstruir a teoria dos contratos à luz deste sistema articulado e complexo de hierarquia das fontes, no qual o princípio da proporcionalidade assume um papel importante.<sup>91</sup>

A reforma consistiu em alterações sobre assuntos como o direito referente à prescrição e à decadência, o direito atinente aos distúrbios das prestações, o direito de compra e venda e empreitada, bem como a integração de matérias especialmente do âmbito da proteção jurídica contratual do consumidor, que se encontravam reguladas em legislação extravagante.

Da mesma forma, a recepção quase integral da Lei sobre Cláusulas Gerais Negociais levou a uma ampliação no âmbito de aplicação das regras de condições gerais negociais (inovações quanto ao seu conteúdo). Essas condições passaram a ser aplicadas ilimitadamente aos contratos de seguro e limitadamente ao direito individual do trabalho (§ 310, alínea 4 BGB), além da limitação das regras de exceção para as comunicações postais e telefônicas e na adoção do mandamento de transparência na cláusula geral do controle de conteúdo (§ 307, alínea 1, frase 2 BGB) e, além disso, na eliminação da possibilidade de limitação da responsabilidade por danos corporais (§ 309, n. 7, letra a BGB) aos casos de culpa grave<sup>92</sup>.

No tocante ao direito referente aos distúrbios nas prestações, houve alteração sistemática. Com a reforma, os distúrbios nas prestações regulados na parte especial do BGB devem derivar da parte geral do direito das obrigações e a ela se estruturar, passando o conceito de “violação de um dever” como fato jurídico central do direito referente ao distúrbio nas prestações<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> PERLINGIERI. *Op. cit.* 418.

<sup>92</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula. *A recente reforma alemã e o direito das obrigações*. In: Conferência proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil. Curitiba, 16 set. 2005.

<sup>93</sup> *Id.*

A impossibilidade de cumprimento torna-se causa de exoneração do dever primário de prestação, não levando em consideração o momento do surgimento da impossibilidade ou de culpa do devedor pela impossibilidade, independente do seu caráter objetivo ou subjetivo. Os efeitos da impossibilidade objetiva foram pontos de divergência entre a “Comissão do Direito Referente aos Distúrbios na Prestação” e a “Comissão de Discussão do Projeto”. A impossibilidade deve conduzir a uma exoneração *ex lege* e não depende de argüição de exceção. Essa visão, defendida pela Comissão do Direito Referente aos Distúrbios na Prestação, distanciou a nova versão da norma anterior que previa, em caso de impossibilidade objetiva originária, a nulidade do contrato. A máxima *impossibilium nulla est obligatio* passou a ter, no direito alemão, aplicação somente à questão do dever primário de prestação. Se a impossibilidade resultar de culpa do devedor pode haver indenizações substitutivas da prestação primária<sup>94</sup>.

No caso de impossibilidade objetiva originária conhecida previamente pelo devedor, há violação positiva do contrato, isto é, de deveres acessórios do pacto, e violação da boa-fé objetiva recepcionada no § 241, alínea 2, BGB<sup>95</sup>.

Segundo a norma do § 276, BGB<sup>96</sup>, no caso de impossibilidade subjetiva (originária ou superveniente), a culpa do devedor deverá ser analisada.

O destino do dever de contraprestação em contratos sinalagmáticos passou a ser regulado no § 326 BGB, em correspondência com os antigos §§ 323 ss. BGB.

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> BGB § 241 *Deveres Derivados da Relação Obrigacional*

“(1) Por força da relação obrigacional, o credor é autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, também, em uma abstenção.

(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes, a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>96</sup> BGB § 276 *Responsabilidade do devedor*

“O devedor responde por dolo e negligência, quando uma responsabilidade mais rigorosa ou mais amena não se encontrar estabelecida e tampouco puder ser inferida, de resto, do conteúdo da relação jurídica, especialmente da assunção de uma garantia ou do risco da obtenção do objeto da prestação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

A violação de deveres emergentes de uma relação obrigacional tem seu fundamento legal central no § 280 BGB<sup>97</sup>.

A culpa do devedor é tida como presumida e é fundamento para a sua responsabilidade.

No § 286 BGB o legislador estabeleceu premissas para a indenização fundada na mora do devedor<sup>98</sup>.

A responsabilidade pelos danos que o credor sofreu por ter confiado na eficácia/manutenção do contrato (responsabilidade pelo interesse positivo) também sofre alteração com a reforma. O antigo § 307 BGB, que só permitia pretensão ao interesse negativo (descumprimento da obrigação), foi substituído pelo novo § 311 a, alínea 2 BGB<sup>99</sup> (também no caso de impossibilidade objetiva originária).

---

<sup>97</sup> BGB § 280 *Indenização devida a violação de dever*

“(1) Se o devedor violar dever emergente de uma relação obrigacional, poderá o credor exigir indenização dos danos daí decorrentes. Isto não se aplica, se ao devedor não puder ser imputada culpa.

(2) Indenização fundada em mora na prestação o credor poderá exigir somente sob as premissas adicionais do § 286.

(3) Indenização em substituição à prestação (= equivalente) pode o credor exigir somente sob as premissas adicionais do § 281, do § 282 ou do § 283.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>98</sup> BGB § 286 *Mora do devedor*

“(1) Se o devedor, devidamente notificado após o vencimento da obrigação, não efetuar a prestação, incidirá ele em mora por meio da notificação. Equivalem à notificação o ajuizamento da ação referente à prestação bem como a entrega de uma notificação judicial.

(2) Não há necessidade de notificação, se

1. for fixado um prazo de acordo com o calendário para a prestação,
2. ficar estabelecido que um acontecimento deverá anteceder a prestação e for fixado um prazo para esta, de tal forma que se possa contar o prazo a partir daquele evento de acordo com o calendário,
3. o devedor recusar-se seria e definitivamente a prestar,
4. o início imediato da mora se justificar por motivos especiais e mediante o sopesamento dos interesses de ambas as partes.

(3) O devedor de uma remuneração incide em mora, o mais tardar, 30 dias após o vencimento e recebimento da conta ou solicitação equivalente de pagamento; isto vale em relação a um devedor consumidor somente quando na conta ou solicitação equivalente de pagamento constar a advertência especial sobre estas consequências. Quando o momento do recebimento da conta ou da solicitação equivalente de pagamento for incerto, o devedor não consumidor somente incide em mora 30 dias após o vencimento e recebimento da contraprestação.

(4) O devedor não incorre em mora, desde que a prestação não se realize em razão de uma circunstância a ele não imputável.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>99</sup> BGB § 311 a *Obstáculo à prestação existente no momento da contratação*

“(1) Não se opõe à eficácia de um contrato o fato de que o devedor, de acordo com o § 275, alíneas 1 a 3, não esteja obrigado a prestar e de que o obstáculo à prestação já exista ao tempo da contratação.

(2) O credor está autorizado, à sua escolha, a exigir indenização em substituição à prestação (= equivalente) ou indenização dos seus gastos no montante fixado no § 284. Isto não se aplica, se o devedor não conhecia o obstáculo à prestação e tampouco lhe podia ser imputada culpa pelo seu desconhecimento. Incide, no que couber, o § 281, alínea 1, frases 2 e 3, e alínea 5.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

A dispensa do requisito da culpa do devedor foi a inovação trazida quanto ao direito de arrependimento ou retrato com o novo § 323 BGB, nos casos de descumprimento total ou de cumprimento defeituoso da obrigação, inclusive nas hipóteses de redibição<sup>100</sup>. Ao contrário do que era anteriormente estabelecido o § 325 BGB admite uma combinação de resolução/retrato com indenização em substituição à prestação (= equivalente)<sup>101</sup>.

As regras atinentes ao direito de arrependimento/retrato foram reestruturadas e simplificadas (§§ 346 ss. BGB), tornando-se aplicáveis tanto aos casos de arrependimento criado por força de lei quanto aos casos de direito convencional de arrependimento. A ampliação da incidência do direito de arrependimento, bem como diversas normas que prevêm uma retroliquidação (retorno ao *status quo ante*) remetem aos §§ 349<sup>102</sup>

<sup>100</sup> BGB § 323 *Resolução/Retrato em razão de prestação não realizada ou não realizada conforme devida*

“(1) Desde que o devedor não realize a prestação ou não a realize conforme devida, pode o credor resolver-se/retratar o contrato, se este tiver fixado, sem êxito, prazo adequado ao devedor para a prestação ou para a sua complementação.

(2) A fixação do prazo é prescindível, quando

1. o devedor recusar-se seria e definitivamente a prestar,

2. o devedor não realizou a prestação em um prazo fixado no contrato ou em um prazo razoável e o credor vinculou no contrato a continuidade do seu interesse na prestação à sua pontualidade, ou 3. circunstâncias especiais existirem que, mediante o sopesamento dos interesses de ambas as partes, justifiquem a imediata arrependimento/retrato.

(3) Se não for o caso de fixação de um prazo, considerando-se a espécie da violação do devedor, entra em lugar daquela, então, uma notificação.

(4) O credor pode resolver-se/retratar o contrato já antes do vencimento da prestação, quando for notório que as premissas da resolução/retrato ocorrerão.

(5) Se o devedor cumprir a prestação parcialmente, o credor somente poderá resolver-se/retratar o contrato integralmente se não lhe interessar o cumprimento parcial. Se o devedor não tiver cumprido a prestação conforme devida, o credor não poderá resolver-se/retratar o contrato, se a violação do dever for insignificante.

(6) A resolução/retrato fica excluída, quando o credor for responsável sozinho ou largamente predominantemente responsável pela circunstância que o autoriza resolver-se/retratar o contrato ou quando a circunstância, cuja culpa não possa ser atribuída ao devedor, se verifique em um momento no qual o credor se encontra em mora no recebimento da prestação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>101</sup> BGB § 325 *Indenização e resolução/retrato*

“O direito de exigir indenização, no caso de um contrato bilateral, não é excluído por meio do resolução/retrato.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>102</sup> BGB § 349 *Declaração de Arrependimento*

“O arrependimento ocorre por meio de declaração à outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 350 *Extinção de Direito de Arrependimento Após Fixação de Prazo*

“Se não foi ajustado prazo para o exercício do direito de arrependimento, pode ser fixado ao titular do direito pela outra parte um prazo adequado para o respectivo exercício. O direito de arrependimento se extingue se o arrependimento não for declarado antes do decurso do prazo fixado.” (tradução por Wanderlei



ss. sobre o direito de retrato, contribuindo para conferir a estas regras papel de centralidade no tocante às normas de recomposição ao *status quo ante* das relações obrigacionais (juntamente com as normas sobre enriquecimento ilícito)<sup>103</sup>.

O legislador preocupou-se também da codificação de institutos jurídicos derivados de construção jurisprudencial.

Assim preceitua Wanderlei de Paula BARRETO:

No direito alemão a Constituição faculta a cada pessoa a invocação do Tribunal Constitucional Federal por “ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo Poder Público”, por meio de uma “recurso constitucional”. Poder Público é considerado, nesse sentido, como os tribunais cíveis, sendo possível recorrer ao tribunal Constitucional Federal contra qualquer sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). Essa possibilidade, porém, não existe em muitos outros países, o que resulta em dificuldades quando se pensa na harmonização.

Por meio do fundamento legal central da “Violação de Dever” do § 280, alínea 1, bem como da positividade dos deveres acessórios da relação obrigacional do § 241, alínea 2 BGB<sup>104</sup>, as chamadas “Violações Positivas do Crédito” passaram a ter uma insólita consolidação legal, na medida em que a norma do

---

de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 351 *Indivisibilidade do Direito de Arrependimento*

“Se diversas pessoas participarem de um lado ou de outro contrato, o direito de arrependimento somente poderá ser exercido por todos e contra todos. Extinguindo-se o direito de arrependimento para um dos titulares, extingue-se ele também para os demais.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 352 *Compensação Após Inadimplemento*

“O arrependimento em razão de inadimplemento será ineficaz, se o devedor pôde se exonerar da obrigação por meio de compensação e imediatamente após o arrependimento argüi a compensação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>103</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula. *Op. cit.*

<sup>104</sup> BGB § 241 *Deveres Derivados da Relação Obrigacional*

“(1) Por força da relação obrigacional, o credor é autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, também, em uma abstenção.

(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes, a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

§ 311<sup>105</sup>, alínea 3, subvertendo o princípio da força relativa dos contratos, elasteceu o rol dos obrigados para incluir “pessoas que não deverão elas próprias ser contratantes”, instituindo uma verdadeira “transpersonalização dos deveres obrigacionais”, se nos for reconhecida a vênua para sugerir a denominação deste fenômeno normativo.<sup>106</sup>

Vale ressaltar que, por conta da integração econômica da União Européia, o direito obrigacional alemão, tal qual se encontra hoje, sofrerá alterações nos próximos anos devido à unificação do direito privado prevista pela integração dos Estados-Membros, e o futuro do direito privado unificado certamente será norteadado em vários aspectos pela dogmática do direito alemão das obrigações.

### 2.3 JURISPRUDÊNCIA: ANOTAÇÕES DE ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES APÓS 2002

Como anteriormente citado, o legislador baseou-se em decisões da Corte Federal alemã (*Bundesgerichtshof*) e as codificou.

A jurisprudência alemã passou a abordar em suas decisões a relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, por meio da qual o contrato passa a atingir pessoas que não necessariamente são partes contratuais, mas que de alguma forma influenciaram diretamente na conclusão contratual ou sofreram influência direta pelo contrato concluído. Nesse contexto, § 311 (3) foi inserido no texto do BGB, conferindo ao direito das obrigações, como anteriormente citado por

---

<sup>105</sup> BGB § 311 *Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais*

“(1) Contanto que a lei não estabeleça o contrário, para a constituição de uma relação obrigacional por meio de negócio jurídico, bem como para a modificação do conteúdo de uma relação jurídica é necessário um contrato entre os partícipes.

(2) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 nasce por meio

1. da entabulação de negociações contratuais,

2. do encaminhamento de um contrato, no qual uma das partes, com vistas a uma possível relação negocial, concede à outra a possibilidade de concretização dos seus direitos, bens jurídicos ou interesses ou confia a ela tal concretização, ou

3. de semelhantes contatos negociais.

(3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

<sup>106</sup> BARRETO, Wanderlei de Paula. *Op. cit.*



Wanderlei de Paula BARRETO<sup>107</sup>, uma verdadeira “transpersonalização dos deveres obrigacionais”:

311 Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais

(3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais.

Há um longo caminho a ser percorrido no tocante à efetivação da relatividade dos efeitos relativos por meio do § 311 (3). A jurisprudência tedesca aponta uma gradativa inserção do referido parágrafo em suas fundamentações de decisões.

A importância da jurisprudência nesse sentido faz-se não somente em efetivar a relatividade dos efeitos relativos obrigacionais, mas também em limitar a própria relativização. Nesse sentido, buscou-se no *Bundesgerichtshof* (BGH), por meio de pesquisa jurisprudencial, decisões fundamentadas pelo § 311 (3), após a entrada em vigor da reforma do direito obrigacional alemão.

Em decisão proferida no dia 13 de fevereiro de 2007, o *Bundesgerichtshof* entendeu oportuna a revisão do processo IX ZR 62/02 (*OLG Frankfurt am Main*). Na fundamentação argumentou que o Tribunal de Recursos (*Berufungsgericht*) “não atentou adequadamente para a limitação da responsabilidade do consultor jurídico na violação do dever, segundo a função da confiança”. Também entendeu ficar em aberto, se no caso concreto entre Dr. K. e a acusada ocorre uma forma de ‘contrato concluído tacitamente para suprir informação’ (*Auskunftsvertrag*) por um comportamento coerente (*schlüssiges Verhalten*)<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Vide p. 58, nota 194.

<sup>108</sup> “Demgegenüber rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht die Begrenzung der Rechtsberaterhaftung nach dem Schutzzweck der verletzten Pflicht nicht hinreichend beachtet habe. Dabei kann offen bleiben, ob im Streitfall zwischen Dr. K. und der Beklagten durch schlüssiges Verhalten ein Auskunftsvertrag zustande gekommen ist (vgl. dazu allgemein Zugehör NJW 2000, 1601, 1606 m.w.N.)” (tradução livre).

Nesse sentido decidiu:

A acusada por meio do seu administrador, que agia em seu nome e que conhecia Dr. K pessoalmente, usufruía da confiança desse e influenciou de forma considerável a tomada de decisão em formar a sociedade (*stillen Gesellschaft*) entre os autores e a proprietária (SI). Conclui-se que desta maneira, no mínimo existiu uma relação pré-contratual (*vorvertragliches Schuldverhältnis*) com os autores (cf. atual § 311 Abs. 3 BGB). Pois com suas declarações ela criou a motivação para a decisão do investimento na concepção/idéia dos autores<sup>109</sup>.

Em outra decisão do BGH (IX ZB 57/06-OLG Celle LG Hannover) há citação do § 311 (3) referindo-se a que situação um terceiro pode ser responsabilizado:

(...) uma pessoa, que não é parte do contrato, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais (§ 311 Abs. 3 BGB). Neste caso a responsabilidade de terceiro é semelhante a do administrador da massa falida, haja vista que a massa não disporia de recursos suficientes para quitar todas as suas obrigações. Mesmo que sua obrigação não seja a mesma da massa, ele é responsabilizado pela conclusão contratual, que segundo uma conduta condizente com sua função não deveria ter sido realizada (...).<sup>110</sup>

Merece destaque o exemplo citado na referida decisão, do administrador da massa falida que atua como parceiro das negociações

---

<sup>109</sup> “Die Beklagte hat durch ihren Geschäftsführer, der für sie handelte und Dr. K. persönlich bekannt war, im besonderen Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dabei die Eingehung der stillen Gesellschaft zwischen den Klägern und der Inhaberin erheblich beeinflusst, so daß zumindest ein vorvertragliches Schuldverhältnis zu den Klägern bestanden. Denn sie hat mit ihren Erklärungen den Beweggrund für die Anlageentscheidung in der Vorstellung der Kläger geschaffen” (tradução livre).

<sup>110</sup> “Entsprechendes wird man auch für den Fall annehmen müssen, dass eine Person, die nicht selbst Vertragspartei werden soll, in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst (§ 311 Abs. 3 BGB). Mit diesen Fällen der Dritthaftung ist diejenige des Insolvenzverwalters, der eine absehbar unerfüllbare Masseverbindlichkeit begründet, vergleichbar. Auch wenn er nicht dasselbe schuldet wie die Masse, haftet er dem Arbeitnehmer wegen des Vertragsabschlusses, den er bei pflichtgemäßem Verhalten hätte unterlassen müssen, an deren Stelle” (tradução livre).



e parceiro contratual da parte, que quer fechar negócio com a massa. O administrador, cujas ações afetam um patrimônio alheio (da massa falida) é responsabilizado pessoalmente se, ultrapassando ou até afrontando as próprias responsabilidades, gerar uma situação de confiança que influencie a conclusão do negócio.

As decisões que tratam da relatividade do princípio dos efeitos relativos no tocante à relação contratual e ao representante, intermediário, negociador, mediador ou administrador, esclarecem qual deve ser a função exercida pelo terceiro para que a relatividade possa ser evidenciada.

No processo IX ZR 114/01 (OLG Karlsruhe)<sup>111</sup>, o BGH (*Bundesgerichtshof*) decidiu que a responsabilidade como obrigação por conclusão contratual (atual § 311 Abs. 3) pode também recair, excepcionalmente, se apresentadas determinadas condições, sobre um terceiro, que não precisa ser propriamente parte no contrato, mas que participa nas relações contratuais como representante (*Vertreter*), intermediário, negociador, mediador (*Vermittler*) ou procurador (*Sachwalter*).

Nesse particular, o acórdão salienta a figura do administrador como aquele que não sendo parte contratual ou cujo representante, ao lado da parte contratual, participa influentemente na conclusão do contrato (*Zustandekommen des Vertrages*) e oferece, além da confiança corriqueira que se espera em qualquer negociação, uma garantia adicional e pessoal para continuação e conformidade da expectativa do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*).

---

<sup>111</sup> “Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß (jetzt: § 311 Abs. 3 BGB) kann unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch einen Dritten treffen, der selbst nicht Vertragspartei werden soll, der an den Vertragsverhandlungen aber als Vertreter, Vermittler oder Sachwalter einer Partei beteiligt ist. Sachwalter in diesem Sinne ist, wer, ohne Vertragspartner oder dessen Vertreter zu sein, auf der Seite eines Vertragspartners an dem Zustandekommen des Vertrages beteiligt ist und dabei über das normale Verhandlungsvertrauen hinaus der anderen Vertragspartei eine zusätzliche, gerade von ihm persönlich ausgehende Gewähr für Bestand und Erfüllung des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts bietet. Gleiches gilt, wenn der Dritte wegen eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses dem Verhandlungsgegenstand besonders nahe steht, also wirtschaftlich betrachtet gleichsam in eigener Sache verhandelt (BGHZ 56, 81, 84 f; 63, 382, 384 f; 126, 181, 183 ff; 129, 136, 170; BGH, Urt. v. 3. April 1990 - XI ZR 206/88, NJW 1990, 1907, 1908; v. 29. Januar 1997 - VIII ZR 356/95, NJW 1997, 1233). Der Konkursverwalter handelt mit Wirkung für ein fremdes Vermögen, nämlich die Masse. Als Verhandlungs- und Vertragspartner einer Partei, die mit der Konkursmasse Geschäfte abschließen will, haftet er nur dann persönlich, wenn er eigene Pflichten ausdrücklich übernommen oder einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, an dem er sich festhalten lassen muß (BGHZ 100, 346, 351 f; BGH, Urt. v. 12. Oktober 1989 - IX ZR 245/88, WM 1989, 1904, 1908; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 82 KO Anm. 1c)” (tradução livre).

Essas decisões representam a consolidação da reforma do direito obrigacional alemão, no pertinente à superação do modelo formal de contrato no tocante à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos, cujas tendências podem ser esperadas também no direito obrigacional brasileiro.

### CONCLUSÕES

Em síntese, é possível salientar os seguintes aspectos da seara escolhida e do exame levado a efeito:

#### 1) Releitura da autonomia privada:

Os princípios norteadores da teoria contratual passam por processos de releituras ao longo do tempo que os adequam ao contexto histórico e social no qual os contratos estão inseridos.

A teoria formal dos contratos teve como regentes os princípios da autonomia privada e da vinculatividade do pactuado. No entanto, com o decorrer do tempo, a autonomia privada passou a representar abusos e, por esse motivo, sofrer limitações.

Se no século XIX o contrato servia de instrumento eficaz da expansão capitalista, a intervenção do Estado nas relações econômicas passou a influenciar a teoria contratual e restringir a autonomia privada, submetendo os contratos a uma transformação para atenderem novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Isso não significa, contudo, a supressão do princípio da autonomia privada, que sempre foi, é e sempre será indispensável para a existência, validade e eficácia dos contratos, mas, sim, uma limitação e relativização à liberdade contratual, em consonância, sobretudo, com a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva. Ou seja, atingiu-se apenas a liberdade dos contratantes de disposição quanto ao conteúdo do contrato (liberdade contratual) e não a própria liberdade deles de firmar a avença (liberdade de contratar).

#### 2) Justiça contratual:

Com isso, a manifestação do contrato não é mais vista sob a perspectiva somente das partes contratantes, mas de todo o ambiente e contexto



sociais no qual está inserido, passando a exercer uma função social em prol da justiça contratual. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização de interesses pessoais, pois seu alcance vai além destes, em decorrência das obrigações derivadas da lei e dos princípios gerais do Direito, relevantes a toda a sociedade e prevalecentes sobre o princípio *pacta sunt servanda*.

3) A codificação alemã do § 311 (3):

Esses avanços podem ser notados na evolução da legislação, doutrina e também da jurisprudência. Nesse aspecto merece destaque o progresso no direito alemão, notadamente influente no direito brasileiro. Fato notório foi a codificação da relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, com a inserção do § 311 (3) no texto do Código Civil alemão (BGB) em 2002.

4) Alcance das decisões fundamentadas no § 311 (3)

Isso decorreu da construção jurisprudencial alemã, que já abordava em suas decisões a relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, ao decidir que o contrato pode, em determinadas situações, atingir pessoas que não necessariamente são partes contratuais, mas que de alguma forma influenciam diretamente na conclusão do negócio ou sofrem influência direta decorrente da avença.

Noutro lance, recentes decisões, sobretudo aquelas mencionadas neste trabalho, consolidam a reforma do direito obrigacional alemão e a superação do modelo formal de contrato no tocante à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos. O princípio da confiança, bem como as diversas formas de declaração vão além da vinculação entre as partes contratantes. Esse é o contexto no qual as decisões apresentadas neste trabalho estão inseridas. Contudo, não se pode olvidar que a própria jurisprudência exerce importante papel de também limitar a aplicação do dispositivo codificado.

5) Perspectivas:

Considerando a evolução da teoria contratual, sempre influenciada pelo direito obrigacional alemão, referidas decisões da *Bundesgerichtshof* sinalizam a possível tendência também no direito obrigacional brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. II.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *A recente reforma alemã e o direito das obrigações*. In: Conferência proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil. Curitiba, 16 set. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A atual teoria geral dos contratos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 07 jul. 2008

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CATALAN, Marcos Jorge. *Considerações sobre o contrato preliminar: em busca da superação de seus aspectos polêmicos*. In: ALVES, Mário Luiz Delgado Jones Figueiredo (coordenação). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 13.



GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

LISBOA, Roberto Senise. *Da promessa de fato de terceiro*. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE Jr., Luiz Antonio (coordenação). *Comentários aos Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?* In: \_\_\_\_\_. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. Saraiva: São Paulo: 2007.

MORATO, Antonio Carlos. *Da novação*. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE Jr., Luiz Antonio (coordenação). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEUER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NORDMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002*. In: MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo da Mota. *Declaração Tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

SOTO, Paulo Neves. *Novos perfis do direito contratual*. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

\_\_\_\_\_. (coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; \_\_\_\_\_ (coordenadores). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2003. v. II.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

