



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

JOSSAN BATISTUTE

**CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADE EM *SHOPPING*
CENTER:**

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* NO
ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.245, DE 18 DE OUTUBRO DE 1991,
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS DO
DIREITO CONTRATUAL

JOSSAN BATISTUTE

**CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADE EM *SHOPPING*
CENTER:**

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* NO
ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.245, DE 18 DE OUTUBRO DE 1991,
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS DO
DIREITO CONTRATUAL

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito Negocial da Universidade Estadual de
Londrina – UEL, como exigência parcial para
conclusão do curso de Pós-graduação *Stricto*
Sensu, com área de concentração em Direito
Negocial, e linha de pesquisa referente às
Relações Negociais no Direito Privado.

Orientadora: Professora Doutora Rita de
Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca
Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (Cip)

B333c Batistute, Jossan.
 Contratos de utilização de unidade em shopping center : análise do princípio do *pacta sunt servanda* no artigo 54 da lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, frente aos princípios contemporâneos do direito contratual / Jossan Batistute. – Londrina, 2013.
 132 f.

 Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.
 Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.
 Inclui bibliografia.

 1. Contratos – Teses. 2. Obrigações (Direito) – Teses. 3. Responsabilidade (Direito) – Teses. 4. Direito privado – Teses. I. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.4

JOSSAN BATISTUTE

**CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADE EM *SHOPPING*
CENTER:**

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* NO ARTIGO
54 DA LEI Nº 8.245, DE 18 DE OUTUBRO DE 1991, FRENTE AOS
PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CONTRATUAL**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como exigência parcial para conclusão do curso de Pós-graduação *Stricto Sensu*, com área de concentração em Direito Negocial, e linha de pesquisa referente às Relações Negociais no Direito Privado.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a. Dr^a Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof Dr. Giovanne Henrique Bressan Schiavon
Pontifícia Universidade Católica do Paraná -
PUC

Londrina, 03 de julho de 2013.

Dedico este trabalho à Humanidade e à
Carolina Emi Nishimura Batistute !

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Pai Celestial que sempre me tem acolhido, protegido, instruído, bem como dado incontáveis e ilimitados cuidados por este ainda 1/5 de vida (no mínimo).

À minha orientadora, pelo exemplo de ser humano, de professora e de jurista que tem sido ao longo de todos estes anos que a conheço, bem como pela sempre oportuna tolerância, compreensão, incentivo e diretrizes nos estudos e pesquisas.

À professora Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, pelos precisos apontamentos e contribuições para o presente trabalho.

Aos meus pais (Rubens Batistute e Clarice Prado Batistute) que sempre em mim acreditaram, apoiaram e incentivaram, bem como constantemente têm me direcionado nos bons caminhos em sociedade, bem como ao meu irmão (Éramis) e toda a sua família (Cintia, Pedro, Gabriel e o vindouro Caetano), pelo exemplo que o são para mim.

À querida e doce esposa Carla Cristina Nishimura Batistute pelo amor, carinho, companhia e pelo exemplo de prudência e benevolência, bem como por proporcionar daqui poucos dias a experiência efetiva da paternidade.

Aos meus amigos e irmãos que, de longa data, têm co-dividido a vontade em buscar e viver numa sociedade que um dia possa ser *Justa e Perfeita !*

Aos colegas mestrandos com quem compartilhei momentos reflexivos, tanto dos períodos como aluno especial e regular junto ao mestrado desta querida U.E.L., como também do curto período como aluno regular junto ao mestrado em Direito na Unimar.

Aos clientes na advocacia, assim como aos alunos e colegas da docência, todos constituindo também motivos para o estudo e aperfeiçoamento a cada dia.

A todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, ao resultado ora alcançado.

*Conhecer e pensar para agir; Pensar e agir
para progredir!*

Jossan Batistute

BATISTUTE, Jossan. **Contratos de utilização de unidade em *Shopping Center***: análise do princípio do *pacta sunt servanda* no artigo 54 da lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, frente aos princípios contemporâneos do direito contratual. 2013. 132 f. Dissertação (mestrado em direito negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2013.

RESUMO

Analisa se o artigo 54 da lei do inquilinato está em sintonia com a atual principiologia regente do direito contratual brasileiro. Relata a superação da dicotomia entre direito público e privado e apresenta na Constituição Federal as bases do direito privado e contratual, fato possível diante da reordenação valorativa do direito civil. Fala-se da formação dos contratos, especialmente a fase da policitação ou oblação – de maior importância ao presente estudo. Distingue a liberdade de contratar da liberdade contratual, esclarecendo que há fatores econômicos que refletem na igualdade e na liberdade na definição do conteúdo contratual. Abordam-se os princípios da autonomia da vontade (e sua diferenciação com a autonomia privada, bem como sua evolução histórica), da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda* e o reconhecimento de que a sua aplicação irrestrita é causa de injustiças) e do consensualismo. Averigua o princípio da função social do contrato e o da boa-fé (em especial, na sua face objetiva), bem como as consequências e importância da materialização destes princípios no Código Civil. Aborda sobre a interpretação jurídica e suas peculiaridades (especialmente no Direito contemporâneo), inclusive no que se refere a tal encargo do jurista e repercussões nos negócios jurídicos. Aproveita para já fazer algumas inserções sobre questionamentos se de fato é bem interpretado e aplicado o artigo 54 da lei 8245/1991. Na sequência, analisa o instituto da segurança jurídica nos tempos em que o *pacta sunt servanda* reinava absoluto a na atual sistemática jurídica, tendo então abordado sobre o que se entende por Justiça. Apresenta ainda a obrigatoriedade do Judiciário em não apenas julgar, mas em harmonizar o sistema jurídico nacional, fazendo referência à repercussão das normas de ordem pública na vinculação da decisão do juiz. Menciona ainda que as abusividades que devem ser extirpadas pelos magistrados podem ser encontradas em contratos civis/consumeristas e também empresariais, sejam paritários, pseudo-paritários ou mesmo nos padronizados/adesão. Ressalta a importância da magistratura na paz social. Aprofunda a reflexão sobre os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, suas características e natureza jurídica (tendo sido apresentadas divergências doutrinárias significativas). Fez-se análise de diversas jurisprudências nacionais a respeito da aplicação do artigo 54 da lei locatícia e a figura do *pacta sunt servanda* e, sobre isso, aponta o equívoco na interpretação majoritária que tem prevalecido nos Tribunais. Menciona a necessidade de regulamentação da atividade mercadológica estudada, bem como os vários motivos que facultam (na verdade, obrigam) o Judiciário a refletir com maior profundidade os contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*. Ao final, apresenta manifestação doutrinária no sentido de haver necessidade de mudança jurisprudencial, tendo sido colacionada uma decisão judicial que, de maneira salutar, contraria a atual posição do Judiciário, mostrando sintonia com o presente estudo.

Palavras-chave: Contrato. *Shopping Center*. Decisões judiciais. *Pacta Sunt Servanda*. Paradigma doutrinário. Mudança. Direito privado contemporâneo.

BATISTUTE, Jossan. **Contracts of utilization of unit in *shopping center***: analysis of the principle *pacta sunt servanda* in the article 54 of law nº 8.245, from october 18th of 1991, towards the current principles of contractual law. 2013. 132 p. Dissertation (Master degree in Negotial Law) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2013.

ABSTRACT

This research analyses the article 54 of Location Estatute which is coincident with the recent principology of Brazilian contract Law. It reports the overcoming of the dichotomy between public and private rights and it presents on Federal Constitution the basis of private and contract right, fact possible towards the valorative reordination of civil right. It reports the contract formation, mainly regarding the phase of offer or oblation – of major importance to the present study. It also distinguishes the freedom of hiring and contract freedom, clarifying that there are economic factors which reflect on the equality and on the freedom of the definition of the contract content. It approaches the principles of will autonomy (and its diferentiation between private autonomy, as well as its historical evolution), mandatory force of contracts (*pacta sunt servanda* and the recognizing that its aplication is cause of injustice) and consensualism. It verified the principle of social function of contract and good-will (mainly in its objective face) as well as the consequences and importance of materialization of such principles in Civil Code. It approached the Law interpretation and its particularities (mainly in current Law), including what refer to such the responsibility of the jurist and its repercursion to Law business. It also approached some insertions on the inquiry whether it is well interpreted and applied the article 54 of Law 8245/1991. Then, it was analyzed the institute for Law security in the times *pacta sunt servanda* was absolute and in the current juridic systematic, approaching what it means by Justice. It was also presented the mandatority of Judiciary not only to judge, but also in harmonize the national juridic system, making reference to the repercursion of rules of public order in the judge`s decision. It was also mentioned that the abuses which should be extirpated by the bench might also be found in civil/consumerist contracts and also in business, either they are parity, faked- parity or even standard/adhesion. It was highlighted the importance of the bench in social peace. It was stressed the reflection on the contracts of the utilization of unities in Shopping Center, its characteristics and its juridic nature (have been presented meaningful doutrine divergences). It was analyzed several national jurisprudence regarding the aplication of article 54 of the Tenancy law and the figure of *pacta sunt servanda*, and about this, it was pointed the quirck of major interpretation which has prevailed in Courts. It was mentioned the need of regulamentation of the studied market activity, as well as the several reasons which provide (actually, oblige) the Judiciary to reflect further the contracts of utilization of unities in Shopping Center. Finally, it was presented several doutrinary manifestations in the sense of having the need of jurisprudential change, having been placed a judicial decision that, in a salutar way, goes against the current position of Judiciary, in agreement with the current study.

Key words: Contract. *Shopping Center*. Law decision. *Pacta Sunt Servanda*. Doutrinary paradigm. Change. Current private Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ANÁLISE GERAL ACERCA DOS CONTRATOS: VISÃO CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA	12
2.1	DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS	14
2.2	DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	20
2.2.1	Liberdade Contratual e Liberdade de Contratar	24
2.3	DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS E CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CONTRATUAL PRIVATISTA	31
2.3.1	Princípios da Autonomia da Vontade, da Autonomia Privada, da Força Obrigatória dos Contratos (Pacta Sunt Servanda), e do Consensualismo	32
2.3.2	Princípio da Função Social dos Contratos.....	42
2.3.3	Princípio da Boa-fé Objetiva	51
3	DA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL POR UM AGENTE EXTERNO	61
3.1	DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL ÚTIL À RELAÇÃO LOJISTA-EMPREENDEDOR EM SHOPPING CENTER	62
3.2	DA SEGURANÇA JURÍDICA DO PACTA SUNT SERVANDA À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PELOS PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS NOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM SHOPPING CENTER	73
3.3	DA OBRIGAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL	80
4	DA NECESSIDADE DE RELEITURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM SHOPPING CENTER	88
4.1	DO CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM SHOPPING CENTER E SUA DISTINÇÃO COM O CONTRATO DE LOCAÇÃO	88

4.2	DO ARTIGO 54 DA LEI DO INQUILINATO E A INTERPRETAÇÃO FEITA PELO JUDICIÁRIO	101
4.3	DO DEVER DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM SHOPPING CENTER COM A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS.....	105
	CONCLUSÃO	117
	REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	120
	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	121
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre o posicionamento do Judiciário ao aplicar o artigo 54 da Lei do Inquilinato (lei nº 8.245, de 1991). Esta norma se refere à atividade comercial de *Shopping Center* e contém o princípio do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos), apresentando ainda como pressuposto a liberdade contratual de pretensos-lojistas e empreendedores.

Mas será mesmo que existe esta liberdade contratual entre os negociantes? Poderia o Judiciário eventualmente ter confundido a liberdade contratual com a liberdade de contratar?

Para se analisar adequadamente tal assunto deve-se partir do estudo sobre as bases estruturais do direito contratual privatista contemporâneo, motivo pelo qual o melhor caminho é voltar-se aos preceitos constitucionais e principiológicos do tema. E quais seriam atualmente os princípios mais importantes regentes das relações contratuais? Como se dá a harmonização dos mesmos nas discussões jurídicas e na solução dos casos em concreto?

Diante deste cenário, vê-se como necessário o estudo sobre a formação dos contratos, especialmente quanto à fase da policitação. Por conseguinte, indispensável será enfrentar o tema dos contratos de adesão e contratos paritários. Afinal, se se tratar de contrato de adesão, seria adequado falar em liberdade contratual nos pactos de utilização de unidade em *Shopping Center*?

O artigo 54 da Lei do Inquilinato acima citada prevê expressamente que, na relação entre lojista e empreendedor de *Shopping Center*, há de prevalecer o que tiver sido livremente pactuado (Brasil, 1991). Com base neste texto legal, e na aplicação do *pacta sunt servanda*, a imensa maioria de decisões judiciais resolvem as lides processuais. Mas isso está correto? Como fica a relação entre segurança jurídica e justiça diante da aplicação dos princípios contratuais e a solução que tem dado o Judiciário?

Para uma compreensão dos assuntos que envolvem o *Shopping Center*, necessário se fará também que sejam averiguadas as suas principais características, bem como a natureza jurídica dos contratos que envolvem tais empreendimentos comerciais e a utilização de suas unidades. Seria mesmo um contrato de locação como diz a referida lei? Está-se diante de um condomínio, uma sociedade em conta de participação ou um contrato atípico? E qual legislação

efetivamente aplicar acaso se esteja diante de um contrato atípico se o mesmo também for misto?

Após tal etapa, há de se voltar os olhos e a pesquisa sobre os deveres do magistrado para com a justiça e a paz social. Neste aspecto, interessante será uma análise dos casos reais julgados pelo Judiciário a fim de se saber qual é a postura atualmente tomada nas decisões.

Tais indagações todas não de ser esclarecidas averiguando-se o posicionamento doutrinário e também as peculiaridades destes contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*.

2 ANÁLISE GERAL ACERCA DOS CONTRATOS: VISÃO CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA.

Através dos contratos os pactuantes vinculam-se, estabelecendo direitos e obrigações, dentro dos limites do ordenamento jurídico vigente.

O contrato é uma forma especial das pessoas alcançarem os objetivos em sociedade, fazendo também com que o próprio Direito, ao permitir se contratar tudo que esteja dentro do campo da licitude, realize a sua finalidade (Reale, 2009).

Neste compasso, a formalização das negociações propicia melhores condições de prova, aumentando assim o nível de segurança jurídica quanto à realização do fim almejado no pacto. Telles bem aponta que a materialização da declaração de vontade traz precisão e vinculação às partes envolvidas, a saber:

A incorporação da declaração de vontade num documento tem grandes vantagens. Facilita a prova: a declaração ganha estabilidade, perdendo o carácter fugaz e passageiro das declarações verbais (verba volant, scripta manent) e ao mesmo tempo adquire precisão e clareza [...]. (TELLES, 1965, p. 120).

Ocorre que o fato de se expressar no papel (ou na realidade virtual) as obrigações, por si só, não quer dizer que o negócio seja integralmente adequado do ponto de vista jurídico, eis que necessária se faz sua interpretação e análise normativa, especialmente quanto ao segmento principiológico.

Então, como elementos jus-científicos que sustentam o direito contratual (e, portanto, devem ser respeitados e harmonizados para não ruir a estrutura do ordenamento jurídico), têm-se princípios clássicos e contemporâneos. Dentre aqueles a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e o consensualismo e, nestes, princípios como a função social do contrato e a boa-fé contratual.

Porém, a aplicação dos princípios clássicos e contemporâneos nem sempre se realiza de maneira harmônica, pelo contrário até, eis que doutrina e jurisprudência divergem sobre a prevalência de um ou outro.

Tanto assim o é que, com o surgimento dos princípios contemporâneos através de seus desenvolvimentos doutrinários, há quem cogitou da morte do princípio do *pacta sunt servanda* (como adiante será visto).

Todavia, em interessante estudo sobre Roppo (seja apresentando-se como Enzo ou como Vincenzo), Vanzella faz as seguintes considerações no sentido de que não se deve falar em morte do princípio da força obrigatória dos contratos, a saber:

Para Vincenzo, porém, não precisamente o fim, mas sim a relativização do *pacta sunt servanda* é o cerne do “novo paradigma contratual”. Como Enzo, também em tema de proteção do contratante mais fraco, assume esta como um dado normativo imposto não somente por questões de equidade e justiça, mas sobretudo pela tutela do próprio funcionamento do mercado: empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de posição dominante, e sim pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos [Il contratto, 904]. (VANZELLA, 2005, p. 224)

Certo está Roppo nas reflexões acima, pois evidente que não se pode falar em morte/fim do princípio, mas sim na necessidade do mesmo harmonizar-se com os demais princípios da nova sistemática jus-contratual. Nesta se tem a aplicação dos princípios contratuais iluminados pelos preceitos constitucionais que tratam da matéria.

Neste sentido, elementos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e sua repercussão na personalidade, função social da propriedade, dentre outros, podem também contribuir (e de fato contribuem!) na solução de lides ou mesmo na busca pela melhor interpretação de um caso em concreto.

A respeito da afirmação acima, salutar é reforçá-la com os ensinamentos de Perlingieri, quais sejam:

A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípuo e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade que se torna, assim, o meio para a sua realização. (PERLINGIERI, 2002, p. 38)

Portanto, ao se estudar os princípios clássicos e os contemporâneos, deve-se fazê-lo com a mente aberta à melhor compreensão e

aproveitamento jurídico, contribuindo assim também para o desenvolvimento da sociedade.

Diante disso tudo, veja no tópico seguinte as reflexões e vinculações entre a Norma Maior de 1988 (Constituição Federal) e os preceitos contratuais, como também a respeito da formação dos contatos e da importante diferença entre a liberdade de contratar e liberdade contratual. Na sequência, se analisarão mais detalhadamente os princípios tradicionais e contemporâneos do direito contratual privatista.

2.1 DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Feita a inicial apresentação sobre o plano contratual no sistema jurídico atual, cabe agora analisar as disposições constitucionais a respeito. Sendo assim, se faz imperioso dizer que *constituídas* estão no ordenamento jurídico as bases normativas para celebração de negócios jurídicos (em especial, os contratos), através da Norma Maior de 1988.

Em que pese ser uma afirmação razoavelmente bem aceita atualmente, tem-se que até pouco tempo (menos de três décadas) tal consideração destoaria do entendimento doutrinário e jurisprudencial, já que se tinha o Código Civil como a “Constituição” do Direito Privado, não havendo que se falar em utilização da parte pública do ordenamento jurídico. Afinal, como ensina Negreiros:

[...] o paralelismo entre direito civil e direito constitucional fica representado pela existência de duas “Constituições”: ao lado da Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a “Constituição da vida privada”, baseada na propriedade e no contrato [...] (NEGREIROS, 2006, p. 49).

Apesar de atualmente se considerar inconcebível tão significativa dicotomia no sistema jurídico, tal situação era vista com naturalidade já que a Constituição Federal seria para resguardar as garantias mínimas de direitos e maçoçamente para tratar das questões que envolvessem o Estado, ou seja, não se imiscuía nas relações privadas, especialmente nos contratos.

Isto é o que traz Pastre, a saber:

Vale dizer, então, que a Carta Magna era dirigida apenas às relações em que o Estado estivesse em um dos pólos, ou seja, era a integração ou não do ente estatal que comandava a utilização de um diploma legal, relacionado ao direito público, ou outro, relacionado ao direito privado. Para o indivíduo, servia o texto constitucional apenas como forma de garantir direitos mínimos; importava, então, para a proteção daquele frente ao poder de império do Estado. (PASTRE, 2011).

Ocorre que esta dicotomia absoluta deixa de fazer sentido numa ideia de sistema jurídico, tanto assim o é que Efig (2002) traz consideração a respeito da não mais possibilidade desta separação; de ser inconcebível tal distinção e afirmação de que um ramo é para o dia a dia em sociedade e que o outro trata apenas das questões estatais; dizendo ainda que a Constituição é aplicada a tudo o que acontece no país e não apenas ao Estado.

Insta mencionar que também não se pode equivocadamente ir para o lado oposto da reflexão (pois assim não o fizeram os autores citados), como se não existissem normas específicas do Direito Privado e outras do Direito Público. Não se colocou tudo num “balaio de gato”. O que se pretendeu é dizer que não são compartimentos isolados no Direito, mas logicamente que não são a mesma coisa, cada qual tendo características peculiares, mesmo na área contratual – por exemplo, há exigências específicas (licitações) na contratação com o “poder público”.

Neste sentido também é o ensinamento de Marquesi, embora bem destaque ao expor ainda que a distinção é válida do ponto de vista do ensino jurídico, quer dizer, didaticamente. Todavia, salienta que não se pode sequer cogitar de um Código Civil que baste por si só à solução das demandas contemporâneas. São as palavras dele:

Hoje não é possível nem razoável conceber a idéia (sic) de antagonismo entre Direito Público e Direito Privado, compartimentalizando-os. A classificação ainda permanece e se justifica. O Direito é uma ciência e, como tal, precisa ser estudado em suas várias manifestações. Para PAULO NADER, a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado é útil no plano didático e benéfica do ponto de vista prático, pois favorece a pesquisa, o aperfeiçoamento e a sistematização de princípios de um gênero e outro [02]. Assim, é válido buscar critérios de distinção, mas essa tarefa, advirta-se, deve ser empreendida afastando-se duas falsas premissas: a idéia (sic) da contraposição entre aqueles ramos do direito e a noção de completude do Código Civil. (MARQUESI, 2005).

Ademais, interessante apontar que, salvo as novéis normatividades (Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002) que impactaram na forma de interpretar, não houve mudança da legislação que impusesse de maneira abrupta uma aplicação literal nos casos em concreto. Não existe um marco específico ou um *dies a quo*, eis que a alteração de comportamento dos juristas ocorreu em nível de entendimento, de reflexão, ou seja, através da evolução doutrinária surgiu a nova interpretação sistêmica das diretrizes jurídicas nacionais, o que, por conseguinte, é fruto da evolução do conhecimento ao longo de anos, décadas.

Sem dúvida que o surgimento da Constituição Federal de 1988 ajudou e muito na inovação (Marquesi, 2005) quanto à integração interpretativa do ordenamento jurídico, eis que a Norma Maior brasileira atual é bastante principiológica. Ocorre que a própria Constituição é produto e produtora da evolução social ocorrida ao longo de décadas (consequência lógica e real do brocado “O direito está para a sociedade assim como esta está para aquele” – Reale, 2009), do amadurecimento da sociedade, dos sofrimentos e felicidades colhidas ao longo da vida de cada ser aqui vivente.

Assim, verifica-se que esta Constituição Federal que abarcou “n” princípios e valores sociais também decorre de problemas políticos ocorridos no mundo (guerras mundiais, anti-semitismo e extermínios baseados em regras jurídicas) e no Brasil (ditadura militar; AI 5, dentre outros).

Além disso, os sistemas jurídicos fechados (códigos e a falível ideia de sua completude) não mais davam conta das necessidades humanas diante de novos modelos econômicos, massificação de contratos, por exemplo. (Lisboa, 2005).

Com tais problemas sociais e também diante da tentativa de se implementar (com efetividade) um Estado do Bem-Estar Social, viu-se a necessidade de ampliar as expressões jurídicas com a introdução de normas de conteúdo abstrato, principiológico, bem como de se alargar o texto constitucional com a inclusão de vários direitos e garantias, tornando-o prolixo.

Tais acontecimentos também acabaram (satisfatoriamente) por proporcionar uma nova perspectiva constitucional. Pugliese (2010) ensina que as características do que se chama neoconstitucionalismo podem ser assim apresentadas: a) o reconhecimento da supremacia das normas constitucionais; b) a atribuição de caráter normativo à Constituição (em especial nas partes de seu conteúdo que apresentam princípios); c) a interpretação das normas a partir da

Constituição, ainda que em confronto com o Direito Privado; d) O surgimento de um posicionamento programático diretivo a fim de realizar a interpretação constitucional.

A hermenêutica e os métodos interpretativos tornam-se então cada vez mais relevantes e importantes ao desenvolvimento social e ao próprio aprimoramento jurídico, estabelecendo-se ainda que, nos Estados que possuem uma Constituição rígida, a interpretação constitucional é meio que garante a estabilidade do sistema e das instituições (Bonavides, 2010).

Neste sentido, as ideias de Estado Democrático de Direito, de dignidade da pessoa humana, por exemplo, são fundamentais à nova compreensão do direito civil e dos contratos dele advindos.

Por conseguinte, deve-se analisar a Constituição como “[...] uma síntese ética, política e jurídica resultante do caminhar da humanidade.” (GOMES, 2011, p. 321) e, a partir daí, então obrigatoriamente interpretar os contratos.

Sendo assim, promoveu-se um olhar sobre o direito civil, o Código Civil e, também, sobre os contratos, o que foi muito salutar à evolução deste núcleo de normatização social. Veja as palavras de Negreiros sobre esta reordenação valorativa do direito civil:

[...] nutrindo-se desta força normativa atribuída aos princípios constitucionais, a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição. (NEGREIROS, 2006, p. 56).

Com tais esclarecimentos, cabe também trazer a contribuição complementar de Lisboa, que bem sintetiza o pensamento contemporâneo ao expor sobre o direito (inclusive o Direito Privado) na pós-modernidade da seguinte maneira:

A individualidade deve se nortear, no direito pós-moderno, pela coexistência e pelo respeito. E mesmo nas relações contratuais prepondera a necessidade de segurança e de proteção da vida e dos elementos bio-psíquicos da pessoa. A pessoa passa a ser o centro das atenções e a prioridade da ciência jurídica. (LISBOA, 2005, p. 124).

Desta forma, os juristas intérpretes (advogados, juízes, promotores, professores) e toda a população (contratantes em geral) passam a seguir outra autoestrada jurídica para confecção dos contratos. Se assim ainda não o é em plenitude, pelo menos deveria passar a ser !

Afinal, a Constituição tem normas regentes das relações jurídicas/contratuais como o muitas vezes citado *princípio da dignidade da pessoa humana* (Negreiros, 2006) inserido em seu artigo 1º, inciso III, e que implica na ideia da função social do contrato, na proteção do vulnerável e do hipossuficiente, na boa-fé e probidade (Lisboa, 2005); o *princípio da isonomia* (Lisboa, 2005) apresentado no seu artigo 5º, inciso I; o *princípio da solidariedade social* (artigo 3º, I) (Tartuce, 2011).

Como visto, o rol principiológico é vasto e deve ser aplicado nas relações contratuais privatistas. Sobre isso, bastante objetivo e conclusivo foi Tepedino ao expor sobre os princípios agora regentes do sistema civil:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. (TEPEDINO, 2001, p. 7).

Por sinal, sobre estes princípios e vários outros, embora sua conceituação seja de difícil conclusão, traz-se a definição de Mello, a saber:

“[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, 2000, p.747-48).

Por sua vez, Silva (2001, p.96), desta forma conceitua os princípios: “[...] são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

Sendo assim, seja por um ou por outro doutrinador, tem-se que robusta importância da principiologia no Direito contemporâneo, dela não podendo (sob pena de praticar inconstitucionalidades e ilegalidades) o intérprete abrir mão de sua aplicação.

Interessante apontar também que estes princípios não são imposições do direito estrangeiro/alienígena e nem fruto da mentalidade exclusiva de um ou outro legislador, julgador, executor. Afinal, como bem ensina Tartuce (2011, p.82) “Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.”, portanto, verdadeiros mandamentos sócio-jurídicos.

A fim de analisar esta etapa, indispensável é a citação do ensinamento de Nalin, que muito bem sintetiza a atual tônica posição constitucional no sistema jurídico nacional ao se analisar as relações civis, mais especialmente as contratuais, a saber:

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do código civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isto é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüência (sic) da massificação negocial. (NALIN, 2008, p.93).

Como visto, Nalin ressalta a importância da pessoa humana no sistema jurídico e, diante das disposições constitucionais já referidas, pode-se dizer que aquela é colocada como ponto de partida, de passagem e de chegada de todos os atos jurídicos (o que inclui os praticados pelo agir ou pelo omitir-se) em sociedade. Tem-se então uma perseguição mais robusta à realização da justiça, da paz social, enfim, do bem em comunidade.

Desta forma, tem-se superada a dicotomia entre Direito Público e privado para efeitos de aplicação normativa, não havendo mais que se falar no Código Civil como a Constituição do Direito Privado. Assim, na Constituição Federal encontram-se as bases do Direito Privado e contratual. Vê-se então que nos últimos

anos promoveu-se uma reordenação valorativa do direito civil, o que é muito salutar aos próximos passos do desenvolvimento da sociedade.

Diante deste cenário normativo, cabe agora direcionar a reflexão a respeito de como os contratos são formados, pois a existência de tão aplaudidos elementos principiológicos não implica na certeza prática do respeito deles pelas partes pactuantes na relação contratual e, então, já na etapa da formação dos contratos pode haver ilicitudes. Analisa-se então a seguir.

2.2 DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Dentro do assunto abordado na presente reflexão, vê-se que não se está a discutir exigências ou efeitos dos contratos reais ou formais, mas sim aqueles que dependem apenas da vontade das partes para se concretizarem, ou seja, dos contratos consensuais, porque assim o são os pactos jurídicos envolvendo sociedades empresárias empreendedoras de *Shopping Center`s* e lojistas.

Feito este esclarecimento, cabe apontar o que bem destaca Pereira ao relatar que o contrato não nasce pronto, mas sim é fruto de uma sequência de atos, negociações e tratativas. Veja as considerações sobre o contrato:

[...] não nasce ele, entretanto, todo pronto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter. É, ao revés, o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise perfeitamente se destacam: negociações preliminares; proposta, aceitação. (PEREIRA, 2012, p. 32).

Neste contexto, tem-se que o Código Civil nos artigos 427 a 435 traz seção específica sobre a Formação dos Contratos (Brasil, 2002), podendo-se apresentar quatro fases do *iter* contratual: “Fase das negociações preliminares ou de pontuação”; “Fase de proposta, policação ou oblação”; “Fase de contrato preliminar” (que aqui não será analisada); “Fase de contrato definitivo ou de conclusão do contrato” (TARTUCE, 2011).

Destaca-se que a primeira fase mencionada não está contemplada no Código Civil, pois é anterior à proposta e, assim sendo, não há que se cogitar de responsabilidade civil contratual e nem de vinculação contratual.

Todavia, isso não quer dizer que não haja dever indenizatório/reparatório, eis que há a possibilidade da responsabilidade civil pré-

contratual nesta fase de debates ou negociações preliminares (Diniz, 2009; Tartuce, 2011). Isto pois, existe a obrigação normativa de sempre se manter a boa-fé objetiva (adiante estudada) e os deveres anexos de conduta, como o cuidado, colaboração, cooperação, informação, respeito, confiança, lealdade, probidade (Franzolin, 2009).

Dentre estas fases todas, a que chama maior atenção é a etapa da proposta, policitação ou oblação. Isto pois, se poderia cogitar sobre certa imutabilidade pactual nos contratos de utilização de unidade autônoma em *Shopping Center* partindo-se do que está disposto no artigo 427 do Código Civil, eis que este aponta que “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” (BRASIL, 2002).

Ocorre que muitas vezes, inclusive na relação empreendedor (titular do *Shopping Center*) e pretenso-lojista, as propostas envolvem aspectos gerais do contrato: como valor, forma e local de pagamento, e, eventualmente, sobre as garantias; início e término do contrato.

Diniz relata que tais núcleos principais são os “elementos essenciais [‘necessários’] do negócio jurídico proposto”, citando ainda como exemplos: “na compra e venda, o emitente da oferta deverá mencionar preço, qualidade, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento e documentação necessária para formalizá-lo.” (DINIZ, 2009, p. 51)

Uma vez se acertando sobre tais propostas que envolvem apenas os núcleos principais das obrigações mencionadas no parágrafo anterior, então a minuta do contrato (folhas e mais folhas) é encaminhada para apreciação e, algumas vezes, meramente para assinatura já que o empreendedor de *Shopping Center* (proponente/policitante) já o encaminha assinado e se mostra intransigente às modificações de cláusulas e deveres que podem realmente ser questionáveis.

As abusividades às vezes também se encontram em elementos secundários nas negociações, como, por exemplo, proibição de retirada de bens MÓVEIS; multa de 10% (dez por cento) AO DIA; reajustes de taxa/aluguel MUITO acima dos índices de inflação ou outros (como IGP-M, por exemplo), dentre outros.

Tais cláusulas obrigacionais na imensa maioria das vezes são entendidas como minúcias pelos empresários que, com certa naturalidade, não se atentam a elas numa eventual contraproposta, até porque elas normalmente nem estão contidas nas propostas dos policitantes.

Portanto, muitas das abusividades não formam objeto da proposta e aceitação, mas sim aparecem somente depois das negociações principais como uma imposição pelo lado hipersuficiente (financeiramente ou não) para assinatura pelo lado hipossuficiente (pretenso-lojista).

Nesta linha de reflexão sobre as realidades negociais, destacam-se ainda alguns pontos relevantes que devem (ou deveriam) ser analisados pelo Judiciário numa eventual demanda para discussão do pactuado, quais sejam: muitas vezes o aceitante está desacompanhado de instrutor jurídico (assessor, advogado ou outros) e desconhece a licitude ou não de obrigações inseridas pelo policitante; noutras situações, mesmo quando acompanhado e se fazendo os questionamentos (contrapropostas) ao proponente, este se mantém irreduzível pela posição privilegiada (aqui em especial dos empreendedores de *Shopping Center*) que se encontra em razão da lei da oferta e procura, mormente em momentos de “pujança econômica”, insegurança social nas ruas, reacomodação mercadológica e benefícios do centro de compras (estacionamento, segurança, pluralidade e concentração de serviços/produtos).

Normalmente grandes sociedades empresárias concentradoras de “poder” político-econômico-financeiro (redes nacionais ou multinacionais de administração de *Shoppings*) é que demonstram este enrijecimento negocial, constatando um forte desequilíbrio nas tratativas pré-contratuais e que é fruto da significativa vantagem econômico-financeira da proponente.

Sobre isso Jusefovicz assim expõe:

O fato é que a concentração crescente das empresas leva a um constante aumento do poder negocial no momento de firmar contratos e a uma elevação das possibilidades de predisposições unilaterais de cláusulas contratuais que reduzem as obrigações dos predisponentes, ou agravam as dos aderentes, não raro, por meio de “cláusulas contratuais gerais”. (JUSEFOVICZ, 2003, p. 159).

Grandes empreendimentos de fato muitas vezes acabam apresentando uma “quase indiferença” aos preceitos jurídicos de onde se encontram instalados, ou seja, praticamente desconsideram as normas onde geograficamente exploram as atividades econômicas. Por consequência, se fazem isso em relação aos ordenamentos jurídicos, é certo que darão pouca importância às contrapropostas do aderente e/ou aos seus direitos, já que fazem incluir em suas

minutas e contratos muitas (e às vezes flagrantes) disposições normativas que se pode dizer serem contrárias à legislação. Portanto, a fase de contrato definitivo ou de conclusão do pacto também há de ser analisada com bastante cautela.

Por sinal, Stiglitz (*apud* Pastre, 2011) aponta que houve significativa mudança no contexto político-normativo, eis que há cerca de 150 anos o estado-nação era o centro do poder político-econômico, mas que foi sendo reduzido em função da força econômica global através de entidades supranacionais (ricas e muito poderosas do ponto de vista político) que, inclusive, influenciam diretamente (lícita ou ilicitamente) nos ordenamentos jurídicos.

Sobre este poderio econômico de algumas sociedades empresárias, Pastre aponta como isso é realmente significativo através o seguinte exemplo:

a) a receita da General Motors foi de 191,4 bilhões de dólares (maior do que o PIB de 150 países); b) o Wal-Mart lucrou 285,2 bilhões de dólares (maior que o PIB total da África subsaariana). [...] algumas poucas empresas possuem recursos que somam as riquezas de vários países; são, portanto, capazes de influenciar não só a economia global, mas a nacional, inclusive com ingerência política e legislativa direta. (PASTRE, 2011).

Sendo assim, é bastante realista imaginar (ou mesmo constatar) que o estabelecimento de uma cláusula contratual (ou da íntegra do pacto) conforme a total e exclusiva vontade do proponente é algo bastante possível.

Por conseguinte, não se tem como evocar o artigo 427 (“Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” – Brasil, 2002) do Código Civil para se sustentar uma manutenção do que foi pactuado, para se alegar uma imutabilidade contratual, enfim, para justificar o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* diante analisado, seja porque os pontos questionáveis não fizeram especificamente parte da proposta ou então em razão da imposição pela proponente da proposta.

Cabe apontar que a justificativa do referido *pacta sunt servanda* é encontrada no art. 54 da Lei do Inquilinato (8.245/1991), a saber:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center:

a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas. (BRASIL, 1991)

Desta maneira, vê-se o quão equivocada está a irrestrita e ilimitada aplicação do artigo 54 da Lei do Inquilinato (que relata a prevalência do que foi pactuado) sem uma análise mais acurada por parte do intérprete, que é um dos pontos que se defende neste trabalho.

Dá-se a entender que a regra referida da Lei de Locações ainda está calcada na falsa aparência de que, havendo liberdade de contratar, haverá por si só legalidade e justiça do que venha a ser pactuado. Porém, sabe-se que não basta a liberdade de contratar, mas sim que haja também liberdade contratual.

Portanto, a análise da ocorrência da legalidade deve ser feita desde o momento da formação dos contratos, especialmente na fase da policitização ou oblação, eis que as propostas e negociações na prática não ocorrem como idealizado pelo artigo 54 da Lei Locatícia, tendo assim maior relevância a fase apontada para o assunto abordado.

Assim, igualmente importante agora é se averiguar a diferença entre a liberdade contratual e a liberdade de contratar, analisada no tópico a seguir.

2.2.1 Liberdade Contratual e Liberdade de Contratar

Iniciando-se a presente análise pela legislação, tem-se que o Código Civil expressamente prevê uma destas liberdades, a saber: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002).

No mesmo *codex* também se encontra a possibilidade das partes criarem contratos atípicos (como é o caso dos contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*), como assim se vê: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. (BRASIL, 2002).

Na legislação estrangeira também há normatividade semelhante, como é o caso de Portugal, a saber:

[...] está também expressamente autorizada na codificação civil portuguesa, constando do artigo 405º.: “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”. (SARDAS, 2008, p. 14).

Como visto, na legislação pátria tem-se a ratificação do que já se extraía da Constituição Federal, qual seja, que nas relações de Direito Privado é permitido às pessoas contratarem livremente, desde que não ofendam as normas de ordem pública e não ultrapassem as limitações privatistas.

Neste aspecto, tem-se entendido que a liberdade de contratar é pressuposto da liberdade contratual, eis que aquela é a possibilidade que todos tem de contratar, se quiser, enquanto a liberdade contratual diz respeito à capacidade de negociar quais os termos/conteúdo do pacto.

A liberdade de contratar decorre do princípio da autonomia da vontade, eis que abrange a faculdade das pessoas escolherem se querem ou não vincular-se em negócio com outra pessoa. Já a liberdade contratual decorre da autonomia privada e se refere à autonomia para definir o conteúdo do contrato. Bianca (1987) se refere a esta última situação como “auto-regulamentação das partes” (*apud* FIGUEIREDO, 2008, p. 21).

A respeito da diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, mais adiante será abordado, cabendo por ora tratar mais sobre esta distinção entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual.

Sobre isso, a liberdade de contratar é “[...] inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito existencial da personalidade advindo do

princípio da liberdade.[...] que ela está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado [...]" (TARTUCE, 2011, p. 85).

Sobre a liberdade de contratar, embora o escreva na citação adiante sem mencionar tal expressão, assim se manifesta Lisboa:

A liberdade do declarante em exteriorizar a sua vontade é inerente ao contrato. Desde os primórdios, após a superação do período em que prevalecia a vontade do mais forte, a idealização do contrato abrange a noção de liberdade de ambas as partes, a ausência de liberdade proporciona ainda hoje a desconstituição dos negócios jurídicos por vício de consentimento (coação). (LISBOA, 2005, p. 88).

HIRONAKA (2003) é precisa ao apontar que a liberdade de contratar é naturalmente ilimitada, a saber: “[...] a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, uma tal liberdade.”

Todavia, cabe lembrar que, mesmo a liberdade de contratar sendo algo próprio do ser humano, há também aí situações em que se têm limitações, como o fato dos proprietários de automóveis não terem opção quanto à contratação do seguro obrigatório - DPVAT; quando não se tem como escolher com quem contratar, como é o caso das concessionárias de serviços públicos. (Diniz, 2009). Pode-se ainda exemplificar outras limitações como a impossibilidade de se contratar livremente com a Administração Pública; as restrições às compras e vendas previstas no artigo 397 do Código Civil. (Tartuce, 2011).

Já no que se refere à liberdade contratual, a supremacia da ordem/norma pública é situação limitadora, restando então proibidos conteúdos contratuais contrários aos bons costumes. Há ainda de se apontar que o artigo 421 do Código Civil estabelece a função social como um princípio deveras limitador (ou, quiçá melhor, instrutor ou mesmo delimitador) da liberdade contratual. (Diniz, 2009).

Por sinal, ratificando a posição acima, pode-se dizer que “a liberdade contratual só se justifica através da premissa da utilização nos limites da função social (art. 421, do C.C.)” (JUSEFOVICZ, 2003, p.179).

Hironaka também faz importante contribuição a esta reflexão na medida em que ressalta o fenômeno da publicização do Direito Privado e que, em

prol de interesses extra-contratantes, promove a limitação da liberdade contratual. Veja as palavras dela:

Essa idéia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, por meio, então, da interferência estatal nas relações havidas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo, num último passo. (HIRONAKA, 2003).

Interessante lembrar que nem sempre se perquiriu (com a profundidade de discussões e importando-se com as limitações hoje existentes) sobre estes temas e esta diferença de expressões, eis que após a Revolução Francesa a plena liberdade era algo inquestionável. No fundo, era a “razão de ser” do modelo liberal então vigente – vivia-se a ideia do *laissez-faire* (BRITANNICA, ano não informado). Sobre isso veja as palavras de Pastre:

No período pós-Revolução Francesa, a liberdade de contratar era incontestável, já que presumia-se que ninguém contrataria em prejuízo próprio. A função social do contrato estava presente, então, na própria liberdade de contratar e a Constituição servia apenas como mecanismo de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal. (PASTRE, 2011).

Ocorre que o movimento senoidal da vida em sociedade e das ciências humanas apresentou ao longo do tempo que a imensa liberdade dada às partes era causa de injustiças e abusos.

Como já visto, a modernidade mostra um significativo poderio de sociedades empresárias globalizadas e isso acaba por repercutir diretamente nos contratos, situação a qual o Direito também acaba sofrendo reflexos ou mesmo intervenções diretas.

Lôbo assim ensina sobre isso:

[...] o monopólio estatal da legislação rejeita a pluralidade normativa. Mas os ordenamentos jurídicos têm demonstrado uma preocupante impotência diante das formas variadas de law-making power utilizadas pelas macroempresas. (LÔBO, 1991, p. 17-18).

Portanto, apesar de haver um regramento sobre o que é ou não aceito no regime jurídico, há ordenamentos paralelos que acabam tendo vida própria, na maioria das vezes clandestinamente (visto pelo lado do regime estatal),

como é o caso das normas consuetudinárias nas facções criminosas dos traficantes; nas aldeias indígenas; nos agrupamentos dos ciganos.

Diante do crescente poderio econômico de alguns segmentos, estes podem acabar por tentar uma “independência jurídica” na criação das normas (o que Lôbo acima citado mencionou como *law-making power*), passando a dizer o que é certo ou errado; o que deve/pode ou não ser feito para com eles negociar; por exemplo.

Neste sentido, as contratações hodiernas possuem como principais características a constatação da existência de um poder negocial em desigualdade entre os contratantes, bem como se evidencia a existência de cláusulas contratuais gerais.

Afinal, um dos lados do contrato privatista muitas vezes detém uma hipersuficiência (técnica, jurídica, econômica, dentre outras) e está extremamente bem posicionado diante dos sujeitos sociais que sofrem os reflexos da lei da oferta e procura.

Poder-se-ia alegar que este cenário somente seria uma realidade/verdade nas relações de consumo face à massificação do comércio. Todavia, vê-se que tal aspecto também é presente no meio cível-empresarial: “Esse quadro genérico da formação dos vínculos contratuais em economia de massa não diz respeito somente aos negócios de consumo. Também as relações interempresariais e as civis se inserem, hoje, em situações desse tipo” (COELHO, 1994, p.129).

Sobre as acima mencionadas cláusulas gerais, que são confeccionadas num único padrão para formação dos contratos e disponibilizadas a quem queira através delas contratar, Nery Júnior destaca que existem cinco características:

[...] preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração. [...] São estipulações feitas por um dos contratantes, o predisponente ou estipulante (unilateralidade), antes do consenso contratual (preestabelecimento), que servirão para regular os negócios do estipulante relativos àquela área negocial (uniformidade), no intuito de que o futuro aderente aceite em bloco os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e alcance (rigidez), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir sem distinção a todos que quiserem aderir às cláusulas gerais (abstração) [...] (NERY JÚNIOR, 1999, p. 448).

Nestas circunstâncias negociais tem-se a ausência (ou, no mínimo, a forte mitigação) da liberdade contratual e, face à concentração comercial, acaba-se às vezes não havendo também a liberdade de escolher com quem contratar.

Tanto assim o é que se chega a dizer que o Brasil vive numa sociedade *superoligopolizada*, eis que estudos oficiais (IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), baseados no índice Herfindhal-Hirschmann, alertam que indústria brasileira tem índice de concentração superior ao que os norte-americanos entendem como sendo algo preocupante demais (RUSSI, 1994).

Isto sem dúvida ocasiona desequilíbrios negociais e diversas repercussões jurídico-contratuais, como bem expõe Jusefovicz:

[...] os maiores problemas dos novos contratos estão ligados à desigualdade de poder de negociação e à pré-elaboração de cláusulas redigidas para beneficiar o predisponente. Na atualidade, o aderente não tem escolha; além de ter reduzida liberdade de contratar, também não tem liberdade contratual, ou seja, liberdade de determinação do conteúdo do contrato. Não há participação na formação do regulamento contratual e disso decorre a desigualdade de poderes negociais. (JUSEFOVICZ, 2003, p.160).

Na mesma linha de ideias Bierwagen (2002) assinala que não se pode falar em liberdade contratual, seja nas relações consumeristas ou nas empresariais (inclusive referente a empresários de médio porte), pois se tem uma limitação das opções do que se contratar e com quem se contratar. Aponta ainda que tudo isso é fruto da massificação das relações contratuais e que aqueles que aderem ao contrato proposto muitas vezes o fazem por questão de sobrevivência.

Embora divergente, importante trazer a opinião de Lôbo, eis que este defende que a desigualdade é restrita ao âmbito jurídico e que não se tem referência com a desigualdade econômica, já que seu foco e paradigma estão no momento da confecção do contrato. Veja as importantes palavras:

A desigualdade ou inferioridade do aderente é devida à inferioridade de previsão quanto ao conteúdo do contrato que adere às condições gerais. Em outras palavras: deve-se a não ter participado do regulamento contratual previamente determinado. [...] Essa desigualdade é jurídica; independe do equilíbrio de forças econômicas dos que se apresentam na relação contratual. É desigualdade de poderes contratuais. (LÔBO, 1991, p. 64-65).

Em que pese tal entendimento, vê-se que avançando mais às discussões e questionando sobre o motivo desta desigualdade jurídica na confecção do contrato, chega-se à reflexão que ora se está fazendo no sentido de que ela é fruto da desigualdade econômica, técnica, por exemplo.

Afinal, imagine-se um pequeno empresário, mesmo sendo muito mais bem assessorado (em termos de quantidade e qualidade advocatícia), poderia se curvar às exigências de um peticitante, mesmo que este não tivesse sequer um único jurista acompanhando a negociação.

Cabe então se perguntar se, numa situação como a narrada, se estaria diante de contratos de adesão ou contratos padronizados?

Referidos contratos não se confundem, embora em ambos possam ocorrer (e geralmente ocorrem!) as abusividades, conforme assim ensinado:

Os contratos padronizados têm base objetivista; neles importa saber se o negócio celebrado obedeceu ou não a um modelo pré-estabelecido. Já os contratos de adesão têm base subjetivista; sua característica básica está no fato de o contratante ter ou não condições de discutir as cláusulas. (Jusefovicz, 2004, p.84).

Interessante é também refletir no sentido oposto, eis que, mesmo que houvesse plena liberdade de contratar e íntegra liberdade contratual, ainda sim não se poderia dizer que as obrigações estabelecidas nos pactos seriam ou mesmo deveriam ser cumpridas a risca, ou então que não pudessem ser questionadas posteriormente.

Apesar de parecer estranho se se imaginar que os contratantes possam ter feito o contrato na mais ampla liberdade, tem-se que ainda assim podem haver ilegalidades, eis que há normas de aplicação cogente que regem o direito contratual.

Isto é o que se estudará no tópico adiante quando se abordará os princípios da sistemática civil-constitucional, especialmente os contemporâneos, sendo fornecidas pelas normas as instruções comportamentais à sociedade em geral, aos contratantes e ao Judiciário quando da análise processual de alguma demanda que a ele seja apresentada.

2.3 DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS E CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CONTRATUAL PRIVATISTA

A vida em sociedade contemporânea é um constante negociar, portanto, os contratos são cotidianamente instrumentos para tentativa de realização dos objetivos individuais e/ou sociais.

Sobre isso, Roppo confirma que o contrato é indispensável à vida empresarial e social, inclusive em relação à própria existência delas, a saber:

[...] um instrumento indispensável à atividade da empresa, é a sua forma jurídica predominante: mas a sociedade mais não é que um contrato; a estrutura típica da empresa capitalista é, portanto, uma estrutura contratual; e participar numa empresa econômica significa, hoje, ser parte de um contrato (de sociedade). (ROPPO, 2009, p. 67-68)

Além das diretrizes mais objetivas quanto à validade dos contratos (como as regras com quem se pode contratar, objeto lícito, por exemplo), tem-se a forte presença de elementos jurídicos abertos, como o são os princípios do direito contratual, estabelecido na Constituição Federal como já visto a respeito.

Portanto, há de se ter em mente que, após a Norma Maior de 1988 e o Código Civil de 2002, não mais se pode conceber o contrato e o direito contratual com base apenas nos princípios tradicionais/clássico (em especial, a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos), eis que se faz necessária a coexistência harmônica entre eles e a principiologia contemporânea (a exemplo da função social do contratual e da boa-fé objetiva).

Sobre esta reflexão, baseando-se nas palavras de Franzolin, pode-se dizer que:

O contrato se transformou. Ele passou a ser compreendido a partir do seu texto e do contexto no qual está inserido, rompendo a neutralidade axiológica e expandindo seu entendimento, além de receber, com mais intensidade, interferências sociais e econômicas. (FRANZOLIN, 2009, p. 140)

Sendo assim, já compreendida a existência de mudanças significativas nos paradigmas contratuais privatistas, vai-se adiante então conhecer os princípios mais importantes regentes das relações civis no âmbito contratual.

Antes disso, porém, necessário uma rápida passagem pelo tema dos princípios e, sobre isso, traz-se o ensinamento de Canotilho e Moreira, que citados por Silva, assim esclarecem: “Princípio são ordenações que irradiam os sistemas de normas, são condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais.” (SILVA, 2001, p.96).

Delgado bem aponta que os princípios são proposições “induzidas e indutoras do Direito”. É a manifestação dele sobre os princípios:

São os princípios jurídicos diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito. (DELGADO, 2009, p.18)

Figueroa salienta a distinção entre regras e princípio ao expor que “mientras que los principios suelen reclamar la intervención activa del operador jurídico, las reglas no la exigen o bien lo hacen sólo en menor medida””. (FIGUEROA, 1998, p. 131.)

A respeito ainda deste tema Alexy singularmente ensina que os princípios são “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado (...). Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. (...) Toda norma es o bien una regla o un principio”. (ALEXY, 2002, p. 87)

Feitos estes apontamentos, trata-se agora dos princípios mais relevantes nas relações civis contratuais.

2.3.1 Princípios da Autonomia da Vontade, da Autonomia Privada, da Força Obrigatória dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*) e do Consensualismo

Tema bastante tratado na doutrina, já que o princípio da autonomia da vontade (o que alguns preferem mencionar como princípio da autonomia privada quando se está a falar da liberdade contratual sobre si próprio) é de longa data aplicado.

Por sinal, a respeito desta diferença de entendimentos sobre qual denominação utilizar, Noronha traz o seguinte esclarecimento:

Autonomia de vontade é, portanto, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência o Direito Obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade como manifestação de vontade individual no campo do Direito, psicológica, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros. (NORONHA, 1994, p. 113).

Tartuce também acolhe o entendimento acima de Noronha ao se manifestar no sentido de que é necessária a substituição de expressões por melhor adequar-se ao contemporâneo entendimento a respeito da limitação da referida autonomia, “[...] o que leva a um caminho sem volta da adoção do *princípio da função social dos contratos*” (TARTUCE, 2011, p. 85).

Sobre a autonomia privada, portanto, vinculada à seara da liberdade contratual e assim na atribuição, condição e faculdade de poder tratar sobre o conteúdo do negócio jurídico, assim advém o ensinamento do direito italiano: “L’autonomia privata non è più la fonte esclusiva del contratto, nel senso que questo è espressione non più di autoregolamento ma di regolamento che há le sue fonti, oltre che nel contratto, nella legge, negli usi, nell’equità.” (PERLINGIERI, 1984, p.141).

Assim, pelo o que se extrai do acima citado, a despeito da autonomia privada, tem-se que ela não é absoluta, devendo entrelaçar-se harmonicamente com outros elementos que repercutem no Direito, como a própria lei, os usos, a equidade.

Isto é, pela autonomia privada não se pode estabelecer livremente no contrato os direitos e obrigações, havendo a necessidade se haver

compatibilidade de seu conteúdo com o contido no ordenamento jurídico então vigente.

Já no direito português têm-se os esclarecimentos de Cordeiro, a saber: “A autonomia privada corresponde assim a um espaço de liberdade jurígena atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.” (CORDEIRO, 2000, p. 217)

Interessante também trazer o ensinamento de Lorenzetti a respeito da autonomia privada, especialmente porque este lembra que a limitação da autonomia privada é fundamental a fim de evitar que alguém seja coagido a aceitar valores de grupo do qual não pertença. Assim traz Lorenzetti:

[...] trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, e de direção. Por outra parte, os valores coletivos, que se traduzem juridicamente em obrigações, não devem enfraquecer, mas completar e ajustar a normativa individual. Trata-se de valores legais que concorrem com a autonomia privada para produzir um efeito jurídico determinado. (LORENZETTI, 1998, p.540)

Dito isso, cabe fazer uma rápida evolução histórica. No Direito Romano o contrato (*contractum*) tinha significativa importância já que formava um vínculo jurídico diferenciado, especial, embora não tivesse a dimensão que a ele se deu ao longo dos séculos posteriores, em especial pós-revolução Industrial e Francesa.

Foi com o desenvolvimento da teoria da autonomia da vontade que o contrato ganhou um ponto de destaque no sistema jurídico, pois referida teoria, de “inspiração canônica, desenvolveu-se através dos estudos de filósofos e juristas, nos tempos que antecederam a Revolução Francesa, afirmando dogmas tais como a obrigatoriedade das convenções e a equiparação da vontade das partes à força da lei.” (SARDAS, 2008, p.6).

Tendo desenvolvimento robusto no direito francês, Hironaka (2003) bem aponta a respeito de dimensão do contrato em França: o “[...] contrato, tal como houvera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual.”

Veja-se que esta autonomia privada extremada que acabava por criar contratuais injustiças em função do conseguinte princípio da força obrigatória

dos contratos, mesmo recentemente em França ainda por vezes encontra – mas certamente sem tanta força na aplicação do conteúdo dos princípios – decisões que podem fazer lembrar os acontecimentos pretéritos.

Neste sentido é o apontamento adiante emitido pela doutrina portuguesa que, analisando autores e jurisprudências francesas, italianas e portuguesas, refletiu a respeito de decisões judiciais que determinavam a restituição do valor originalmente pago, mesmo que a decretação da nulidade do contrato tenha ocorrido muitos e muitos anos depois da negociação invalidada. Veja a menção à postura francesa:

A jurisprudência francesa relativa ao regime das obrigações pecuniárias caracteriza-se pela rigidez e pelo formalismo, oscilando entre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de longa duração e a rejeição da aplicação do princípio da boa-fé, fazendo prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda*. (SOTTOMAYOR, 2013, p. 559)

Assim, para melhor compreensão histórica, se faz importante trazer as palavras de Portes ao lembrar que a Revolução Inglesa também teve papel fundamental no raciocínio moderno da “sequencialização”/automatização da vida (tempo, industrialização, trabalho, lazer, bens, Direito, contratos), a saber: “Tal autonomia de vontade e valor legal do pactuado se fortaleceram na Revolução Francesa. Por sua vez a Revolução Industrial Inglesa iniciou a massificação contratual [...]” (PORTES, 2009, p. 163).

Sobre isso e com relação ao ponto de vista contratual, Efing aqui ensina que:

Com o período das revoluções (Industrial e Francesa), alterou-se a estrutura social, bem como se deu o surgimento de idéias (sic) trazidas por filósofos a respeito, especialmente, das relações entre classes. Elemento marcante do liberalismo foi a não intervenção estatal, o que possibilitou a livre regulação das relações pelos particulares, possibilitando a implementação do modelo capitalista. Nesta conjuntura social o contrato se consolidou numa estrutura de supremacia da autonomia da vontade (do interesse individual) fixada sobre os ideais de liberdade de contratar e igualdade das partes contratantes, além de princípios como *pacta sunt servanda*. (EFING, 2005, p.6).

Interessante ainda destacar a menção feita por Sardas a respeito de Rousseau e a ideia da força dos contratos, trazendo considerações mais precisas sobre o *pacta sunt servanda* e a importância tomada pelos contratos no passado:

Do conjunto destas regras, surge o princípio denominado *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser observados. Com o Contrato Social de Rousseau, os jusnaturalistas levaram o contrato ao seu apogeu, erigindo-o à própria base estrutural do Estado. O contrato não mais estava limitado a criar obrigações. Era agora o instrumento hábil para modificar ou extinguir qualquer direito. (SARDAS, 2008, p. 6).

Logicamente que ressalvados os limites legais, o princípio do *Pacta Sunt Servanda* diz respeito à “[...] irreversibilidade da palavra empenhada.” (FIGUEIREDO, 2008, p. 24). Lógico que não se pode utilizar estas poucas palavras para se imaginar (equivocadamente) que um contrato é sempre irrevogável ou irretroatável.

Todavia, por força do legalmente contratado, se imotivadamente um dos lados contratantes escolher não mais cumprir o contrato e acaso seja possível rescindi-lo, ter-se-á a aplicação de cláusula penal, por exemplo – o que traz consequências a aquele que não honrar a palavra empenhada.

A respeito dos contratos e da autonomia em confeccioná-los, é através deles que se pactuam direitos e deveres, e, tendo força vinculante, há então a possibilidade de coativamente exigir o cumprimento diante da *força de lei* que lhes é atribuída.

Sobre isso, Martins resgata os ensinamentos mencionando inclusive o Código Civil Francês, veja:

[...] uma das características gerais dos contratos é serem as suas condições livremente estipuladas pelas partes. Tratando-se de um acordo de vontades, é lógico que somente quando coincidem os pontos de vista das partes interessadas poderá realizar-se esse acordo. A livre estipulação pelas partes das condições contratuais é baseada no clássico princípio da autonomia da vontade, oriundo do art. 1.134, do C.C. francês, que o consagrou ao determinar que “as convenções legalmente formadas têm força de lei entre os que as fizeram”. (MARTINS, 1997, p. 81-82).

Indispensável é a menção ao direito francês, pois foi através do Código Civil de Napoleão que se materializou o pensamento da época, que era de

cunho individualista (fruto de um Estado Liberal e não intervencionista), e que se baseava na ideia de que o contrato igualaria as partes ou então proporcionaria a fim de conflitos sociais e econômicos. (Sampaio, 2004).

Enfim, calcado na cultura social francesa, as bases do direito contratual privatista (autonomia privada e força obrigatória dos contratos) ficaram apenas em dois dos vértices da revolução francesa, qual seja: liberdade e igualdade (embora esta tenha sido meramente formal, no máximo). Olvidou-se o vértice da fraternidade, já que reinaram os abusos praticados em função do que se tinha contratado.

Importante ainda relatar que o raciocínio jurídico e social francês foi o berço onde foi idealizado e gerado o Código Civil brasileiro de 1916. Portanto, o código anterior tinha no princípio da autonomia privada um dos fundamentos do direito obrigacional.

Todavia, o tempo mostrou a impossibilidade de se sustentar o argumento de que a justiça viria através do contrato. Na verdade se viu o oposto, já que os contratos passaram a ser utilizados para impor a vontade do soberano, seja do ponto de vista econômico ou outro.

Na realidade, no caminhar da humanidade, “[...] observou-se que este modelo não intervencionista, com esta liberdade irrestrita de contratar, acabava por acarretar o extremo oposto: a ausência de liberdade.” (LEITE, 2008, p. 27). Assim, pela autonomia, materializam-se as vontades das partes, criam-se direitos e deveres e, posteriormente em virtude da força legal atribuída ao pacto, exige-se coativamente da parte inadimplente.

Para se ter uma dimensão do rigor conceitual e prático dado ao princípio do *pacta sunt servanda*, vale resgatar o apontamento feito Gomes no início nos anos 80, portanto, anterior aos ideários contratuais contemporâneos trazidos pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil atual. Em sua manifestação, Gomes salienta que não era possível ao Judiciário modificar o contrato, podendo apenas decretar a sua nulidade ou declarar a sua resolução, veja:

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato e lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários a sua validade devem ser executados pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido.

Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinara ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorre motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou resolução do contrato nunca para modificação de seu conteúdo. (GOMES, 1984, p. 38).

Nota-se assim um conceito baseado no Estado Liberal (em que prevalecia o individualismo) e não no Estado Social introduzido nas últimas décadas em diversos países.

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, consagrou-se um ditado que extrapolou o campo dos juristas e acabou figurando comumente em sociedade, qual seja, de que o contrato faz lei entre as partes e, assim, não se tem outro caminho que não seja o cumprimento de sua integralidade.

Inclusive Figueiredo bem aponta que o artigo 1372 do Código Civil italiano traz justamente a expressão acima ao dizer: “Il contratto ha forza di legge tra le parti.” (FIGUEIREDO, 2008, p. 69). Disposição semelhante constou também no Código de Napoleão, de 1804, ao estabelecer em seu artigo 1134 o seguinte: “[...] as convenções legalmente formadas têm lugar de lei para aqueles que a fizeram.” (MARQUES, 2005, p. 59).

Logicamente que o entendimento da impossibilidade de modificação contratual, em função do efeito de lei dado ao pactuado, não mais prevalece face aos preceitos normativos que restringem a autonomia privada. Nada obstante, no citado texto, há referência a algo muito interessante, que é a manifestação através da convenção, aí extraído a ideia de consenso da vontade.

Neste aspecto, interessante é fazer uma breve menção ao princípio do consensualismo, afinal “[...] apenas há contrato mediante a declaração convergente de vontades acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo” (LISBOA, 2005, p. 89).

Curiosa e informativa a referência trazida por Gonçalves a respeito de Loysel (por sua vez citado por Cáo Mário Da Silva Pereira), que destacou a importância da palavra ao dizer que “os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra”, o que reflete no consenso a respeito de determinado pacto e na suficiência deste para a existência do contrato, não precisando assim fazer a entrega do produto vendido, como exemplifica Gonçalves (2011).

Ocorre que nem sempre é possível dar ao consenso uma absoluta credibilidade de que realmente ocorreu uma livre convenção. Afinal, os procedimentos negociais de massa na sociedade atual (“coletivização de direitos” – LISBOA, 2005, p. 90), como é o caso dos contratos padronizados e os de adesão, implicam numa transformação da convergência de vontades já que o aderente realiza “uma autêntica submissão às cláusulas pré-elaboradas” (LISBOA, 2005, p. 90).

Discorrendo sobre problemas provenientes de exageros contratuais que provocaram injustiças, destaca também que este “[...] consensualismo irresponsável originou-se da autonomia plena da vontade para a celebração de um contrato [...]” (LISBOA, 2005, p. 90), mas isso atualmente não mais vigora diante da necessidade de se respeitarem as normas de interesse social e as de ordem pública.

Neste sentido, além das compreensões já expostas, insta também trazer o conceito de autonomia privada feito por TARTUCE (2011, p. 85), qual seja: “[...] a liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses [...]. De qualquer forma, que fique claro que essa autonomia não é absoluta, encontrando limitações em normas de ordem pública”.

Portanto, não há uma plena liberdade decorrente do princípio da autonomia privada, eis que outros princípios e interesses externos repercutem intra-contrato a fim de reequilibrar as forças negociais e realizar justiça.

Por conta disso que Roppo (2009) aponta que atualmente vive-se uma redução do aspecto subjetivo da vontade e eleva-se a importância do ponto de vista objetivo.

Como se verá adiante, com base no princípio do *pacta sunt servanda*, em casos concretos o Judiciário ainda tem cancelado ilegais cláusulas e contratos, mostrando assim uma incompatibilidade com o ordenamento jurídico atual através de um posicionamento lamentavelmente engessado e ultrapassado.

Todavia, este estudo é justamente para se aprofundar as reflexões a respeito da inexistência de um reduto teórico-prático-conceitual de aplicação irrestrita do *pacta sunt servanda* e, por consequência, da possibilidade e necessidade de revisão dos contratos, como é o caso daqueles firmados para utilização de unidades autônomas em *Shopping Center*. Assim, ter-se-á maior probabilidade de se tentar ou mesmo alcançar a realização da igualdade real e da justiça.

Indispensáveis são as palavras de Lisboa (2005, p. 89) ao esclarecer que “A *delimitação da autonomia da vontade* constitui prioridade para se atingir o equilíbrio da relação contratual e a igualdade real que se almeja para ambas as partes”.

Para tanto, Bessone traz os contornos precisos ao relatar a necessidade de respeitar e cumprir o pactuado, desde que os termos definidos sejam justos, que não ultrapassem os limites advindos da ordem pública e dos bons costumes, por exemplo. Veja as palavras:

Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se. Sendo justo o contrato segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que de resto constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido. Podem, portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei ou quaisquer outros inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os seus efeitos, etc. Nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de circunscrever a apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição. (BESSONE, 1987, p. 34).

Em que pese tamanha importância na vida em sociedade, eis que os contratos regem o dia a dia de todos os vivos e não vivos, e mesmo diante de tais considerações e princípios abordados neste tópico, em lugar nenhum na Constituição Federal brasileira está expressa a existência destes princípios (autonomia da vontade/privada; força obrigatória dos contratos; consensualismo).

Todavia, os mesmos entendimentos podem ser extraídos de diversos de seus preceitos normativos, como no artigo 1º, IV, ao relatar ser

fundamento deste país e do estado democrático de direito a *livre iniciativa*, que também é novamente exposto no artigo 170, *caput*, ao trazer os fundamentos da ordem econômica; como no parágrafo único do artigo 170 que estabelece que é garantido (indistintamente) o *exercício livre* de atividades econômicas; que há *liberdade* de empresa e da livre concorrência (artigo 170, IV; e, em especial, o artigo 5º, II, traz que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer uma coisa a não ser *em virtude de lei* e que, se o fizer de maneira lícita (como na celebração de um contrato), então tal documento será considerado um *ato jurídico perfeito* e, assim, nem a lei poderá prejudicá-lo (artigo 5º, XXXV) – o que implica na força obrigatória dos contratos. (Brasil, 1988).

A fim de refletir sobre esta etapa, indispensável é resgatar os ensinamentos (advertências!) feitos por Bierwagen a respeito da continuidade da existência dos princípios citados (em especial o da força obrigatória dos contratos), mesmo diante dos princípios contemporâneos que adiante se estudará, a saber:

A suavização do princípio da obrigatoriedade, no entanto, não significa o seu desaparecimento. Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato, tanto que o Código civil de 2002, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado. (BIERWAGEN, 2002, p. 28).

Assim, como visto neste tópico, não há que se confundir a autonomia da vontade e a autonomia privada. Quanto a esta última, tem-se que ela mostra íntima relação com o conteúdo contratual que, por sua vez, mesmo diante da força obrigatória dos contratos (*Pacta Sunt Servanda*), ainda sim há de se lembrar que a aplicação irrestrita (sem limites) da autonomia privada é causa de injustiças, mesmo que tenha sido respeito o consenso necessário à existência ou validade do pacto.

Feito isso, passa-se à análise dos mais importantes princípios contemporâneos incidentes sobre a sociedade, as partes contratantes e os seus pactos.

2.3.2 Princípio da Função Social dos Contratos.

Quando se fala em função de algo, remete-se a uma funcionalização, ou seja, se refere à sua utilidade e sua repercussão em sociedade. Sobre a ideia e o significado de função de determinado instituto no sistema jurídico, assim pode-se dizer:

Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise, história e especialmente a ética, acabam, neste prisma interdisciplinar, se revelando como instrumento de análise do Direito [...].(NALIN, 2008, p. 215).

Aprofundando-se nos esclarecimentos, Perlingieri aponta que há de se observar também a referência à causa a fim de melhor compreender a função de algo. Assim ensina:

Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individuar e completar uma relação entre situações subjetivas. O credor, segundo seja a causa uma ou outra, tem, ou não, determinados poderes, obrigações [...]. (PERLINGIERI, 2002. p. 117)

Inevitável é prosseguir as reflexões sobre este tópico sem também trazer a expressa previsão legal a respeito da função social do contrato como limitação à liberdade das disposições contratuais. Diz o Código Civil: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2002).

Vê-se também que na própria codificação citada há ainda outro importante e forte texto normativo contido no parágrafo único do artigo 2035 que igualmente e de maneira expressa traz a repercussão da função social do contrato: “Art. 2.035.[...]. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” (BRASIL, 2002).

Portanto, o texto civilista é nítido, expresso e determinante de novos comportamentos/paradigmas sociais, não havendo que se falar em ignorar a sua

existência ou aplicá-lo com restrição, seja em qual espécie contratual for (pactos típicos ou atípicos, públicos ou privados, dentre outros).

Cabe apontar que Tartuce (2011) relata críticas à dicção legal da expressão “liberdade de contratar” contida no artigo 421 do Código Civil por ser mais apropriado utilizar “liberdade contratual”. Isto pois, esta significa a possibilidade de se disciplinar o conteúdo do contrato como já estudado neste trabalho. Portanto, na menção do artigo legal, é a liberdade contratual que pode sofrer as limitações referidas.

Também há relatos (Lisboa, Diniz, Tartuce) da existência de pretéritas afirmações de que, com o advento da Constituição Federal e diante das previsões do Código Civil, se estaria diante da morte dos contratos em face dos novos contornos doutrinários e legais dados ao princípio da autonomia privada, especialmente em razão das judiciais revisões contratuais, dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da probidade.

Todavia, diante do exposto no tópico anterior, apesar da evolução do entendimento a respeito da autonomia da vontade, passando pela análise da autonomia privada e seus aspectos da contemporaneidade, não se há que cogitar do fim dos contratos, da liberdade de contratar ou mesmo da liberdade contratual.

Afinal, como lembrou Hironaka (2003) “[...] como o ‘sonho de John Lenon’, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder.”. Tratando do assunto, assim ensina Diniz:

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana [...]” (DINIZ, 2009, p. 23-24).

Assim, ao se estabelecer a *função* de algo, está-se diretamente apontando que este algo passa agora a agir em virtude de algum padrão comportamental. Comparato (1983) aponta que o descumprimento da função (no caso, atualmente, da função social do contrato) acarreta um desvio de finalidade, caracteriza uma disfunção e, portanto, uma ilegalidade que precisa ser enfrentada pelo Judiciário.

A respeito da importância e da vinculação da palavra legal (*função*), disse: “[...] é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nesta matéria, como legitimação do poder.” (COMPARATO, 1983, p.61)

Cabe também trazer o complemento de Diniz através das suas indispensáveis palavras ao afirmar que esta ideia toda é a consagração do princípio da socialidade, que, por sinal, é um dos três pilares (ao lado da eticidade e da operabilidade) no anteprojeto do Código Civil de Miguel Reale, veja:

Amputa-se, assim, os excessos do individualismo e da autonomia da vontade. Consagrado está o princípio da socialidade. O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. [...] O contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade. (DINIZ, 2009, p. 22-23).

Com isso tem-se de maneira muito clara qual deve ser o fim almejado pelas partes ao contratarem e, acaso se distanciem destes preceitos tornando um dos lados mais vantajoso do que o outro, caberá ao Judiciário rever, modificar, desfazer o que tiver que assim ser feito no conteúdo e instrumento pactuado.

Veja-se neste sentido a afirmação quanto à possibilidade do Judiciário reconhecer a nulidade de contrato de *engineering* (instalação de fábrica), ainda que o mesmo tenha preenchido os requisitos legais objetivamente expostos (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei), acaso “a legislação ambiental ou de segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada [...] [eis que] tal avença não haverá respeitado a sua função social [...]” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 90).

Afinal, o princípio ora estudado também ser como “[...] proteção da parte vulnerável da relação contratual.” (TARTUCE, 2011, p.90), que pode ser toda a sociedade no qual o contrato está inserido.

Portanto, não é mais possível no sistema jurídico aceitar ou deixar que as partes possam livremente pactuar sobre o conteúdo dos contratos, sejam eles públicos ou privados, motivo pelo qual a atribuição da necessária função social dos contratos faz com que se restrinja a liberdade contratual e evite-se (ou minimize-se) os abusos e ilegalidades.

Sobre a necessidade de tal restrição, Guillermo Borda alerta de maneira salutar da seguinte forma: “La experiencia social há puesto manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de lãs partes sin perturbar la pacífica convivencia social” (*apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 89).

Então, quer-se tornar equânimes as forças do contrato diante da possibilidade de interferência estatal através do Judiciário, o que causa uma latente coação subjetiva aos interessados em contratar. Por sinal, vale lembrar os ensinamentos de Sardas ao se referir a respeito da nova dimensão atribuída aos juízes, a saber:

[...] o juiz passa a assumir o papel de equilibrador técnico das relações obrigacionais. [...] Em concreto, todo ato jurídico deverá ser valorado, para uma apreciação da função social, quer se trate de negócio típico ou de negócio atípico. O problema interpretativo da função social está na valoração em abstrato, vez que imprescindível determinar a categoria em que o negócio atípico se enquadra e se desempenha uma função capaz de justificar sua admissão social. (SARDAS, 2008, p. 19).

Vê-se que não se está promovendo uma igualdade em absoluto das partes, mas apenas buscando evitar que o lado mais vulnerável seja prejudicado pelas imposições ou injustas intransigências da parte hipersuficiente.

E é justamente a respeito de injustiças que Amaral faz suas considerações ao tratar do princípio da função social do contrato, pois através deste “[...] os interesses da sociedade se sobrepõem ao do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais.” (AMARAL, 2003, p. 367).

Nada obstante tudo isso, a força da liberdade contratual ainda é realmente significativa, mesmo diante das suas limitações hodiernas, tanto que Martins-Costa (2000) se refere a “poderes”, mas não mais como algo soberano do contratante, do indivíduo. Tal situação ratifica a afirmação acima de que, mesmo diante dos princípios contemporâneos, não houve morte do princípio da autonomia da vontade.

No passado, viveu-se o apogeu do individualismo através do liberalismo pleno, mas este tempo já passou. Afinal, na atualidade, um novo olhar

sobre leva em consideração que o indivíduo está em sociedade e, portanto, não pode dela olvidar-se, ignorar seus aspectos funcionais e lesar a um ou a todos com o que foi contratado.

Veja as impressões doutrinárias nas palavras de Martins-Costa:

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função (65) e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo "mito jusnaturalista" (66) que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo (67). Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios. (MARTINS-COSTA, 2000).

Como dito, tal princípio não pode ser interpretado a fim de buscar uma igualdade absoluta, já que feriria o próprio texto constitucional do art. 5º, *caput* e inciso I (Brasil, 1988), e nem com o objetivo de extinguir a liberdade contratual, mas sim de buscar tornar as partes mais equânimes, de se promover um equilíbrio das forças contratantes, como dito.

Nesse sentido também são as palavras de Sardas ao dizer que "Denomina-se de função social do contrato o fenômeno que determina o equilíbrio das partes contratantes, de tal forma que os socialmente mais fortes não se sobreponham aos socialmente mais fracos." (SARDAS, 2008, p. 17).

Interessante é expor que Azevedo, mesmo antes do atual Código Civil ter sido aprovado no Congresso Nacional, fez importante referência à Constituição Federal na análise do princípio ora estudado, destacando os fundamentos da República inseridos em seu artigo 1º, o que torna a função social do contrato muito mais impositiva aos comportamentos de todos em sociedade, veja:

Está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro. (AZEVEDO, 1998, p. 116).

E é nesta ideia de não se isolar os institutos que Portes, referindo-se à autonomia da vontade, mostra um caminho para socialmente se efetivar o princípio da função social do contrato, veja: “[...] a função social do contrato deve ser buscada aplicando à autonomia da vontade todos os princípios contratuais, que sofreram uma releitura com o surgimento do Estado Social de direito.” (PORTES, 2009, p. 197).

Poder-se-ia perguntar sobre eventual conceito da função social do contrato diante de sua magnitude no sistema jurídico contemporâneo. Todavia, como alertado por doutrinadores, “Devemos, de logo, ressaltar que a *função social do contrato* traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de se delimitar *aprioristicamente*.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 82).

Em que pese isso, Tartuce apresenta conceito sobre a função social do contrato, afirmando ser: “[...] um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.” (TARTUCE, 2007, p.415). Chama a atenção no apontamento feito que houve referência à expressão “ordem pública”. Afinal, muitos não de espantar-se com tal manifestação sob o argumento de que a função social do contrato está inserta no Código Civil e que este é de natureza eminentemente privada.

Ocorre que se deve lembrar o acima já refletido quanto à não mais subsistência da absoluta dicotomia entre Direito Público e Privado, podendo assim haver normas de ordem pública (o que implica na sua aplicação cogente e imediata pelos juristas) nos códigos e leis de natureza privada, incidindo inclusive nos contratos de Direito Público.

Isto é ensinado por Fachin ao justificar a proposta de um enunciado quando da III Jornada de Direito Civil (promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça), veja:

“Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público. É que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre público e privado. Além disso, tal incidência abrange não apenas atos e negócios realizados após 11 de janeiro do ano de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do novo Código Civil. A consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial” (FACHIN, 2005, 168).

Além da natureza de ordem pública do princípio da função social do contrato inserto no Código Civil, Diniz (2005) vai além e defende que o princípio da função social da propriedade, em amplo sentido, inclui a função social da propriedade em estrito sentido e a função social dos contratos, sendo assim uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal (artigo 60, parágrafo 4º). (Brasil, 1988).

Diante deste raciocínio equivocadamente se poderia pensar em perda da individualização da propriedade privada. Todavia, salienta-se que os apontamentos acima não se referem à coletivização da propriedade, à destituição da propriedade ou à socialização da mesma, mas apenas no seu uso através de uma função social. Sobre isso, bem salienta Hironaka, a saber:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sobra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio (sic), a um só tempo antiga e atual, denominada “doutrina da função social”. (HIRONAKA, 2000, p. 105).

Além do já abordado, indispensável neste tópico é fazer referências à *função intrínseca e extrínseca*, como prefere Nalin (2008). Salienta-se que há significativa controvérsia doutrinária neste aspecto, conforme ensina Tartuce (2011), eis que: a) Defendem apenas a eficácia interna: Antonio Jeová dos Santos, Fernando Noronha, Sílvio de Salvo Venosa; b) Defendem apenas a eficácia externa: Teresa Negreiros, Humberto Therodoro Júnior; c) Defendem ambas as eficácias: Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz, Paulo Nalin, Judith Martins-Costa, Nelson Nery Júnior, Paulo Luiz Netto Lôbo; d) Defende nenhuma eficácia: Pablo Renteria.

Nada obstante referidas divergências, o enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil assim reconheceu: “O princípio da função social dos contratos também tem eficácia interna entre as partes contratantes.” (BRASIL, 2006)

Para fundamentar suas alegações quanto à dupla eficácia, Tartuce expõe situações:

Em resumo a eficácia interna da função social dos contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo-se a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas violadoras da função social. [...]. Por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (tutela externa do crédito nos termos no enunciado 21 do C/JF/STJ); bem como das situações em que uma conduta de terceiros repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos. Como exemplo [...] a função socioambiental do contrato. (TARTUCE, 2011, p. 100).

Portanto, seja denominando-se eficácia interna ou externa ou então extrínseca ou intrínseca, pelos variados exemplos fornecidos na citação acima, tem-se que o princípio da função social do contrato realmente apresenta-se de maneira complexa, mas com uma dupla eficácia a fim de melhor se entendido, aplicado e gerar efeitos em sociedade.

Noutro vértice de reflexões, interessante apontar ainda nestes estudos o princípio da equivalência material, que diz respeito a efetivação ou manutenção de um justo e real equilíbrio entre os direitos e deveres fixados pelos contratantes. Tal princípio é defendido por Lôbo através das seguintes palavras:

Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. (LÔBO, 2002, p. 191).

Sobre referido princípio, há quem divirja da opinião de Lôbo quanto à sua autonomia plena. Neste sentido tem-se a opinião de Ferreira; Guimarães; Costa (2010, p.6) ao dizerem que: “Da função social do contrato, somada à boa-fé objetiva, extrai-se a idéia (sic) de que o contrato deve manter equilíbrio recíproco real entre os poderes contratuais das partes [...]”.

Nada obstante, seja integrando o princípio da função social do contrato ou sendo autônomo, tem-se que de fato não poder haver na relação contratual um desequilíbrio no que foi pactuado, sob pena de estar-se diante de uma ilegalidade.

Feitas todas estas considerações, cabe apontar que a função social do contrato é geradora da humanização contratual, como quando repelem as cláusulas leoninas (por sinal, expressão esta até decaída face à ideia de cláusulas abusivas e o diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor). Sobre tal situação principiológica, veja:

Essa correção de rumos, portanto, humaniza a ideia de contrato, rendendo ensejo a que seja banido de vez de nosso sistema o péssimo hábito de se encarar o contrato como uma rede de caça, em que o forte subjuga o fraco, utilizando, sobretudo, a técnica covarde da imposição de cláusulas leoninas. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 84).

Sendo assim, após o estudo dos princípios tradicionais, foi possível compreender o quão relevante e importante é o princípio da função social do contrato. Como dito, este está intimamente ligada a um dos pilares do atual Código Civil (ao lado da eticidade e operabilidade), trazendo assim significativas consequências à sociedade como um todo, eis que o referido princípio tem dupla eficácia, interna e externa. Ele visa tornar as partes mais equânimes e promover um equilíbrio das forças contratantes, o que é salutar à realização da justiça.

Junto do princípio ora estudado, há que igualmente analisar a boa-fé neste trabalho, porque também se constitui como princípio contratual contemporâneo.

2.3.3 Princípio da Boa-fé Objetiva.

Assim como a função social do contrato, o princípio da boa-fé encontra previsão em diversas passagens do Código Civil, a exemplo dos artigos: 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”); 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”); 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”); dentre outros. (BRASIL, 2002).

Theodoro Júnior (2003, p. 34) magistralmente lembra a dificuldade na definição de conceitos sobre boa-fé ou outros termos abertos, qual seja: “Todos os compreendem, mas ninguém os consegue definir a contento”. Isso ocorre sempre que há palavras ou expressões difíceis, complexas ou que se referem a valores indeterminados ou imprecisos, quando não se consegue defini-las de maneira exaustiva.

De qualquer forma, sobre a ideia do que ou de quem se tomar por referência quando se pensa na boa-fé advinda do Código Civil, Noronha é instrutivo ao dizer que:

Quando no conceito são referidos padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa razoavelmente diligente, o que costuma tudo ser traduzido pela noção de *bonus pater familias* (NORONHA, 1994, p. 138).

Este *bonus pater familias* se refere ao homem médio, ou seja, nem o mais inteligente e sábio e nem aquele que tenha maiores dificuldades intelectuais; aquele que diligente e cuidadoso (DINIZ, 1998).

Nalin (2008) também se utiliza do conhecimento exposto por Cláudia Lima Marques quando esta diz que a boa-fé traz a ideia de um *standard* jurídico/comportamental. Todavia, para um julgador justo, há um grande problema colocado em suas mãos, já que a aquele cabe tomar por referência o tal *bonus pater familias* e interpretar o princípio da boa-fé.

Tal dificuldade ocorre no Brasil porque “Nosso homem médio [...] é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico

que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo”. (NALIN, 2008, p. 133).

Como então se saber com precisão qual o conceito ou a ideia de boa-fé a ser aplicada no Direito brasileiro? Sobre qual dúvida, de forma útil assim esclarecido: “[...] a boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem jurídica.” (CORDEIRO, 2001, p.20).

No mesmo diapasão tem-se também o importante alerta de Tomaszewski no sentido de que não se tem como definir com precisão o que é a boa-fé, a saber:

Não se define exatamente o que seja a boa-fé, mesmo porque isto ultrapassa o terreno do Direito e se apresenta como tarefa quase impossível, porque os valores puros são facilmente perceptíveis, mas quase sempre não se sujeitam a definições. (TOMASZEWSKI, 2006, p. 45).

Cordeiro (2001) apresenta estudo no sentido de que a boa-fé tem sua origem na *fides* romana, ou seja, na relação entre a clientela e os patrícios. Isto é, a fim de ter privilégios ou conseguir objetivos pessoais, os membros desta clientela (grupo situado entre o cidadão livre e o escravo) vinculavam-se de maneira leal e obediente aos patrícios. Porém, mesmo em Roma esta ideia não evoluiu no que se refere às obrigações, vindo a realmente se destacar no Direito Alemão, séculos e séculos mais tarde, como adiante se verá.

O direito canônico também analisa o elemento boa-fé nas referências normativas, porém, aqui a ausência tem que ver com a ideia de pecado, conforme ensina Martins-Costa (2000a). Afinal, no ponto de vista religioso, a mentira (ausência de boa-fé por ofensa aos preceitos morais) é considerada como um pecado.

A despeito de tais considerações, é realmente no direito alemão que se desenvolveu a ideia da boa-fé que hoje é útil juridicamente. Segundo Oliveira, o princípio da boa-fé advém da experiência da sociedade alemã e, por consequência, do Direito a ela inerente. Referido sistema jurídico tinha na confiança um elemento fundamental à análise por parte dos contratantes e juristas, veja:

O princípio da boa-fé tem raízes no Direito Alemão, com a teoria da confiança nas declarações, pela qual se fazia necessário presumir a boa-fé dos contratantes. Assim, fixou-se neste país, pela primeira vez, um conceito objetivo para a boa-fé. A partir daí o princípio da boa-fé vem sendo enfatizado, mormente por emprestar conteúdo ético ao direito contratual. (OLIVEIRA, 1994, p.28).

E o avanço e consolidação desta ideia não se deram por acaso, mas sim fruto do que passou referida sociedade da Europa diante do pós-guerra. Portanto, naturalmente como se extrai da história, são experiências que não ocorreram no Brasil e, então, é pela doutrina e jurisprudência que se tenta “importar” este amadurecimento societário em relação ao estudado princípio.

Neste sentido, Silva (2010) esclarece que o uso da boa-fé como cláusula geral foi realmente muito útil, gerando bons efeitos pela consolidação da jurisprudência alemã após a 2ª guerra mundial. Isto fez com que se modificasse o direito obrigacional, porque não mais se aceitou “[...] abusos da posição jurídica, de modificações das obrigações contratuais devido a alterações supervenientes das circunstâncias e ainda casos de inalegabilidade de nulidades formais.” (SILVA, 2010).

Tendo forte contribuição do Direito e da sociedade alemã, é possível também extrair de Westermann (1983, p.44-45) a dimensão que toma este princípio da boa-fé, tanto que o mesmo é elevado a uma “[...] regra suprema da aplicação do Direito” e que “[...] exige e simultaneamente possibilita complementações e correções dos resultados extraídos das normas simples.”

Interessante também apontar que o princípio da boa-fé tem aplicabilidade em variados momentos das relações contratuais. É então um superprincípio realmente regente das relações jurídicas como um todo e que, certamente, após vários anos de boas decisões judiciais, poderá realmente transformar (para o bem) a sociedade brasileira.

Sobre a pluralidade de momentos em que a boa-fé promove a sua contribuição social, veja:

A contribuição da boa-fé na seara contratual divide-se em três momentos: inicialmente, pode ser verificada quando, ao imputar normas de conduta aos contratantes, coíbe pretensões abusivas das partes transformando-se em hábil mecanismo de proteção preventiva dos interesses sociais insculpidos nos negócios jurídicos. E segundo plano, a boa-fé transmutar-se-á em verdadeira matriz dos direitos e deveres das partes, mais uma vez coibindo abusos e servindo para a realização dos fins econômico-sociais dos contratos. Por fim, a condição de cânone interpretativo, a boa-fé norteará o trabalho do interprete com grande honestidade, lealdade e correição que a sociedade anseia das relações contratuais. Grande, pois, o avanço – ainda que tardio – da legislação civil brasileira, dando tratamento a instituto da boa-fé. (LEAL, 2003, p. 40).

Com estes esclarecimentos feitos, deve-se registrar que a referida boa-fé tem dois aspectos de repercussão no Direito, o subjetivo e o objetivo. Quanto ao primeiro, Martins-Costa (2000) aponta ser algo consciente, ou seja, preocupa-se com a intenção do agente e afirma que a boa-fé subjetiva é oposta/antitética à má-fé.

Hironaka assim ensina sobre a boa-fé subjetiva relatando que ela diz respeito à fé, à crença do agente (logicamente que não do ponto de vista religioso) mas sim na certeza ou na correção do ato praticado, a saber:

O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé. (HIRONAKA, 2003).

Por sua vez, Noronha destaca que a boa-fé subjetiva diz respeito ao que determinada pessoa acredita e se refere a um estado de aparência, implicando na verdadeira ignorância (desconhecimento) sobre um fato, por exemplo, a saber:

A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, é um estado – um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir a lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, por que só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa a estabilidade da situação jurídica que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas. (NORONHA, 1994, p. 132).

Ocorre que a boa-fé subjetiva não atende às demandas sociais e nem facilita a aplicação das normas. Por conta disso é que, há meio século, Guimarães já apontou que se devia promover um olhar objetivo sobre o comportamento humano a fim de averiguar se o mesmo foi ou não de boa-fé, qual seja: “[...] a boa-fé não pode ser examinada por um modo negativo, como quer a teoria psicológica, mas tem que ser olhada por uma maneira positiva, como revelação de um pensamento concreto, como aduz a teoria ético-jurídica.” (GUIMARÃES, 1953, p. 29).

Pode-se disso extrair facilmente a preocupação, há tempos, de uma postura social que fosse objetivamente aceita pela comunidade em que o agente está efetivamente inserido e onde são praticados os negócios jurídicos.

Isto é, as punições ou repulsas jurídicas não ocorrerão apenas quando for provada a má-fé (já que esta é antitética à boa-fé subjetiva) – o que nem sempre é fácil provar – mas sim bastando que tenha sido ofendido o princípio da boa-fé em seu aspecto objetivo (em que a existência ou não da má-fé em nada colabora para favorecer o transgressor da norma).

Assim, na boa-fé objetiva, esta é vista pela lente ética, impondo “[...] às partes o respeito a determinadas normas de conduta que não foram contempladas ou desejadas expressamente.” (GORON, 2003, p.145).

Portanto, vista pelo lado da objetividade, tem-se a boa-fé que realmente interessa na contemporânea sistemática jurídica (e, então, nestes estudos). Martins-Costa expõe que não se deve e nem precisa querer investigar se a pessoa teve ou não boas intenções, pois o que importa é se a conduta dela é razoavelmente aceita, quer dizer, se segue um padrão objetivo de conduta:

[...] na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico. (MARTINS-COSTA, 2000).

É adequado salientar que a boa-fé prevista no Código Civil brasileiro apresenta uma correlação com a lealdade, tanto que assim esclarece Tomaszewski (2006, p. 42): os “indivíduos deverão desempenhar um comportamento gizado pela

confiança na relação jurídica [e a eles cabem seguir] deveres de lealdade, cooperação, informação e de segurança”.

No que se refere à confiança, Gonzáles Perez também aí ensina, a saber:

Y así lo pone de manifiesto el resumen que se ofrece a continuación del régimen jurídico del principio de la confianza legítima. Los requisitos para que opera el principio y los efectos no difieren substancialmente de los que constituyen el régimen jurídico del principio de la buena fé. (GONZÁLES PÉREZ, 1999, p.55).

Noutra doutrina estrangeira também se encontra referência à confiança como elemento ímpar da boa-fé, veja: “[...] a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes e futuras, que tenha por efetivas. (CORDEIRO, 1997, p. 1234).

Ademais, também é apontado que, dos acima citados deveres, advêm condutas sociais esperadas e que configuram os chamados deveres laterais comuns ou mesmo deveres anexos de conduta. Pode-se também afirmar que estes formam verdadeiros “[...] requisitos da relação negocial e, desta forma, tornam-se essenciais para o seu desenvolvimento válido.” (TOMASZEWSKI, 2006, p. 43).

Por sinal, a respeito dos deveres anexos de conduta (cooperação e lealdade entre os contratantes; impedimento à criação de obrigações ou despesas inúteis; redução de custos quando possível; dentre outros), Franzolin (2009) ensina que eles fazem parte da terceira função do princípio ora estudado, juntamente com a função interpretativa e de controle do exercício dos direitos subjetivos.

Tendo fonte no Direito alemão como se mencionou mais atrás, encontra-se também neste a expressão *Treu und Glauben* como a ideia de *lealdade* e *crença*, que são fatores fundamentais à compreensão da boa-fé objetiva. Esta impõe que, além da lealdade e da confiança/crença, a regra de conduta individual também se baseia “[...] na lisura, na retidão, na consideração dos interesses do alter. O dever de conduta, agora regido pelo princípio da eticidade, não deve frustrar a confiança alheia.” (SARDAS, 2008, p. 20).

Na sequência do raciocínio, são feitos apontamentos sobre o direito estrangeiro espanhol, italiano e português com as previsões sobre a boa-fé, dos quais não se pode abrir mão de citar na íntegra, a saber:

[...] o Código Civil espanhol dispõe no art. 7º., inciso I, que os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé. O Código Civil italiano de 1942, por seu turno, dispõe no artigo 1.337, que as partes, no desenvolvimento das tratativas na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé. O Código Civil português, que sem dúvida serviu de valioso contributo para a modificação da teoria das obrigações e dos contratos no Brasil, tem regra expressa e clara de adoção do princípio da eticidade, dispondo no artigo 227º.: “Art. 227º. Culpa na formação dos contratos. 1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.” (SARDAS, 2008, p. 22).

Ademais, singulares são as palavras de Noronha sobre a boa-fé objetiva, apontando que ela trata-se de um dever, de algo esperado diante de padrões de conduta, como a lealdade, veja:

Se a boa-fé subjetiva é um estado, a objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte. Esta boa-fé objetiva também é designada de boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação, que também lhe é dada, é a da confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contra parte, para garantia da estabilidade e segurança das transações. Trata-se, porém, de expressão a evitar porque também a boa-fé subjetiva tutela uma situação de confiança. Realmente, de forma similar a subjetiva tem na sua base uma ideia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem.” (NORONHA, 1994, p. 136).

Como visto neste tópico, a boa-fé é um exemplo das cláusulas gerais e, assim limitadora fundamental da autonomia privada. Isto é o que Tomaszewski expõe ao afirmar sobre o Código Civil que “A boa-fé a que o atual Código se refere é a objetiva, que está associada à ideia (sic) de um princípio ou cláusula geral.” (TOMASZEWSKI, 2006, p. 35).

A respeito das cláusulas gerais aqui mencionadas, tem-se que não são aquelas contratualmente trazidas pelo lado hipersuficiente (contratos

padronizados ou de adesão), mas sim são expressões jurídicas abertas, sem contornos pré-definidos, interpretadas conforme o ponto de evolução no qual determinada sociedade se encontra.

As cláusulas gerais atendem às diretrizes da contemporaneidade em não se estabelecer um direito que seja mutável apenas pela via legislativa, mas que também possa ser moldado ou mesmo transmutado conforme as transformações sociais que, por sinal, ocorrem velozmente. A respeito delas, é preciso citar Martins-Costa, que bem traz o seguinte entendimento:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito --- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) --- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo". (MARTINS-COSTA, 2000).

Como defendido acima, as cláusulas gerais permitem uma nova tentativa do Direito e da Sociedade em alcançar a justiça e a paz social. Todavia, vale aqui trazer o alerta feito por Branco a respeito da eventual errônea aplicação ou utilização das cláusulas gerais que possam conduzir a algo tão abstrato que venha a se sustentar ou a resultar num trágico empirismo. Veja:

[...] a sua aplicação indiscriminada sem cuidado para os respectivos limites dogmáticos implica riscos para o próprio sistema, pois, ao mesmo tempo em que a análise funcional pode proteger contra o excesso de abstrações generalizantes, pode resultar no seu oposto, que é um pragmatismo sem freios. O principal risco decorrente desse pragmatismo é o apresentado por Menezes Cordeiro: a 'mera ponderação dos institutos, ainda que nas suas funções, descamba, com riscos, no empirismo'. (BRANCO, 2009, p.7).

Feito este preciso e correto apontamento, cabe informar que, semelhante ao disposto no artigo 422 do Código Civil, a respeito da boa-fé como cláusula geral também se encontra menção no artigo 113 do Código Civil, que

determina: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL, 2002).

Observa-se que a norma citada utiliza o verbo “dever” ao se referir à interpretação vinculando expressamente todos os intérpretes do contrato (sejam juízes, advogados ou quem quer que seja), portanto, não se trata de faculdade, mas de uma determinação legal.

Outra passagem do Código Civil referente à boa-fé está no artigo 187 que diz: “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.” (BRASIL, 2002).

Portanto, aquele que abusa do próprio direito ao pactuar (liberdade contratual) e extrapola os limites ao fixar obrigações abusivas, também descumpre as previsões do ordenamento jurídico, tornando possível a modificação do contrato se for levado ao Judiciário.

Afinal, os preceitos normativos e de interpretação referentes à boa-fé em verdade constituem “[...] uma cláusula geral inibitória da prática de cláusulas abusivas”. (NALIN, 2008, p.143).

Desta forma, seja por ação, por omissão ou por abuso na ação, em todas elas estará o contratante sujeito ao atendimento pleno da boa-fé, sob pena de cogente manifestação do Judiciário.

A dimensão da boa-fé é tão significativa que ela não se restringe ao âmbito do direito contratual, mas sim alcança diversas outras áreas, como o direito das coisas, o direito processual e também o Direito Público, tudo como bem ensinou Larenz:

La salvaguardia de la buena fé y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, em el Derecho de cosas, em el Derecho processal y el Derecho público. (LARENZ, 1993, p.144).

Com isso, diante da necessidade do recorte teórico para ser possível o estabelecimento de algumas ideias, foi possível perceber como, de fato e de direito, está-se diante de um conteúdo deveras abrangente, mas que a boa-fé em

seu lado objetivo facilita a aplicação pelo jurista, traz deveres anexos de conduta e tem expressamente várias previsões legais.

Chega-se neste momento à conclusão do primeiro capítulo no qual se pretendeu apresentar o panorama atual a respeito dos contratos num olhar clássico e contemporâneo, tomando-se por sustentação nesta viagem as premissas normativas (tanto regras, quanto princípios) constitucionais e infraconstitucionais, bem como doutrinárias.

Sendo assim, apresentado está o substrato jurídico contratual contemporâneo do qual o intérprete (aplicador do Direito) não poderá abrir mão, esquivar-se ou mesmo desconhecer, sob pena de acarretar uma possível prática de ilicitude ou inconstitucionalidade.

Se o referido intérprete for um juiz, então a atenção há de ser potencializada, eis que é própria de sua função a aplicação do Direito a fim de promover a harmonia e paz social. Então, adiante, ver-se-á a respeito da modificação contratual por um agente externo ao pacto.

3 DA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL POR UM AGENTE EXTERNO

Aos contratantes é delicada a compreensão de que uma terceira pessoa poderá modificar o que eles vieram a pactuar, especialmente quando ainda não houve motivo individual para ocorrência de tal situação ou quando a mudança do pactuado se dá em desfavor da parte paradigma nesta reflexão. Em geral não se aceita.

Logicamente que feliz ficará aquele que pleiteou, judicialmente por exemplo, tal desdobramento, mas ao outro custará caro (do ponto de vista emocional e econômico-financeiro) o resultado. Lembrando ainda que, muitas vezes, os dois lados sairão descontentes, seja porque ganharam e perderam simultaneamente nas pretensões, seja pela eventual inefetividade jurisdicional, ou mesmo pelo realmente longo lapso até o fim por completo da lide.

Sempre é prudente dizer aos clientes na advocacia e aos alunos que o melhor é as partes conversarem e transigirem, eis que ao final de uma boa demanda (seja em qual aspecto se queira considerar), haverá a decisão por alguém alheio à relação contratual construída pelas partes – e isso pode ser realmente muito prejudicial ou simplesmente confluir em insatisfação.

O melhor é o contratante decidir sobre o próprio caminho, o futuro a perseguir e sobre tudo o que o envolve. Afinal, imaginar que um terceiro decidirá sobre aspectos relevantes do seu patrimônio realmente há de ser algo que incomoda, já que gera insegurança.

Porém, quando os pactuantes não conseguem chegar a um denominador comum e a demanda é levada a Juízo, entra em cena um dever estatal, que é a prestação jurisdicional. (Brasil, 1988). E, deste dever (estando aí inclusive autorizada a modificação contratual) não pode o magistrado esquivar-se.

Desta forma, há de se analisar neste capítulo sobre as peculiaridades da interpretação contemporânea no Direito nacional, o que isso implica na segurança jurídica, o que se entende por justiça e como isso tudo tem relação com o estudado no capítulo anterior.

Há também de se averiguar a respeito da obrigatoriedade do Judiciário, mesmo diante de toda a dificuldade (estrutural, pessoal, e, principalmente, em virtude da complexidade do Direito) na harmonização do sistema jurídico

nacional, enfrentando os problemas contratuais, como abusividades que podem ocorrer tanto em contratos civis/consumeristas como também nos empresariais.

3.1 DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL ÚTIL À RELAÇÃO LOJISTA-EMPREENDEDOR EM *SHOPPING CENTER*.

Como não poderia deixar de ser, este agente externo que poderá modificar um contrato precisará naturalmente ler e fazer sua compreensão do pactuado. Portanto, há de se fazer a interpretação do mesmo.

Sobre a ideia de interpretação, é interessante e possível afirmar que ela “[...] se refere à necessidade de se estabelecer o significado e o alcance de uma regra positivada, bem como constatar as situações por ela previstas e os efeitos que pretende ter.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 211).

Todavia, sendo algo necessário como visto acima e apresentando os contratos os diversos e peculiares elementos jurídicos que lhes são próprios (já que regem, em geral, diversas obrigações e direitos), tem-se como correto o ensinamento de Diniz ao ressaltar que a interpretação (especialmente a contratual) não é uma atividade simples, sendo indispensável que a pessoa tenha habilidades e sabedorias a fim de evitar conclusões desprovidas de acatamento jurídico, a saber:

A atividade interpretativa do contrato é uma operação difícil, que requer saber e prudência, devendo o intérprete guiar-se pelo sentimento jurídico, que o impedirá de cair em interpretações alheias à vida jurídica. (DINIZ, 2006, p. 106).

Este significativo alerta que o ato de interpretar não é a busca de uma versão do pactuado, mas sim que ele objetiva atingir os interesses de todos os contratantes diante do que prevê o sistema jurídico.

Portanto, numa verdadeira e útil interpretação, não se deve estar a analisar isoladamente uma palavra, frase, parágrafo ou cláusula no contrato, como se isso bastasse por si só, numa verdadeira interpretação literal reducionista.

Isto pois, a função do jurista – notadamente do magistrado – é, pós- interpretação, produzir a harmonia e sintonia entre o que foi interpretado (no caso, do texto contratual) e o ordenamento normativo.

Nesta interpretação, pode-se chegar à conclusão de que, para existência da referida harmonia e sintonia, necessária se faz que haja uma revisão contratual, seja para modificar ou mesmo retirar texto ou ainda, se não for possível “salvar” algo, então declarar a extinção do pactuado.

Todavia, “[...] a extinção do contrato há de ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, somente se esgotados todos os meios possíveis de revisão.” (TARTUCE, 2011, p. 187). Esta posição se deve ao princípio da função social do contrato que tem um anexo, qual seja, o princípio da conservação contratual.

Interessante trazer a opinião de Gonçalves quando diz que

Interpretar o negócio jurídico é, portanto, precisar o sentido e alcance do conteúdo da declaração de vontade. Busca-se apurar a vontade concreta das partes, não a vontade interna, psicológica, mas a vontade objetiva, o conteúdo, as normas que nascem da sua declaração. (GONÇALVES, 2011, p. 63).

Por conta disso aponta-se que o Código Civil (artigo 112) ao buscar na interpretação o conhecimento da *intenção declarada* das partes e não os *motivos psicológicos*, na realidade traz o “[...] equilíbrio, reforçando a *teoria da declaração*, mas sem aniquilar a da *vontade* [...]”. (GONÇALVES, 2011, p. 65).

Segundo Amaral, interpretar o negócio jurídico é "precisar o sentido e o alcance do conteúdo da declaração de vontade. Busca-se apurar a vontade concreta das partes e não a interna, psicológica, mas a vontade objetiva, o conteúdo, as normas que nascem da sua declaração" (AMARAL, 2003).

A respeito do que envolve a declaração e a vontade, vale lembrar a teoria da confiança, cujas considerações são feitas por Amaral que assim expõe:

Para a teoria da confiança, modalidade mais próxima da declaração, esta prevalece sobre a efetiva vontade quando tenha suscitado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas. Verificada a boa-fé do destinatário, a declaração é válida conforme a confiança que nele tenha despertado. Nesta teoria, portanto, transfere-se ao destinatário o elemento de culpa, enquanto na teoria da responsabilidade fica essa a cargo do declarante. (AMARAL, 2003)

Sobre referida ideia de confiança, bem esclarecedor também é Frada quando faz considerações sobre a confiança e a responsabilidade que dela advém:

A responsabilidade por confiança é parte do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica da justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu reconhecimento radica na indeclinável exigência do direito segundo o qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força dos concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autónoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente como correspondente à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. (FRADA, 2004, p. 901).

Lisboa bem lembra a respeito de qual vontade prevalecerá na interpretação: “[...] a declaração de vontade prevalece sobre a vontade interna, a menos que se obtenha êxito em se demonstrar que a vontade real era outra, diferente daquela que foi exteriorizada.” (LISBOA, 2005, p. 199). Lisboa, na mesma obra e página, ainda relata ser de Salleiles a teoria da declaração (mencionada na citação) e destaca que, em função de suas características, ela é significativamente transparente já que se busca o que foi declarado pelas partes.

Assim, vê-se que não é das mais simples a atividade interpretativa, mas que é fundamental a fim de se promover a justiça, seja na área contratual ou não. Este encargo que é tomado (ou dado) por aquele que pretende interpretar um objeto com conteúdo jurídico também não é absolutamente solto, já que pode ser direcionado pelo uso de algumas regras que podem facilitar tal objetivo.

Diniz traz exatas vinte e nove regras interpretativas a respeito dos contratos, todas muito úteis e aplicáveis no sistema jurídico, porém, nem todas atinentes ao assunto ora abordado, motivo pelo qual há de se restringir a algumas das regras apenas. Uma delas é justamente a boa-fé que foi estudada no capítulo anterior como um dos princípios do direito civil contemporâneo, salientando que ela deve ser vista sob a perspectiva objetiva, bem como que repercutirá “[...] nas negociações preliminares, na formação, execução e extinção negocial [...]” (DINIZ, 2006, p. 107). Outra regra é aquela que implica no favorecimento do aderente nos

contratos de adesão quando se estiver diante de “cláusulas ambíguas ou contraditórias.” (DINIZ, 2006, p. 107).

Lisboa ainda aponta que, na interpretação objetiva (a que analisa a declaração), são três as regras procedimentais “[...]: a) a observância da boa-fé e da equidade (sic); b) a conservação do negócio jurídico; e c) o equilíbrio entre as prestações contratuais.” (LISBOA, 2005, p. 202).

Gonçalves (2011) traz alguns critérios práticos para interpretação dos contratos e relata que Pothier, baseando-se nas obras clássicas, formulou diversas regras de interpretação contratual.

Mas, ao interpretar, pode-se favorecer algum dos contratantes? Sobre isso, interessante trazer também o pensamento de Roppo (2009) que relata o caminhar do pensamento jurídico mundial no sentido de proteção daquele que for mais fraco (juridicamente, economicamente) na relação negocial, seja consumidor ou não, pois se olha agora para os “contratos assimétricos”.

A respeito da afirmação e constatação de Roppo, tem-se que os pretensos-lojistas em *Shopping Center*, salvo as lojas âncoras (grandes magazines e grandes marcas), de fato são os pólos mais fracos (juridicamente, economicamente), eis que poucas vezes conseguem algum tipo de negociação diminuta e, dentro desta pequena margem, nada que, de fato, repercuta significativamente nas suas obrigações para com o empreendedor.

Além destas considerações, especificamente quanto ao contrato de locação e suas previsões na Lei nº 8.245/1991, há uma regra de interpretação que também merece ser analisada, qual seja, a de que a lei especial prevalece sobre a regra geral. Neste sentido são as palavras de Santos, a saber:

Se temos uma lei geral (o Código Civil) tratando de contratos, e várias leis especiais (a Lei do Inquilinato, o Código do Consumidor, p.ex.) tratando também de contratos, devemos observar que situações especiais resolvem-se segundo as regras especiais, e as situações gerais resolvem-se pela regra geral. A regra geral só incide quando não houver regra especial cobrindo uma determinada hipótese. Num conflito entre regra geral e regra especial (entre regra e exceção, na prática), a exceção prevalece, a regra especial é a preferente. A regra geral se aplica no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta. (SANTOS, 2011, p. 72).

Desta forma, pouco campo de interpretação sobraría ao magistrado se uma norma (aposta em lei especial) estabelecesse que o contratado há de prevalecer sobre outras previsões do ordenamento jurídico.

E é justamente isso que acontece na relação empreendedor de *Shopping Center* e lojista. Afinal, assim estabelece o artigo 54 da Lei do Inquilinato:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center :

a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas. (BRASIL, 1991).

Como se vê, trata-se de norma específica, pois, em que pese haver o Código Civil tratando dos contratos em geral, há uma lei que trata dos contratos de locação e, de maneira especialíssima, sobre a utilização de unidades em *Shopping Center*. Ademais, esta lei especial ainda diz que há de prevalecer o que for livremente pactuado entre lojista e empreendedor.

E isto (apenas!) tem sido utilizado pela imensa maioria das decisões do Judiciário que enfrentam (do ponto de vista processual/judicial) as discussões contratuais entre lojista e empreendedor.

Assim, entendem que está sendo “interpretado” o contrato e o sistema jurídico, decidindo pela prevalência do que foi pactuado, como pode ser extraído de várias decisões do Tribunais pátrios¹.

¹ 1) TJSP; APL 0359694-75.2010.8.26.0000; Ac. 5048738; São Paulo; Sétima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Elcio Trujillo; Julg. 06/04/2011; DJESP 20/04/2011; 2) TJMG; APCV 5096145-12.2009.8.13.0024; Belo Horizonte; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Osmando Almeida; Julg. 07/12/2010; DJEMG 17/01/2011; 3) TJRS; AC 70026610998; Porto Alegre; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha; Julg. 14/05/2009; DOERS 20/05/2009; Pág. 54; 4) TJRS; AC 70027692714; Passo Fundo; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos; Julg. 06/05/2009; DOERS 19/05/2009; Pág. 49.

Neste posicionamento jurisprudencial, podem ser mantidas cláusulas que prevejam, por exemplo, a proibição de retirada de bens MÓVEIS; multa de 10% (DEZ por cento) AO DIA; reajustes de taxa/aluguel MUITO acima dos índices de inflação ou outros (como IGP-M, por exemplo), dentre outras. Situações estas que de fato podem ser muito atacadas, pois não necessariamente são necessárias e estão em sintonia com as características especiais deste “mercado”.

Ocorre que há de se questionar, será mesmo que sempre a lei especial prevalecerá sobre a lei geral? Prevaleceria a lei especial sobre um princípio geral do Direito [por exemplo: função social, como ensina Diniz (2009)]? E sobre uma norma (mesmo que geral) de ordem pública (como a própria função social e a boa-fé)? O artigo 54 da Lei do Inquilinato se adéqua aos contemporâneos critérios interpretativos do ordenamento civilista infraconstitucional?

Para se posicionar a respeito do sistema jurídico civilista e realizar as reflexões necessárias ao alcance das respostas às perguntas expostas, interessante trazer as orientações de Reale nas considerações de Conselvan e Tomaszewski:

Diante da informação acima do organizador [Reale] do Código Civil de 2002, de que se procurou abandonar o estrito legalismo e dogmatismo, infere-se que na sua interpretação, há que se buscar orientações em escolas que se abrem a uma interpretação mais livre. (CONSELVAN; TOMASZEWSKI, ano não informado, p. 4479-4480).

Portanto, não mais se pode ficar restrito, mesmo na atividade interpretativa, a certo dogmatismo ou legalismo que atualmente se mostra incompatível com as novas regras e o espírito não apenas do Código Civil, mas de todo o Direito Privado nacional e, como visto, aplicado também ao Direito Público (como é o caso da boa-fé, por exemplo).

Sendo assim, diante da atual sistemática, tem-se a distribuição das normas em duas categorias: princípio (ampla aplicação diante de sua abstração significativa) e regra (trata objetivamente de situações da vida). E é a equilibrada relação entre princípios e regras através de suas aplicações no caso em concreto que então passa a proporcionar a segurança jurídica e a ocorrência da justiça, não mais advindo estas da certeza (literal) do texto normativo.

Estes ensinamentos são trazidos por Barroso (2003), esclarecendo ainda que não se deve equivocadamente abandonar a ideia interpretativa anterior

(baseada numa hermenêutica gramatical, sistemática, teleológica) já que ainda são fundamentais para se entender melhor as normas. Porém, aponta que tais procedimentos nem sempre são suficientes à solução das situações da vida cotidiana, daí se tornando indispensável a nova metodologia apontada no parágrafo anterior.

Neste sentido, os princípios gerais do direito ganham um valor diferenciado, não mais apenas sendo chamados à integração diante de lacunas, mas sim sendo também úteis às interpretações de normas das mais variadas, inclusive as inseridas em negócios jurídicos.

A utilidade de tais princípios é ainda mais significativa diante da positivação ocorrida, por exemplo, pela função social da propriedade (Constituição Federal de 1988), pela função social do contrato, pela boa-fé e probidade, todos inseridos expressamente no Código Civil.

Alia-se a tais elementos o fato de que normas de ordem pública não podem ser jamais deixadas de lado diante de uma previsão contratual e, ainda que inseridas numa norma de ordem geral (Código Civil, por exemplo) prevalecerão sobre uma norma especial (lei das locações, por exemplo). Por conta disso, pode-se dizer que a função social da propriedade (que repercute na prática à função social dos contratos) é norma de ordem pública, muito mais importante e forte se comparada a uma norma comum, de ordem privada, como o são, por exemplo, os contratos de utilização de unidades autônomas em *Shopping Center* decorrentes da previsão do artigo 54 da Lei do Inquilinato.

Ademais, o disposto no artigo 424 do Código Civil (“Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” – BRASIL, 2002) é norma realmente por demais diferenciada. Sobre esta, cabe dizer:

[O artigo 424 do código civil é norma] especial, *especialíssima*, [sendo] o comando legal em questão é aplicável aos contratos de locação que assumem a forma de adesão, especialidade existente dentro dos contratos de locação. Deverá, portanto, prevalecer o que consta no Código Civil atual. De fato, o Código Civil em si é norma geral, mas está repleto de normas gerais e especiais. Entre estas últimas estão os comandos legais previstos para os contratos de adesão (arts. 423 e 424 do CC). O diálogo entre as fontes é intenso e salutar... . (TARTUCE, 2011, p.112).

Também é válida a lembrança de que a Lei da Locação (criada sob as bases doutrinárias e jurisprudenciais que não mais se coadunam integralmente com a atual sistemática jurídica) é anterior ao Código Civil.

Assim, não se pode desprezar a possibilidade de haver incongruência entre a Lei do Inquilinato e o referido *codex*, sendo defeso ao jurista e a todos os demais intérpretes simplesmente aplicar o texto da norma que já conta com mais de duas décadas sem levar em consideração os novos fundamentos constitucional-civilistas estruturantes do direito contratual contemporâneo. Afinal, sendo anterior ou posterior, há sempre de prevalecer o conteúdo e diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e as normas de ordem pública.

Sobre as bases interpretativas da novel sistemática contratual, veja:

Dever-se-á buscar, na tarefa de interpretação contratual, acatar os princípios da boa-fé objetiva e da conservação do contrato, procurando presumir que os contratantes agiram com probidade e fazendo com que, havendo dúvida, prevaleça a diretriz interpretativa conducente à produção de algum efeito ou à sua exequibilidade (sic). (DINIZ, 2006, p.106).

E se faz interessante apontar que o próprio Código Civil traz normas de interpretação dos negócios jurídicos, como, por exemplo, em seu artigo 113, a saber: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL, 2002).

A respeito da citada boa-fé, já foi estudada no capítulo anterior, mas ainda cabe sobre ela destacar o seu princípio extrapola o compromisso interpretativo, a saber:

[...] o princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também em conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado. (Diniz, 2005, p. 454).

Assim, são elementos de significativa importância à boa aplicação do princípio da boa-fé: interesse social, segurança jurídica, lealdade e os usos locais, sendo que Portes bem aponta as várias atribuições no contemporâneo sistema jurídico brasileiro sobre a boa-fé e a interpretação:

[...] a função de interpretação da boa-fé é também denominada como função hermenêutico-integrativa do princípio da boa-fé, onde na interpretação da extensão da relação, a boa-fé será instrumento destinado a suprir lacunas e flexibilizar a vontade declarada (limita a autonomia da vontade), servindo de regra objetiva que concorre para determinar o comportamento devido. (PORTES, 2009, p. 182).

Desta forma, estão postas as diretrizes que obrigatoriamente devem seguir os intérpretes, delas não podendo se afastar sob pena do resultado estar comprometido pela ilegalidade e, até mesmo, pela inconstitucionalidade.

Discorrendo sobre as atribuições interpretativas dos contratos, Sardas salienta o que o intérprete irá perquirir em suas análises e reflexões, veja:

Ao juiz caberá perguntar se o negócio jurídico desempenha um fim útil, ou se, serve de instrumento para um interesse objetivo. A visão não é mais meramente individualista. Está em causa, primordialmente, a função econômico-social do contrato inteiro. (SARDAS, 2008, p. 19).

E é justamente sobre este fim útil, sobre o interesse que extrapola o almejado de maneira direta pelos lados contratantes, é que Diniz ensina a respeito da superação do individualismo e autonomia da vontade, da repercussão da função social como regra de interpretação haja vista sua situação de princípio geral do direito e da absoluta necessidade de se observar também o interesse da coletividade. Confira as palavras dela:

Amputa-se, assim, os excessos do individualismo e da autonomia da vontade. O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. [...] O contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade. (DINIZ, 2009, p. 23-24).

Insta apontar que, do ponto de vista dos contratos envolvendo sociedades empresárias (como é o caso daqueles que se referem à utilização de unidades autônomas em *Shopping Center*) há um *interesse da coletividade*, na expressão utilizada acima por Diniz, sintetizada nos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa.

Interessante apontar que o princípio da preservação da empresa advém justamente do princípio da função social dela, haja vista que há um interesse coletivo de que a atividade empresarial não cesse.

Não há que se confundir os atos de simples benevolência (caridade, filantropia) com a função social da empresa. Perez sintetiza de maneira bastante útil o princípio da função social da empresa, esclarecendo que ele não se trata fazer meras filantropias, mas sim de dar efetividade ao que dispõe a Constituição Federal em sua ordem econômica, veja:

[...] o que se busca com a aplicação do princípio da função social da empresa não é exigir do empresário certas prestações de cunho social positivas, cuja competência, a rigor, caiba ao Estado; mas que esse mesmo empresário, em sua atuação, observe e dê cumprimento aos princípios estabelecidos pelo artigo 170 da Constituição Federal, que, em última análise, traduzem os interesses da sociedade brasileira. (PEREZ, ano não informado).

Para tanto, diante do princípio da preservação da empresa, necessário se faz que a sua extinção apenas ocorra em último caso, quando então lhe será declarada a falência. Do contrário, tenta-se implementar na prática a recuperação (judicial ou extrajudicial) a fim de fazer com que, de fato, ocorra a função social da empresa.

É tão grande a importância das empresas que Comparato (1983), muito tempo antes da Constituição Federal atual, do Código Civil, e da própria Lei de Falências e Recuperação, inclusive menciona a incorreção de se deixar “a sorte” da empresa vinculada exclusivamente às decisões dos seus diretores; aponta não haver relação de domínio entre a sociedade empresária e seus diretores e que, desde 1967 na reforma do direito falimentar francês, já se tinha a identificação e individualização da empresa como um centro autônomo de interesses,

Estes ideais de interesse coletivo na empresa, sua função social e sua preservação, podem ser extraídos do artigo 47 da Lei 11.101/2005 (lei de falências e recuperação de empresas), que diz:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

Sendo assim, com base nestes princípios e nas exposições doutrinárias quanto ao interesse coletivo/social sobre os contratos e sobre as empresas, tem-se a notória impossibilidade de se permitir que, nos contratos regidos pela Lei nº 8.245/1991 ou outros, haja cláusulas abusivas e que prejudiquem a atividade empresarial, gerando-lhe danos através da perda de bens móveis e descapitalização indevida para pagamento de multas estratosféricas.

Tudo isso que se tem analisado neste item reflete a mudança de paradigmas advinda com a saída do estado liberal e a entrada do estado social. E, sobre as características destes estados, Lôbo bem ensina que:

O estado social, sob ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no séc. XIX) a dimensão econômica e social, mediante limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O estado social se revela pela intervenção legislativas administrativa e judicial nas atividades privadas. As constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o estado liberal. (LÔBO, 2003, p. 12).

A reflexão do estado liberal no âmbito do Direito se deu com as concepções kelsenianas de prevalência da norma e, na seara contratual, com o *pacta sunt servanda*. A respeito destes temas, Silva traz maiores esclarecimentos, a saber:

Os adeptos do ideal positivista, com a iniciativa de limitar o discurso jurídico e o conhecimento, na admissibilidade desses preceitos prestigiavam a constrição epistemológica, que por sua vez, encontrava-se arraigada em uma concepção mercantilista. Essa ideologia reducionista de separação, a qual é reproduzida pelo ensino jurídico, decorre de uma ótica mecanicista, cuja vontade de uma plausível explicação se fazia necessária com base nas leis matemáticas, desaguando nas relações sociais. (SILVA, 2010).

Porém, sendo agora retrógrado qualquer pensamento de indiferença e individualismo, tem-se a necessidade de expandir a reflexão e a interpretação aos novos elementos e preceitos jurídicos.

Assim, passou-se o tempo da interpretação que fecha os olhos para o que é lateral e colateralmente normatizado, necessária se faz uma interpretação contemporânea analisando-se o sistema como um todo e ainda dando plena atenção à principiologia.

Não se pode mais ter um pensamento literal-reducionista, concentrando o posicionamento do jurista apenas sobre uma frase ou mesmo palavra, como é o caso da aplicação irrestrita do artigo 54 da Lei do Inquilinato que, por ele, valeria o que foi pactuado entre as partes, numa retrógrada vigência ilimitada do *pacta sunt servanda*. Isto pois, tal postura quase sempre conduzirá a injustiças e insegurança jurídica, como será visto adiante.

3.2 DA SEGURANÇA JURÍDICA DO *PACTA SUNT SERVANDA* À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PELOS PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS NOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM *SHOPPING CENTER*.

Nas reflexões feitas até agora, houve um momento no qual já se disse que, na contemporaneidade, a segurança e a justiça ocorrerão na atual sistemática jurídica quando se conseguir equalizar a relação entre princípios e regras, e que segurança e justiça não advêm da simples certeza de que a lei (ou o negócio jurídico) seria aplicada na exata expressão das palavras literalmente consideradas.

Diante destas considerações, em que pese ser uma forma de se expressar demasiadamente utilizada por confeccionadores de trabalhos de pós-graduação (*lato* ou *stricto* sensu), não deixa de ser verdade o fato de dizer que, neste subitem e também em relação a todos os demais dessa dissertação, há que se frisar que nesta não se tem qualquer intenção de esgotar a matéria abordada.

Por sinal, jamais se poderia querer algo diferente em se tratando do assunto ora tratado: justiça. Afinal, é tema com infinitude de considerações e correlações, além de ser um termo equívoco e não unívoco, assim como acontece com o conceito/ideia de Direito. (Reale, 2009).

Esta pluralidade de entendimentos sobre a justiça é confirmada nas palavras de Mafra:

A palavra justiça, foi aceita na língua portuguesa a partir do século XIII. O seu significado é de caráter, ou de algo que está em conformidade com o que é direito, com o que é justo. Justiça também expressa uma maneira pessoal de perceber e avaliar aquilo que é direito, que é justo. Por justiça também podemos entender um princípio moral pelo qual o respeito ao direito é observado. Também é justiça o reconhecimento o reconhecimento do mérito de alguém ou de algo. A justiça também expressa a conformidade dos fatos com o direito. Justiça é o poder de fazer valer o direito de alguém ou de cada um. Justiça também é o conjunto de órgãos que compõem o Poder Judiciário de um país. Dentro deste Poder são encontradas cada uma das jurisdições encarregadas de distribuir a justiça. Pela expressão fazer justiça tem-se o significado de aplicar uma pena cominada ou reconhecer uma virtude ou uma qualidade em alguém ou em algo. A palavra justiça vem do latim *justitia*, e expressa o significado de justiça, equidade, leis, exatidão, bondade, benignidade. Do direito romano nos é trazida a fórmula de justiça que se resume no dever de dar a cada um o que é seu, sem qualquer esforço ou sacrifício [*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* - Ulpiano]. (MAFRA, 2005).

Interessante destacar a síntese sobre a expressão justiça feita por outros autores e trazida por Gonçalves ao relatar que, para Aristóteles, justiça é o que se deve um ao outro e traz aí uma ideia de equidade; Rousseau vincula a justiça à legislação e ainda a serviço da liberdade e igualdade; Kant já faz atribuição ao livre arbítrio; e, ao se referir a S. Tomás de Aquino, Grotius, Marsílio de Pádua (todos vinculados às referências canônicas), disse que “[...] a Justiça é uma qualidade moral ou um hábito que aperfeiçoa a vontade e inclina a dar a cada um o que é seu. É uma das virtudes cardiais, porventura a mais importante”. (GONÇALVES, ano e página não informados).

Numa visão diferenciada, Kelsen entende que a justiça não pertence ao campo do Direito, mas da Moral, assim complementando: “[...] como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral.” (KELSEN, 1998, p. 3).

Entretanto, muito sábias, realísticas e esclarecedoras são as palavras de Silva ao expor que, para um mundo mais harmônico (que é o que se busca após os atos interpretativos dos negócios jurídicos), o Direito depende da justiça e vice-versa a fim de serem úteis à sociedade, veja as palavras:

A justiça sem o direito vira pura especulação metafísica, sem efetividade. O direito sem justiça transforma-se em ordem destituída de legitimidade, opressão, comando do mais forte. A interação entre direito e justiça, além de possível, é necessária. Sem esta interação, perde-se a humanidade nas relações intersubjetivas. A justiça humaniza o direito. O direito a efetiva. (SILVA, 2007).

Ocorre que esta plenitude do Direito e da justiça somente poderá ocorrer se a própria sociedade não ficar a toda hora sendo surpreendida com as decisões judiciais injustificadamente inovadoras, com os atos diferentemente executados pelo Estado ou mesmo pela criação de aberrantes legislações. Portanto, necessário que haja segurança nas relações sociais e, sobre isso, ímpar é o esclarecido por Canotilho:

[...] o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2003, p. 252).

Necessário se faz colacionar também a opinião de Recanses Siches, para quem o Direito não surgiu em função da busca pela justiça, mas sim para os homens terem segurança e certeza em sociedade, a saber: “o direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social.” (Recanses Siches, *apud* SILVA, 2004. p. 15.)

Indispensável é ainda evidenciar que a segurança jurídica consta em diversas e importantes legislações, como no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ao prever que ela é “[...] *um direito natural e imprescritível*” (BARROSO, 2001). Além disso, este mesmo autor também informa que a segurança jurídica está referida também no preâmbulo da Constituição Francesa de 1793 ao se estabelecer que ela “[...] *consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.*” (BARROSO, 2001, p. 50).

Na Constituição Federal de 1988 também encontram-se diversas e importantes previsões sobre a segurança, como no preâmbulo quando os constituintes relataram que uma das destinações quando estiveram reunidos era a instituição de um Estado Democrático que pudesse assegurar a segurança e que

isso, junto com outros elementos, seriam “valores supremos” (BRASIL, 1988). Segurança que também é encontrada no artigo 5º como um direito e garantia individual e no artigo 6º como um direito social. (Brasil, 1988). Portanto, vê-se a magnitude deste instituto na sociedade brasileira.

Mas de qual segurança se referiu o preâmbulo da Constituição? Seria a jurídica, a policial ou outra? A respeito desta previsão Oliveira bem a explica, a saber:

No caso do preâmbulo, todas as espécies de segurança estão ali abrangidas, pois estabelece que um dos objetivos do Estado Democrático brasileiro é “assegurar a segurança” assim como outros valores fundamentais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ou seja, quando a Constituição assegura direitos, está-se diante da segurança jurídica em sentido amplo; e quando a Constituição se refere à própria segurança como valor, está-se diante das subespécies da segurança jurídica em sentido estrito. A expressão segurança no caput do art. 5º estaria relacionada à segurança jurídica em sentido estrito e à segurança jurídica como garantia penal. E, no caput do art. 6º, estaria relacionada à segurança como direito social, mais precisamente, à seguridade social. (Oliveira, 2008).

Portanto, a segurança jurídica está muito bem exposta pela doutrina, além de também estar devida e reiteradamente contida nas legislações, cabendo agora verificá-la no âmbito contratual.

Neste aspecto, durante tempos ela foi vinculada à certeza da decisão judicial através da manutenção e aplicação (mesmo que injusta) do que foi pactuado entre as partes, ou seja, na aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* já devidamente estudado neste trabalho.

Todavia, há de se fazer um grande alerta porque tal postura não ficou apenas como história, mesmo o direito civilista e, mais especificamente, o contratual, sendo vistos sob outras perspectivas e paradigmas atualmente, como analisado no capítulo 1. Nada obstante, cabe reforçar com o seguinte esclarecimento:

Vê-se, portanto, que atualmente se prima o ser sobre o ter, tentado pela leitura do direito civil a luz da Constituição, traduzindo-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de coresponsabilidade, cooperação e lealdade, sendo que estas são, em linha gerais, os ideais e as propostas da perspectiva civil-constitucional. (PORTES, 2009, p.191).

Em que pese esta atual postura legal e doutrinária, Nalin a todos bem lembra que os Tribunais ainda optam pela manutenção irrestrita de referido princípio, a saber: “[...] mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*.” (NALIN, 2008, p. 31-32).

Tal manifestação é plenamente confirmada pelas decisões judiciais referentes à utilização de unidades autônomas em *Shopping Center* e o acolhimento pelos Tribunais das cláusulas contratuais flagrantemente abusivas, sendo as decisões fundamentadas no artigo 54 da Lei de Locações.

A título de exemplo, tem-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS; AC 70027692714; Passo Fundo; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos; Julg. 06/05/2009; DOERS 19/05/2009; Pág. 49), em que se decidiu:

Nos contratos de locação que envolvem shoppings centers prevalecem as condições livremente pactuadas pelos contratantes, forte no art. 54, da Lei nº 8245/1991, não cabendo à locatária alegar ilicitude das cláusulas ajustadas, mormente, quando firmou o contrato com autonomia de vontade e conhecimento prévio das cláusulas nele previstas, especialmente quanto aos valores a serem pagos e a impossibilidade de indenização por benfeitorias. (BRASIL, 2009).

Vêm-se assim incompatibilidades entre decisões judiciais e com o atual ordenamento jurídico, sendo que Tartuce bem sintetiza a mudança de paradigma ainda não compreendida por juristas em geral (o que inclui professores, advogados, promotores e, para alguns se pasmarem, até mesmo magistrados), qual seja: “Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana.” (TARTUCE, 2011, p.91.).

Interessante como se alterou o paradigma social, como a insegurança jurídica hoje se dá não em razão de se ter um contrato que possa ser modificado, mas sim na perpetuação de um pacto em flagrante injustiça e ilegalidade.

Não mais se coaduna com um individualismo exacerbado e fruto de uma falsa liberdade. Não mais se aceita a patrimonialização do direito civil, eis que atualmente tem-se a prevalência do ser sobre o e não do ter.

Como visto, tal mudança de perspectiva (na qual os contratos podem ser questionados, modificados, revistos) não é causadora de insegurança jurídica, mas sim do contrário. A respeito da segurança jurídica e a relativização da autonomia da vontade, interessante também apontar:

Assim, com a relativização da autonomia de vontade, mantém-se a segurança jurídica através do bem estar social, pois aquela nada mais e do que a aplicação da justiça social aos casos em que uma das partes do negócio jurídico se sobressai a outra, de maneira não pretendida, e assim, causando um enriquecimento exagerado, tendo como nexos causais a prestação desproporcional e o empobrecimento não pretendido ou desproporcional da outra parte. (PORTES, 2009, p. 197).

Assim, não se quer e nem se tolera mais o sofrimento injusto e decorrente da aplicação da própria legislação. Veja-se que também não se pode pender para o outro extremo (até porque, como já dito, a história e a vida mostra um caminho senoidal e não pendular) e, então, deixar-se de impor as penas da lei (pagamento coercitivo, protesto, prisão no caso da pensão alimentícia) aos inadimplentes. Há se ter prudência, sabedoria, conhecimento e perspicácia na aplicação do Direito ao caso em concreto, justamente para não se cometer injustiças com o outro lado contratual.

Cabe apontar que Nalin, sendo preciso e esclarecedor a respeito da nova sistemática civil-constitucional e sua repercussão no que se entende por autonomia da vontade, faz referência às consequências disso para os negócios jurídicos:

Ha de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do código civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isto é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas consequências da massificação negocial. (Nalin, 2008, p. 93).

Muito desta evolução se deu também com a inserção no Código Civil de vasta principiologia, de expressões e textos abertos, muitos deles inclusive já estudados aqui, como é o caso da *boa-fé objetiva e função social*.

Ao se referir ao Código Civil, Tomaszewski (2006, p. 37) diz haver: “[...] um Código Aberto aos operadores do Direito, para que possam realizar a sua interpretação teórica e aplicação prática [...]. Daí a afirmação de que uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito.”

Portanto, pode-se dizer que o tempo da segurança jurídica calcada apenas na letra objetiva, fechada e fria da lei já passou, assim, mostra-se em desuso (além de ilegal e inconstitucional como visto) o texto do artigo 54 da Lei Locatícia na medida em que garante (nos moldes de um sistema jurídico não mais prevalecente) uma segurança jurídica extrema, mas ao custo doloroso e moralmente deseducador da injustiça.

Se tal introdução normativa se deu por *lobby* ou por necessidade de se fortalecer uma área do comércio, tem-se que atualmente não se verifica tal situação, seja por estar em descompasso com os preceitos normativos do sistema jurídico, seja porque tais empreendimentos comerciais já se espalharam por cidades de grande e médio porte, estando assim consolidados perante significativa parcela da população brasileira.

Portanto, se todo o exposto no presente trabalho (como os fundamentos constitucionais e a vasta principiologia civilista) não fosse suficiente a se superar o *pacta sunt servanda* previsto no artigo 54 da Lei do Inquilinato, tem-se que também não se há que falar em segurança jurídica para se manter intocáveis contratos flagrantemente abusivos.

A respeito destes resultados jurídicos (segurança; justiça) esperados pela sociedade, que na verdade não são excludentes, mas sim finalidades do Direito, Wald bem ensina que

[...] se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as suas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. (WALD, 2001, p. 45).

Não há que se ter medo das mudanças, mas sim estudá-las, compreendê-las e dar efetividade ao que é de maneira consolidada trazido pela contemporaneidade. Frise-se que o *pacta sunt servanda* ainda existe e, como dito, é fundamental à realização de duas das características básicas do Direito, que são a *Imperatividade* e a possibilidade então de fazer cumprir o que é jurídico através da *Coercibilidade*. (REALE, 2009).

Encaminhando-se para o final deste subitem, necessário trazer as precisas palavras de Nalin ao ensinar a respeito do novo paradigma em que está calcada a segurança jurídica no ordenamento jurídico contemporâneo, veja:

[...] a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele se edifica a idéia (sic) de segurança jurídica das avenças, uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos. (NALIN, 2008, p. 143-144).

Diante disso tudo, vê-se que foi modificado o entendimento do que se entendia por segurança jurídica nos tempos em que o *pacta sunt servanda* reinava absoluto, sendo que a efetivação desta mudança através de decisões judiciais adequadas é fundamental à realização da justiça.

Portanto, não se quis dizer que os princípios clássicos não mais vigoram, mas sim que eles agora precisam ser vistos com outra roupagem e devendo ser harmonizados com os demais fundamentos legais e, tal postura, passa essencialmente pela obrigação do Judiciário, como visto adiante.

3.3 DA OBRIGAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.

Decorrente do próprio direito de petição e ação (artigo 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal de 1988), tem-se em vinculada contrapartida a obrigatoriedade do Judiciário em julgar as demandas propostas. Afinal, de nada adiantaria dar-se um direito de um lado se o mesmo acabasse inócuo e não ser julgado por outro. Então, deve-se julgar.

Em sintonia com o relatado, estabelece a Lei Orgânica da Magistratura Federal (lei complementar 35, de 1979, o seguinte: “Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; [...]” (BRASIL, 1979).

Ocorre que não é qualquer decisão (seja de procedência ou não) que deve dar o Judiciário, mas sim lhe cabe proferir um julgamento que seja a melhor aplicação do Direito e que atenda aos preceitos normativos do sistema jurídico. Ideologicamente ou não, ilusoriamente ou não, mas esta é a finalidade. Tem-se algo como a ideia do Juiz Hércules de Dworkin (2007).

Neste mister, o bom juiz há que perquirir a inter-relação normativa a fim de manter ou restaurar a harmonia do sistema jurídico nacional. É através da interpretação, pelas ferramentas e caminhos já expostos, que ele irá alcançar tal meta.

E este comportamento judicial está intimamente vinculado ao que já foi abordado, qual seja, que a boa-fé (na sua acepção jurídica) e a função social contratual são normas de ordem pública (assim, de aplicação cogente!).

Havendo normas de ordem pública, pode-se dizer com clarividência que não se trata, inclusive, de uma possibilidade de interferência do Judiciário, mas sim de um dever-poder – na expressão de Mello (2012) ao se referir à conduta dos servidores públicos, como o são os juízes.

Veja-se que a sociedade contemporânea não mais se encontra na era em que o juiz era considerado apenas a “boca da lei”. Tal ocorreu por volta do ano de 1800 quando a sociedade francesa (pós-revolução social) tinha grande receio de que os juízes pudessem, ao interpretar as normas, vir a novamente impor restrições à população através da (re)criação do Direito através das sentenças. Sobre isso, importante trazer as palavras de Merryman:

O temor de um “government des juges” pairava como uma sombra sobre as reformas francesas pós-revolucionárias, lançando suas matizes sobre o processo de codificação. A ênfase na completa separação de poderes, com todo o processo legislativo alocado na legislatura eleita, foi uma forma de assegurar que ao judiciário seria negado o poder de elaborar o direito. A experiência com as corte do período pré-revolucionário provocara aos franceses preocupações de que os juízes pudessem ditar o direito sob o disfarce de interpretação jurídica. Em razão disto, alguns autores argumentavam que se deveria negar aos juízes até mesmo o poder de interpretar a legislação (MERRYMAN, 2009. p. 56)

Este pensamento verificado na sociedade francesa fez com que, por exemplo, não se desenvolvesse o instituto da boa-fé nas relações obrigacionais, mesmo havendo expressa previsão no Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão) a respeito da obrigatoriedade dos pactos serem entabulados e cumpridos com base na boa-fé (Loureiro, 2004).

Destaca-se que a função social do contrato trata-se de um direito que advém da função social da propriedade. Isto pois, não basta reconhecer a função social da propriedade se a forma dela ser operada (que é através de contratos – compra, venda, cessão, doação, usufruto) não tem a mesma proteção jurídica. Portanto, sendo a função social da propriedade um dos direitos e garantias individuais constantes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem-se ainda mais relevância a utilização destes elementos no dia a dia do Judiciário.

Referido uso por parte dos magistrados não é mera opção, mas sim um dever-poder, ainda mais se analisada a função social como uma garantia constitucional, o que a torna um elemento de grande repercussão diante do que dispõe a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli.

Afinal, referida teoria diz respeito ao fato de se utilizar o ordenamento jurídico (em especial a Constituição Federal) e, através de um Estado Constitucional, implementar a democracia com a introdução de normas que dêem segurança e eficiência à sociedade e ao Direito, tudo “a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político.” (TRINDADE, 2013, página não informada).

Isto é, proceder com inclusões de normas como forma de garantir em sociedade, contra tudo e contra todos, a realização e a efetividade de direitos. Nos apontamentos de Trindade, citando as palavras de Norberto Bobbio, diz-se que a *teoria geral do garantismo* de Ferrajoli tem por fundamento e finalidade “[...] a tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder.” (TRINDADE, 2013, página não informada).

Diante deste cenário, cabe ao juiz uma função bastante diferenciada em relação ao que se tinha poucas décadas atrás no Direito, já que agora está-se diante de diferentes paradigmas constitucionais e no Direito Privado.

Aumentam-se assim as atribuições dos magistrados, devendo estes ter melhor preparo e uma atividade hermenêutica em harmonia com o previsto no ordenamento jurídico. Veja sobre isso as palavras de Resende:

O juiz democrático deve ser percebido, no exercício funcional, pela leitura do poder da hermenêutica jurídica com respaldos nos fundamentos do Garantismo. Papel que surge para a magistratura pelos novos paradigmas constitucionais e pela necessidade premente da sociedade de ver seus direitos e efetivados. (RESENDE, 2012).

Sendo assim, tem-se uma imposição constitucional ao Judiciário a fim de que este possa encontrar e aplicar a melhor interpretação em determinado caso em concreto.

Neste sentido, como se tem defendido, fica aquém às suas obrigações (constitucionais e infraconstitucionais, como visto) o magistrado que simplesmente aplica o texto literal de uma determinada legislação sem analisar todo o restante do ordenamento jurídico, sem atender ao que dispõe a contemporânea sistemática legal.

Tal comportamento que não cumpre com as determinações normativas pode acontecer, por exemplo, no caso da análise judicial do artigo 54 da Lei do Inquilinato, quando, diante de um caso em concreto e sob o argumento de que a disposição legal estabelece a prevalência do pactuado, acaba-se por declarar a validade de diversas cláusulas contratuais que são, no mínimo, questionáveis.

Veja-se que as novéis diretrizes são mais do que meras previsões normativas, muitas delas inclusive são verdadeiras e claras imposições vinculando a conduta judicial ao dizer que ela *deve* proceder de determinada forma.

Situações como esta podem acontecer em contratos cujas penalidades tenham sido fixadas tão altas como a estratosfera e ainda contenha cláusula em que se estabelece a impossibilidade de redução da mesma.

Se a penalidade afronta diretamente o disposto no artigo 413 do Código Civil, cabe ao juiz reduzir de maneira equitativa quando a obrigação principal já tiver sido cumprida em parte ou ainda quando a penalidade for muito alta (Brasil, 2002), pois o próprio texto legal aponta que é um *dever* do magistrado assim agir e não uma mera discricionariedade.

Complementarmente, faz-se indispensável trazer o Enunciado 172 do Conselho da Justiça Federal/STJ que reconhece a abusividade de cláusulas não apenas nas relações protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/1990), mas também noutras de cunho civilista/empresariais, como é o caso dos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*. Veja:

As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2012, p.38).

Observe-se que isso pode ocorrer em contratos aparentemente paritários, mas que, ao se analisar as características e provas das “tratativas” da contratação, acaba-se por confirmar que, de paritário, nada tinha o contrato.

Os abusos pactuais podem ser encontrados ainda mais evidentemente naqueles que expressamente são de adesão. A respeito disso tudo bem esclarece Jusefovicz, a saber:

O tratamento dado atualmente aos contratos padronizados e de adesão regidos pelo direito civil e empresarial, segundo os mesmos princípios que regem o contrato paritário, no que diz respeito ao controle do respectivo conteúdo, conduz a denegar qualquer proteção à parte mais fraca. As normas supletivas são sistematicamente substituídas por iniciativa exclusiva de um dos sujeitos: o mais forte. O equilíbrio razoável de interesses e a justiça comutativa são afastados, criam-se riscos, ônus, caducidades para o aderente, alijam-se obrigações de garantia, exclui-se ou limita-se a responsabilidade do lado do estipulante. Enfim, a recusa em controlar o caráter eqüitativo (sic) do conteúdo dos contratos padronizados e de adesão, ou a promoção de um controle apenas nos escassos limites erigidos para os contratos negociados, em nome da liberdade de fixação do conteúdo contratual e do “pacta sunt servanda”, para os aderentes acaba significando a desproteção completa diante dos perigos próprios desses contratos. (JUSEFOVICZ, 2003, p. 180).

E a situação de desproteção jurídica referida na citação acima é facilmente visualizada na relação lojista-empendedor advinda dos contratos de utilização de unidades autônomas em *Shopping Center*, como adiante mais se verá a respeito.

Aplicando-se as regras interpretativas já mencionadas, Gonçalves, inclusive citando Ruy Rosado de Aguiar Júnior, bem traz a seguinte reflexão/alerta a respeito de situações de desigualdade das forças contratuais, apontando a necessidade de uma atenção maior e a possibilidade de uma rejeição da cláusula abusiva, veja:

É comum, nos contratos em que se caracteriza a superioridade intelectual, econômica, profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão, “a necessidade de invocar-se o princípio da boa-fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade, a fim de rejeitar-se cláusula abusiva ou imposta sem o devido esclarecimento de seus efeitos [...]” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos*, cit., p. 252.. (GONÇALVES, 2011, p. 66-67) .

Aproveitando-se das disposições do artigo 54 da Lei do Inquilinato que diz haver prevalência das cláusulas contratuais livremente pactuadas e diante da atual postura majoritária do Judiciário de aceitar sob este fundamento algumas cláusulas contratuais que são realmente questionáveis (multas altas, proibição de retirada de bens, renúncia a direitos), tem-se um aproveitamento pelo lado mais forte (quase sempre o empreendedor) e, pelo lado mais fraco, a sensação de desproteção jurídica.

Por conta da postura judicial advinda de um rigoroso e socialmente indiferente *pacta sunt servanda*, bem como diante da mudança de paradigmas jurídicos relatados neste trabalho (que, como visto, ainda não repercutiu na relação contratual entre lojista e empreendedor), Sardas (2008) relata que se chegou a dizer que teria havido a morte do contrato ou então de seus princípios clássicos da autonomia da verdade e da força obrigatória do contrato.

Esta “morte” do contrato ou de seus princípios clássicos era fundamentada no dirigismo contratual que se implementava, recebendo o nome de intervenção do Estado na vida do contrato, conforme ensina Pereira (2012, p.12).

Todavia, em que pese as críticas acima relatadas, tem-se que vozes de prudência e sabedoria também foram proferidas logo no início da vigência do atual Código Civil (até porque este trouxe princípios basilares como sociabilidade, eticidade e efetividade/operabilidade), como bem pode ser extraído do seguinte:

[...] a autonomia da vontade está condicionada por diversos fatores que a limitam. Restringe essa autonomia a norma imperativa que tem como finalidade a proteção de interesses superiores e não, simplesmente, o interesse individual das partes contratantes. Como todo contrato deve respeito ao nosso estilo de vida, aos bons costumes e a moral, não pode se afastar da ordem pública. As normas de ordem pública têm como escopo abrandar o desequilíbrio entre o contratante economicamente saudável, forte e robusto perante o consumidor débil. Além disso, todo contrato deve guardar um fim social. E a regra moral das obrigações civis, tão cara a Ripert, que teve de escrever um livro para concluir que a regra moral deve informar o sistema jurídico. O ato de contratar não deve se converter em abuso de direito, nem em aproveitamento de um estado inferior da outra parte. (SANTOS, 2003, p. 23).

No fundo vê-se que houve grande precipitação por parte daqueles que imediatamente afirmaram a dilaceração dos elementos bases dos contratos. Porém, após a tempestade na doutrina, foi-se harmonizando a ideia de que apenas mudaram os paradigmas, introduzindo-se novos itens legais para atender aos anseios sociais, o que precisa ser aplicado e mais bem acolhido pelo Judiciário ao se analisar os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*.

Sousa (2003) relata que, mesmo diante das novas bases normativas do Direito Privado, os princípios clássicos não de continuar a ter ímpar e significativa importância social e jurídica e que é o Judiciário o responsável por compatibilizá-los. Continua Sousa a ensinar que o direito das obrigações tem nos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato os seus pilares de sustentação e que, por conta disso, há a responsabilidade e a oportunidade dos juízes promoverem a compatibilização entre os princípios clássicos e os novos.

No que tange às referências judiciais, Sardas bem traz os singulares ensinamentos de Miguel Reale e de Sylvio Capanema de Sousa a respeito do significativo (e bom) encargo atribuído aos magistrados, no sentido de que estes podem (e devem) realizar em sociedade o que está abertamente previsto no Código Civil em relação aos novos paradigmas do Direito Privado, a saber:

Não sem razão, o professor MIGUEL REALE tem afirmado que o Novo Código Civil Brasileiro está agora nas mãos dos juízes, que deixaram de ocupar o simbólico papel de a 'boca da lei', para exercerem uma função efetiva não só na realização, como na distribuição da justiça. [...]. É do desembargador SYLVIO CAPANEMA DE SOUSA a advertência que se destaca: 'De nada adiantarão as mudanças, frustrando-se as justas expectativas da sociedade, se o Judiciário não interpretar o Código segundo os ideais que o inspiraram.'. (SARDAS, 2008, p. 24).

Assim, vê-se que o Judiciário tem uma constitucional e infraconstitucional obrigação de bem julgar, e, portanto, que os juízes devem fazer análise de todo o ordenamento jurídico (e não apenas de uma cláusula) antes de proferir uma sentença, devendo então eles estar abertos ao que traz contemporaneidade jurídica.

Tudo isso a fim de atender aos ditames normativos, harmonizando assim o sistema jurídico, e promovendo a paz social, enfim, a justiça. Por sinal, Mattiello sintetiza toda esta mudança jurídica:

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, como eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. (MATTIETTO, 2000, p. 176).

Em assim aplicando tais conhecimentos na solução das lides que ao Judiciário deságuam diariamente (literalmente, diante dos processos eletrônicos), certamente os magistrados cumprirão o seu mister em não apenas julgar, mas sim em harmonizar o sistema jurídico nacional, o que há de gerar segurança jurídica e paz social.

Portanto, é neste cenário como um todo que se faz imperiosa uma análise dos contratos entre os empreendedores de *Shopping Center* e os usuários de suas unidades à luz do direito contratual privatista contemporâneo, como se verá a seguir.

4 DA NECESSIDADE DE RELEITURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM *SHOPPING CENTER*.

Chega-se neste momento a um afinilamento, que não é casuístico, mas que se faz necessário a fim de abordar (dentro do recorte metodológico obrigatoriamente feito) o assunto em torno dos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*. Sendo assim, há que se fazer uma abordagem sobre suas características e discutir-se a respeito da natureza jurídica.

Como se verá, há profundas e significativas divergências doutrinárias, tendo alguns autores defendido se tratar de contrato de locação; outros contrato de locação com atipicidade; há também os que apontaram ser um condomínio, *joint-venture* ou mesmo uma sociedade em conta de participação; também têm os que defendem ser contratos coligados; e, o que parece ser mais adequado, a teoria do contrato atípico misto.

A fim de tratar da necessidade de releitura, se faz uma análise das jurisprudências nacionais, em que majoritariamente tem prevalecido uma ideia quase de salvo-conduto contratual ao se aplicar o artigo 54 da Lei Locatícia e a figura do *pacta sunt servanda*.

Neste sentido, verificam-se equívocos na interpretação que tem prevalecido nos Tribunais, inclusive sobre retenção de benfeitorias, etc, muito embora existam manifestações doutrinárias diversas no sentido de haver necessidade de mudança no comportamento jurisprudencial.

4.1 DO CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM *SHOPPING CENTER* E SUA DISTINÇÃO COM O CONTRATO DE LOCAÇÃO

Apesar de ser um tanto quanto rotineiro iniciar apresentação por fatos históricos ou contexto social, tem-se que, mesmo que resumidamente, se faz necessário relatar que a ideia de aglomeração no comércio vem de longa data, já que isso ocorria na antiguidade quando comerciantes se juntavam e, assim, via-se a rua dos ferreiros, padeiros, artesãos, dentre outros. (Requião, 1984).

Seguindo o rumo da histórica, nas décadas de 20 e 30 as lojas de galeria despontaram em sucesso de vendas no comércio norte-americano, sendo

que a partir dos anos 50 é que tal modalidade de comércio assemelhou-se mais ao que atualmente se conhece como *Shopping Center*. (Carmona, 2007).

Já no Brasil ocorreu evolução semelhante ao período mais recente retro mencionado, já que ocorreram aglomerações das lojas de ruas a fim de aprimorar e potencializar o comércio, isso se transformou muitas vezes para mercados municipais e noutras vezes para a ideia que se tem de *Shopping* já a partir de meados dos anos sessentas.

Esta evolução comercial é apontada por Martins (2000) como um caminho normal no desenvolvimento das sociedades, relata ele que o modelo de comércio baseado na centralização de variadas ofertas de produtos e serviços, tendo ainda no mesmo local a concentração de elementos de entretenimento, segurança, dentre outros, é fruto natural do desenvolvimento das cidades e do próprio comércio em si.

Requião (1984) bem também a todos lembra que a formação do *Shopping Center* também adveio da necessidade de rápida locomoção dos cidadãos ou de gastarem o menor tempo possível nos deslocamentos, do anseio por conforto e comodidade no momento das compras.

Neste país, face à forte concentração agropecuária até bem poucos anos, tem-se que “[...] o primeiro *shopping center* do Brasil, passa a existir somente em 1966, na cidade de São Paulo, designando-se Shopping Center Iguatemi, [...]” (CARMONA, 2007, p. 11).

Nada obstante, tanto em nível internacional quanto nacional, tem-se um formato mercadológico razoavelmente recente, havendo assim de fato uma carência no amadurecimento das instituições públicas (Judiciário, por exemplo).

Mas, mesmo neste contexto, poder-se-ia entabular um conceito a respeito? Sobre isso, a manifestação de Slaibi Filho adiante exposta, em que pese ser apontado como conceito de *Shopping Center*, mais se assemelha a um relato/retrato ao falar-se de arquitetura, planejamento de terreno. Veja:

[...] grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. O ‘shopping center’ deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. (SLAIBI FILHO, 1986. p. 331).

Vê-se na citação algo bastante descritivo, deixando transparecer uma carência de elementos jurídicos. Neste mesmo sentido de relato também é a conceituação de Buzaid ao escrever sobre o *Shopping Center*:

[...] é um grande edifício, dividido racionalmente em numerosos compartimentos, que integram a unidade do conjunto; compõe-se de vários andares, modelados por admiráveis linhas arquitetônicas, ornados de lustres monumentais, revestidos por pintura agradável aos olhos e distribuídos a comerciantes qualificados, que dotam os seus estabelecimentos com requinte, elegância e até luxo, tornando o ambiente aprazível até para o simples passeio. A variada disposição do shopping center estimula a economia de consumo, porque, dentro dessa cidade em miniatura, tudo se pode comprar sem esforço e sem sacrifício, sem pressa e sem longas locomoções. As lanchonetes, os restaurantes e os cinemas são um convite para permanecer no shopping center por largo tempo, conciliando as necessidades individuais com o lazer, especialmente para crianças, que se movem no local de máxima segurança". (BUZAID, 1991. p. 8-9).

Ao que consta, melhor desenvolvimento conceitual também não é encontrado na obra de Pinto, já que este igualmente traz a mesma ideia descritiva do comércio *Shopping Center*, apontando elementos como agrupamento de estabelecimentos comerciais num mesmo terreno, fornecimento de estacionamento "compatível com o número de lojas existentes no estabelecimento." (PINTO, 1989, p.1).

Ao contrário do acima citado, as características do negócio jurídico desenvolvido através da utilização de unidades em *Shopping Center* em nada têm que ver com a quantidade de vagas de estacionamento (este nem é necessário se as pessoas puderem chegar até ele por outro meio – a pé, por exemplo, imaginando-se um *Shopping* popular de frente a um terminal urbano); com o fato de ser ou não um grande edifício (seja em andares ou num único piso); com as belezas arquitetônicas ou não (até porque beleza é por demais subjetiva, embora haja um certo padrão sócio-geotemporal); ou mesmo se o terreno foi planejado ou se já estava pronto.

Nada do acima relatado importa essencialmente ao núcleo (quicá, nem mesmo às bordas) de identificação jurídica deste negócio comercial. Em busca realmente do núcleo mencionado é que se vai encontrar aquilo que de fato, poderá definir o que é ou não abusivo/ilegal numa relação contratual em *Shopping Center*.

Sendo assim, interessante é trazer a abordagem feita por Coelho que, embora não seja a ideal, é bem mais apropriada que as anteriores, tendo salientado a complexidade da atividade do *Shopping Center*, a saber:

De fato, o empreendimento denominado shopping center é mais complexo. Além da construção do prédio, propriamente dita, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica que nele se instalarão. A idéia básica do negócio é por à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um shopping center certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes. (COELHO, 1992 - p. 336/337).

Como dito, às vezes se faz uma descrição fática (como num retrato) de algo e não uma conceituação jurídica. Ocorre que as atividades comerciais de um *Shopping Center* atribuem direito e obrigações a empreendedor e lojistas que vão muito além de apresentações de engenharia ou arquitetura.

Sendo carente o Brasil de doutrina a respeito dos *Shoppings Centers*, na mesma linha de raciocínio descritivo segue Aguiar (1992), mas traz alguns elementos que lhe individualizam melhor, como, por exemplo, a questão da obrigatoriedade da formação, manutenção e gestão do *tenant mix* (diversidade de lojistas, produtos e serviços; enfim, diversidade e equilíbrio de ofertas dentro do sistema mercadológico do empreendimento).

Ademais, “O *Shopping center*, anglicanismo de origem norte-americana, [há de ter] atrativos que sustentam o sucesso do empreendimento. (AGUIAR, 1992. p. 96). Estes atrativos são o *tenant mix* acima referido e a referência ao “sustentam” traz em seu bojo a grande obrigação do empreendedor: manter pujante a circulação de pessoas no local, que é atendida por critérios diversificado, próprios da administração de empresas.

Por conta disso, é correto e bastante interessante o apontamento trazido por Martins sobre a individualização do fundo de empresa do próprio empreendedor do *Shopping Center*, que não se confunde com o que é de

titularidade de cada um dos lojistas. Diz-se então que há um sobre-estabelecimento comercial, a saber:

Os "shopping centers" são, em verdade, um sobreestabelecimento (sic) comercial, cuja estrutura permite que os estabelecimentos comerciais, que neles se instalem, existam e nele tenham sua principal razão de ser e força. (MARTINS, 2000).

Assim, vê-se que não é simples a relação entre lojista e empreendedor, mostrando-se cheia de peculiaridades, direitos e deveres.

Sobre isso, há quase duas décadas Ferreira já havia ensinado que, “Em correta interpretação, nobres juristas são unânimes ao afirmar estar surgindo algo no Direito Brasileiro: um ‘genus novus’, nos contratos próprios de shopping que têm por objeto, a locação, como principal relação jurídica celebrada [...]” (FERREIRA, 1994, p. 215).

A ideia sobre este novo gênero, complexo, pode ser conferida nas várias divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica do contrato que rege tal relação. E a forma de se tentar resolvê-las veio num meio impositivo bastante questionável para a situação, que foi a legislação.

Já foi dito em alguma passagem literária que não é possível revogar a lei da gravidade por decreto, embora muitos políticos até possam prometer tal ato teratológico, como, por exemplo, alguns que prometeram asfaltar ponte aérea.

O fato é que muitas vezes tenta-se, através da legislação, resolver todos os problemas. E o Brasil é bastante prodigioso em tal conduta e é intensamente legiferante, tanto que já se disse: “Uma regra que cabe bem na cultura política brasileira: governar é fazer leis.” (MAIA, 2009).

Não foi diferente com a questão das discussões envolvendo os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, eis que o legislador incluiu o artigo 54 na Lei nº 8.245/1991 e nele se referiu à expressão “contrato de locação”. (BRASIL, 1991). Com isso, tentou-se apaziguar as discussões doutrinárias (que ainda se mantém como se verá) e impor que os contratos ora estudados seriam contratos de locação.

Tal posição é defendida por referenciais doutrinadores nacionais. Neste sentido tem-se a posição de Monteiro ao dizer que o contrato que rege a relação lojista-empendedor é “[...] desenganadamente, o de *locação*, embora com

algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo.” (MONTEIRO, 1984, p. 166).

Igual posição defende Coelho, a saber:

“[...] de minha parte, considero que entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestidos de cláusulas especiais com vistas ao atendimento das características próprias do shopping. Estas cláusulas dizem respeito, essencialmente, à remuneração devida pelo lojista ao empreendedor, que costumam desdobrar o aluguel numa parcela fixa, reajustável segundo índice e periodicidade contratados, e noutra variável, proporcional ao faturamento do locatário”. (COELHO, 2004, p. 114-115).

Pereira igualmente alinha-se ao posicionamento (que se trata de contrato de locação) dos autores acima citados, relatando ainda que prevalecerá “[...], no entanto, a livre contratação. A lei estabelece apenas algumas restrições quanto às cobranças que o empreendedor do shopping pode realizar do locatário, a fim de evitar abusos nas contribuições condominiais. (PEREIRA, 2005, p. 241).

Como visto, entendem o contrato ora estudado como um contrato de locação, mas que contém certos elementos especiais (por exemplo, aluguel proporcional e participativo na rentabilidade do locatário) sem que isso possa desnaturá-lo.

Mas, como se verá, tal posicionamento é também bastante criticado por igualmente distintos doutrinadores. Neste sentido é a ideia de Barros, ao dizer:

Importa anotar, ainda, que ao ceder o uso de uma loja o interesse principal do empreendedor não é apenas receber um aluguel. Ele está longe de ser apenas um investidor do ramo imobiliário, sua ambição é maior, ainda que para realizá-la necessite da co-participação dos lojistas. O principal objetivo do empreendedor é desenvolver o shopping, criar, manter e aumentar, no local, um ponto de atração para os consumidores, valorizá-lo como centro de interesse para pessoas, oferecendo-lhes bens e serviços. (BARROS, 1995, p. 296)

Um pouco diferenciada é a posição que trata o caso com um contrato de locação, mas com atipicidade. Tal é possível de ser confirmado na jurisprudência, veja: “O contrato de locação de loja em Shopping Center é comumente chamado de "contrato atípico de locação", por ser revestido de cláusulas especiais[...]” (BRASIL, 2010a); “Ação declaratória c.c. rescisão contratual e

indenização por perdas e danos. Contrato atípico de locação de loja comercial. Shopping Center [...]” (BRASIL, 2010b)

A locação com atipicidade é o entendimento de Gomes: “Se entender que o [aluguel percentual] não desfigura o contrato, porque não lhe empresta uma configuração diferente, nem exerce influência na sua causa, terá de interpretá-lo como um contrato típico com cláusula atípica.” (GOMES, 1984, p. 99).

Desta forma, por haver proximidade com os contratos de locação, os defensores de tal teoria (além de Gomes, também Modesto Carvalhosa) entendem aplicável a própria Lei de Locação. Martins (2000), adepto a tal posicionamento, apenas salienta que se deve aplicar a Lei de Locações, mas não se limitar a ela, como se verá mais adiante.

Veja-se que este conflito sobre qual lei aplicar foi abordado pelo Judiciário, tendo assim decidido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Se o objetivo dos shoppings centers, por se tratar de um complexo de relações e investimentos vai muito além de uma mera locação, exige-se regulamentação legal própria. Esta não existindo, devem tais relações ser submetidas ao inquilinato urbano, na modalidade de locação não residencial (BRASIL, 2007).

No mesmo sentido quanto à maior complexidade, Karpát adequadamente aponta que o contrato de utilização de unidade em *Shopping Center* é bem mais do que apenas a cessão de um espaço em locação, trazendo obrigações e direitos outros às partes contratantes, veja:

Na legislação inquilinária, proibição nenhuma há, que nas locações comerciais se estipule uma renda, de forma diversa, da comumente adotada, e esta remuneração *sui generis* possa ser mais abrangente nas lojas situadas em shopping centers. Este raciocínio encontra reforço se considerarmos que nos shoppings os empreendedores não dão ou locam simples espaços, mas sim conferem ao locatário toda uma gama de outros serviços complementares às lojas, tendentes a atrair o maior público possível ao local. Serviços estes, que vão, desde a facilidade de estacionamento, segurança no local até os espaços destinados à alimentação, embora explorados por outras empresas. A implantação de todos esses serviços exigiu do empreendedor um investimento inicial grande, não só pela maior complexidade do empreendimento em si, mas também pela maior área necessária a ser utilizada. (KARPAT, 1999, p. 27).

Em que pese ser aplicável a Lei de Locações (por ausência de uma lei específica e apropriada), como visto ao longo do trabalho não há impedimento de se aplicar normas do Código Civil, eis que, mesmo diante de uma norma mais específica, há de prevalecer as normas de ordem pública (como é o caso da função social do contrato e da boa-fé já estudadas).

Além disso, indispensável é a citação do ensinamento de Diniz que muito bem esclarece os diversos motivos pelos quais a Lei do Inquilinato não é adequada a normatizar as necessidades de lojista e empreendedores, bem como não alberga a solução justa dos conflitos entre os contratantes de tal realidade social, a saber:

A moldura do contrato de locação não é idônea para guarnecer a relação entre o empreendedor, o shopping e o lojista. Este contrai obrigações que não são próprias de um locatário. Antes da entrega da loja, os lojistas terá que pagar uma quantia, que não será certamente “luvas”, visto que não há ainda contrato de locação. Trata-se de uma quantia paga a título de reserva ou garantia, devida na fase de construção do empreendimento e também quando já está pronto e em funcionamento. A administradora do shopping poderá fiscalizar o faturamento bruto da loja, averiguando os livros e registros que contenham a escrituração contábil, balanços e estoques de mercadorias, registros de venda à vista e a crédito e o movimento diários das operações mercantis. Essa intromissão na contabilidade de cada loja terá por escopo apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do aluguel participativo, de tal sorte que o lojista não poderá negar se solicitado, a apresentação desses livros de registros. Tal sindicância não haverá num contrato de locação, sendo até mesmo incompatível com ele. (DINIZ, 2003, p. 48).

Diferente não poderia ser eis que as obrigações e direitos advindos da contratação via locação são muito mais singelos do que as complexas relações jurídicas dos pactos de utilização de unidade em *Shopping Center*.

Veja o que estabelece o Código Civil (artigo 565) sobre a locação e então se perceberá que a relação locatícia é simplista e não se tem como albergar satisfatoriamente o complexo contrato ora estudado. Diz o texto legal: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.” (BRASIL, 2002).

Semelhantes são as considerações que se extraem utilizando as próprias palavras do citado Gomes (embora defensor de outra teoria como se viu acima). Através delas, verifica-se o quão simples é um contrato locatício, pois neste

“[...] uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, à conceder à outra, temporariamente, o uso e o gozo de coisa não fungível.” (GOMES, 1983, p. 321).

Seguindo-se para outra linha de raciocínio, há ainda quem defenda que o contrato de utilização de unidade em *Shopping Center* se trata de um condomínio ou mesmo de uma *joint-venture*, porém, tais possibilidades estão bastante longe do ordenamento jurídico brasileiro, tanto que assim bem esclarece Diniz sobre isso:

Se a edificação de shopping Center fosse decorrente de condomínio, reger-se-ia pelo Código Civil, arts 1331 a 1358, mas isso não é usual, pois as lojas pertencem a um só proprietário; logo não há unidades autônomas, nem se conjugam partes privativas e partes comuns. *Join-venture corporations* que são associações de empresas, principalmente para incentivar a formação de companhias tripartidas, em que uma empresa multinacional se associa a grupos de controle privado brasileiro e uma empresa estatal. Mas a *Join-venture corporations* apresenta relações pessoais entre os sócios, mas perante terceiros terá personalidade jurídica, o que não ocorre com os shopping centers, desprovidos de personalidade jurídica. (DINIZ, 2003, p. 48).

Diante do fato de que Martins (2000) adequadamente relata que, na atividade do empreendedor de Shopping, há um sobre-estabelecimento comercial e, assim, um fundo de empresa próprio e que não se confunde com o fundo empresarial dos lojistas, então se poderia pensar que os lojistas todos do *Shopping* e o empreendedor viessem a formar uma sociedade em conta de participação.

Porém, tal especulação seria muito equivocada se não há a *affectio societatis*, pois o “[...], pagamento de aluguel e renda correlata ao uso da loja opera-se sob a forma de percentagem sobre o lucro bruto, não conferindo ao lojista, tal pagamento, a condição de sócio do empreendimento.” (GABURRI, 2007, p.3).

Desta maneira, melhor continuar a reflexão sobre a natureza jurídica do contrato estudado e, neste sentido, há também quem defenda que, na verdade, ter-se-ia a existência de contratos coligados. Isto é o que adota Requião:

Os contratos que surgem em torno da organização não se fundem, nem resultam num novo contrato. Eles apenas se congregam, ou melhor, se coligam, a fim de disciplinar o empreendimento comum. Cada um permanece com a sua individualidade jurídica própria, embora unidos por laços econômicos de interesses entre seus componentes. (REQUIÃO, 1984, p. 130).

Porém, de maneira precisa e sensatamente divergindo desta opinião, mostrou-se a incompatibilidade entre a ideia de contratos coligados e os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, a saber:

Há um *modus vivendi* peculiar no shopping center que não terá personalidade jurídica, por ser uma organização resultante de atos e ideias, que refundam em contratos diversificados que, por sua vez, se fundem numa unidade econômica jurídica, transformando-se num contrato *sui generis* atípico e misto. Não haverá coligação de contratos, mas apenas unidade econômica e pluralidade jurídica. (DINIZ, 2003, p. 51).

Por conseguinte, diante dos vários posicionamentos acima terem sido refutados pelas próprias reflexões contidas na doutrina, vê-se agora a teoria que tem acolhida majoritária, qual seja, a que reconhece como *atípico misto* o contrato de utilização de unidade em *Shopping Center*.

Como dito ao longo deste estudo, o princípio da autonomia privada passou a ser visto sob outros paradigmas, porém, ele continua existente e gerando efeitos no meio jurídico e em sociedade. Tanto assim o é, que não se proíbe a criação de contratos não previamente existentes na legislação.

Assim, em decorrência do referido princípio e respeitadas as balizas legais, podem as partes contratar livremente, inclusive através de espécies não previstas no ordenamento, ou seja, realizando contratos atípicos. Estes diferenciam-se dos contratos típicos por estes terem previsão na legislação, com é o caso da doação, da compra e venda e da locação. Como exemplos de contratos atípicos, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 199) citam: “contrato de *factoring* ou o de hospedagem”.

A própria legislação civilista traz a expressa possibilidade de se confeccionarem contratos atípicos: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL, 2002)

Interessante que Azevedo aponta que a união em um contrato de elementos de vários pactos tipificados acaba por produzir outra espécie contratual (típica ou atípica). Veja as palavras do autor:

[...] o elemento típico, quando somado com outro elemento típico, ou, mesmo atípico, desnatura-se, compondo este conjunto de elementos um novo contrato, uno e complexo, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível. (AZEVEDO, 2002, p. 178).

Tal ensinamento se coaduna com o trazido por Diniz ao expor que o contrato ora estudado é atípico por conter diversos elementos de muitos contratos, a saber:

O contrato de shopping é atípico por conter elementos de vários contratos, de sorte que não se pode dizer que pertença a qualquer dos tipos, embora apresente caracteres de muitas figuras contratuais, sendo a transação nele contida estranha aos tipos legais. Trata-se de contrato atípico misto e não de contrato coligado, pois, se houvesse coligação, a sua disciplina jurídica não seria unitária. (DINIZ, 2003, p. 51).

Apesar de Martins ser defensor de outra teoria quanto à natureza jurídica dos contratos em *Shopping Center* - como já mencionado, ele reconhece serem atípicos os referidos pactos, veja:

Nos contratos, portanto, entre os lojistas e os "shoppings centers" há sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em contrato de locação comercial, mas que os torna, de outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas no concernente à cessão da res sperata ou do uso do "sobrefundo comercial", representado pelos bens imateriais de que os "shoppings" são detentores permanentemente. Em tais contratos, portanto, não há a prevalecer apenas a legislação sobre locação comercial, que, por conter certas restrições de direitos, não pode ser interpretada senão restritivamente. (MARTINS, 2000).

Assim, fácil é a identificação do que seria um contrato típico ou atípico. Por sinal, o Superior Tribunal de Justiça decidiu sendo bastante taxativo sobre isso: "[...] os contratos de locação de espaços em shopping center são contratos atípicos, ensejando locação de bens e serviços." (BRASIL, 2000).

Já no que se refere a um contrato misto, Gomes ensina que é aquele "[...] que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada na lei. Caracteriza-os a unidade de causa." (GOMES, 1983, p.104-105).

Sobre o entendimento do que é um contrato misto, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

O que caracteriza o contrato misto é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos, enlaçadas pelo caráter unitário da operação econômica cujo resultado elas asseguram. Ele se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência, num mesmo instrumento, de tais obrigações simultaneamente justapostas, sem a amálgama da unidade econômica aludida. Na hipótese da união de contratos, pode ser anulado ou residindo um deles, sem prejuízo dos outros; enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis os elementos ou partes do negócio. Outrossim, cumpre-nos advertir que as regras principais a serem observadas, em relação ao contrato misto são estas: a-) cada contrato se rege pelas normas de seu tipo; b) mas tais normas deixam de ser incidentes, quando se chocarem com o resultado que elas visam assegurar. (BRASIL, 1976. p. 884).

A fim de demonstrar o caráter atípico e misto dos contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*, se faz interessante mencionar que referido pacto não é mera cessão da coisa e recebimento de valor (aluguel) em contrapartida.

Há muito mais elementos obrigacionais sinalagmáticos que individualizam o contrato ora em estudo, como a obrigatoriedade do empreendedor em manter o *tenant mix* e, por consequência, automaticamente proteger o lojista da concorrência exagerada; o empreendedor participar nos lucros do lojista (aluguel variável), dentre outros.

Ademais, são elementos rotineiros em contratos de utilização de unidades em *Shoppings Centers*:

a) O empreendedor não pode deixar de dar condições (técnicas e físicas) de funcionamento normal aos lojistas entre os horários de abertura e fechamento das atividades do *shopping*;

b) Obrigatoriedade do lojista manter certo padrão de atendimento, inclusive quanto ao *layout** de seu estabelecimento. * Que precisa ser previamente aprovado pelo empreendedor;

c) Lojista é obrigado a informar mensalmente seu faturamento, podendo o empreendedor fiscalizar o faturamento, inclusive com a colocação de empregado seu ao lado do caixa do lojista para acompanhar as vendas em determinado período;

d) Obrigatória a anuência do lojista às normas gerais do *shopping*;

e) Pagamento da “res sperata” em função do fundo de empresa do sobre-estabelecimento do qual se aproveitará o lojista;

f) Obrigatoriedade do lojista no funcionamento total de sua empresa durante o período de funcionamento do *Shopping*;

g) Nos meses de aumento das vendas, paga-se um aluguel a mais (chama-se comumente de “aluguel em dobro”);

h) Lojista se junta à associação dos lojistas, pagando mensalmente por tal inclusão, bem como contribuindo mensalmente para um *fundo de promoções/publicidade*;

Azevedo (2001, p.3) defende a mesma posição ao dizer que “Os contratos atípicos mistos formam uma unidade indivisível, um todo uno e complexo”. Assim, não se pode aproveitar a ideia do contrato de locação com atipicidade, já que se passa a ter outro contrato e que não tem previsão legal – por isso, atípico.

Por fim, neste item, poder-se-ia ainda questionar a respeito da impossibilidade de utilização da ação renovatória (instituto aplicável às locações e contido na Lei do Inquilinato), afinal, afirmou-se acima que o contrato em estudo não se trata de contrato de locação.

Em que pese ser interessante tal reflexão, vê-se que ela é insustentável. Isto pois, o sistema jurídico brasileiro permite a utilização de outras normas, aplicando-as por analogia, como está previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (até o início de setembro de 2010 denominada como Lei de Introdução ao Código Civil). (Brasil, 1942). Diz o referido artigo legal: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Sobre isso e a aplicação da Lei de Introdução, bem como sobre o legal interesse renovatório, assim é esclarecido:

173.- Isso não impede que o juiz, ao enfrentar questões a esse contrato relativas, decida aplicando a legislação vigente, por analogia. A tanto ele está autorizado, em qualquer caso, pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. 174.- Ressalte-se, entretanto, que essa aplicação não deve conflitar com a natureza do contrato os provocar a quebra da sua unidade. 175.- Assim, não é incompatível, por exemplo, com a indivisibilidade das prestações do contrato sob exame, a cláusula ou decisão que autoriza o pedido renovatório do contrato ou de sua revisão, nos moldes da Lei de Luvás. No mesmo sentido, desde que justificadamente, o pedido de retomada da unidade pelo empreendedor. (AZEVEDO, 2001, p.3).

Delineadas as principais características fáticas e jurídicas do que envolve a relação lojista-empresendedor em *Shopping Center*, há de se verificar no tópico a seguir como tem entendido o Judiciário.

4.2 DO ARTIGO 54 DA LEI DO INQUILINATO E A INTERPRETAÇÃO FEITA PELO JUDICIÁRIO

Através de pesquisas em um amplo banco de dados de jurisprudências publicadas pelos Tribunais brasileiros (o que foi possível diante de serviços especializados adquiridos para tal fim) que tiveram como assunto os *Shoppings Centers*, verifica-se que poucas são as causas em que pactuantes litigam na tentativa de rever cláusulas contratuais referente à utilização de unidade em *Shopping Center*.

Algumas (ou muitas) das vezes tal se deve justamente à postura do Judiciário (salvo raríssimas exceções) em fazer prevalecer o pactuado, aplicando-se assim quase que irrestritamente o princípio já estudado do *pacta sunt servanda*, que é materializado no artigo 54 da Lei do Inquilinato (8.245/1991).

O citado texto normativo afirma: “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos.” (BRASIL, 1991).

Diante desta “imposição” legislativa, encontra-se um local razoavelmente seguro onde atracar uma decisão judicial, já que o inciso IX do artigo 93 (dentre outros) da Constituição Federal obriga o magistrado a fundamentar suas decisões. Isto é o que pode ser confirmado na imensa maioria das decisões dos Tribunais pátrios como algumas adiante comentadas.

Em 2011, citando o artigo 54 da Lei do Inquilinato, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que tem sido permitida a cobrança de valores que uma das partes alegava ser “luvas”, tendo assim constado em parte da ementa: “Regularidade da avença. Alegação de que o ajuste se tratava, em verdade, da cobrança de luvas. Prática que tem sido admitida nas relações locatícias envolvendo shopping center (art. 54 da Lei nº 8.245/91).” (BRASIL, 2011a).

Também no ano de 2011 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo tratar-se de um contrato de locação atípico, estabeleceu que não houve abuso na liberdade contratual quando constou no contrato que o lojista

perderia as benfeitorias, relatando ainda que as partes estavam livres para pactuar, em nítida aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*. Diante da expressividade das palavras contidas na ementa, é indispensável sua citação no trecho de interesse:

Contrato de locação em Shopping Center é relação contratual atípica regida pelo artigo 54 da Lei nº 8. 245/91, onde as partes estão livres para pactuar, prevalecendo as condições previstas no respectivo instrumento, não havendo de se falar em abusividade de cláusula contratual quando encontra consonância com dispositivo legal. Incabível indenização de benfeitorias se assim não dispuser expressamente o contrato celebrado, que foi rescindido depois de longos anos de vigência e por não mais convir ao locador, tendo o mesmo agido dentro da mais estrita legalidade e no exercício regular do seu direito. (BRASIL, 2011b).

Também reconhecendo a autonomia privada como regente mor de tais contratos, o Tribunal de Justiça do Ceará (Brasil, 2012a) na apelação 0037544-70.2006.8.06.0001 (Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Bezerra Cavalcante; DJCE 20/08/2012; Pág. 63) deu ganho de causa a um empreendedor.²

Interessante aqui também trazer decisões adequadas ao que se tem optado nessa dissertação. É exemplo disso o julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, utilizou do princípio da função social do contrato para impor a sucumbência processual ao lojista, eis que este queria manter uma impossibilidade absoluta de concorrência (pretendia impedir que outra loja de mesmo ou semelhante segmento – refeição *self service* - atuasse no *Shopping*). Assim, constou no corpo do acórdão: “O princípio da função social do contrato também deve observado, não cabendo na presente ordem a interpretação de avença que imponha vantagem excessiva a uma das partes e desvantagem excessiva às demais.” (BRASIL, 2011d).

Favorável também aos lojistas foi a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal quando considerou ilegal a cobrança de “luvas” (tendo sido o pacto denominado contrato de concessão de ponto empresarial). Assim, constou na decisão: “[...] incabível a cobrança de "luvas" impostas pelo locador/empreendedor

² O mesmo ocorreu no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Brasil, 2012b) no recurso 2003.01.1.065120-4 (Ac. 579.499; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Antoninho Lopes; DJDFTE 19/04/2012), no Tribunal de Justiça de Goiás (Brasil, 2012c) na apelação 213033-11.2011.8.09.0051 (Goiânia; Rel. Des. Orloff Neves Rocha; DJGO 07/12/2012; Pág. 203); Tribunal de Justiça de Pernambuco (Brasil, 2011c) na apelação 0200536-9 (Caruaru; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Fernando Araújo Martins; Julg. 31/03/2011; DJEPE 23/05/2011); dentre diversas outras decisões pesquisadas.

ao locatário/lojista, [...], haja vista que as "luvas" estão inseridas no valor da locação comercial." (Brasil, 2012d).

Em que pese estes factos de sintonia com o defendido neste trabalho, tem-se posição majoritária em sentido oposto, tanto que, no ano de 2009, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2009a) manteve a improcedência de uma ação que, em embargos à execução, tentava extirpar da cobrança forçada certa quantia que se alegou ser a título de "luvas". Em que pese ter sido feito a consideração de que não houve prova de que realmente eram "luvas", o principal fundamento da manutenção da decisão de primeiro grau foi a prevalência das condições contratuais previstas na "locação", mais uma vez reconhecendo a aplicação irrestrita do *pacta sunt servanda*.

O mesmo Tribunal de Justiça acima citado, ao analisar ação que questionava a abusividade de pagamentos realizados e direito de indenização por benfeitorias, mas agora em julgamento proferido junto a outra câmara cível, manifestou-se no mesmo sentido das decisões acima quanto à prevalência do pactuado. Vê-se que novamente foi citado o artigo 54 da Lei do Inquilinato, tendo ainda afirmado que não pode a "[...] locatária alegar ilicitude das cláusulas ajustadas, mormente, quando firmou o contrato com autonomia de vontade e conhecimento prévio das cláusulas nele previstas [...]." (BRASIL, 2009b).

Outro caso que se destaca é o julgado em 08 de maio de 2013 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que não deu provimento a uma apelação em Ação Civil Pública que pretendia a declaração de nulidade de todas as escrituras declaratórias de normas gerais de *Shopping Center*. Em que pese o principal motivo da perda da ação (até agora, eis que não se tem notícias do trânsito em julgado) ter sido uma impossibilidade processual (pois o pedido teria sido genérico), tem-se que no bojo do acórdão o referido Tribunal expressamente reforçou a ideia do *pacta sunt servanda* ao assim ter votado o relator:

[pelo contido no artigo 54 da lei do inquilinato], de plano se constata a inexistência de ilicitude. Ao contrário, o ordenamento jurídico alberga a possibilidade de livre contratação entre empreendedores e lojistas, desde que respeitadas as disposições acerca dos contratos preceituadas no Código Civil e também os procedimentos previstos na Lei do Inquilinato. (BRASIL, 2013)

Importante destacar que os Magistrados em sua totalidade (acredita-se) têm conhecimento sobre as disposições legais da função social, da boa-fé e da lealdade, o que não quer dizer que haja conhecimento jurídico sobre o assunto (conhecer o texto legal é simples; mas conhecer o Direito nele inserido/circundante daí já se faz mais complexo).

Em que pese tais conhecimentos, a interpretação que a maioria dos Juízes tem dado aos casos em concreto é que constitui afronta à norma. Isto pois, parecem desconhecer ou ignorar a dimensão principiológica e toda a carga valorativa que a acompanha (normas gerais contratuais; normas de ordem pública), o que acarreta descompasso jurisprudencial e injustiças.

Vê-se inclusive que muitas vezes as sentenças/acórdãos mencionam que somente será exercível direito advindo de cláusulas *livremente pactuadas*, mas as decisões parecem pressupor que, sendo contrato envolvendo *Shopping Center*, haverá sempre a liberdade contratual.

Noutras vezes, os julgados fazem referência expressa à ressalva para validade das cláusulas, como o fez o Tribunal de Justiça de São Paulo na decisão retro colacionada ao dizer no corpo do acórdão: “desde que respeitadas as disposições acerca dos contratos preceituadas no Código Civil e também os procedimentos previstos na Lei do Inquilinato.” (BRASIL, 2013). Todavia, tal não se tem concretizado.

Desta forma, em que pese todo o ora estudado a respeito das diretrizes contemporâneas do Direito Privado e que, além disso, ainda sofre ainda forte influência do Direito Público, a posição majoritária do Judiciário brasileiro tem sido, até agora, a de fazer prevalecer as regras contratuais, fundamentando-se as decisões na força obrigatória dos contratos diante da autonomia da vontade reafirmada no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991.

Vale lembrar o ensinamento trazido por Amaral quando aponta que os princípios são direcionadores da função do legislador, bem como do interprete (no caso, juristas como um todo e dos próprios contratantes também). São as palavras do citado autor:

"[...] princípios têm, além da função normal e tradicionalmente reconhecida, de orientar a interpretação e a integração das regras jurídicas em caso de lacunas da lei, a função de dirigir o trabalho do legislador na sua atividade de formalizar, juridicamente, os preceitos legais e ainda, a função de orientar o intérprete na tarefa de construir as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que porventura se apresentem, e que não tenham, no quadro sistemático e regulamentar, uma *fattispecie* determinada." (AMARAL, 2005, p. 134-135).

Em que pese tal instrução doutrinária, vê-se a aplicação do Judiciário ainda tímida quanto à mudança paradigmática no que se refere aos princípios incidente também nas relações contratuais entre lojistas e administradoras de Shopping Centers

Vê-se que o ordenamento legal e a doutrina caminham em passos largos em direção significativamente oposta ao que tem decidido atualmente o Judiciário, reconhecendo a possibilidade (mas que aqui se tem defendido ser um dever – logicamente quando a causa chega ao Judiciário) de serem revistos ou modificados os contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*. No item seguinte vai-se aprofundar tal análise.

4.3 DO DEVER DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE UNIDADES EM *SHOPPING CENTER* COM A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS.

Ao magistrado é legalmente concedido um distinto dever-poder (Mello, 2012) a fim de que o mesmo possa (ou ao menos tente!) apaziguar o conflito social que até ele chega por demanda judiciária. E tal resultado é buscado através das decisões que precisam ser legais (e amplo sentido), justas e sábias.

Para tanto, há um imenso arcabouço de normas (como dito anteriormente, vive-se em país bastante legiferante !) que pode ser utilizado em sua herculiana tarefa, nos ensinamentos consolidados por Dworkin (2007).

Há casos mais simplistas em que se aplica uma regra e, objetiva e rapidamente, se resolve a situação, como no caso de indeferir pedido de intimação de testemunhas em número superior ao que é estabelecido na lei processual.

Todavia, há demandas que exigem um labor e dedicação maior, que se faz necessário mais tempo de dedicação, mais serenidade e maturidade. Neste

diapasão, têm-se os *casos difíceis* relatados por Dworkin (2007) e que a solução se dá pela aprofundada reflexão, tendo por ponto de partida ou (e!) de chegada a principiologia.

Tal acontece quando se está, por exemplo, diante de antinomias constitucionais que eventualmente possam surgir num caso em concreto, como, por exemplo, alguém procurar o Judiciário fundamentando seu pedido no direito à vida (a ser concretizado ao não respeitar a fila para transplantes, por exemplo), sendo que de outro lado tem o direito à isonomia dos demais que (há tempos) aguardam a convocação cirúrgica.

A solução pode-se dar, por exemplo, pela utilização do pensamento aristotélico (também replicado por Pontes de Miranda) de que a igualdade é para os iguais assim como a desigualdade é para os desiguais e, então, não está em pé de igualdade quem tem maior necessidade biológica. Afinal, não é a ordem de chegada à fila do transplante que iguala as pessoas, mas sim a carência delas pelo objetivo da fila.

Apesar do acima contido ser uma solução, há várias outras possíveis já que se está diante de normatividade com conteúdo aberto, principiológico. E é esta ou outras análises, mais complexas ou menos, que constituem o dever do intérprete ao buscar a melhor resposta ao anseio social.

Mesmo talvez não se tratando de caso com tamanha complexidade, na análise de conflitos baseados em divergências sobre o contratado, também deve o magistrado fazer o mesmo esforço interpretativo a fim encontrar a melhor solução diante do ordenamento jurídico.

Assim, não se mostram razoáveis decisões que se fundamentem apenas no *pacta sunt servanda* para dizer que um dos litigantes tem razão numa demanda judicial.

Afinal, Viney (2007) bem ensina que não se pode mais apegar-se, na interpretação, a algo meramente textual, sendo necessário um olhar à luz dos novos fenômenos contratuais e, assim, analisando-se os fatos circunstanciais.

É evidente na contemporaneidade a necessidade de se olhar além da objetividade ou da fria disposição normativa. Necessário por parte do intérprete, especialmente o magistrado ao julgar os casos em concreto, a tomada de decisão sobre determinada cláusula contratual (se é constitucional ou não; legal ou não) somente após a análise conjunta de todo o sistema jurídico, não podendo se apegar

a um único dispositivo legal, como é o caso do artigo 54 da Lei do Inquilinato mencionado ao longo deste trabalho.

O ser humano é um todo complexo, sendo influente e influenciado por diversos elementos e valores. Então, do ponto de vista antropológico, não se apegam a um ou outro ponto apenas, mas ao todo, justamente a fim de compreender o comportamento humano.

Por consequência, não há que se analisar apenas um elemento normativo para se saber se o contrato atende ao que determina e espera a legislação. Necessitando assim uma análise sistêmica e também principiológica a fim de concluir com correção sobre uma cláusula contratual.

Siches aponta sobre esta complexidade do humano, veja:

La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de critérios de valoración, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como allenamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia o de la experiencia del próximo a través de la historia (SICHES, 1975, p.642).

No mesmo padrão instrutivo são as palavras de Tosta ao reconhecer que, ao juiz, cabe uma tarefa diferenciada na atualidade, a saber:

[...] a possibilidade de proceder à efetiva integração/interpretação da norma de acordo com as regras de experiência, as exigências atuais de bem comum, os valores éticos e morais incorporados à sociedade, as novas tecnologias, as características regionais e a cultura local. (TOSTA, 2008, p.10).

Portanto, como visto no item anteriormente estudado, decidir ações judiciais baseando-se apenas no artigo 54 da Lei de Locações é postura realmente questionável diante do que prevê o sistema jurídico.

Já exposto acima que o Judiciário, através de decisões de seus Tribunais, negou provimento a pedido indenizatório por benfeitorias realizadas no imóvel objeto de utilização pelo lojista em *Shopping Center*.

É muito comum os contratos estabelecerem que não haverá direito de indenização pelas benfeitorias realizadas ou mesmo a renúncia da parte que teria o direito às mesmas.

Ocorre que, mesmo estabelecendo o contrato a não indenização pelas benfeitorias, há alguns casos em que os incrementos imobiliários são totalmente passíveis de serem retirados sem que comprometa a estrutura do imóvel (ar condicionado, por exemplo), mas mesmo assim (e expressamente) há proibição contratual. Tal previsão contratual é injustificada e mostra-se uma permissão ao enriquecimento ilícito por parte do empreendedor do *Shopping Center*.

Destaca-se que o primeiro lojista em determinada unidade é quem faz todo o acabamento, porque a loja é entregue em Shell (ou seja, “no osso” como se referem os contratos). Portanto, em que pese ser natural do setor a finalização praticamente completa da construção por parte do lojista que adentra à atividade comercial, tem-se contratuais proibições indenizatórias que destoam à razoabilidade (como é o caso da retirada ou pagamento por ar condicionado removível).

Necessário um olhar mais acurado sobre as práticas comerciais desta área mercadológica em sociedade, eis que abusos têm sido praticados diante da ausência de uma legislação específica e da previsão do *pacta sunt servanda* inserida no artigo 54 da Lei do Inquilinato.

Tanto assim o é que o Azevedo ressalta: “[...] a regulamentação desse contrato se faz necessária, para que, no âmbito da manifestação livre das vontades, não surjam abusos.” (AZEVEDO, 2001, p.3).

Destaca-se que a ausência de regulamentação adequada contribuiu à proliferação de abusos nos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*. Vê-se na prática que estes são verdadeiros contratos de adesão, pois não consegue o pretense-lojista (salvo, acredita-se, as âncoras – como grandes *magazines*) qualquer negociação nos pontos substanciais do documento pronto que é apresentado pelo empreendedor.

A fim de melhor compreender o tema, necessário utilizar-se do diálogo das fontes e, então, analisando o disposto no artigo 54 (coincidentemente o mesmo número do artigo ora averiguado na Lei do Inquilinato) do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/1990), pode-se extrair a ideia do que é um contrato de adesão, veja:

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 seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. (BRASIL, 1990).

Então, mesmo quando se muda uma ou outra cláusula, ainda sim se estará diante de um contrato de adesão se não se conseguir, após propostas e argumentações (facilmente provadas por e-mails trocados, testemunhas e gravações), mudança substancial no pactuado.

Sendo contrato de adesão (eis que todos de um mesmo empreendedor são absolutamente iguais neste aspecto, em que pese haver centenas de lojistas junto ao mesmo empreendimento), há nulidade das cláusulas abusivas face ao princípio da função social do contrato, juntamente com o disposto no artigo 424 do Código Civil, a saber: “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” (BRASIL, 2002).

Portanto, a renúncia à indenização pelas benfeitorias é nula, devendo assim ser declarada pelo Judiciário, pois se está diante de infração à norma de ordem pública.

Diferentemente não poderia ser, eis que, além da fundamentação do princípio da função social do contrato/propriedade, há outra previsão normativa que também sustenta este entendimento favorável ao lojista, como é a norma do Código Civil que garante ao contratante de boa-fé o direito à indenização, veja:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. (BRASIL, 2002).

Tartuce bem destaca que é comum no dia-a-dia comercial as relações locatícias apresentarem nítidos contornos de contratos de adesão, eis que, ainda mais a depender de como estiver a lei mercadológica da oferta e procura, o locador em grande vantagem por vir a impor todas as regras de determinada locação.

Em que pese o contrato utilização de unidade em *Shopping Center* não ser um contrato de locação para alguns doutrinadores como já estudado, vê-se que o entendimento acima citado pode ser utilizado nas partes semelhantes dos referidos pactos.

Assim, entendendo-se o contrato de utilização de unidade em Shopping Center como um contrato de adesão, ter-se-á que levar em consideração as reflexões de Tartuce, quais sejam:

[...] percebe-se uma relação direta entre a função social dos contratos e a proteção do aderente, para a busca de uma isonomia material, à luz dos princípios civis-constitucionais (dignidade-solidariedade-igualdade) e da própria equivalência material. (TARTUCE, 2011, p. 113).

Como visto, se considerar o contrato ora estudado como de adesão – o que é totalmente possível diante das disposições legais e das práticas de mercado, verifica-se que as decisões que reconhecem o *pacta sunt servanda* não se coadunam com o disposto na legislação, pois realmente não se estaria diante de uma liberdade contratual já que o princípio da autonomia privada estaria minimizado ou mesmo violado.

Importante trazer a bela lembrança feita por Noronha no sentido de que os contratos padronizados ou de adesão não existem apenas em relação consumeristas. Em alguns contratos interempresariais também é marcante a utilização do contrato padronizado e de adesão, como assim ensinado:

O fato de os contratos padronizados e de adesão serem preferidos pelas empresas, nas suas relações com os consumidores não quer dizer que eles não sejam usados (e igualmente preferidos) também em muitos negócios interempresariais. A empresa dominante vai impô-los em contratos como os de distribuição (ou concessão comercial), de franquia empresarial (ou franchising) e de facturização (ou factoring). Estes são contratos em que o aderente, apesar de também ser empresa, continua figurando como parte vulnerável. (NORONHA, 2002, p. 239).

Ainda que não se entendesse o contrato ora estudado como de adesão, as disposições legais (igualmente de ordem pública) contidas no artigo 425 do Código Civil fazem menção expressa aos contratos atípicos, apontando que a eles são também aplicadas as normas gerais, o que incluem os princípios da função social do contrato, da boa-fé. Veja: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL, 2002). Portanto, devem também obedecer aos preceitos da função social do contrato.

Por sinal, Nalin ressalta a significativa reserva que atualmente há à vontade de contratar e no contratar mesmo quando se tem a paridade, veja:

Mesmo nas relações ditas paritárias, à vontade deve ser reservado uma espaço residual do contrato, não mais sendo permitido suplantar a boa-fé, sempre materializadora do núcleo contratual contemporâneo – solidariedade constitucional – em relativização do papel da vontade do contratante. (NALIN, 2008, p. 252).

Portanto, utilizando-se do princípio da função social visto inicialmente no presente trabalho, tem-se que destacar sua total ingerência nos contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*, já que é sua condição de validade inclusive.

Interessante apontar o esclarecimento feito por Passos (2002) a respeito de como entender o princípio da função social diante do Direito Privado. Para ele, somente se como saber se foram atendidos os ditames do princípio da função social se houver a análise negativa, quer dizer, não se tem como saber precisamente qual a função social de algo, mas se tem como saber qual não é a função social. São as palavras de Passos:

O termo função social, conseqüentemente, no âmbito do direito privado, só comporta concreção de seu conteúdo mediante uma formulação negativa. Impossível dizer-se, satisfatoriamente, qual seja a função social de qualquer indivíduo ou organização, traçando-se-lhes exaustivamente o seu agir, ou simplesmente se enunciando princípios, por mais numerosos e genéricos que sejam, só negativamente é possível delimitar-se o espaço da função social do agir do homem ou de suas organizações. Enquanto liberdade, poder de atuar sobre as coisas e sobre outros homens, o homem não tem limites intrínsecos, salvo os naturais. Limitar a liberdade, o poder em que ela se traduz, é torná-la função, vinculá-la a determinados objetivos, pelo que lhe são postos limites. A função social é, assim, menos o que a atividade deve proporcionar que aquilo que ela não pode produzir, por lhe ter sido interdito. (PASSOS, 2002).

Ademais, como bem salienta Fachin na justificativa para a proposta de um enunciado quando da III Jornada de Direito Civil, por parte do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. [...] quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública. O equilíbrio entre justiça e segurança jurídica provoca a compreensão desse cenário jurídico. (FACHIN, 2005, 168).

Portanto, na sociedade contemporânea e no Direito vigente não mais se pode tolerar práticas abusivas, haja ou não previsão específica quanto à validade e prevalência do que venha a ser pactuado quando isso afrontar disposições especiais (como cláusulas gerais, princípios e normas de ordem pública).

Roppo ensina que os contratos tratam de compromissos econômicos e que são vinculantes quando estiverem, logicamente, de acordo com a legislação e assim diz: “El área Del contrato es, em palabras más empíricas, el área de los compromissos económicos concordados y legalmente vinculantes”. (ROPPO, 2009, p. 29).

A ideia a respeito do contrato contemporâneo é exposta por Nalin que, fazendo uma auto-reserva à conceituação contratual, apresenta o que ele chama de, no mínimo, “uma proposição ou asserção [...] do contrato interprivado”, veja:

[...] a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. (NALIN, 2008, p. 253).

Nesta mesma linha de raciocínio Matietto acrescenta que não mais se pode ver a autonomia privada como uma ilha no Direito, se satisfazendo por si só para atender ao plano de validade jurídica, necessário então entender que ela hoje deve conviver e harmonizar-se com princípios igualmente importantes aqui já tratados, como a função social do contrato, a boa-fé, dentre outros. Segue a literalidade dos esclarecimentos:

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, como eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. (MATTIETTO, 2000, p. 176).

Ademais, havendo normas de ordem pública, pode-se dizer com clarividência que não se trata, inclusive, de uma possibilidade de interferência por parte do Judiciário, mas sim de um dever-poder (na expressão de Mello, já referida). Por tal razão que inicialmente se cogitou chamar este tópico “Da impossibilidade de se manter um reduto contratual privatista intocável pelo Judiciário”, afinal, a esta Função do Poder cabe cumprir suas obrigações constitucionais.

Esta situação de ofensa ao Direito quando o texto contratual estiver em confronto com normas de ordem pública é relatada por Azevedo, inclusive se referindo aos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, veja:

[...] malgrado estejamos em face de um contrato novo, sem apego à legislação inquilinária vigente os a formalidades para existir, a livre manifestação da vontade das partes deve ser preservada, como lícita, desde que não atinja dispositivo cogente (norma de ordem pública), os bons costumes e os princípios gerais de direito. (AZEVEDO, 2001, p.3).

Esta necessidade social para que o Judiciário passe a enxergar com outros olhos os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, isso é, atendendo aos novéis paradigmas do direito contratual, é reforçada pela doutrina de Jusefovicz (2003, p.181): “Um dos caminhos para a assunção dessa função é a admissibilidade da revisão judicial e nulificação de cláusulas que criam uma situação de grave desequilíbrio contratual, em todas as esferas da contratação privada.”

Não há mais que se aceitar ou replicar julgamentos em que deixa-se claro uma impossibilidade de revisão contratual em virtude de uma pseudo autonomia privada.

Assim, não há razão para se manter o isolamento do artigo 54 da Lei do Inquilinato, como se fazia na época de severa dicotomia entre Direito Público e Privado; há de se superar tal situação com uma interpretação sistêmica e aplicação de princípios constitucionais e civilistas contemporâneos. Sobre isso, pode-se dizer:

É um grande equívoco aceitar e compreender o contrato com sua estrutura clássica, concebido sob a égide do *pacta sunt servanda* puro e simples, coma impossibilidade da revisão das cláusulas e do seu conteúdo. Surgem princípios sociais contratuais como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a justiça contratual e a equivalência material. (TARTUCE, 2011, p. 39).

Tal entendimento também pode ser analisado do ponto de vista da grande diferença econômica (regra geral) havida entre o empreendedor e o lojista. Como bem ensina Wainstein (2003, p. 59), há de se considerar tal ponto, eis que, “[...] quanto maior for o distanciamento técnico-socioeconômico entre as partes, mais firme deverá ser a atuação da boa-fé no contrato, servindo a mesma de parâmetro da legalidade das obrigações e da conduta do contratante mais forte”.

Esta mesma ideia de superposição econômica que impacta nas relações contratuais é também trazida por Gete-Alonso (apud Aristizábal, 2012), veja:

[...] estas circunstancias acostumbran a propiciar una situación de desigualdad entre las partes que contratan, en la medida en que el que ostenta mayor poder ocupa una posición más preponderante que puede desembocar en un aprovechamiento de la parte débil, mediante la introducción de estipulaciones o pactos, en el contrato, que pueden ser abusivos. (GETE-ALONSO, 2000, p. 579, apud ARISTIZÁBAL, 2012).

Aí então aparece o princípio da boa-fé, em seu aspecto objetivo, como um facilitador para a melhor solução de uma lide, já que, através dele e de uma atividade interpretativa, se pode alcançar uma justiça social e retirar a conflituosidade nos interesses dos contratantes.

Radbruch (apud Tomaszewski, 2006, p.8), ao tratar sobre a insuficiência da lógica tradicional que pode acabar por equivocadamente aplicar/interpretar de maneira absolutamente literal uma norma, bem aponta o caso da estação ferroviária que proibia a entrada de pessoas com cachorros, mas expressamente não restringia certo homem de entrar com um urso. Sobre isso, vale transcrever a seguinte consideração:

Disto resulta que somente a lógica tradicional, por não conter caracteres valorativos não é suficiente para o deslinde de diversas situações existenciais. Requer-se portanto, razões diferentes do racional do tipo matemático, porque a razão não se exaure no campo tradicionalmente conhecimento como racional, uma vez que existem outros campos, diferentes, como o razoável, o logos do humano. (TOMASZEWSKI, 2006, p.8).

Com isso, restringir os olhares, reflexões, e pensamentos apenas no artigo 54 da Lei Inquilinária, olvidando-se da prática mercadológica e das diversas

outras previsões jurídicas, mostra-se uma postura fortemente questionável, que aqui se defender ser inconstitucional e ilegal.

A necessidade dos Tribunais brasileiros superarem a ideia do *pacta sunt servanda* disposta no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991 foi igualmente sugerida por Pereira ao analisar especificamente os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, a saber:

Porém, sabemos que o fato do lojista se instalar em um *Shopping Center* não é garantia de sucesso. A única garantia que possui é que terá uma infinidade de taxas a pagar, consiga ou não fazer com que seu negócio prospere dentro dos percentuais pactuados no aluguel escalonado, por exemplo. Desta forma, enquanto a legislação específica não é aprovada, certamente o melhor caminho aos tribunais é flexibilizar o princípio do “*pacta sunt servanda*”, permitindo assim que cláusulas abusivas e por demais onerosas sejam analisadas. (PEREIRA, 2009).

Para alívio daqueles que pleiteiam uma solução justa, legal e constitucional, há algumas poucas decisões que reascendem a esperança de uma mudança de posição do Judiciário.

Neste sentido, inclusive há uma decisão julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná em 2009 (por sinal, advinda de lide proposta aqui na cidade de Londrina) em que foi declarada a existência de abusividades contratuais na relação lojista-empendedor em *Shopping Center*, veja o principal trecho da ementa:

5. A liberdade de pactuar as cláusulas contratuais contida no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991 não afasta sua apreciação por parte da função jurisdicional do poder, com efeito, de restabelecer o equilíbrio contratual necessário nas relações sociais. 6. **Não há justificativa para o pagamento do aluguel dobrado no mês de dezembro, nem tampouco 50% maior no mês de maio, devendo ser afastada a cobrança manifestamente abusiva limitando a irrestrita liberdade contratual em busca do equilíbrio decorrente da necessária função social do contrato.** (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Portanto, diante deste cenário jurídico, fundamentando-se em normas de ordem pública e em princípios regentes e estruturantes do ordenamento jurídico, tem-se de fato o dever do Judiciário (logicamente nas lides processualmente interpostas) em adentrar à análise do conteúdo dos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*.

Em assim procedendo, o Judiciário está se abstendo de apenas e superficialmente reconhecer a legalidade com base no *pacta sunt servanda* e, por consequência, poderá perfeitamente declarar a ilegalidade/inconstitucionalidade de cláusulas que eventualmente se mostrarem conflitantes com o Direito.

CONCLUSÃO

Viu-se no trabalho que não mais há que se falar em segregação entre o Direito Público e Privado, podendo o conteúdo de um vir a ser aplicado ao outro. Por isso também se disse que o Código Civil não mais é a Constituição do Direito Privado, até porque na Constituição Federal encontram-se as bases do Direito Privado e contratual, razão pela qual é a partir dela que o jurista deve fazer sua reflexão/interpretação.

Após apresentados os apontamentos iniciais, refletiu-se a respeito dos contratos, em especial o que envolve a sua formação, com foco na fase da policitação ou oblação. Isto pois, é nela que podem iniciar as ilicitudes contratuais, já que as propostas e negociações às vezes ocorrem em desequilíbrio das forças contratuais, comprometendo a ideia de cláusulas livremente pactuadas prevista no artigo 54 da Lei do Inquilinato.

Diante do fato de que pode haver comprometimento de alguma liberdade nas negociações, distinguiu-se a liberdade de contratar da liberdade contratual, sendo este um dos itens fundamentais à análise e compreensão dos contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*. Afinal, se não houver a liberdade contratual, ter-se-á a incompatibilidade entre o pactuado e o artigo 54 da Lei do Inquilinato e, assim, não poderia o Judiciário aplicar o princípio da força obrigatória do contrato previsto na referida norma.

Aprofundou-se as reflexões sobre as referidas liberdades através do minucioso estudo dos clássicos princípios da autonomia privada (fazendo distinção com a autonomia da vontade), da força obrigatória dos contratos e do consensualismo. Ademais, também se averiguou os princípios contemporâneos da função social do contrato e na boa-fé (objetiva). Viu-se igualmente que estes últimos são em verdade superprincípios, normas de ordem pública, e que, por isso, são aplicáveis mesmo que se esteja diante de normas mais especiais que o Código Civil, como é o caso da Lei do Inquilinato.

Diante destes preceitos, abordou-se a interpretação contratual e suas peculiaridades no Direito contemporâneo, no qual se utiliza a reflexão sobre regras e princípios. Apontou-se que uma boa interpretação judicial promove a segurança jurídica, já que atualmente esta advém não do *pacta sunt servanda*, mas sim da realização da justiça.

Em que pese todas estas considerações sobre os novéis princípios, ressaltou-se que os princípios clássicos ainda vigem, porém, com outra roupagem e devendo ser harmonizados com os demais fundamentos legais para a aplicação do Direito.

Neste contexto como um todo, tem-se no Judiciário uma ferramenta de pacificação social e de realização da justiça, eis que os seus membros têm obrigação em harmonizar o sistema jurídico nacional, respeitando e fazendo respeitar os princípios da contemporaneidade acima apontados, já que são normas de ordem pública.

Também estudou-se os contratos de utilização de unidade em *Shopping Center*, suas características e qual a natureza jurídica. Constatando haver grande divergência doutrinária sobre este último elemento, tanto assim o é que apresentou-se doutrinadores que defendem estar-se diante de um contrato de locação; outros, de um contrato de locação com atipicidade ou simplesmente como contratos coligados; há ainda aqueles que o enxergam como um condomínio, *joint-venture* ou mesmo uma sociedade em conta de participação; também têm os que defendem ser um contrato atípico misto, que é a posição mais adequada à realidade dos contratos em *Shopping Center*.

Ademais, foram apresentadas diversas jurisprudências nacionais, das quais se extraiu uma ideia quase de salvo-conduto às partes para contratarem o que e como quiserem, eis que o Judiciário aplica o artigo 54 da Lei Locatícia como se houvesse uma liberdade praticamente absoluta ao contratar.

Na sequência, apontou-se equívocos na interpretação majoritária que tem prevalecido nos Tribunais, eis que estes partem de pressupostos (como a paridade e ampla liberdade contratual) muitas vezes inexistentes ou então deixam de aplicar os princípios contemporâneos acima mencionados.

Sendo assim, mencionou-se a necessidade de regulamentação da atividade mercadológica estudada, bem como apontou-se os vários motivos que obrigam e vinculam ao Judiciário a análise mais profunda dos contratos de utilização de unidades em *Shopping Center*. Referida obrigação advém do fato de estar-se diante pactos de adesão, de existirem normas de ordem pública aplicáveis, e da prevalência dos superprincípios da função social de propriedade e da boa-fé objetiva

Por conseguinte, demonstrou-se haver necessidade de uma mudança jurisprudencial conforme manifestações doutrinária diversas, aplicando aos contratos todo o conjunto legal e doutrinário contemporâneo.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 29 maio 2013.

_____. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 22 maio 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 maio 2013.

_____. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245compilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 maio 2013.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 26 maio 2013.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

_____. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. 77. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/077_3.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (2ª Turma). Recurso Especial n.º 178908. Relatora Min. Eliana Calmon. Recorrente: Jereissati Centros Comerciais S/A. Recorrida: Fazenda Nacional. Brasília, 2000.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. (18ª Câmara Cível). Apelação n.º 1.0024.04.194701-1/001. Des. Relator Unias Silva - j. 06/02/2007 p. 23/02/2007. Belo Horizonte, 2007.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná**. (12ª Câmara Cível). Apelação Cível n.º 0455031-8; Londrina. Relator Des. Antônio Loyola Vieira; DJPR 03/08/2009; Pág. 248, Curitiba, 2009.

_____. _____. (15ª Câmara Cível). Apelação Cível n.º 70027692714; Passo Fundo. Relator Des. Angelo Maraninchi Giannakos; Julg. 06/05/2009; DOERS 19/05/2009; Pág. 49. Porto Alegre, 2009a.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. (16ª Câmara Cível). Apelação Cível n.º 70026610998; Porto Alegre. Relator Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha; Julg. 14/05/2009; DOERS 20/05/2009; Pág. 54. Porto Alegre, 2009b.

_____. _____. (15ª Câmara Cível). Apelação cível n.º 2265181-80.2007.8.13.0313; Ipatinga. Rel. Des. Tiago Pinto; Julg. 19/08/2010; DJEMG 30/09/2010. Belo Horizonte, 2010a.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. (34ª Câmara de Direito Privado). Apelação n.º 992.05.112257-9; Ac. 4504851, Praia Grande. Rel. Des. Irineu Pedrotti; Julg. 24/05/2010; DJESP 23/06/2010. São Paulo, 2010b.

_____. _____. (9ª Câmara Cível). Apelação cível n.º 5096145-12.2009.8.13.0024; Belo Horizonte. Relator Des. Osmando Almeida; Julg. 07/12/2010; DJEMG 17/01/2011. Belo Horizonte, 2011b.

_____. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. 0200536-9, Caruaru; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Fernando Araújo Martins; Julg. 31/03/2011; DJEPE 23/05/2011, Recife, 2011c.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.052449-1, Balneário Camboriú. Relator Des. Carlos Prudêncio; Julg. 16/11/2011. Florianópolis, 2011d.

_____. _____. (7ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0359694-75.2010.8.26.0000; Ac. 5048738; Relator Des. Élcio Trujillo; Julg. 06/04/2011; DJESP 20/04/2011. São Paulo, 2011a.

_____. **Conselho da Justiça Federal. IV jornada de direito civil – Enunciados aprovados.** 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 22 jun.2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Ceará.** Apelação nº 003754470.2006.8.06.0001; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Bezerra Cavalcante; DJCE 20/08/2012; Pág. 63, Fortaleza, 2012a.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal.** Recurso 2003.01.1.065120-4; Ac. 579.499; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Antoninho Lopes; DJDFTE 19/04/2012; Pág. 315. Distrito Federal, 2012b.

_____. _____. Recurso 2004.07.1.007800-6; Ac. 433.862; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Angelo Passareli; DJDFTE 21/07/2010; Pág. 75. Distrito Federal, 2012d.

_____. **Tribunal de Justiça de Goiás.** Apelação nº 213033-11.2011.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Orloff Neves Rocha; DJGO 07/12/2012; Pág. 203. Distrito Federal, 2012c.

_____. _____. (5ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0148138-80.2012.8.26.0100; Relator Des. James Siano; Julg. 08/05/2013; DJESP 25/03/2013. São Paulo, 2013.

_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V. Enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 28 maio 2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Nova lei das locações comentadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Os princípios jurídicos na relação obrigatória**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Nº. 99, vol. 32. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005.

ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio Granados. **Del contrato con el consumidor al contrato con asimetría de poderes. Una aproximación desde el derecho comunitario europeo de los contratos**. 2012. Disponível em: <<http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/703/1/180-382-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16405>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado; direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, Fascículo 1 – Matéria Civil, São Paulo, ano 87, abr. 1998, v. 750.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de, **Comentários à Lei do Inquilinato**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.

BESSONE, Darcy. **Do contrato. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BIANCA, Massim. Diritto Civile – Il contratto. Milano: Dott. Giuffré, 1987, *apud* FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na**

relação contratual. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6555>. Acesso: 20 jun. 2013.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010..

BORDA, Guillermo A.. Manual de contractos. 19ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I: teoria geral.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Limites dogmáticos da intervenção judicial na liberdade contratual com fundamento na função social dos contratos.** 2009.

Disponível em:

<http://www.gersonbranco.com.br/view_file.php?cl=artigo&fn=arquivo&id=24>.

Acesso em: 25 jun. 2013.

BRITANNICA. **Laissez-faire.** Ano não informado. Disponível

em<<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/328028/laissez-faire>>. Acesso em: 15 maio 2013.

BUZAID, Alfredo. Estudo sobre shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando Albino de (coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1-15.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.

CARMONA, Nair Pereira. **Shopping Center – Questões Contratuais.** 2007.

Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-03_08-15-46.pdf>. Acesso em: 25 maio 2013.

CARVALHO, Gil da Costa. In Revista dos Tribunais. vol. 533, 1980, *apud* AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16405>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a Lei de Locação de Imóveis Urbanos.** Coordenação: OLIVEIRA, Juarez de. Saraiva, 1992.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____, **Curso de Direito Comercial.** V. 1. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983

CONSELVAN, Jussara Seixas e TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Uma interpretação principiológica do negócio jurídico**. Ano não informado. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jussara_seixas_conselv-an-1.pdf>. Acesso em: 23 maio 2013.

CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. _____. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Tratado de Direito Civil português**. 2.ed. tomo 1. Coimbra: Almedina, 2000

DELGADO, Maurício Godinho. **Os princípios na estrutura do direito**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009. Acesso em 24 jul.2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Código civil anotado**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. _____. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 26ª ed., São Paulo. Saraiva. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal**. In EFING, Antônio Carlos (coord.). *Direito do Consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Repensando o Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Justificativa à proposta de enunciado referente ao artigo 421 do código civil feita na III Jornada de Direito Civil referente à proposta de novo enunciado**. Brasília: CJF, 2005. Disponível em:

<http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Sistema jurídico do shopping Center**. Semina: Ci.Soc./Hum., Londrina, v.15., n.3., p. 214-217, 1994.

_____; GUIMARÃES, Heitor Miranda; COSTA, Fábio Nogueira. Função social do contrato e a equivalência material no contexto negocial contemporâneo. **Diritto & Diritti**. 2010. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30839?page=1>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico – El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Almedina, 2004.

FRANZOLIN, Cláudio José. A responsabilidade decorrente do inadimplemento dos deveres anexos do contrato. **Scientia Iuris**. Londrina, v.13, p. 137-153, 2009.

GABURRI, Fernando. **Da lei nº 8.245/91 e a natureza jurídica dos contratos de cessão de uso de espaços em shopping center**. 2007. Disponível em <<http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/lei-n-824591-natureza-juridica-contratos-cessao-uso-espacos-em-shopping-centers>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I: teoria geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984a.

_____. Traços do perfil jurídico de um shopping Center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (coord.). **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984b.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Autonomia privada e liberdade contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2397, 23 jan. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14238>>. Acesso em: 18 maio 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, A.M.. **Justiça e direito: antónimos ou sinónimos?** Ano não informado. Disponível em: <http://www.freemasons-freemasonry.com/arnaldoG_JeD.html>. Acesso em: 26 maio 2013.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **El Principio General de la buena fé em el derecho administrativo**. 3. ed. Madri: Civitas, 1999.

GORON, Lívio Goellner. Anotações sobre a boa-fé no direito comercial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.13, p. 143-158, jan./mar. 2003.

GUIMARÃES, Octávio Moreira. **Da boa-fé no direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes Hironaka. **Direito civil – estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4194>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. **Revista Sequência**, n.º 47, v. 24. UFSC: Florianópolis. 2003.

_____. **Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais**. 2004. 409 fls. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2004.

KARPAT, Ladislau. **Shopping centers: manual jurídico**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho das Obligaciones**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Boa-fé contratual**. Coord. LOBO, Paulo Luiz Netto, A teoria do contrato e o novo Código Civil. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEITE, Ana Paula Parra. A boa-fé nas relações negociais. **Scientia Iuris**. Londrina, v.14, p.25-41, nov.2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 3: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies**. 3ª ed. Ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo código civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n, 42: 187-195, abr./jun. 2002.

_____. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos de direito privado**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2.^a ed., São Paulo: Método, 2004

MAFRA, Francisco. O Direito e a Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em: 14 jun. 2013.

MAIA, Cesar. **Furor legiferante. 2009. Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0509200906.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7788>>. Acesso em: 22 maio 2013.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Natureza Jurídica das Locações Comerciais dos "Shopping Centers"**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no 1. 2000. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=115>> Acesso em: 05 jun. 2013.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil e a nova teoria dos contratos**. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. – Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Shopping centers. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (coord.). Shopping centers: **aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas**. São Paulo: USP, 1991. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1991.

_____. **O direito do contrato e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor**. Florianópolis: UFSC, 2002.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/pag10_2-2.html>. Acesso em: 25 maio 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais**. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1994.

PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3198>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

PASTRE, Daniel Fernando. **Efeitos da Constitucionalização do Direito Privado na Interpretação dos Contratos: Análise Doutrinária e Jurisprudencial**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9945>. Acesso em: 12 maio 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito civil**, V. III. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: www.bibliotecaforense.com.br.

_____. _____. v. III, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Fabiana Cristina da Silveira. **Contrato de locação em shopping center**. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5229/contrato-de-locacao-em-shopping-center>>. Acesso em: 23 maio 2013.

PEREZ, Viviane. **Função social da empresa**. Ano não informado. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/funcao-social-empresa.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1984.

_____. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping Center: uma nova era empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PORTES, Fernando Ricardo. **Interpretação contratual contemporânea**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. v. 11.n. 21. Jan./Jun.2009.

PUGLIESE, Márcio. **Hermenêutica constitucional**. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). *Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RESENDE, Adeilda Coêlho de. **Hermenêutica do juiz democrático: poder-dever função social**. ORBIS: Revista Científica. Volume 3, n. 2. 2012. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/175/102>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

ROPPO, Vincenzo. Morte e transfiguração do contrato de consumo? **In-Pactum**, Publicação quadrimestral da Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco. Recife-: UCAP, ano 1, n.3, p.1, jan./abr. 2009.

_____. **El contrato**. Traducción de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

RUSSI, Joyce. **Estudo do Ipea mostra a economia brasileira “superoligopolizada”**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 1994.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Regras científicas da hermenêutica**. Revista Judiciária do Paraná, Curitiba : Amapar, jan.-2011, Ano VI, número 2.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. Método: SP, 2003.

SARDAS, Letícia de Faria. **O contrato no novo Código Civil Brasileiro. Aspectos relevantes da intervenção do Judiciário.** Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/contrato_no_vo_codigo.pdf>. 2008. Acesso em: 10 maio 2013.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho.**México: Ed. Porrúa, 1975.

SILVA, Adriana Martins. A constitucionalização do direito privado e a função das cláusulas gerais em respeito aos princípios fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8335>. Acesso em: 11 maio 2013.

SILVA, Beclate Oliveira. Direito e justiça: uma relação tormentosa, mas necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1316, 7 fev. 2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9466>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In ANTUNES, Carmem Lúcia (org.). **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à Nova Lei do Inquilinato.** 9.ed.. São Paulo: Forense, 1986.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias. In Faculdade de Direito da Universidade do Porto. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Disponível em: <sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=4725>. Acesso: 27 jun. 2013.

SOUSA, Sylvio Capanema. O Novo Código Civil e a Reformulação da Teoria das Obrigações e dos Contratos. **AMAERJ Notícias Especial**, n. 07, maio de 2003.

STIGLITZ, Joseph Eugene. Globalização: como dar certo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, *apud* PASTRE, Daniel Fernando. Efeitos da Constitucionalização do Direito Privado na Interpretação dos Contratos: Análise Doutrinária e Jurisprudencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9945>. Acesso em: 12 maio 2013.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos. Do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002.** 2ª ed.. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2011.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. Coimbra: Coimbra, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil: Premissas metodologias para a constitucionalização do direito civil**. 2 ed. Renovar: 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**. 2ª ed., volume III, Rio de Janeiro: forense, 2003.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (co-autor e organizador). **Lições fundamentais de direito**. Ana Célia de Júlio Santos...[et al]. Londrina: [o autor], 2006.

TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TRINDADE. André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1 n. 2, p. 221-228, jun-dez, 2005.

VINEY, Geneviève. **Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad** [traductor: Fernando Montoy Mateus]. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. São Paulo, n. 12, jul./ago. 2001.

WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. **A nova principiologia do direito contratual: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contato**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil alemão: direito das obrigações**. Parte Geral. Tradução de Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.