



**A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO *PACTA SUNT*  
*SERVANDA***

São Paulo

2014

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE

Curso de especialização em Direito Contratual

**A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO *PACTA SUNT  
SERVANDA***

Professora Orientadora Dra. Vivien Lys Porto Ferreira da Silva

São Paulo

2014

Bruno Maglione Nascimento

**A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO *PACTA SUNT  
SERVANDA***

Trabalho apresentado como exigência final do  
Curso de Especialização em Direito Contratual  
da Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo – PUC e Coordenadoria Geral de  
Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão –  
COGEAE

São Paulo

2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Agradeço a Deus, aos meus pais e aos que me amam por mais uma etapa alcançada. Sem a participação deles já mais teria chegado até aqui. Como dizia Nelson Mandela: “Aprendi que a coragem não é a ausência do medo, mas o triunfo sobre ele. O homem corajoso não é aquele que não sente medo, mas o que conquista esse medo.”.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo central a análise da moderna concepção dos princípios da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e suas respectivas consequências jurídicas nas relações contratuais. O princípio da autonomia da vontade, em sua acepção genérica referente à liberdade de contratar, prevê que os particulares podem convencionar sobre tudo aquilo que o ordenamento jurídico, expressa ou implicitamente, não veda e que a relação contratual estabelecida fará lei entre as partes. Contudo, com a modernização da sociedade, os impactos trazidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002 esta liberdade não poderá ser exercida de forma abusiva e arbitrária maculando os interesses sociais. Verifica-se, portanto, no âmbito das relações contratuais, uma evidente relativização do princípio da autonomia da vontade e, conseqüentemente, do *pacta sunt servanda* frente aos demais princípios e valores que formam a ordem jurídica como um todo.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Contratos. Abusividade. *Pacta sunt servanda*. Relativização. Constitucionalização. Dirigismo contratual.

## ABSTRACT

This paper is focused on the analysis of the modern conception of the freedom of choice and *pacta sunt servanda* and all the legal consequences of the application of these principles. The freedom of choice principle establishes, in general, that individuals may agree with everything that is allowed by the Brazilian Legislation, expressed or implied, and also that the contractual relationship between the parties will have power of law. However, with the modernization of society and the impacts brought by the Brazilian Federal Constitution of 1988 and the Brazilian Civil Code of 2002 this freedom cannot be exercised abusively and arbitrarily in order to put in danger the public interest. Therefore, it is easy to see the relativization of the freedom of choice principle, and consequently of the *pacta sunt servanda* in this context where other principles, values and the public interest are stronger than the will of the parties.

Keywords: Freedom of choice. Contracts. Abuse. *Pacta sunt servanda*. Relativization. Constitution. Dirigismo contratual.

## SUMÁRIO

|                                                                                       |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1- Introdução.....</b>                                                             | <b>8</b>  |
| <b>2- Princípio da autonomia da vontade.....</b>                                      | <b>11</b> |
| 2.1- Aspecto histórico da autonomia da vontade .....                                  | 11        |
| 2.2- Autonomia da vontade no direito brasileiro .....                                 | 15        |
| 2.3- Limites da autonomia da vontade.....                                             | 23        |
| <b>3- Princípio do <i>Pacta Sunt Servanda</i> .....</b>                               | <b>31</b> |
| 3.1– Evolução histórica e conceitual do princípio do <i>pacta sunt servanda</i> ..... | 31        |
| 3.2- O confronto com o princípio da função social do contrato .....                   | 35        |
| <b>4– Relativização da autonomia da vontade e do <i>pacta sunt servanda</i> .....</b> | <b>38</b> |
| 4.1- Contratos de adesão .....                                                        | 38        |
| 4.2- Contratos de franquia.....                                                       | 43        |
| <b>5- Conclusão .....</b>                                                             | <b>49</b> |
| <b>Bibliografia.....</b>                                                              | <b>53</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

A atual sociedade tem vivenciado um contínuo e expressivo desenvolvimento cultural e material com diversos avanços na ciência e com as mais variedades facilidades à disposição apresentadas pelo desenvolvimento tecnológico e de infraestrutura que aproximou muito os sujeitos.

Com a potencialização desta proximidade as relações sociais e jurídicas automaticamente foram dinamizadas, fazendo com que o homem atingisse um nível de desenvolvimento impensável anos atrás.

Como consequência lógica destas evoluções e da mudança da sociedade como um todo, o mundo jurídico também se viu obrigado a mudar e se adaptar, já que esta ciência tem o objetivo de regulamentar a vida em sociedade e conduzir os seus indivíduos a uma existência, na medida do possível, pacífica e equilibrada.

O Direito, portanto, por não ser um fim em si mesmo, para se tornar eficaz precisa ser aplicado integralmente em harmonia com os anseios e necessidades da sociedade. Tal necessidade representa uma mudança de paradigma que, no âmbito do direito privado, é cada vez mais sentida no ordenamento jurídico brasileiro através do fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Evidentemente que o ramo do direito que ganha mais destaque dentro da constitucionalização é o direito civil, mais especificamente o direito das obrigações. Assim, a constitucionalização do direito civil reflete diretamente nas relações contratuais através da mudança de concepção de um dos princípios centrais que sempre fundamentou este ramo do direito privado, o princípio da autonomia da vontade.

Independentemente de as partes contratantes aceitarem determinada condição contratual que atente contra a sua dignidade, o Estado deverá interferir na relação privada e assegurar a sua proteção. A tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, face à autonomia contratual, está inserida no princípio da supremacia da ordem pública sobre a vontade dos particulares, legitimando, portanto, a intervenção Estatal na esfera privada.

É o nascimento daquilo que se convencionou denominar dirigismo contratual.

Ora, a evolução e, principalmente, a relativização dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* acabam refletindo diretamente na forma de celebração e interpretação dos contratos, uma vez que tais princípios são a base de todas as relações jurídicas estabelecidas por meio de um contrato.

Tais alterações, portanto, exigem uma mudança na metodologia utilizada para interpretar os contratos, para que tal interpretação seja efetuada de forma adequada e em total harmonia com o ordenamento jurídico e demais princípios contratuais.

Conforme já ventilado, todas essas alterações dentro do mundo jurídico brasileiro foram solidificadas com o advento do Código Civil de 2002, que privilegiou o interesse coletivo em detrimento ao privado com o princípio da função social do contrato previsto pelo artigo 421, o qual foi inspirado no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, limitando o direito de propriedade ao atendimento da função social e, ainda, a moderna função socioambiental da propriedade.

Ocorre que a lei não definiu objetivamente o conceito da “função social do contrato”, por ter a característica de sistema aberto, configurando a expressão como um conceito indeterminado do Direito, favorecendo a interpretação atemporal dos contratos podendo.

Diante disso, surgem diversas interpretações, propiciando a declaração de nulidade de determinadas cláusulas contratuais, e até mesmo de todo instrumento.

Assim, o *pacta sunt servanda*, princípio tradicional que traduz a obrigatoriedade do cumprimento ao pacto advindo das relações contratuais, fragilizou-se com a existência do princípio da função social do contrato, potencializando as discussões em boa parte das relações contratuais.

A questão, então, é se teria ocorrido a relativização da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* de tal forma a se falar em insegurança jurídica.

Seria possível que a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* coexistissem em harmonia com as normas e fundamentos do princípio da função social do contrato? Além da resposta para estas dúvidas buscar-se-á discorrer de forma ampla sobre os aspectos que envolvem a coexistência destes princípios no mundo jurídico, principalmente no ordenamento pátrio.

## **2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

### **2.1. Aspecto histórico da autonomia da vontade**

O momento em que o homem abandonou seu perfil pautado na barbárie e decidiu experimentar o mínimo de desenvolvimento social, a figura jurídica do contrato surgiu começou a ser utilizada como instrumento para organizar as relações e facilitar circulação das riquezas.

Este foi o ponto em que o homem substituiu o uso da violência como mecanismo de satisfação dos seus interesses e buscou a segurança jurídica através dos contratos. Os conflitos, portanto, não eram mais solucionados com o uso da força ou violência, mas sim por meio do acordo de vontades, que representava a justa medida dos interesses das partes.

É evidente, portanto, que o desenvolvimento do contrato e do conceito de autonomia das partes confunde-se com a própria evolução da sociedade.

Contudo, fato é que o instituto começou a ser estudado de maneira sistêmica no Direito Romano, vez que era a interpretação dos atos jurídicos era objetiva e os efeitos jurídicos oriundos da relação contratual eram considerados como consequência da própria existência do ato e não da vontade dos indivíduos, neste momento considerada como secundária.

Seguindo os passos de evolução da sociedade, a noção de acordo de vontade foi ser introduzida no conceito de contrato, oportunidade em que a interpretação dos negócios jurídicos começou a ser conduzida pela vontade das partes.

Em outras palavras, a intenção das partes passou a ser o centro das relações obrigacionais e o formalismo assumiu um papel coadjuvante.

Foi através do iluminismo francês, entretanto, através do antropocentrismo, que a vontade humana assumiu papel principal como o centro do universo. A formalização da vontade do homem como o elemento central do universo resultou na supervalorização da

força normativa das relações contratuais e na elevação da autonomia da vontade ao status de dogma, contribuindo para a consolidação do contrato, que passou a ter, de uma vez por todas, força de lei entre as partes.

Segundo ensinamentos da jurista Maria Angélica Benetti Araújo, nesta época não havia diferenciação entre a vontade e a lei, sendo que ao direito cabia apenas garantir o devido cumprimento dos acordos celebrados com base na vontade dos particulares.

A vontade, portanto, assumiu função normativa<sup>1</sup>:

Os ideais da Revolução Francesa balizaram a organização jurídica no consenso, levando a que a concepção de autonomia da vontade norteasse a estrutura política, jurídica e social dos homens, estando toda a estrutura amparada na ideia do contratualismo, na “Constituição como pacto”. Esta época caracterizou-se pela primazia da liberdade contratual como expressão fiel do consenso das partes, a cujas palavras se atribuía força de lei pelo que convencionavam.

O Código de Napoleão, por sua vez, adotou esta teoria e consolidou o conceito de obrigatoriedade dos contratos e da posição de destaque da vontade das partes, razão pela qual a autonomia das partes conquistou ainda mais destaque e relevância.

Já durante o século XIX, o liberalismo econômico adotou tal conceito como alicerce para o seu desenvolvimento, sendo que a vontade das partes passou a ser encarada como mecanismo de justiça e igualdade social. Com a ascensão da burguesia na Revolução Industrial a autonomia da vontade continuava sendo a base do sistema, contudo, justificando uma suposta segurança jurídica através da eliminação de riscos que estavam envolvidos com os negócios.

Ocorre que com o passar dos anos e com a solidificação desta ideia de autonomia das partes, o ideal de “liberdade e igualdade” passou a camuflar uma série de desigualdades e injustiças entre os indivíduos e as classes sociais, já que a suposta segurança jurídica

---

<sup>1</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006, pág. 281.

invocada não permitia que as desigualdades entre os indivíduos fossem supridas da maneira correta.<sup>2</sup>

Tal cenário, por óbvio, permitiu que gravíssimos desequilíbrios sociais fossem criados, já que a vontade dos particulares, formalizada pelos contratos, servia somente para a satisfação dos seus próprios interesses em detrimento dos interesses sociais.

Inevitavelmente, incontáveis movimentos sociais eclodiram nesta época na tentativa de minimizar os desequilíbrios sociais que massacravam a sociedade, situação que exigiu que o Estado passasse a intervir na esfera privada.

Era o início do que se entende hoje como dirigismo contratual.

O século XX representa o início do período em que o processo de solidarização social, preocupado com a solução dos conflitos sociais, interfere diretamente na autonomia das partes e, conseqüentemente, nas relações contratuais.

A igualdade formal das partes contratantes passou a perder força diante da massificação das relações contratuais e da necessidade de proteção dos interesses sociais, ou seja, a desigualdade material que antes se camuflava com a autonomia da vontade começou a aparecer em sua essência.

As palavras de Érico de Pina Cabral esclarecem as alterações que surgiram com o início do dirigismo contratual<sup>3</sup>:

A crise do voluntarismo não desconstituiu, entretanto, o caráter originário do poder dos particulares de estabelecerem regras entre si, mas fez entrar em cena uma outra linguagem: “ordem de interesses”, “auto regulamento”, “autonomia privada” etc. Esta nova ordem delineou um novo caráter de objetividade para os negócios jurídicos, agora não mais fundado na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas dos interesses socialmente relevantes. A interpretação dos negócios jurídicos ganhou maior escore na teoria da declaração e a vontade ficou reduzida ao foro interno das partes. A vontade perdeu seu *status* de valor em si, auto-suficiente a produzir efeitos jurídicos.

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 20.

<sup>3</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004, pág. 90.

Mais do que nunca restou gritante a desigualdade entre as partes e a latente necessidade de interferência do Estado para neutralizar ou ao menos minimizar as consequências dessas relações contratuais economicamente desproporcionais.

Neste mesmo sentido os juristas Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze ponderam que<sup>4</sup>:

[...] a avença não é mais pactuada entre iguais, mas converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negocio jurídico standardizado, documentado em um simples formulário, em que uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Esta nova realidade é materializada através de um novo modelo que ficou consagrado como contrato de adesão.

Tal processo de adaptação dos institutos jurídicos aos anseios da sociedade pode parecer um pouco contraditório no início, já que implica no abandono da tradicional concepção da autonomia da vontade, concepção esta que havia sido conquistada como muito suor e sangue.

Contudo, a busca pelo equilíbrio social nas relações contratuais em uma sociedade que desde a revolução industrial passou a ser marcada pela massificação viu nos contratos de adesão a solução para minimizar o abismo que for criado.

Em outras palavras, o processo de massificação social acabou sendo marcado pelo dinamismo das relações pessoais, exigia o surgimento de um mecanismo que fornecesse a praticidade e celeridade necessárias para o desenvolvimento equilibrado das relações jurídicas<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil; 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pág. 6.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 22.

Viu-se no contrato de adesão, portanto, um instrumento necessário e de tremenda utilidade para a sociedade, quando pactuado de acordo com os princípios gerais do direito.

Ocorre que assim como houve no passado abuso no uso da autonomia das partes o contrato de adesão hoje é utilizado muitas vezes para mascarar certas desigualdades, razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor coíbe os abusos de direito por parte da parte contratual economicamente mais forte.

O direito contratual atual traz, portanto, um novo desafio: equilibrar a liberdade contratual com a solidarização social, sendo que todas as discussões acerca dos contratos de adesão traduzem muito bem a dificuldade dos doutrinadores, legisladores e judiciário em manter tal equilíbrio.

## **2.2. Autonomia da vontade no direito brasileiro**

Uma breve análise temporal da autonomia deixa claro que houve uma mudança significativa em sua concepção.

O conceito da autonomia da vontade, assim como diversos outros institutos jurídicos teve sua concepção moldada com o passar dos anos e, nas palavras da professora Roxana Brasileiro Borges entende-se que<sup>6</sup>:

A distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade importa em consequências práticas importantes. A evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada termina por modificar a própria noção de negócio jurídico.

Em outras palavras, embora o conceito de autonomia da vontade tenha se transformado com o passar dos tempos, é necessário destacar o atual conceito de autonomia privada e, principalmente, fixar suas bases legais no direito pátrio.

---

<sup>6</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 51.

Quando se trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o jurista Daniel Sarmiento defende o conceito de que a liberdade, em seu sentido amplo, somente estará assegurada de maneira plena quando exercida em plena harmonia com os direitos fundamentais consagrados pela Constituição<sup>7</sup>:

[...] o poder do sujeito de auto regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.

Em plena harmonia com tal concepção moderna de autonomia privada, Érico de Pina Cabral vincula, automaticamente, a validade do exercício da autonomia privada ao respeito dos valores impostos pelo ordenamento jurídico.

Adicionalmente, acrescenta que ao poder de autor regulamentação, há a hetero regulamentação.

Tal fenômeno, heteronomia, representa o poder estatal de criar regras aos particulares para vinculação dos particulares ao ordenamento jurídico, em suas palavras, “ordenada pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”<sup>8</sup>.

Importante destacar a profunda mudança sofrida pelo princípio da autonomia das partes, principalmente se através da sua direta e obrigatória vinculação ao ordenamento jurídico, impondo limites diretos e “automáticos” ao exercício da autonomia.

Nestes termos, a professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, contestando as teorias da autonomia privada, ensina que<sup>9</sup>:

---

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág. 154.

<sup>8</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004, pág. 94.

<sup>9</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 53.

Por outro lado, na noção de autonomia privada, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação da vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico.<sup>10</sup> Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige.

Tais pensamentos representam exatamente o entendimento da doutrina brasileira com relação ao conceito e exercício da autonomia da vontade nas relações privadas.

Ora, a autonomia privada é concebida pela doutrina brasileira como um poder outorgado pelo ordenamento jurídico aos particulares para que estes possam determinar o conteúdo e os efeitos das suas relações jurídicas, em harmonia com os interesses sociais<sup>11</sup>.

Inicialmente, a autonomia era balizada na ideia de que a vontade era capaz, por si só, de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Ocorre que com a constitucionalização do direito civil, que vê a autonomia privada sempre em sintonia com os interesses sociais, com os valores juridicamente tutelados e socialmente aceitos, a autonomia foi relativizada e ponderada com outros princípios que fundamentam o direito privado, inclusive os direitos fundamentais, agora reconhecidamente aplicáveis na esfera privada.

O jurista Daniel Sarmento, sob a ótica do posicionamento de autores renomados como Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e outros, pontua que há no direito brasileiro “uma nítida preferência pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 22.

<sup>11</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 90.

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág. 246.

Em outras palavras, a doutrina brasileira é, em linhas gerais, adepta da tese de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais inscritos na Constituição da República.

Os Tribunais pátrios caminham neste mesmo sentido de defender a vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais, sendo que o Supremo Tribunal Federal tem proferido várias decisões neste sentido, demonstrando que esta é uma tendência sólida no direito brasileiro.

A título de exemplo emblemático, temos o acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função

predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Com a definição do posicionamento da doutrina e do entendimento dos Tribunais brasileiros com relação à autonomia privada, cabe analisar o tratamento dispensado pela legislação pátria ao assunto.

Embora não haja na legislação brasileira qualquer previsão expressa sobre a autonomia privada, a autonomia é consagrada indiretamente em diversos institutos da Carta Magna<sup>13</sup> já que a constituinte a desenvolveu com o escopo de por fim ao autoritarismo político que dominou o país durante Ditadura Militar.

Consciente da relevância ideológica de cada palavra que comporia a constituição, o constituinte buscou em diversas dimensões garantir uma tutela efetiva e reforçada à liberdade.

O conceito de liberdade almejado pela Constituição Federal não foi aquele meramente formal – caracterizado pela ausência de limites ao comportamento – mas sim o conceito material, visando uma liberdade plena e efetiva, que é possível somente com a garantia e a tutela efetiva dos direitos sociais e fundamentais que devem sempre estar em sintonia à concepção moderna de autonomia privada<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>14</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 35.

Ora, a importância dada à liberdade pela Carta Magna é facilmente constatada se analisada a localização escolhida pelo constituinte para abordar as liberdades fundamentais no texto constitucional – logo na sua abertura – assim como com a elevação destas liberdades à condição de *clausulas pétreae*.

No tocante ao que ao enfoque dado pela Constituição à autonomia, cabe trazer os ensinamentos de Daniel Sarmento <sup>15</sup>:

[...] a tutela da autonomia privada, entendida no seu sentido mais amplo, também foi significativamente fortalecida pela Carta de 88, em razão da riqueza e extensão do catálogo de direitos fundamentais inscritos, de modo não exaustivo, no texto constitucional, e dos inúmeros remédios judiciais e garantias materiais instituídos para a sua defesa.

[...] a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. Pelo contrário, é flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do seu generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais que ela consagra, e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social que ela acolhe. A garantia de que todo poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único, Constituição Federal), a elevação do voto secreto, direto e universal à condição de *clausula pétrea* (artigo 60, 4º, II, Constituição Federal), além da adoção de inúmeros mecanismos de democracia participativa e a previsão de diversos remédios judiciais para a defesa da liberdade consagrou a liberdade do particular frente ao Estado. O resultado desta mudança de mentalidade foi o fortalecimento da democracia brasileira, hoje tida como exemplo para o resto do mundo.

Independentemente de o constituinte ter destacado sua intensa preocupação com os aspectos sociais, vale ressaltar que o sistema capitalista de produção acabou sendo mantido e, conseqüentemente, a livre iniciativa foi consagrada como fundamento da ordem econômica.

Verificou-se, portanto, a mitigação de um sistema capitalista detentor de princípios como o da solidariedade, justiça social, valorização do trabalho, função social da propriedade, dentre tantos outros.

---

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág. 175.

Em outras palavras, a livre iniciativa começa a ser vista não mais como um fim em si mesmo, mas sim como um meio de, conforme a própria Constituição descreve, “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

No tocante à autonomia negocial, ela está presente de diversas formas na Constituição Federal, já que pode ser sentida na liberdade de associação, matrimonial, iniciativa privada e em diversos outros institutos.

Nota-se facilmente que o constituinte também procurou tutelar a liberdade entre os particulares em suas diversas formas de manifestação.

A transformação do conceito de autonomia também é sentida no Código Civil<sup>16</sup>, já que o contrato, uma das figuras mais relevantes do direito civil, passa a não ser mais analisado como um instrumento para permitir a simples manifestação de vontade do particular, mas sim um instrumento essencial para permitir o convívio social e a preservação dos mais diversos interesses sociais.

Visando aplicar corretamente todos os valores consagrados e garantidos pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil buscou consagrar a autonomia privada e ao mesmo tempo estabelecer limites mínimos para ao mesmo tentar que seu exercício fosse harmonioso.

Neste contexto, os princípios da função social do contrato e da boa foram consagrados como principais limitadores da liberdade contratual responsáveis pela manutenção do “uso” da autonomia em harmonia com os princípios constitucionais.

Cabe, oportunamente, ressaltar que a previsão do artigo 421 do Código Civil foi elevada ao status de norma de ordem pública com caráter de imperatividade absoluta, sendo que esta é exatamente a intenção contida no parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil ao estabelecer que:

---

<sup>16</sup> BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

“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”.

A observância nas relações contratuais do princípio da função social e de todas as outras normas que o fundamenta ganham peso de obrigatoriedade no momento da celebração de um contrato, sob pena de nulidade, sendo exatamente este o ensinamento trazido pela jurista Maria Angélica Benetti Araújo ao ponderar que <sup>17</sup>:

[...] a função social do contrato não exclui a sua função individual, mas a esta se associa para melhor atender às necessidades das partes e da sociedade. Em momento algum, o dispositivo civil coloca em risco a sobrevivência do contrato, porque a função social não significa, sob o prisma do legislador, uma proteção maternal à parte economicamente mais fraca; é, sim, em tese, a equivalência entre as partes e os interesses maiores da sociedade.

Assim, embora a liberdade contratual das partes tenha sido mantida em sua essência, é necessário ressaltar que é permitido ao Estado atuar diligentemente na vigilância do exercício desta autonomia.

Em suma, caso o abuso no exercício desta liberdade reste consumado, situação em os limites impostos claramente pelo ordenamento não foram observados, o Estado está legitimado a interferir direta e profundamente em tal relação privada.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 prevê exatamente tal situação ao afirmar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Tais limitações impostas pelo Código Civil para regular o exercício da autonomia das partes nas relações contratuais serão sempre interpretadas como cláusulas gerais, já que o legislador abandonou a tipicidade e concedeu intencionalmente a lei um caráter aberto que deverá ser interpretado à luz do texto constitucional, reforçando a ideia de constitucionalização do direito civil.

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006, pág. 289.

Esclarecedores são os ensinamentos de Daniel Sarmiento sobre a liberdade no direito contemporâneo<sup>18</sup>:

Portanto, pode-se concluir que, afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jus filosófico contemporâneo para a ideia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão – associada à democracia –, como da sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente. Por isso, não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis.

Assim sendo, é evidente que a autonomia privada foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro em sua nova concepção, pautado, portanto, pelos ditames da justiça social.

### **2.3. Limites da autonomia da vontade**

Está mais do que evidente que a autonomia da vontade ganhou novas feições no pensamento jus filosófico contemporâneo. A autonomia privada passa a ser conceituada com a ressalva de que deve ser exercida sempre nos limites impostos pela lei e por todos os valores sociais cada vez mais defendidos pela sociedade<sup>19</sup>.

Em outras palavras, a validade de todos os atos originados da autonomia privada ficara condicionada sempre à observância dos princípios estabelecidos pela ordem jurídica como um todo e não apenas à vontade do agente.

---

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág. 154.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 23.

Embora a liberdade contratual nunca tenha sido ilimitada, por sempre esbarrar na ideia de supremacia da ordem pública, a alteração na forma de interpretar e enxergar a autonomia das partes e as relações contratuais fez com que surgissem novos limites para o seu exercício dando novos contornos aos limites já existentes.

O consagrado jurista Orlando Gomes explica tal alteração de paradigma asseverando que<sup>20</sup>:

[...] pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem com indispensável à normalidade dessa ordem.

Talvez um dos exemplos mais relevantes de um conceito fundamental que funciona como limitador ao exercício da autonomia das partes é o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio está diretamente relacionado com a ideia de proteção e ao menos garantia das condições mínimas para que uma pessoa tenha uma existência digna, sob todos os aspectos.

Assim, as relações particulares não podem simplesmente convencionar condições contratuais, sob pena de nulidade, que atinjam a dignidade da pessoa, ainda que indiretamente.

Em outras palavras, as cláusulas contratuais estabelecida entre particulares devem sempre preservar as condições mínimas de uma existência digna para todas as partes contratantes.

Fato é que independentemente de as partes contratantes aceitarem determinada condição contratual que atente contra a sua dignidade, o Estado deverá interferir na relação privada e assegurar a sua proteção, à luz do novo conceito de autonomia privada. A tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana face à autonomia contratual está inserida no

---

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 28.

princípio da supremacia da ordem pública sobre a vontade dos particulares, legitimando, portanto, a intervenção Estatal na esfera privada<sup>21</sup>.

É o nascimento daquilo que se convencionou denominar dirigismo contratual.

Ainda sobre o princípio da dignidade humana, embora tal princípio seja visto como um elemento consideravelmente limitador da autonomia privada é importante destacar que os dois institutos estão diretamente relacionados, uma vez que o conceito de que o particular poderá guiar os seus passos de acordo com os seus próprios anseios integra o núcleo essencial da dignidade humana.

Tamanha é a importância do princípio da dignidade humana que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, e da Constituição Federal de 1988 o destacam, fazendo com que passe a configurar como conceito fundamental do direito brasileiro.

Em virtude da importância que a dignidade da pessoa humana conquistou dentro do ordenamento jurídico pátrio, o jurista Alexandre dos Santos Cunha destaca que a Constituição “alçou a dignidade humana ao centro do sistema jurídico, dando ensejo a uma ampla esfera de ‘direitos civis constitucionais’”<sup>22</sup>.

É evidente, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana reflete em todos os atos que envolvam a autonomia privada em especial nos contratos. Em outras palavras, figurará como elemento limitador central da liberdade contratual do particular e, em aspectos gerais, como limitador da própria livre iniciativa e da liberdade econômica.

O segundo princípio que se consagrou como elemento central para limitar a autonomia da vontade é o da boa fé.

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 20.

<sup>22</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA-MARTINS, Judith. (org.). A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 255.

A boa fé, em linhas gerais, é um princípio jurídico que vincula diretamente os particulares de uma relação contratual, através da criação regras gerais de comportamento pautados principalmente pela lealdade e confiança.

Sua natureza limitadora é destacada por meio da boa fé objetiva, que busca evitar que os particulares adotem postura abusiva no exercício dos seus direitos subjetivos, de forma a impedir chamada “tirania dos direitos”<sup>23</sup>.

A boa fé objetiva, portanto, criou deveres jurídicos complementares à obrigação principal prevista no contrato visando que a genuína e imaculada vontade das partes seja, na medida do possível, alcançada.

Os particulares se comprometem, automaticamente, a cumprir reciprocamente com uma postura de lealdade e confiança visando manter a relação contratual em um patamar considerado equilibrado e saudável para todas as partes envolvidas.

O jurista Arnold Wald, reconhecidamente um especialista nas relações contratuais, trata o princípio da boa fé contratual considerando que<sup>24</sup>:

A partir da regra da boa-fé nascem deveres acessórios de proteção (informação e lealdade), que não derivam da vontade das partes contratantes. Nesse sentido a boa- fé tem natureza supletiva e função instrumental, reduz a margem de autonomia privada, uma vez que a sua observância independe da vontade das partes [...].

Ora, é evidente que o atual sistema jurídico brasileiro veda qualquer tipo de postura que atente contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da justiça social, sendo que a boa fé objetiva assume papel de extrema importância para potencializar a existência de relações contratuais equilibradas e que permitam o exercício da autonomia da vontade com mínima interferência estatal.

---

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil; 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pág. 76.

<sup>24</sup> WALD, Arnold. Curso de Direito Civil brasileiro, Obrigações e Contratos. 16. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pág. 194.

A boa fé definitivamente tornou-se um princípio norteador de todas as relações obrigacionais cuja observância independe da vontade dos particulares, sendo que o artigo 422 do Código Civil determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, evidenciando o caráter imperativo do princípio da boa fé.

A autonomia da vontade e, conseqüentemente, a liberdade contratual são sempre limitadas pelo princípio da função social do contrato.

Pode-se dizer que a função social do contrato é, na verdade, uma extensão do princípio da função social da propriedade, na medida em que o contrato é o instrumento de circulação de riquezas e de afirmação da propriedade privada<sup>25</sup>.

Sobre o tema, esclarecedores são os ensinamentos trazidos por Tércio Sampaio Ferraz Junior e Ana Prata<sup>26</sup>:

A propriedade, portanto, além de ser um direito individual, está condicionada pelo princípio da função social, princípio informador de toda a ordem econômica nacional. Presta-se, portanto, a ‘procedimentos interpretativos de legitimação das aspirações sociais’, nova óptica hermenêutica, oposta à tradicional ‘interpretação de bloqueio’ [...]. Com isso, insere-se na perspectiva da concepção constitucional da igualdade, como lógica funcional do combate às desigualdades reais.

Diferentemente do que era inicialmente exigido das partes, a ordem jurídica passa a exigir dos contratos uma finalidade socialmente coerente e condizente com todos os princípios contratuais.

Em que pese o contrato ser o instrumento viável e adequado para a realização dos interesses dos particulares, todos os contratos precisam ter uma finalidade socialmente correta, com o objetivo de incutir nas relações contratuais os valores da fraternidade e da solidariedade social.

---

<sup>25</sup> VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: COSTA-MARTINS, Judith. (org.). A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 763.

<sup>26</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 778.

O contrato jamais poderá ser utilizado para a prática de condutas lesivas e abusivas à sociedade como um todo, devendo sempre ser utilizado como mecanismo de afirmação de valores socialmente tutelados, sem olvidar, por óbvio, a sua função de satisfação do interesse privado<sup>27</sup>.

É exatamente por esse motivo que a função social do contrato deverá sempre ser observada para que os particulares não se beneficiem de uma situação de superioridade e pratiquem condutas abusivas.

No tocante às pessoas jurídicas, também detentoras de autonomia da vontade, a aplicação do princípio da função social, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, deverá sempre ser observada considerando que<sup>28</sup>:

É tempo de afirmar a necessidade de atendimento de uma função social a ser desempenhada pela empresa (pessoa jurídica), seja ela qual for, submetendo as atividades econômicas, notadamente capitalistas, no mundo contemporâneo, ao império protetivo da pessoa humana.

Sob a ótica constitucional, cabe destacar que a propriedade privada e a função social são enunciadas nos incisos II e III do artigo 170 como princípios da ordem econômica e, adicionalmente, os seus requisitos estão previstos expressamente no artigo 186.

A aplicação do princípio da função social ao direito privado está devidamente consagrada através do artigo 421 do Código Civil que expressamente estabelece que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Finalmente, o princípio da equivalência material também atue como limitador da autonomia da vontade representando, sinteticamente, a busca efetiva de igualdade entre as partes dentro da relação contratual, já que as partes por si só não conseguem necessariamente

---

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 23.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pág. 261.

atender aos anseios sociais no sentido de garantir um verdadeiro e efetivo equilíbrio entre as partes<sup>29</sup>:

De fato, somente se poderá atingir o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania – já anacrônica – do vetusto *pacta sunt servanda*.

Busca-se, portanto, através deste princípio, um maior equilíbrio entre os interesses individuais mediante a preservação do equilíbrio de poder dentro da relação contratual. Em outras palavras, a intenção é ao menos minimizar as desigualdades existentes entre as partes contratantes, na medida em que a parte mais forte não conseguirá se valer desta condição de superioridade para impor condições incompatíveis com o ordenamento jurídico à parte mais fraca.

Verifica-se, assim, que o princípio da equivalência material está intimamente relacionado com os princípios já citados como os da (i) função social, (ii) boa fé objetiva e da (iii) dignidade da pessoa humana, além, evidentemente, dos valores consagrados da justiça social. Importante frisar, entretanto, que a limitação da autonomia privada não significa a sua extinção.

Ao contrário, a noção de autonomia privada continua integrando o núcleo essencial do direito contratual, agora não mais vista de forma absoluta, mas sim em sintonia com os demais princípios que informam a ordem jurídica.

De qualquer maneira, fato é que o seu exercício passou a ser consideravelmente mais ponderado e racionalizado em virtude de outros valores considerados tão importantes pelo ordenamento jurídico<sup>30</sup>:

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados para o bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.

---

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil; 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pág. 61.

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil; 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pág. 48.

Assim, é mais do que evidente que as relações contratuais saudáveis irão buscar incessantemente a manutenção do equilíbrio entre a autonomia da vontade e todos os demais princípios que informam o direito privado.

Em outras palavras, na medida em que haja uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e o princípio da autonomia da vontade, as relações contratuais conseguirão alcançar a mais pura e genuína e autônoma vontade das partes<sup>31</sup>.

Portanto, a aplicação nas relações entre particulares dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no Código Civil traz, no primeiro momento, uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, que, no caso concreto, representa a criação de um mecanismo de busca por um ponto de equilíbrio entre todas as relações contratuais, de maneira a convergir, ideologicamente, os interesses particulares com os interesses sociais e os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>31</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 20.

### 3. **PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA**

#### 3.1. **Evolução histórica e conceitual do princípio do pacta sunt servanda**

Onde a sociedade se instala, certamente, por questão de sobrevivência, haverá o direito. A partir desta regra lógica e básica, desde o momento em que o homem abandonou o estagio primitivo e passou a conhecer razoável ou o mínimo desenvolvimento social, a figura jurídica do contrato passou a ser utilizada como instrumento de circulação de riquezas e de formalização das vontades.

Em outras palavras, no mesmo momento em que o homem deixou de utilizar a violência como mecanismo de satisfação dos seus interesses e submeteu-se à estabilidade e segurança jurídica imposta pela sociedade, os contratos assumiram papel de destaque na sociedade. Os conflitos de interesses não eram mais solucionados mediante o uso da força e da violência, mas sim por meio do acordo de vontades, que representava a justa medida dos interesses ali representados.

A evolução estrutural das relações contratuais, portanto, sempre esteve diretamente relacionada com a própria evolução da sociedade, contudo, como ocorreu com quase todos os ramos do direito, o instituto passou a ser estudado sistematicamente com os Romanos<sup>32</sup>.

Se no início o contrato era interpretado apenas como consequência natural do ato, com o passar do tempo foi-se criando o conceito de que o contrato, na verdade, representava um acordo de vontades, contendo direitos e obrigações para as partes.

Este é o momento em que a real intenção das partes passa a ser levada em consideração.

Foi no iluminismo francês, contudo, que houve a consolidação do conceito de que o contrato deve ser fundamentado na vontade das partes balizado no ideal antropocêntrico do mundo, em que a vontade humana é fixada como o centro do universo. Tal processo de

---

<sup>32</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 35.

afirmação da vontade do homem como o elemento mais importante do universo culminou com a supervalorização da força do contrato e a promoção da autonomia da vontade ao status de dogma, colaborando para a materialização de uma visão totalmente individualista e patrimonialista do contrato, que definitivamente passou a ter força de lei entre as partes.

Com estes ideais trazidos pelo iluminismo francês estabeleceu-se que não existia hierarquia entre o que previa a lei e o que era estabelecido pela vontade, cabendo ao direito apenas o papel de garantir o cumprimento das convenções legalmente celebradas de acordo com a vontade dos particulares.

Já que a vontade passou a ter força de lei, podendo ser definida como fonte direta de direitos e obrigações, o contrato então passou a ser dotado de uma força obrigatória, consubstanciada no princípio do *pacta sunt servanda*.

A expressão latina *pacta sunt servanda* significa em linhas gerais que os contratos fazem lei entre as partes e, portanto, existem para serem cumpridos, conforme ensinamentos do ilustre jurista Arnaldo Rizzardo<sup>33</sup>.

Importante se faz, contudo, ponderar as consequências que o *pacta sunt servanda* traz para a sociedade como um todo, sem se limitar apenas à segurança jurídica que está intrinsicamente ligada ao princípio.

Assim, conforme os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho<sup>34</sup>, o princípio da obrigatoriedade, manifestado principalmente na imutabilidade dos termos previstos no contrato, inevitavelmente transformou-se em um instrumento de opressão econômica.

Sobre as consequências jurídicas trazidas pelo *pacta sunt servanda* durante o iluminismo francês, Maria Angélica Benetti Araújo<sup>35</sup> ensina que:

---

<sup>33</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pág. 24.

<sup>34</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 38.

<sup>35</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006. Pág. 281.

*Os ideais da Revolução Francesa balizaram a organização jurídica no consenso, levando a que a concepção de autonomia da vontade norteara a estrutura política, jurídica e social dos homens, estando toda a estrutura amparada na ideia do contratualismo, na “Constituição como pacto”. Esta época caracterizou-se pela primazia da liberdade contratual como expressão fiel do consenso das partes, a cujas palavras se atribuíam força de lei pelo que convencionavam.*

O Código de Napoleão certamente foi a codificação mais importante da modernidade.

O Código adotou esta teoria e consolidou definitivamente a ideia da força obrigatória dos contratos e da força normativa da vontade privada.

Acontece que o liberalismo econômico do século XIX já havia utilizado esta teoria para alicerçar seu desenvolvimento e o Código de Napoleão a sacralizou trazendo-a para um patamar nunca antes visto.

Contudo, posteriormente, com o advento da Revolução Industrial a burguesia antes oprimida assumiu o controle da sociedade e, obviamente, a autonomia da vontade continuou fundamentando toda a teoria contratual.

A partir desse momento a justificativa era de que o *pacta sunt servanda* trazia a segurança jurídica necessária pela eliminação de riscos que os negócios exigiam. E neste cenário as primeiras codificações do século XIX foram edificadas com base no voluntarismo e liberalismo, à luz do princípio da autonomia da vontade<sup>36</sup>.

Ocorre que estes ideais de liberdade e igualdade, trazidos pelo iluminismo, baseada no dogma da vontade, camuflava uma desigualdade abissal entre os indivíduos e os grupos sociais. A suposta segurança jurídica invocada pelos defensores da teoria da autonomia da vontade ocultava as reais necessidades da vida social e as desigualdades materiais dos indivíduos.

Tal situação gerou sérios desequilíbrios sociais, notórios durante a revolução industrial, na medida em que a vontade dos particulares, materializada pelos contratos,

---

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 150.

convergia somente para a satisfação dos seus próprios interesses, em detrimento dos interesses sociais, o que naturalmente interferiu no nascimento dos movimentos sociais eclodiram nesta época na tentativa de ao menos minimizar os desequilíbrios sociais que assolavam a sociedade.

Foi neste momento, portanto, que a situação exigiu do Estado uma interferência na esfera privada através do dirigismo contratual.

Tal interferência é recheada de simbolismo, já que séculos atrás a luta foi exatamente para afastar tal interferência estatal.

De qualquer maneira, no início do século XX as relações contratuais passaram por um processo de solidarização social, preocupado com a solução dos conflitos sociais. O princípio da igualdade formal das partes contratantes começou a enfraquecer diante da massificação das relações contratuais e da necessidade de proteção dos interesses sociais, e a desigualdade material escondida atrás da teoria da autonomia da vontade começou a aparecer em cena<sup>37</sup>.

Érico de Pina Cabral<sup>38</sup> esclarece tal cenário ponderando que:

*A crise do voluntarismo não desconstituiu, entretanto, o caráter originário do poder dos particulares de estabelecerem regras entre si, mas fez entrar em cena uma outra linguagem: “ordem de interesses”, “auto regulamento”, “autonomia privada” etc. Esta nova ordem delineou um novo caráter de objetividade para os negócios jurídicos, agora não mais fundado na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas dos interesses socialmente relevantes. A interpretação dos negócios jurídicos ganhou maior escore na teoria da declaração e a vontade ficou reduzida ao foro interno das partes. A vontade perdeu seu status de valor em si, auto suficiente a produzir efeitos jurídicos.*

Passou-se, portanto, a reconhecer a desigualdade entre as partes contratantes e a constante necessidade de o Estado interferir no sentido de minimizar as consequências danosas das relações contratuais desequilibradas.

---

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. pág. 22.

<sup>38</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004. Pág. 90.

Como consequência direta deste dirigismo ao longo dos anos encontra-se uma espécie de negócio jurídico conhecido contrato de adesão, que representa uma das mais importantes figuras contratuais do direito moderno.

Embora pareça contraditório com o abandono da antiga concepção da autonomia da vontade e com o movimento de solidarização social do contrato que se fala acima, mas o surgimento do contrato de adesão reflete, na verdade, uma necessidade da própria sociedade, marcada pela massificação social e sedenta por relações equilibradas<sup>39</sup>.

Embora a sociedade sofra atualmente com abusos existentes nos contratos de adesão, este processo de massificação social, pautado pelo dinamismo das relações pessoais, exigia o surgimento de mecanismos que trouxessem a celeridade necessária para o desenvolvimento das relações jurídicas<sup>40</sup>.

Assim, o contrato de adesão é um instrumento útil e necessário para a sociedade moderna, desde que pactuado de acordo com os princípios gerais do direito.

O que se deve coibir são os abusos de direito por parte da parte contratual economicamente mais forte. Esse momento marca uma fase (atual) do direito contratual em que o maior desafio do civilista é conjugar a liberdade contratual com a solidarização social, e o contrato de adesão representa muito bem essa realidade.

### **3.2. O princípio do pacta sunt servanda no ordenamento jurídico brasileiro confrontado com o princípio da função social do contrato**

Com o intuito de analisar o tema com a profundidade adequada, será necessário entender a fundo a aplicação do princípio da função social como limitador da autonomia da vontade, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda* e, ainda, a análise sobre os efeitos gerados por este “conflito” principiológico.

---

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 28.

<sup>40</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 93.

As relações contratuais existentes no Estado liberal eram regidas basicamente pela liberalidade da autonomia da vontade. Não é atoa que este período ficou marcado pelo individualismo, que buscava limitar ao máximo a intervenção estatal nas relações privadas, elevando os acordos à categoria de lei.

Assim, as partes estavam obrigadas a cumprirem o contratado (*pacta sunt servanda*).

Considerando então que tal o papel assumido pela supremacia da vontade, as partes se viam obrigadas a cumprir o acordo estabelecido, mesmo que seu conteúdo estivesse viciado.

O sistema contratual pautado pela vontade e liberalidade das partes, exatamente por não permitir a interferência estatal, não se preocupava com o beneficiamento de uma parte em detrimento da outra, potencializando o surgimento de relações contratuais totalmente abusivas.

É evidente que com o passar dos tempos esse modelo adotado sucumbiu aos anseios da sociedade, que passou a buscar equilíbrio econômico e a justiça contratual.

Com relação a tal equilíbrio, o jurista Humberto Theodoro Júnior nos ensina que<sup>41</sup>:

Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de "dirigismo contratual", onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.

Ora, o dirigismo contratual é caracterizado pela intervenção direta e indireta do Estado através de legislação específica que visa estabelecer a prevalência do interesse coletivo em detrimento do privado, impactando diretamente na proteção do economicamente mais fraco, o que minimiza as desigualdades entre as partes,

---

<sup>41</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: 2001, pág. 17.

A atividade econômica e contratual passa a ser dirigidas de modo a corresponder às exigências fundamentais da justiça social ou distributiva e da garantia a todos da existência digna, garantindo a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou em caso de perigo, mesmo que contrarie a autonomia da vontade<sup>42</sup>.

A autonomia da vontade e, conseqüentemente, a liberdade de contratar foram direcionadas pela supremacia do bem-estar social e pela função social do contrato.

O dirigismo do Estado passa a interferir diretamente nas relações contratuais induz as partes a eliminarem o sentimento e raciocínio egoísta em busca do melhor para a sociedade e do equilíbrio entre as partes. As intervenções do Estado passam a ser cada vez mais necessárias para garantir a prevalência dos interesses comuns e coletivos, bem como, para preservar a igualdade dos direitos ou sua manutenção nas avenças, podendo o desrespeito às cláusulas contratuais, levar a revisão ou resolução do contrato<sup>43</sup>.

Ao Estado, portanto, cabe estabelecer normas gerais com fim, sendo que somente em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, poderão as partes sofrer interferência direta da autoridade judicial.

---

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. pág. 22.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 29.

## **4. RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO PACTA SUNT SERVANDA**

### **4.1. Contratos de adesão**

Com a constante modernização da sociedade e o crescimento cada vez mais exponencial dos negócios e, conseqüentemente, das relações contratuais, surgiu a necessidade de se instituir um tipo contratual mais genérico que pudesse ser aproveitado como modelo nas relações massificadas.

No caso concreto, imagine se em tais situações fosse autorizado que cada consumidor negociasse todas as cláusulas contratuais junto ao fornecedor.

Certamente haveria um enorme gargalo na escoação da produção em larga escala, representado isso prejuízos aos fornecedores, que demorariam mais a dar vazão à produção.

Segundo os ensinamentos do professor Rizzato Nunes<sup>44</sup>, foi exatamente visando solucionar tal situação é que surgiram os chamados contratos de adesão:

[...] que o direito acompanhou tal movimento industrial e criou o modelo próprio de contratação, adequado ao processo industrial que surgia. Passou-se a criar fórmula padronizadas, autênticas cláusulas contratuais em série, verdadeiros contratos de consumo.

No tocante ao conceito do contrato de adesão trazido pela lei, se faz necessário transcrever o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo.

Ora, inicialmente se faz necessário analisar a diferença existente entre o contrato de adesão e os contratos comuns.

---

<sup>44</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 85.

Nos comuns, por óbvio, encontra-se presente com mais força a essência da autonomia da vontade e, conseqüentemente, do “*pacta sunt servanda*”.

Em suma, há a possibilidade de os contratantes analisarem minuciosamente todas as situações possíveis e imagináveis, sendo que todas as cláusulas inseridas foram aceitas por ambas as partes.

Importante destacar, contudo, desde o início da relação e das negociações esta “autonomia” já é relativa, já vez que o dirigismo contratual imposto pelo Estado, representado por uma série de princípios consagrados na Constituição Federal e demais leis esparsas, já limita e relativiza a autonomia da vontade<sup>45</sup>.

Nos contratos de adesão, por sua vez, tal relativização é ainda maior, sendo possível considerar uma contradição falar em autonomia da vontade e em “*pacta sunt servanda*”<sup>46</sup>.

É evidente que em tais contratos a autonomia está limitada à aceitação ou não o contrato, vez que não há qualquer autonomia da vontade no campo negocial.

Embora as partes tenham suficiente autonomia para estabelecer um vínculo jurídico (aceitar ou não o contrato), fato é que não existe um acerto prévio entre as partes, ou seja, conforme explicitado no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas do contrato de adesão devem ter sido estipuladas pela autoridade competente ou unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços<sup>47</sup>.

Resumidamente, tem-se que nos contratos de adesão encontra-se de um lado o fornecedor e de outro o consumidor, este, que somente poderá aderir ao conteúdo posto no contrato.

---

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. pág. 46.

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 38.

<sup>47</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006. Pág. 281.

O contrato de adesão, portanto, poderá ser definido como o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para construir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas<sup>48</sup>.

Em linhas gerais, os contratos de adesão representam, atualmente, o meio mais frequente de celebração dos negócios jurídicos na sociedade brasileira, sendo que os mesmos já sofreram diversas alterações em virtude do senso comum que visa constantemente buscar o equilíbrio entre as relações<sup>49</sup>.

É evidente que o papel do contrato de adesão é de agilizar as relações jurídicas, democratizando, na medida do possível as relações negociais.

Independentemente da existência de cláusulas abusivas, é inegável que ele possibilita o aumento do número de consumidores que conseguem ter acesso aos bens.

Neste contexto, é evidente que as cláusulas abusivas e de prestações desproporcionais surgem em destaque e como grandes vilãs deste modelo contratual.

Um modelo que surgiu para solucionar e equacionar o grande volume de negociações passa a perder sua essência e equilíbrio com o tempo, sendo que atualmente as relações contratuais estabelecidas através de contratos de adesão já nascem maculadas.

O contrato de adesão é elaborado diretamente pelo fornecedor do conteúdo (produto ou serviço) já com cláusulas o beneficia unilateralidade, assegurando vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, deixando de lado o ideal de equilíbrio das relações contratuais.

---

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. pág. 47.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 76.

Fato é que a abusividade nas relações contratuais sempre foi e continuará sendo motivo de fortes discussões, tendo em vista sua ligação com o termo ilicitude, cometido em todo e qualquer ato, o qual passa a ser considerado ato abusivo<sup>50</sup>.

Em termos estritamente legais, entende-se como abusiva toda aquela cláusula que desfavorece a parte mais fraca na relação contratual.

Muitas práticas abusivas só acontecem pela falta de conhecimento do consumidor que acaba firmando contrato sem discutir suas cláusulas ou regras e, principalmente, sem saber que há uma cláusula abusiva.

Contudo, é notório que na maior parte dos casos o consumidor, mesmo conhecendo os seus direitos, aceita cláusulas abusivas da parte do fornecedor, devido a necessidade daquele bem ou serviço oferecido.

Assim, estabelece o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços”.

Portanto, sendo nula, nenhum efeito será produzido e ainda poderá haver motivação com a exclusão, além de prejuízos para o próprio contratante.

Em virtude do dirigismo contratual e de todos os princípios que estão intrinsicamente ligados com o nascimento e manutenção do contrato, as relações de consumo terão, necessariamente, que obedecer aos seus princípios, visando a permanente igualdade na relação obrigacional<sup>51</sup>.

Oportunamente, cabe ressaltar que o artigo 423 do Código Civil destaca que:

---

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 35.

<sup>51</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 90.

“Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

O texto de lei ainda busca proteger o consumidor nos contratos por adesão, sendo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, diversas normas foram instituídas com buscando evitar as cláusulas abusivas nos contratos ou, ao menos, buscando dar maior garantia de proteção para o consumidor<sup>52</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor instituiu diversos novos direitos aos consumidores e, de igual forma, novos deveres para os fornecedores visando potencializar a chance de que as relações contratuais seriam equilibradas, dando proteção à parte mais fraca.

É evidente que a ordem pública reflete a necessidade social de regulamentar as relações interindividuais como meio de garantir a paz social e a segurança jurídica, sendo que o Código de Defesa do Consumidor é de ordem pública e visa exatamente proteger os consumidores<sup>53</sup>.

A Lei traz consigo normas que regram os direitos e as obrigações das partes envolvidas nos negócios, visando disciplinar as relações de consumo e evitando qualquer prejuízo para uma das partes.

Assim, resta claro que o equilíbrio é o que mais interessa nas relações contratuais, já que é através dele que os consumidores passarão a desfrutar de relações contratuais mais saudáveis e justas.

Nos comuns, por óbvio, encontra-se presente com mais força a essência da autonomia da vontade e, conseqüentemente, do “*pacta sunt servanda*”.

---

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pág. 246.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 77.

Em suma, os contratos de adesão representam talvez o maior exemplo de relativização da autonomia da vontade e do “*pacta sunt servanda*”, já que a autonomia está limitada à aceitação ou não o contrato, independentemente de existirem leis que o proteja os consumidores da abusividade existentes<sup>54</sup>.

#### **4.2. Contratos de franquia**

Inicialmente, cumpre destacar que o contrato de franquia é o mecanismo central para regulamentar toda a relação entre franqueador e franqueado.

Dentro do ordenamento jurídico pátrio a franquia encontra respaldo na Lei n.º 8.955, de 14/02/94, que traz a seguinte definição em seu artigo 2º:

"Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício".

É importante esclarecer que a Lei de Franquia aborda apenas do momento da oferta da franquia, Circular de Oferta (COF), através da qual o franqueador deve passar ao candidato a franqueado todas as informações relevantes sobre o negócio da maneira mais completa e clara possível.

Em outras palavras, é no próprio contrato de franquia que todas as condições e obrigações das partes serão expressamente definidas, razão pela qual o contrato desempenha função essencial para regular toda a relação e, ainda, nortear a atuação tanto do franqueador como do franqueado<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006, pág. 281.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 668.

O contrato e a Circular de Oferta devem conter todos os detalhes comerciais e operacionais do negócio, assim como os instrumentos necessários para corrigir e penalizar as partes caso estas falhem no cumprimento de suas determinações.

É exatamente em virtude desses aspectos que o contrato de franquia tende a ser um documento extenso e rico em detalhes que, certamente, numa primeira leitura, irá induzir o leitor a pensar que o mesmo contém muitas determinações leoninas e penalidades duras para o descumprimento.

Ora, fato é que ele será o principal mecanismo do franqueador para a proteção do seu negócio e da rede como um todo, em benefício de todos os franqueados da marca.

Não é por outro motivo que o contrato precisa ser suficientemente forte e detalhado para viabilizar ao franqueador o exercício do controle dos franqueados, de modo que toda a consistência operacional já existente na rede seja fielmente mantida e que a marca possa ser protegida igualmente em relação a todos os integrantes.

Em outras palavras, além da existência de um contrato e uma COF completos, o sucesso de toda uma rede estará na real habilidade que o franqueador terá de exercer seu controle, de maneira a manter os padrões previstos para a franquia e preservar o investimento individual de cada integrante.

Os franqueados realizam investimentos ao se tornarem membros da rede sob a condição de que o franqueador controle o sistema e mantenha a integridade do conceito do negócio e a reputação da marca. O contrato traduz essa necessidade.

Cabe ao franqueador, portanto, em benefício de toda a rede, assegurar que o contrato contenha as ferramentas necessárias à coerção de todos os franqueados, no sentido da consistência operacional e comercial<sup>56</sup>.

Resumidamente, alguns conceitos relevantes devem ser destacados: (i) franqueador e franqueado, (ii) cessão do direito de uso de marca ou patente, (iii) distribuição

---

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3, pág. 22.

exclusiva ou semiexclusiva, (iv) uso de tecnologia, (v) remuneração direta ou indireta e, ainda, (vi) falta de vínculo empregatício, já que franqueador e franqueado são as partes que compõem o negócio.

Franqueador, portanto, é o dono da marca ou patente, sendo que franqueado é quem vai explorá-la empresarialmente através de uma cessão do direito de uso de marca ou patente, que será justamente o objeto do contrato de franquia.

Para o renomado jurista Waldirio Bugarelli o instituto pode ser definido como:

"operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da obrigação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre cláusula de *exclusividade*, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade"<sup>57</sup>

Orlando Gomes, ainda, define-o como sendo a "operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração".<sup>58</sup>

O jurista Antônio Chaves, por sua vez, sabiamente apresenta esse negócio jurídico como:

"o contrato pelo qual uma pessoa assume o compromisso de efetuar distribuição seletiva de bens de sua fabricação ou de terceiro, ou a proporcionar método ou serviços caracterizados por marca registrada a outras que a ela se vinculam, em dependência, por compromisso de licença, ligação contínua, e eventual assistência técnica, para a venda limitada à determinada área geográfica"<sup>59</sup>

Independentemente das diversas definições existentes no mundo jurídico, fato incontroverso é de que não cabe ao franqueado invocar cláusulas protetivas do consumidor contra o franqueador, uma vez que sua relação não é de consumo, mas sim uma relação estritamente empresarial.

---

<sup>57</sup> BUGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 529.

<sup>58</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 67.

<sup>59</sup> BUGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 529, citando Antonio Chaves.

Contudo, embora o franqueado não possa se valer do Código de Defesa do Consumidor, existem também para os contratos de franquia limites diretos e indiretos à vontade das partes.

Evidente, portanto, que o franqueador deve zelar de forma que o contrato não extrapole os limites daquilo que é necessário para o exercício de seu controle e não se transforme em uma arma para infligir alterações injustas ou impeça que o franqueado exerça seu direito de atuação comercial.

Assim, cláusulas que permitam ao franqueador alterar unilateralmente condições comerciais no curso do contrato (royalties e fundo de marketing) devem ser evitadas, a não ser que haja uma forte justificativa econômica. De igual modo, o franqueador também não pode impedir que o franqueado questione por arbitragem ou judicialmente os termos do contrato.

Em outras palavras, o contrato não pode estipular multas exorbitantes e aplicáveis sem direito de questionamento.

Ao franqueado, por sua vez, cabe respeitar as condições contratuais estabelecidas e agir sempre como o único responsável pela integridade da rede. Se o franqueado criar qualquer subterfúgio ao cumprimento integral do contrato e utilizar-se de sua posição privilegiada para auferir benefícios indevidos, também estará agindo abusivamente e responderá pelos excessos<sup>60</sup>.

Desta maneira, os excessos e abusos contratuais poderão ocorrer não só quanto a cláusulas excessivas, mas, sobretudo, na conduta das partes em relação ao contrato, com fins indevidos ou em concorrência desleal.

---

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3, pág. 22.

As partes devem, sobretudo, manter, não só na oferta da franquia, mas ao longo de toda relação, a boa fé e o espírito de rede<sup>61</sup>.

Evidente, portanto, que nos contratos de franquia a função social também deverá atuar em conjunto com o princípio da autonomia da vontade.

Assim, conforme explica o próprio Miguel Reale, a relativização atinge também o princípio do *pacta sunt servanda*, já que a abusividade na conduta das partes também será coibida pela função social do mesmo por ser um bem mais:

“Como se vê a atribuição de função social ao contrato não vêm impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”<sup>62</sup>

Importante também ressaltar que a “função social do contrato”, o “*pacta sunt servanda*” e a “autonomia da vontade” não se excluem, mas se relativizam na medida em que se integram.

Os contratos, portanto, embora sejam, na medida do possível, respeitados pelas partes com força de lei, sofrem limitação direta dos princípios gerais do direito, legislação pátria e, claro, pela sua função social.

A aplicação direta da função social do contrato deverá ser sempre em conjunto com outros princípios, inclusive o da boa-fé objetiva, sendo que este foi um dos objetivos do atual Código Civil, nas palavras de Reale, para:

“tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade só de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade”<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 669.

<sup>62</sup> REALE, Miguel, site: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, obtida às 16h30 do dia 28/02/2014.

<sup>63</sup> REALE, Miguel, site: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, obtida às 16h30 do dia 28/02/2014.

Conforme já relatado, independentemente da força obrigatória das relações contratuais, cabe destacar que o Contrato de Franquia vai além da força obrigacional, já que representa um negócio jurídico celebrado exclusivamente entre empresários.

Além de se tratar de uma relação empresarial, o Contrato de Franquia é altamente complexo, já que represente a união de vários outros Contratos, haja vista que dispõe sobre definição e conceitos, âmbito e limites de utilização da marca produtos, territorialidade, publicidade, não concorrência, padrão de qualidade, supervisão, regras de treinamento pela franqueadora e de condutas operacionais a serem observadas pelo franqueado para o regular desenvolvimento da franquia e, por fim, questões inerentes ao término da relação contratual, suas consequências e efeitos.

No Contrato de Franquia, portanto, mais do que em outras relações contratuais, se estabelece um vínculo de cooperação recíproca baseada na confiança e na boa fé, para que juntos as partes possam alcançar um resultado positivo.

Em suma, os Contratos de Franquia são baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual e traz consigo a relativização da autonomia das partes e do *pacta sunt servanda* visando alcançar o equilíbrio necessário para que a relação empresarial ali envolvida deslanche e ambas as partes consigam alcançar suas metas sem que a relação se torne predatória entre as partes<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 670.

## 5. CONCLUSÃO

Ora, com a modernização da sociedade e o crescimento cada vez mais exponencial dos negócios, é evidente que surgiu a necessidade de se instituir um tipo contratual mais genérico que pudesse ser aproveitado como modelo nas relações massificadas e dinamizar o mercado.

Há de concluir-se, portanto, que a acepção do princípio da autonomia da vontade, no âmbito das relações contratuais, passou e continuará passando por importantes transformações, guiada pelo fenômeno jurídico da constitucionalização do direito civil e também pela maturidade da sociedade em que estas relações estão inseridas.

Este processo evolutivo da autonomia da vontade passou pelo ápice do individualismo e da liberdade absoluta de contratar, e culmina, hoje, na teoria da autonomia privada, fundamentada nos princípios da solidariedade, justiça social e, igualmente, pelo equilíbrio das relações contratuais.

No Estado liberal e durante o período da ditadura brasileira, a intervenção estatal nas relações privadas era mínima, não existindo, portanto, mecanismos que regulassem o equilíbrio contratual. Esse liberalismo sem limites com a preponderância do *pacta sunt servanda*, desencadeava, assim como ocorreu durante a Revolução Industrial, um desequilíbrio econômico e social, beneficiando as classes mais abastadas frente aos interesses dos menos cultos e mais fracos economicamente dentro das relações contratuais.

Com o nascimento do Estado social potencializou-se o dirigismo contratual visando trazer maior equilíbrio entre as partes na contratação. A Constituição de 1988 com a previsão da função social da propriedade e, logo em seguida o Código de Defesa do Consumidor que trouxeram proteção aos reconhecidos como hipossuficientes na relação de consumo.

Seguindo tais moldes, o Código Civil de 2002 acrescentou no livro das obrigações, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Pode-se notar que a existência do princípio da função social do contrato foi a mais importante inovação, no âmbito contratual, trazida pelo Código Civil de 2002. Este princípio foi concebido nos anseios da nova realidade social, para resguardar os interesses coletivos em detrimento da vontade individual.

A autonomia da vontade, portanto, é atualmente concebida como um poder outorgado pelo ordenamento jurídico aos particulares para que estes possam determinar o conteúdo e os efeitos das suas relações jurídicas, desde que em harmonia com os interesses sociais e os limites impostos pela legislação vigente.

O conteúdo dos contratos jamais poderá atender apenas aos interesses dos particulares, mas devem buscar estar sempre em harmonia com os interesses sociais e a garantia dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal.

Percebe-se cada vez mais que o ordenamento jurídico brasileiro abraçou esta nova teoria da autonomia privada através do dirigismo contratual e da valorização dos princípios contratuais, sendo evidente que doutrina e jurisprudência também têm caminhado nesta mesma linha, admitindo esta mudança de concepção do princípio da autonomia e, automaticamente, do *pacta sunt servanda*.

Pode-se, portanto, afirmar que tanto o princípio da autonomia da vontade quanto o do *pacta sunt servanda* foram relativizados, mas que mesmo assim não há que se falar em insegurança jurídica.

Este processo de relativização vislumbra-se através da ponderação dos princípios que se confrontam, mas que haverá insegurança jurídica apenas nas relações em que os princípios contratuais não forem respeitados, criando-se uma relação instável.

Conclui-se, então, que as relações contratuais sofreram várias transformações ao longo dos anos adaptando-se aos valores econômicos e sociais do meio em que estão inseridos. Nesse contexto, a autonomia da vontade e do princípio da *pacta sunt servanda*, que foram soberanos durante o período do Estado liberal, “sucumbiram” como verdades absolutas frente aos interesses coletivos.

Importa destacar, ainda, que a autonomia das partes na elaboração do contrato, que antes era absoluta, foi relativizada pelo interesse social, pela intervenção do Estado e pela interferência de diversos princípios contratuais que foram consagrados pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Entre tais princípios, pode-se afirmar que se destacam o da boa-fé, da eticidade, do equilíbrio econômico e da dignidade da pessoa humana.

Denota-se que, embora a força obrigatória se encontre atenuada, ela ainda faz parte do sistema contratual, constituindo preceito fundamental para a formação do negócio jurídico. Este princípio é imprescindível, pois obriga as partes a cumprir o acordo firmado, acrescentando assim a devida credibilidade e segurança aos negócios.

Como exemplos clássicos desta relativização estão os contratos de adesão e de franquia, já que ambos trazem amostras das situações extremas em que a autonomia é relativizada e considerada aceitável em uma e questionável em outra.

Em outras palavras, pode-se dizer que nos contratos de adesão se por um lado a autonomia da vontade dos consumidores é relativizada, já que não interferem na elaboração das cláusulas, por outro, há muito mais espaço para discutir a existência ou não de alguma abusividade que prejudique o equilíbrio da relação contratual ou infrinja diretamente algum princípio contratual, já que os consumidores podem ser considerados vulneráveis em diversas situações.

Nos contratos de franquia, por sua vez, haverá uma relação empresarial em que, além de não haver tanta liberdade para interferir nas cláusulas, já que o franqueado também tem sua autonomia relativizada, as cláusulas serão seguidas sem possibilidade de questionamento exatamente em virtude da natureza do negócio e daquilo que se esperar das partes.

Embora os contratos de adesão representem o maior exemplo de relativização da autonomia da vontade e do “*pacta sunt servanda*”, já que a autonomia está limitada à

aceitação ou não do contrato, fato é que existem dentro do ordenamento jurídico brasileiro diversos mecanismos que protegem os consumidores da abusividade existentes.

O contrato de adesão é um modelo extremamente importante e útil que surgiu para solucionar e equacionar o grande volume de negociações que passam a perder sua essência e equilíbrio com o tempo, sendo que qualquer desequilíbrio ou irregularidade deverá ser corrigida através dos mecanismos que estão à disposição dos consumidores.

O contrato de franquia, por sua vez, além de se tratar de uma relação empresarial, o que já implica numa série de especificidades, é um contrato altamente complexo, haja vista que dispõe sobre definição e conceitos, âmbito e limites de utilização da marca, produtos, territorialidade, publicidade, não concorrência, padrão de qualidade, supervisão, regras de treinamento pela franqueadora e de condutas operacionais a serem observadas pelo franqueado para o regular desenvolvimento da franquia e, por fim, questões inerentes ao término da relação contratual, suas consequências e efeitos.

Em suma, os Contratos de Franquia são baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual e traz consigo a relativização da autonomia das partes e do *pacta sunt servanda* visando alcançar o equilíbrio necessário para que a relação empresarial ali envolvida deslanche e ambas as partes consigam alcançar suas metas sem que a relação se torne predatória entre as partes.

Em outras palavras, resta evidente que a autonomia das partes ainda é vital dentro das relações contratuais e que o *pacta sunt servanda* se encontra presente no ordenamento, razão pela qual, a força obrigatória do cumprimento do pacto contratual continua como imperativo na relação contratual.

Contudo, a função social dos contratos e todos os outros princípios norteadores do direito e das relações contratuais ganharam força e hoje relativizam consideravelmente a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* já que esses preceitos clássicos não ocupam mais a posição absoluta e inquestionável de antes, devendo sempre estar em equilíbrio com os demais, sem que isto, necessariamente, represente que há alguma insegurança jurídica.

## 6. **BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais. v. III. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, v. 7, n. 27, jul./set., 2006.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil; 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos v. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GOMES, Orlando. Contratos. Edvaldo Britto (Cord.). 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 778.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA-MARTINS, Judith. (org.). A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil brasileiro, Obrigações e Contratos. 16. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: COSTA-MARTINS, Judith. (org.). A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: 2001.

BUGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis, 12<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 2000.

REALE, Miguel, site: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, obtida às 16h30 do dia 28/02/2014.