

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

MÁRIO TOCCHINI NETO

RELATIVIZAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*:
No direito civil brasileiro.

São Paulo
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MÁRIO TOCCHINI NETO

RELATIVIZAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*:

No direito civil brasileiro.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito de obtenção do título de especialista em Direito Contratual, sob a orientação da Prof.^a Dra. Greice Patrícia Fuller.

São Paulo

2014

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Rogério Perujo Tocchini e
Maria Elisabete Silva Tocchini, pela dedi-
cação, princípios e ensinamentos que
guiaram minha vida e educação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado saúde, força e, sobretudo, a companhia de pessoas iluminadas.

A minha orientadora, Prof.^a Dra. Greice Patrícia Fuller, pela atenção, paciência, sabedoria e incentivo dedicado.

Aos meus pais, Rogério Perujo Tocchini e Maria Elisabete Silva Tocchini, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A minha namorada, Nara Liana dos Santos Mangiapelo, pela inspiração, carinho e apoio.

A minhas colegas de trabalho, Beatriz Martins Dellagnezze, Gisela Novaes Seccarelli, Fernanda Azevedo Marques da Cunha e Maria Lucia Peres Ferres Zakia; a minha secretária Meiry; a meu amigo Tomas José Jordan Zakia; a minha colega de turma Juliana Santos; a meus irmãos Rogério Marciel Silva Tocchini e Luciane Silva Tocchini; a toda minha família; enfim, a todos que, de alguma forma, me deram forças para realização deste trabalho. Obrigado!

RESUMO

Este trabalho objetiva apresentar o atual contorno e amplitude do fundamental Princípio da Obrigatoriedade do Contrato, o *Pacta Sunt Servanda*. Para tanto, lançará olhos primeiramente para a história do contrato, enquanto produto das mudanças sociais, econômicas e políticas provocadas pelo homem. A par disso, passará ao estudo dos princípios que regem o direito contratual, com destaque aos novos princípios sociais (Dignidade da Pessoa Humana, Eticidade, Socialidade, Função Social do Contrato e Boa-fé Objetiva), bem como outros elementos (dirigismo e teoria da imprevisão) que levam a compreensão da dinâmica da relativização do *Pacta Sunt Servanda*. Neste campo de férteis mudanças e discussões, na medida em que nos afastamos de paradigmas essencialmente patrimoniais e egoístas, relacionados ao Liberalismo vivido até o século passado, e caminhamos para o reconhecimento de valores intrínsecos ao bem-estar social, concluirá trazendo à luz nosso posicionamento a respeito do modo como os aplicadores do direito estão recepcionando esta matéria tão importante e intrínseca à nova Teoria Geral dos Contratos.

Palavras-chave: Princípio da Obrigatoriedade. *Pacta Sunt Servanda*. Relativização. Mitigação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO	11
1.1 Gênese do Contrato	11
1.2 Direito Romano	12
1.2.1 Período Arcaico	13
1.2.2 Período Clássico	14
1.2.3 Período Pós-Clássico	15
1.3 Idade Média	17
1.3.1 Alta Idade Média.....	17
1.3.1.1 Feudalismo	17
1.3.1.2 Direito Canônico.....	18
1.3.2 Baixa Idade Média	20
1.3.2.1 Desenvolvimento comercial.....	20
1.4 Idade Moderna e Contemporânea.....	20
1.4.1 Iluminismo, Revoluções Americana, Revolução Francesa e Codificação	21
1.4.2 Século XX – Estado Social	24
CAPÍTULO 2. PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL	28
2.1 Os Princípios Clássicos do Direito Contratual	31
2.1.1 O Princípio da Autonomia da Vontade	32
2.1.2 Teoria Clássica do Princípio da Obrigatoriedade da Convenção – <i>Pacta Sunt Servanda</i>	34

CAPÍTULO 3. DA RELATIVIZAÇÃO DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>	37
3.1 Elementos Intrínsecos a Relativização do <i>Pacta Sunt Servanda</i>	47
3.1.1 Princípios Sociais	48
3.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	48
3.1.1.2 Princípio da Eticidade.....	50
3.1.1.3 Princípio da Socialidade.....	51
3.1.1.4 Função Social Do Contrato	53
3.1.1.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva.....	56
3.1.1.6 Princípio da Equivalência Material do Contrato	58
3.1.2 Teoria da Imprevisão e Resolução Por Onerosidade Excessiva.....	61
3.1.3 Dirigismo Contratual	68
3.2 A RECEPÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> PELOS APLICADORES DO DIREITO.....	70
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é analisar o Princípio da Obrigatoriedade, também conhecido pelo axioma jurídico *Pacta Sunt Servanda* (os pactos devem ser respeitados), sem a pretenção de exaurir a matéria, apresentando sucintamente seus aspectos históricos, sua importância, amplitude jurídica e, em especial, seu atual processo de relativização.

Primeiramente, fundamental que iniciemos com a análise histórica e evolutiva do contrato, instrumento de circulação de riqueza, intrínseco a sociedade e cuja importância é inquestionável para as relações humanas e organização do Estado.

Apresentaremos, assim, sua concepção nos primórdios da civilização, quando ainda não era um instituto jurídico, mas já era observado de forma abstrata nas relações que vinculavam determinadas relações, o que ficou registrado pelas leis babilônicas, na Mesopotâmia, bem como nas memórias do Egito Antigo.

Após, observaremos a sistematização do contrato trazida pelos Romanos, incluindo a origem etimológica do termo (*contrato*). Época em que o formalismo predominava sobre a vontade, e ainda era o único fator condicionante para proteção estatal - restrita a poucos.

Veremos também as modificações trazidas pela Idade Média, especialmente aquelas advindas dos Canônicos, responsáveis por elevar a palavra (fé jurada) a um elemento primordial do acordo. Época da valorização da força vinculativa dos contratos - origem do princípio da Autonomia da Vontade e do *Pacta Sunt Servanda*.

Após a origem dos princípios basilares da teoria geral do contrato, passaremos ao estudo das mudanças econômicas e sociais ocorridas após o século XVII, já na idade moderna, afloradas pelo Iluminismo, no século XVIII, ocasião em que pensadores como John Locke e Immanuel Kant, entre outros, lançaram o ideal de liberação do homem pela razão. Veremos assim, o nascimento do Liberalismo, período

filosófico e político fundado na liberdade e igualdade dos homens, que restringiu o controle do Estado sobre as relações privadas.

Contextualizado pelas grandes revoluções e expansão comercial veremos como a máxima do liberalismo será exposta. Veremos que pelo Liberalismo as partes contratantes eram tidas como “iguais” e podiam, assim, versar livremente sobre as cláusulas, que, uma vez aceitas por ambas as partes, deveriam ser tratadas como lei, inclusive pelo estado - o que eleva ao topo os princípios da Autonomia da Vontade e do *Pacta Sunt Servanda*.

Do auge do Liberalismo às suas consequências, entre ás quais a desigualdade social, que afetaram a sociedade do final do século XIX, dando início ao pensamento socialista e passando pelas grandes guerras, veremos o início da mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, pela necessidade da intervenção do Estado nas relações privadas – época, v.g, do reavivamento da Teoria da Imprevisão.

Após abordarmos as transformações do último século e chegarmos a atual fase social do direito, fechando nossas considerações históricas, passaremos à análise pormenorizada dos Princípios contratuais, dando ênfase ao *Pacta Sunt Servanda* e sua relativização - processo resultante da concepção e elevação de princípios sociais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, o da Função Social do Contrato, o da Doa-fé Objetiva, e outros elementos mitigadores.

Por fim, de forma breve, uma palavra sobre como os aplicadores do Direito, principalmente os Juízes, vêm absorvendo a relativização do *Pacta Sunt Servanda*, processo já integrante da moderna teoria geral do contrato.

São Paulo, 08 de abril de 2014.

Mário Tocchini Neto

CAPÍTULO 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO

1.1 Gênesis do Contrato

É uníssono o entendimento de que o contrato tem sua origem associada aos primórdios do homem, no momento em que este passa a socializar-se¹, ou seja, relacionar-se com outros indivíduos, estabelecendo grupos e comunidades. Confunde-se assim com a própria gênese do Direito, o qual, na lição preliminar de Miguel Reale², corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, sem a qual a sociedade não existiria – daí o brocardo *ubi societa, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). De tal modo, a evolução do contrato está intimamente vinculada à evolução da sociedade e do próprio direito, sendo assim reflexo das mudanças políticas, econômicas e sociais observadas ao longo da história.

Desta forma, desde as sociedades primitivas, antes mesmo do surgimento da moeda, temos ciência da existência, v.g, da sujeição patrimonial ou pessoal de um indivíduo em relação a outro por consequência de uma dívida, ou, rituais que geravam vínculos obrigacionais.

Na Mesopotâmia, considerada um dos berços da civilização, o Código de Eshnunna (1825 a.C.) e o Código de Hamurabi (1758 a.C.) trouxeram em seus textos regras a respeito de relações como locação³, compra e venda, empréstimo – negó-

¹ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 03.

² REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02.

³ “**Código de Hamurabi**: [...] 45. Se um homem arrendar sua terra por um preço fixo, e receber o preço do aluguel, mas mau tempo prejudicar a colheita, o prejuízo irá cair sobre quem trabalhou o solo [...]102. Se um mercador confiar dinheiro a um agente para algum investimento, e o agente sofrer uma perda, ele deve ressarcir o capital do mercador.” Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/c%C3%B3digo%20de%20hamurabi.pdf>> Acesso em: 25.03.2014

cios determinados por vínculos – objetivamente considerados. Época em que a forma e ritos predominavam sobre a vontade⁴.

Da mesma forma no Egito antigo, já existiam formas rudimentares de contratos - ritos que disciplinavam casamentos, que deviam ser registrados, para estabelecer a filiação e transferências de propriedades, realizados em três atos, equivalentes à venda, ao juramento e à tradição⁵.

1.2 Direito Romano

Embora a origem do contrato esteja ligada aos primórdios da civilização, foram os Romanos que iniciaram sua sistematização e uso corrente, incluindo etimologicamente a criação do termo “contraher” que, segundo a tese de Pietro Bonfante, significava o estabelecimento de relações duradouras⁶

Este momento de grande enriquecimento do Direito, conhecido como Direito Romano, é dividido em três períodos distintos, sendo o primeiro o *período arcaico*, entre a fundação de Roma, em 753 a.C., até cerca do segundo século antes de Cristo, mais exatamente, com a adoção do processo formal e a atividade dos pretores, seguido pelo *período clássico*, abrangendo a República tardia e indo até o princípio, antes da anarquia militar (235 d.C.), e, por fim, o período tardio ou *pós-clássico*, do século III dc ao fim do Império (476 d.C.)⁷.

⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>> Acesso em: 19-03-2014.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**-13.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 07.

⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias** – 4. Ed – São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

1.2.1 Período Arcaico

No período arcaico, ainda não se conhecia a noção geral de contrato⁸, os vínculos consistiam na submissão do devedor ao poder do credor ou em razão de uma forte crença religiosa, ou na força da expressão performática da palavra – a promessa⁹.

A respeito do poder da palavra neste período, validos são os apontamentos de José Reinaldo de Lima Lopes:

O formalismo do direito arcaico romano precisa ser compreendido para além do caráter “mágico” que algumas vezes se atribui a ele. De fato, considerava-se mágica aquela prática que deseja controlar forças superiores pelo exercício de certos rituais, inclusive pronunciando-se as fórmulas. [...] O direito arcaico não é mágico nesse sentido. A melhor explicação para ele é dada quando entendemos a função performática da linguagem, conforme argumenta J. L. [...] Segundo Austin, há casos em que *falar é fazer*. Nestes casos, a palavra é performática, ela realiza aquilo que diz: o exemplo mais claro é a promessa. Ao dizer “eu prometo”, cria-se a promessa. O direito, mesmo contemporâneo, é cheio destes casos. O casamento, por exemplo, só se realiza quando são pronunciadas as palavras certas na ocasião certa e pelas pessoas certas.¹⁰

Embora este período não tenha produzido modificações relevantes ao contrato, nele se observa uma importante conquista do povo (*plebeus*) que foi a confecção da Lei das XII Tábuas, que tirou o monopólio das leis (mandamentos) das mãos dos patrícios e pontífices.¹¹

⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**, v. 5: a liberdade contratual e sua fragmentação – São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 03.

⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>> Acesso em: 19-03-2014

¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias** – 4. Ed – São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.

¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 32.

1.2.2 Período Clássico

Já no período clássico o termo *contractus* se tornou restrito a teoria das obrigações, correspondendo a um “vínculo” (*affare*), cuja causa era um ato lícito, e que valia para designar todas as obrigações, porém ainda não fazia parte da sua formação tanto a vontade quanto a o acordo¹².

Ainda, como acrescenta Vera Helena De Mello Franco¹³, “o *contractus*, como vínculo entre duas pessoas, podia ter origem, igualmente, num ato involuntário.”

Assim, só posteriormente foi que o termo *contractus* passou a designar “acordo”, gerador de obrigação, porém ainda não imbuído do elemento “vontade”. Destacava-se o rigorismo de forma, ou seja, para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal.¹⁴

De início a obrigação só surgiria por meio de três formas (operações), quais sejam, a entrega da coisa (*re*), a pronuncia de palavras rituais (*verbis*) ou a escrita de documentos respeito ao conteúdo (*litteris*)¹⁵.

Como dito, apenas tais espécies de contratos tinham proteção judicial prevista pelo direito comum de Roma (*ius civile*¹⁶), podendo o credor reclamar via *actio*, sua execução.¹⁷

Além das já citadas formas de contratos, eram aceitos também outras convenções¹⁸ denominadas *pacto*, considerados como formadores de obrigações natu-

¹² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello, op. cit., p. 22.

¹⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello, op. cit., p. 22.

¹⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**, v. 5: a liberdade contratual e sua fragmentação – São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 03.

¹⁶ Numa primeira etapa o *ius civile* era um Direito rígido, fechado, formalista e inflexível, sendo exclusivo aos *civis* (só prevê a regulamentação das relações entre os *cives*), como tal, os *non-cives* (denominados de *peregrini*) apesar de integrarem igualmente o território romano, as suas relações privadas não estavam contempladas pelo *ius civile* , situação que se altera com a introdução do *ius gentium*.

¹⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello, op. cit., p. 22.

¹⁸ “A convenção era o gênero, integrado pelas espécies pacto e contracto[...].” Almeida, Juliana

rais - que mesmo destituídos de fórmula, eram aceitos, porém não eram tutelados por ações. Ou seja, nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, mas caso recebesse a prestação poderia retê-la¹⁹.

Posteriormente, nos duzentos últimos anos do período republicano (final do período clássico) os pactos mais frequentes acabaram sendo reconhecidos e elevados ao nível de contratos. Criou-se então uma nova espécie de contrato (além do *re, verbis e litteris*), o *consensu*, admitida em quatro hipóteses: *emptio venditio, locatio conductio, societas e mandatum*²⁰ - os demais seriam *pactos nus ou nudum pacto*.²¹

Outra importante figura encontrada no período clássico, era o *stipulatio*, contrato verbal espécie de pactos nus cuja observância da forma/ritual permitia abraçar os mais variados conteúdos possíveis, onde o *stipulador* (aquele que fazia prometer a prestação – *stipulari*) perguntava ao promissor se este lhe prometia a prestação, e a resposta deveria ser *spondeo* (promessa)²².

1.2.3 Período Pós-Clássico

Por fim, no Direito Romano pós-clássico há a criação, pelo menos teórica, do *pactum germinatum* – método construído para solucionar os problemas havidos pela limitação (falta de proteção legal) dos pactos, que não produziam efeitos jurídico.

Segundo Vera helena de Mello Franco²³, “a ideia era a de que o *nudum pactum* geraria obrigações naturais (e não civis) e com isso não davam direito a uma

Evangelista De. **A evolução histórica do conceito de contrato.** Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democr%C3%A1tico-de-contrato > Acesso em: 29.03.2014.

¹⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História.** Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf> > Acesso em: 19-03-2014.

²⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**, v. 5: a liberdade contratual e sua fragmentação – São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 03.

²¹ FRANCO, Vera Helena de Mello, op. cit., p. 25.

²² ZANETTI, Cristiano de Sousa. Ob. Cit, p. 03.

²³ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

ação. Mas se as partes realizassem um novo acordo – o *pactum germinatum (sic)* – confirmando o primeiro, a obrigação natural (*oriunda do pacto antecedente*) transmutar-se-ia em civil, autorizando o recurso à via jurídica para conseguir o seu cumprimento.

Com isso segundo a Galvão Telles, abriu-se caminho para atribuir eficácia jurídica ao acordo inominado de vontade – o que se verá durante a Idade Média, sob a influência do Direito Canônico, por um lado, e da escola natural, por outro²⁴.

Seguindo este entendimento, por força dada aos contratos inominados, houve o reconhecimento do *contractus* como figura abstrata, passando o acordo de vontades de mero pressuposto fático e elemento fundado na obrigação de cumprir o prometido. Portanto, num certo sentido, a causa passou a significar a negação dos pactos nus ou dos acordos de vontade não obrigatórios²⁵. Em outras palavras, a causa deu margem ao princípio do consensualismo (*solus consensus obligat*).

É também a conclusão de Flume:

os contratos na Europa evoluíram do modelo de tipos fechados de negócios causais, herdado da codificação *justinianéia*, para a superação da máxima *ex nudo pacto actio non nascitur*, que deu lugar ao acordo amórfico cujo conteúdo é livremente estipulado pelas partes²⁶.

²⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. op. cit., p. 25.

²⁵ GORLA apud PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Garantias no Direito das Obrigações: Um Ensaio de Sistematização**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13179/000582357.pdf?sequence=1>> Acesso em: 29.03.2014.

²⁶ FLUME apud PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Garantias no Direito das Obrigações: Um Ensaio de Sistematização**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13179/000582357.pdf?sequence=1>> Acesso em: 29.03.2014.

1.3 Idade Média

Com o fim do império romano ocidental, em 476 dc, diante das invasões germânicas e, posteriormente, com a morte de Justiniano²⁷ (o último imperador romano), na Roma oriental (Constantinopla - Bizâncio), em 565 d.C., lacrando para sempre a existência do império romano ocidental, deu-se o início da Idade Média, período nefasto de grande pobreza econômica, política, cultural e social, que vai do Século X até o Século XV, com o início da Idade Moderna, dividida em Alta e Baixa Idade Média.²⁸

1.3.1 Alta Idade Média

1.3.1.1 Feudalismo

Em consequência do fim do império romano, com as invasões Bárbaras, a Europa Ocidental se viu diante de uma enorme crise econômica, resultado da desorganização política e social, dando origem a uma nova organização: o feudalismo.²⁹

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, o direito no feudalismo “é um direito de ordens: os homens dividem-se em *oratores*, *bellatores*, *laboratores*, isto é, aqueles oram (cléricos), aqueles que lutam (cavaleiros e senhores) e aqueles que trabalham (servos).³⁰”

²⁷ **Justiniano, o último dos romanos – Parte 1.** Disponível em:

< <https://www.youtube.com/watch?v=xW6wOFROuZI> > Acesso em: 04.2014.02.

²⁸s/ Idade Média. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_M%C3%A9dia >. Acesso em: 03.04.2014.

²⁹ s/ Feudalismo. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Feudalismo> > Acesso em: 03.04.2014.

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias** – 4. Ed – São Paulo: Atlas, 2012, p. 59.

Assim surge o contrato feudo-vassálico, aquele celebrado entre o senhor feudal e o vassalo, pelo qual assumiam obrigações recíprocas³¹ - ao vassalo era dada uma porção de terra, que deveria ser cultivada mediante o pagamento de uma fração da produção, em contra partida o vassalo devia a seu senhor a fidelidade, o auxílio (ajuda militar e pecuniária)³²

1.3.1.2 Direito Canônico

Em razão do desenvolvimento do Direito Canônico, a *vontade foi sobrelevada como fonte do direito contratual*. Assim o Instituto contratual passou a decorrer da fé jurada, em comprometimento com Deus e a Igreja. Foi abolida a distinção entre o contrato e a convenção; a obrigatoriedade ao cumprimento se estabeleceu para ambos³³.

Para o Direito Canônico o fundamento do contrato estava na palavra, forma pela qual, independente da forma, obrigava quem a manifestou – assim passa-se a observar a *vontade* como geradora do vínculo obrigacional, sob pena de sanções divina por perjúrio.³⁴

Desta feita, embora o Direito Canônico não abordasse, à época, a questão do princípio da autonomia da vontade, o fato da fé jurada ter sido o elemento fundamental para a validade dos contratos, é um registro inicial da autonomia da vontade como fator indispensável para a concepção contemporânea do contrato.³⁵

³¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>> Acesso em: 19-03-2014.

³² CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito: geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p.124.

³³ OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social**. Mestrado em direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 – Biblioteca Monte Alegre (DM340 O48fu Ex.3), p. 04.

³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. Ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forence, 2001, p. 5.

³⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função Social**. Cit., p. 25-28 - OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social**.

Deve-se também, a essa época, a Constituição da força vinculativa aos contratos, que deu origem ao *Pacta Sunt Servanda*. As Ideias de voluntarismo e consensualismo se fizeram presentes. O consenso, como forma de deliberação racional da vontade, constituía o vínculo obrigacional.³⁶

Sobre este ponto histórico, Caio Mário da Silva Pereira assim considera:

Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *pecatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os jurisconsultos canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento.³⁷

Orlando Gomes assevera que: “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato”³⁸, mas sim no Direito Canônico e na escola de direito natural, “Os primeiros, porque ao valorizarem o consentimento preconizaram que a vontade é fonte de obrigação, abrindo caminho para o princípio da autonomia da vontade e do consensualismo, posteriormente consolidados na época moderna pela Escola do Direito Natural, defensora de que o fundamento racional do nascimento da obrigação se encontrava na vontade livre dos contratantes³⁹,”

³⁶ 2007. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 04.

³⁷ OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E., ob. Cit., p. 05.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Vol. II. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.19.

³⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. Cit, p. 5.

³⁹ JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013. P.26

1.3.2 Baixa Idade Média

1.3.2.1 Desenvolvimento comercial

Outro importante fator para o afloramento dos contratos foi o desenvolvimento comercial.

Iniciado com o fim do feudalismo, a partir do ano 1000, o desenvolvimento comercial foi impelido pela expansão agrícola e a necessidade de comercialização dos produtos excedentes, gerando o aumento da circulação monetária e reavivando as cidades e suas comunas.⁴⁰ Com as Cruzadas, esboça-se uma abertura para o mundo, quebrando-se o isolamento do feudo⁴¹ Época em que a navegação e o comércio de alto-mar ganharam impulso com a construção de novos tipos de embarcação e o aperfeiçoamento da cartografia.

Esse renascimento do comércio, exige a quebra do formalismo contratual e a vontade como elemento constitutivo dos negócios jurídicos, formas dinâmicas que não engessassem as atividades mercantis.

1.4 Idade Moderna e Contemporânea

De acordo com José Reinaldo de Lima, “a modernidade abre-se com eventos de extraordinária repercussão: a Reforma protestante e a chegada dos europeus à América. A conquista da América coloca para os juristas problemas novos, e com ela surgem questões não resolvidas anteriormente (pelo menos não na escala em que se dão), sobre direito de conquista e descoberta, o direito de posse, a invenção, o tesouro, o direito do mar (a liberdade dos mares) e sobretudo a alteridade, a libe-

⁴⁰ BURNS, Edward Macnall. **História da Civilização Ocidental - Volume 1**. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.

⁴¹ PIRENNE, H.. **História Econômica e Social da Idade Média**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1964.

de natural dos índios. Neste último tema, a modernidade começa a enfrentar a tolerância do diferente.⁴²

Ainda, continua “A sociedade passa gradativamente a ser encarada como soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito era, pois, contratualista.”⁴³

1.4.1 Iluminismo, Revoluções Americana, Revolução Francesa e Codificação

O Século XVIII, século das luzes, assim denominado, foi dominado pelos interesses econômicos exercidos pela burguesia que acabaram provocando a insurgência de pensadores precursores do Iluminismo, entre os quais o filósofo *Kant*, que trouxe à tona o “esclarecimento”, enaltecedo a liberdade, a autonomia, a razão e sobretudo o pensamento crítico, impelindo a responsabilidade do homem pela sua libertação da ignorância e da “tutelagem”, em relação a tudo que o rodeia (Estado, Igreja, todas as outras instituições e até Deus)⁴⁴, e os Enciclopedistas, filósofos, juristas e cientistas, que fundados no culto a razão e ao conhecimento ajudaram a elaborar a obra “*Encyclopédie*”, foram estes e outros pensadores contemporâneos que precederam a revolução francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei – foram assim, os criadores da teoria da autonomia da vontade⁴⁵.

⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias** – 4. Ed – São Paulo: Atlas, 2012, p. 164.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit., p. 165.

⁴⁴ OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social**. 2007. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 06.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo, Contratos-13.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.8.

Baseado na vontade, o contrato ganha grande destaque sendo comparado a própria estrutura estatal⁴⁶.

Junto com a autonomia da vontade, floresceu o individualismo, atingiu seu ápice com a Revolução Industrial, século XIX, tendo como escopo os princípios da liberdade contratual e do consensualismo, assim o contrato possibilitou a autorregulação e impulsionou o capitalismo, como instrumento eficaz.

Tanto o código francês (1804) quanto o alemão (1900) imprimiram esse punidente espírito da liberdade contratual.⁴⁷

O artigo 1.134 do Código Civil francês (Código de Napoleão) determinou que “as convenções legalmente celebradas têm força de lei para as partes. Elas só podem ser revogadas apenas com o consentimento mútuo, ou para as causas que a lei autoriza. Devem ser executadas de boa-fé”⁴⁸.

Assim as codificações oitocentistas, cuidam por valorizar a não interferência do Estado, que se restringia ao mínimo necessário, prevalecendo a vontade individual sobre o coletivo – predominava na economia o princípio do “laissez faire, laissez passer”, o que significa absoluta liberdade de produção e comercialização de bens entre cidadãos⁴⁹.

O *Pacta Sunt Servanda* atinge sua expressão máxima, o contrato de fato estabelecia lei entre as partes – “Aquele que por sua vontade celebrou contrato deve executá-lo, já que ninguém o impeliu a contratar, pois, repita-se é fruto de sua própria vontade. Ripert [...] chega a afirmar que o contrato é lei entre as partes, mas

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit.p.8.

⁴⁷ OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social.** 2007. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 04.

⁴⁸ “1.134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.” Disponível em: < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf> > Acesso em: 05.04.2014.

⁴⁹ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato.** São Paulo: Método, 2004, p.34.

uma lei com força maior que todas as outras leis, já que, depois de formado com regularidade, nem mesmo as outras normas podem atingi-lo”⁵⁰.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas, de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto, os pilares – sobre os quais se formava a assertão peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (*qui dit contractuel dit juste*)⁵¹.

O século XIX termina com a imersão da sociedade no liberalismo contratual absoluto e consequente prevalência dos interesses da burguesia (dominantes) sobre a classe proletária (dominados), acentuando a desigualdade social. Para Dulce Donaire De Mello e Oliveira “essa atitude fez com que o sentido político da liberdade, que concedia ao cidadão participação efetiva na sociedade, se tornasse fonte de abuso de poder.”⁵²

Assim a história viu nascer os impérios industriais e grandes monopólios, a exemplo da indústria petrolífera “Standard Oil Company”, de John Davison Rockefeller, e a “Carnegie Steel Company”, gigante do aço de Andrew Carnegie - Rockefeller e Carnegie são considerados os homens mais ricos da história⁵³. Entendemos

⁵⁰ ALMEIDA, Juliana Evangelista De. **A evolução histórica do conceito de contrato.** Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democr%C3%A1tico-de-contrato > Acesso em: 29.03.2014.

⁵¹ ALMEIDA, Juliana Evangelista De. **A evolução histórica do conceito de contrato.** Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democr%C3%A1tico-de-contrato > Acesso em: 29.03.2014.

⁵² OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social.** Mestrado em direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 – Biblioteca Monte Alegre (DM340 O48fu Ex.3), p. 09.

⁵³ Homens mais ricos de toda a história. Disponível em: < <http://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Carreira/noticia/2013/10/os-homens-mais-ricos-de-toda-historia.html> > Acesso em: 29.03.2014

que tal proeza só foi possível diante do liberalismo, às custas da exploração dos operários e com a complacência do Estado não intervencionista.

1.4.2 Século XX – Estado Social

No início do século XX acentuado pelo desequilíbrio da tão propagada liberdade contratual, os movimentos socialistas, foram fatores de mudança na estrutura dos contratos.⁵⁴

Nos Estados Unidos, em 1901 Theodore Roosevelt⁵⁵ chegou à presidência após o assassinato de Willian McKinley pelo ativista anarquista Leon Czolgosz. Em seu governo Roosevelt defendeu o ideal de que o governo deveria ser o árbitro entre o capital e o trabalho, garantindo a justiça para ambos e não concedendo favores a nenhum – implementou a *anti-trust* - direito dos trabalhadores.

Com a garantia da livre concorrência o avanço da indústria mais competitiva e do aumento da capacidade econômica da classe operária dá-se o surgimento da sociedade de consumo.

Com essa modificação da sociedade o modo de contratar também se modificou. De um contrato pessoalizado, no qual, era possível se discutir as cláusulas contratuais, passou-se a um modelo de contrato impessoal, massificado e objetivo. O capitalismo avançou e o ato de contratar passou a ser cada vez mais rápido. Por essa velocidade nas contratações foi estabelecido um novo tipo contratual, qual seja, o contrato por adesão, no qual as cláusulas contratuais já estão previamente es-

⁵⁴ OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E., op. cit. p. 11.

⁵⁵ s/ Theodore Roosevelt. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Theodore_Roosevelt > Acesso em: 29.03.2014.

tabelecidas, bastando a um das partes aderir ou não a esse contrato, ou seja, não se discute o conteúdo dessas cláusulas contratuais⁵⁶.

O dirigismo contratual expandiu as normas de ordem pública destinadas a proteger a economia e o contratante menos favorecido⁵⁷, com o propósito de limitar a autonomia da vontade para assegurar o cumprimento de novas normas contratuais.

Embora muitos países já tivessem optado pela mitigação do Liberalismo, no Brasil, o Código Civil de 1916, inspirado no Código de Napoleão, foi moldado ainda nos aspectos daquela sociedade liberal e individualista.

Segundo Pontes de Miranda, o Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua resultou de uma coleção de retalhos legislativos fundada no direito que vigorava no Brasil e em Portugal, além de inspiração nos Códigos Civis da França e da Alemanha.

Neste contexto, como cita Eduardo Santos, o Código de 1916 adotou a concepção clássica do contrato, da seguinte forma:

[...] ajuste de vontades entre dois sujeitos iguais e livres: interesses antagônicos com objetivo de lucro. As partes teriam liberdade para moldar cada uma das cláusulas, sendo inadmissível o arrependimento. Uma convenção em que pessoas bem instruídas acerca das condições desejariam obrigar-se a fazer, deixar de fazer ou dar algo.⁵⁸

Assim o direito contratual repousava nos princípios da autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória, relatividade dos efeitos e boa-fé, o que demonstrava claramente o valor concedido à liberdade contratual, e a manutenção das linhas individualista e patrimonialista das codificações francesa e alemã.

⁵⁶ ALMEIDA, Juliana Evangelista De. **A evolução histórica do conceito de contrato.** Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%ADrica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democr%C3%A1tico-de-contrato > Acesso em: 29.03.2014.

⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.9

⁵⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social.** Cit, p.46.

O Código de Beviláqua não previa a possibilidade de modificação do contrato, mesmo que fundada na alteração superveniente das circunstâncias, tampouco, permitia a revisão judicial, tornando-o inatingível.

No entanto o movimento contra o liberalismo tomou corpo após a segunda guerra. A necessidade de o Estado intervir nas relações econômicas repercutiu na esfera do direito privado e, por consequência, no instituto do contrato.

Segundo cita Tempetino:

O direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis - cenário assaz distante do que imaginaria a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia-, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social.⁵⁹

Desse modo, ficou sinalizado que o Código de 1916 estava ultrapassado, incluindo o âmbito das regras contratuais, modo pelo qual em 1969, foi criada uma Comissão para rever o Código Civil, preferindo elaborar um novo código em vez de emendar aquele em vigor⁶⁰.

No Brasil, a evolução do pensamento social emergiu nas fontes normativas através da Constituição de 1988, cujos valores superaram a compreensão individualista, bem como, na Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Apenas em 2002, após longos anos de estudos, proposições e debates, houve a promulgação do Código Civil de 2002, espécie normativa fundada em cláusulas gerais, capazes de se amoldar não apenas às relações sociais atuais, mas às futuras também.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Código Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, 93.

A despeito das inovações no direito contratual, foram mantidos os elementos constitutivos do negócio jurídico, assim como os princípios fundamentais, acrescidos da função social e boa-fé objetiva, no intuito de conter os abusos nos contratos paritários.

Na tramitação do projeto do Novo Código, Ruy Rosado de Aguiar Jr já asseverava:

[...] aplaudo o Projeto no que representa de inovador na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Aplaudo-o também no que tem de apuro técnico. Apenas observo que, nesse propósito de atender àqueles princípios gerais antes enunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação – ou lhes deu em extensão aquém da possível desejada. De qualquer forma, na Teoria Geral do Direito e na matéria obrigacional, constitui um avanços do qual não podemos mais retroceder⁶¹

A partir deste salto passamos a viver o “Estado de bem estar social”, no qual prevalece a liberdade individual, cerceada pelo direito social. Onde, em nosso entendimento, há de se considerar a relativização do *Pacta Sunt Servanda*, que possibilita a intervenção judicial, a fim de operar o cumprimento e observância dos princípios sociais da “boa-fé objetiva”, da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

⁶¹ AGUIAR JR. Apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

CAPÍTULO 2. PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL

Com base na história, podemos classificar os direitos fundamentais em três gerações, sendo a primeira geração a dos direitos “individuais” (à luta pela liberdade e segurança diante do Estado); a segunda, a dos direitos “sociais, econômicos e culturais” (impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar saúde, educação, moradia, segurança pública e, agora, com a EC 64/10, também a alimentação) – e a terceira geração, com os direitos “difusos e coletivos” (direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente) cuja origem é associada à revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade *conectada* em valores compartilhados (solidariedade e fraternidade)⁶².

Assim, diferente das sociedades antigas (primitiva, romana e medieval) e da mais recente sociedade liberal (época de direitos absolutos, individualistas e perpétuos), vivemos uma geração que coloca em voga, *v.g.*, o equilíbrio do homem com o meio ambiente, a busca de uma vida mais saudável, o progresso, a paz, à autodeterminação dos povos e os direitos difusos.

Desta forma, é notável que a sociedade contemporânea é produto das transformações de cunho político, econômico, social e fraternal, e que o Direito Contratual, por sua vez, é moldado e conduzido pelo “anseio” desta sociedade, com base no que chamamos de princípios⁶³.

Neste contexto, segundo ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, chamamos de princípios os ditames superiores, fundantes e simultaneamente

⁶² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 05.04.2014.

⁶³ “A palavra princípio traz o sentido de início, começo, e também o de fundamento.” JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.36.

informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Que pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica⁶⁴.

A par disso, antes do advento do Código Civil de 2002, o direito contratual era regido por cinco princípios fundamentais, quais sejam, o *Princípio da Autonomia da Vontade*, que envolve a plena liberdade de contratar, do que contratar e de com quem contratar; o *Princípio da Força Obrigatória do Contrato (Pacta Sunt Servanda)*, pelo qual o contrato constitui lei entre as partes; o Princípio do Consensualismo, em que basta o simples acordo de duas ou mais vontades para originar o contrato válido, o *Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato*, cujos efeitos nem prejudica nem favorecem terceiros, vinculando tão somente as partes contratantes; e, por fim, o *Princípio da Boa-fé Subjetiva*, presente no Código Civil de 1916, prestigia a boa intenção das partes contratantes⁶⁵.

Com o advento do Código Civil de 2002 tais princípios permaneceram, porém relativizados à luz dos princípios sociais inseridos na nova ordem jurídica⁶⁶, entre os quais, o princípio da Função Social, o princípio da Boa-fé Objetiva e o princípio da Equivalência Material ou Equilíbrio Econômico-Financeiro da Relação Contratual.

Vale destacar que o Código Civil de 2002 encarta uma notável aproximação e integração principiológica com o Código de Defesa do Consumidor⁶⁷ e, sobretudo, uma adequação à Lei Maior, modo pelo qual Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁶⁵ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 11.

⁶⁶ “Neste sentido, cabe salientar que o Código Civil vigente alterou profundamente a filosofia do direito civil brasileiro ao inserir explicitamente princípios em seu corpo normativo, de que são exemplos os contidos nos arts. 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva)...” JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.37.

⁶⁷ Enunciado n. 167 do Conselho da Justiça Federal: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”

o fenômeno da “descentralização e constitucionalização do direito civil⁶⁸”, ou seja, o Código Civil deixa de ser a Constituição privada e passa a ser uma norma à luz da Constituição Social.

Devido a esta evolução do Direito Civil⁶⁹, a doutrina não é uníssona ao elencar de modo estanque os princípios contratuais contemporâneos.

Para Arnaldo Rizzato, por exemplo, a concepção dos contratos é orientada pelos seguintes princípios: autonomia da vontade; obrigatoriedade dos contratos; liberdade e função social do contrato; equivalência das prestações; supremacia da ordem pública; probidade e a boa-fé e, por fim, dirigismo contratual.

Já Maria Helena Diniz⁷⁰, enumera os atuais princípios contratuais, citando como fundamentais apenas a autonomia da vontade, obrigatoriedade da convenção, o consentimento, a relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual e, por fim, a boa-fé objetiva.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume I: parte geral – 12 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

⁶⁹ “Antes do advento do Código Civil de 2002, poderíamos falar em cinco princípios fundamentais ao direito contratual:

- a) Princípio da autonomia da vontade, envolve a plena liberdade de contratar, do que contratar e de com quem contratar;
- b) Princípio da força obrigatória do contrato (*Pacta Sunt Servanda*), relativizado pela cláusula *rebus sic stantibus*, decorrente da teoria da imprevisão, pelo princípio da onerosidade excessiva, que, na vigência do Código Civil de 1916, era declarada pelo Poder Judiciária e no Código de 2002, expressamente, prevista no art. 478 – pelo qual o contrato constitui lei entre as partes. Por este princípio as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cupridas;
- c) Princípio do consensualismo, basta o simples acordo de duas ou mais vontades para originar o contrato válido, em que pese a exigência para alguns contratos da observância de formalidades previstas em lei (contratos ditos solenes)
- d) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato, cujos efeitos nem prejudica nem favorecem terceiros, vinculando tão-somente as partes contratantes, salvo exceções legais, como ocorre na estipulação em favor de terceiros, nos contratos por terceiro e com a pessoa a declarar;
- e) Princípio da boa-fé subjetiva, presente no Código Civil de 1916, prestigia a intenção das partes contratantes, previsto também no Código Civil de 2002, muito embora próximo do princípio da boa-fé objetiva.” MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANLUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 11.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40:55.

Tanto para a citada doutrinadora, quanto para Miguel Reale, a Função Social estaria no quadro dos princípios, assim como a Socialidade, Eticidade e a Operabilidade, considerados vetores de interpretação ou princípios norteadores. Neste contexto, o princípio da Função Social do Contrato é visto como um limitador da autonomia da vontade.

Para a proposta do presente trabalho, serão analisados os princípios que nos levam a compreensão do atual processo de relativização do *Pacta Sunt Servanda*, subdividindo-os em princípios liberais e princípios sociais.

Para tanto iniciaremos a compreensão da autonomia da vontade e da obrigatoriedade da convenção, princípios liberais intrínsecos à formação do contrato, bem como, e ao longo do trabalho, aqueles que, por via oblíqua, são por via própria e em conjunto com o dirigismo e a teoria da imprevisão, responsáveis pela relativização do *Pacta Sunt Servanda*, sendo eles, assim considerados, os princípios sociais da Dignidade da Pessoa Humana, da Eticidade, da Socialidade, da Função Social do Contrato e da Boa-fé Objetiva.

2.1 Os Princípios Clássicos do Direito Contratual

Os princípios clássicos, também chamados de liberais, são assim conhecidos porque foram aclamados ainda na vigência do Estado Liberal, ou Estado de Direito, quando a sociedade enxergava o contrato como instrumento necessário para proporcionar liberdade e segurança à prática de negócios, que melhor traduzisse a disposição do patrimônio pelo indivíduo.

Desta maneira, o contrato era visto unicamente como fonte de obrigação, e como tal, baseava-se primordialmente em interesses individuais.

Seguindo seu curso, e por razões históricas já apontadas, a sociedade deixou de ser eminentemente individualista passando a buscar valores mais fraternos e justos (sociais).

Neste diapasão, os princípios liberais, passaram a sofrer a influência desta nova dinâmica da sociedade irrigada por pautas axiológicas sociais e negociais, emergindo novos princípios, tidos por Sociais.

Embora “relativizados” os princípios chamados liberais constituem ainda a base da teoria geral dos contratos, e incluem-se aqueles sobre os quais a doutrina civilista vem discorrendo há muito tempo. São eles: a) a autonomia privada; b) o *pacta sunt servanda*; e c) a relatividade subjetiva do contrato (eficácia *inter partes*), sendo os dois primeiros escolhidos para discorrermos a seguir, em razão de estarem intimamente ligados à proposta deste trabalho. Vejamos.

2.1.1 O Princípio da Autonomia da Vontade

A “vontade”, entendida como o *sentimento que insita alguém a atingir um objetivo*⁷¹, não apenas um privilégio dos homens, mas juridicamente reconhecida para aqueles que possuem livre discernimento (capacidade), embora sempre presente nas relações privadas, teve seu reconhecimento como força fundamental e concep-tiva do contrato, apenas após o advento do Direito Canônico, na Idade Média.

Desde então até os dias de hoje, como bem ensina o doutrinador Pablo Stolze, “não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade.”⁷²

Para o melhor entendimento, podemos considerar a autonomia da vontade, hoje denominada também como autonomia privada, como o princípio que exalta, na sua essência, que o contrato deve ser fruto da liberdade e da livre iniciativa privada, imbuído de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensando a própria liberdade de contratar.

⁷¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa – 6. Ed. Ver. Atualiz.** – Curitiba: posigraf, 2004, p. 823.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

Para Maria Helena Diniz, neste distinto poder de autorregulamentação se inclui, além da liberdade de criação, a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher com quem irá contratar e, por fim, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

Tal liberdade, preconizada pelo princípio da autonomia da vontade, encontrou seu ápice, como visto, no século XIX, com a pungência do liberalismo, calcados na filosofia de Kant, para quem a autonomia significa a capacidade de reger-se pela lei própria, isto é, a lei da razão.

Hoje, com o avançado do direito “social”, já imprimido no Código Civil de 2002, a liberdade dos contratantes já não reina absoluta, visto que seu exercício está condicionado, como veremos, à função social do contrato, e implica valores de boa-fé e probidade.

Ou seja, o exercício da liberdade de contratar ainda é fundamental e brilhosa para a existência e validade do contrato, porém com limites e condições intrínsecas, impostas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção limitada do estado, com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana e respeitar a eticidade, do contrário, não haveria segurança jurídica.

Nas palavras de Maria Helena Diniz: “O princípio da autonomia da vontade está atrelado ao da socialidade, pois pelo Art. 421 do Código Civil, declarada está a limitação da liberdade de contratar pela função social do contrato.”⁷³

Da mesma forma, Silvio de Salvo Venosa:

No contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. Assim, a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. [...] Por esse prisma, realçando o conteúdo social do novo Código, seu art. 421 enuncia: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O controle judicial

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio.⁷⁴

Portanto, assim como a força obrigatória - objeto deste estudo, notável que a autonomia da vontade, sofre o mesmo processo que chamamos de relativização ou mitigação, em razão do afloramento dos princípios sociais.

2.1.2 Teoria Clássica do Princípio da Obrigatoriedade da Convenção – *Pacta Sunt Servanda*

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷⁵, “Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em franco prejuízo à Segurança das relações negociais.”

O Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, objeto pelo qual orbita o presente estudo, também conhecido o princípio da Obrigatoriedade da Convenção, é aquele que impõe força vinculante às disposições contratuais “livremente” concebidas pela autonomia da vontade, ou seja, aquele pelo qual o contrato deve fazer “lei entre as partes”.

Segundo Orlando Gomes⁷⁶, “o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrando que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.

⁷⁴ VENOSA, 2003, p. 375/376 apud ALVEZ, Ester Beiriz Viana. **O Pacta Sunt Servanda x a função social do contrato.** Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830 > Acesso em: 31.03.2014.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 10. Ed., Rio de Janeiro: Forence, 1993, p. 36.

Entendemos, portanto, que a força obrigatória é o manto seguro que cobre a convenção, fruto da autonomia da vontade das partes, condicionando-as ao vínculo estabelecido e proporcionando segurança às relações negociais.

Embora não explícito em dispositivo legal no Código Civil Brasileiro⁷⁷, de tal instituto se infere que as estipulações ou cláusulas, constantes do contrato devem ser fielmente adimplidas, uma vez que os contratos possuem força vinculante entre as partes, sob pena do patrimônio do inadimplente responder pelo não cumprimento das avenças.

Por consequência, a parte que se considerar prejudicada pelo inadimplemento das prestações por parte da outra poderá demandá-la em juízo com fundamento na cláusula contratual descumprida. Assim, a tutela Jurisdicional poderá tanto determinar que o faltoso cumpra a obrigação, quanto decretar a revisão ou, ainda, resolução do contrato, conforme art. 475 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Neste contexto, vale observar que do *Pacta Sunt Servanda* decorrem dois importantes efeitos: o da *irretratabilidade* da vontade das partes manifestada pelos signatários e o da *intangibilidade* do conteúdo do contrato.⁷⁸

Pela irretratabilidade tem-se que, uma vez estipulado e firmado o compromisso, as partes não poderão se arrepender (excetuadas as hipóteses legais) ou denunciarem o contrato com o intuito de se desonerarem das obrigações pactuadas.⁷⁹

Já pela intangibilidade não podem as partes alterar unilateralmente o conteúdo dos direitos e obrigações contratados.

⁷⁷ JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

⁷⁸ JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.41.

⁷⁹ JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

No entanto, conforme será observaremos a seguir, tanto a irretratabilidade como a intangibilidade não constituem pressupostos absolutos, haja vista a prevalência da segurança de princípios sociais maiores, em detrimento dos interesses individuais, circunstâncias moderna e social que levaram a relativização e mitigação do princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Consonante com o exposto, Maria Helena Diniz transcreve o Enunciado n. 176 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, a saber: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual"⁸⁰.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

CAPÍTULO 3. DA RELATIVIZAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*

Como visto, o princípio do *Pacta Sunt Servanda* traz consigo a ideia de intangibilidade e de imutabilidade do contrato firmado, o que ordinariamente é objeto de discussões jurídicas, em razão da aplicação do poder jurisdicional, por vezes chamado a intervir.

Ocorre que as mudanças ocorridas no âmbito principiológico, principalmente com o advento dos princípios sociais, exigem do aplicador do direito, como entendemos e veremos ao final deste trabalho, profundo conhecimento, sensibilidade e, sobretudo, atenção aos anseios da sociedade.

De início, no entanto, vale lembrar que historicamente a obrigatoriedade do contrato teve sua primeira valorização no Direito Canônico, assim como a autonomia da vontade, não coincidentemente, pois a valorização da vontade impele a necessidade de uma segurança, e esta segurança jurídica foi traduzida em *Pacta Sunt Servanda*, como ação e reação, onde ação é a liberdade de contratar e a reação a obrigação de cumprir o que livremente se estipulou.

Como ensina Vera Helena de Mello Franco, a liberdade de contratar é a razão da obrigatoriedade do contrato, ou seja, a “sujeição das partes aos efeitos do contrato decorreriam, justamente, do fato de que as partes livremente aceitaram o seu conteúdo e, igualmente, as limitações à respectiva vontade”⁸¹

Desta forma, quando se observou a supremacia da liberdade (autonomia da vontade), que imperou no Liberalismo do século XIX, também testemunhou a ex-

⁸¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

pressão absoluta do *Pacta Sunt Servanda*. Época em que o Estado não intervinha nos atos praticados pela autonomia privada.

Vale relembrar também, que nesta época “a doutrina do *laissez faire, laissez* (Adam Smith) visualizava no livre trânsito de agentes econômicos o fundamento central do desenvolvimento da economia, ancorada na crença de que a livre concorrência implicaria, naturalmente, em melhores ofertas e condições de aquisição de produtos e serviços pelos consumidores. De se lembrar da concepção do *État Gendarme* (Estado Polícia), segundo a qual ao Estado somente caberia cuidar da segurança, da saúde pública e da representação do país nas relações internacionais, interferindo o mínimo possível na atividade dos cidadãos”⁸²

Assim, entendemos que as consequências deste absolutismo, já expostas neste trabalho, foram nefastas para a classe operária e gloriosa para a minoria dominante, culminando com o aumento da desigualdade social, falta de moradia, transporte público, segurança e saúde em decorrência do aumento populacional ocasionado pela imigração do campo para cidade, o que deu azo a conflitos e por sua vez fez florescer o pensamento socialista - geração dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Não por acaso, passa a prosperar a convicção de que o Estado tem de intervir nas relações privadas, materializada pelo dirigismo do estado, impondo restrições ao princípio da autonomia privada, em benefício dos interesses coletivos, o que não seria possível sem a flexibilização do *Pacta Sunt Servanda*, a qual damos enfoque neste trabalho, operada inicialmente com a adoção de uma intervenção judicial, consubstanciada na *teoria da imprevisão (Rebus Sic Stantibus)*, como veremos mais adiante.

No Brasil, como já exposto, o Código Civil de 1916 não absorveu o alvorecer das ideias sociais, uma vez que a sociedade dava seus primeiros passos de uma

⁸² JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013. P.26

República e ainda trazia consigo marcas de um período escravagista⁸³. Assim, os valores mais importantes da época eram a propriedade e o materialismo, ainda ligado ao individualismo, portanto uma norma enraizada nos princípios Liberais.

Assim, cremos que o Código de Clóvis Beviláqua trazia como noção de contrato aquela de um acordo de vontades centrado em bases eminentemente individualistas, prevendo uma igualdade formal para os contratantes, fazendo com que, em grande parte do século XX, o *Pacta Sunt Servanda* imperasse absoluto, sendo contido tão somente em questões excepcionais e extraordinárias, como no caso fortuito e em razão de força maior.

Porém, com o avançar do século XX, mais precisamente após a segunda guerra mundial, as ideias sociais tomaram corpo e, somado a isso, houve a iminente necessidade do Estado intervir nas relações econômicas⁸⁴, repercutidas na esfera do direito privado e, por consequência, no instituto do contrato.

Tornou-se necessária a busca pelo equilíbrio contratual e assim a lei passou a proteger determinados interesses sociais pungentes, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé (subjetiva) das partes.

Já que o Código Beviláqua se pautava pelo individualismo e os anseios da sociedade de hoje não mais se viam nele contemplados, o governo federal houve por bem criar uma comissão responsável por atualizar esse instrumento de defesa das garantias do cidadão (1969-75).

No entanto, antes do surgimento do Código Civil de 2002, mais forte foi a necessidade de uma nova Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, trazendo em seu artigo 1º, a Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento do

⁸³ GIARETTON, Rogério Luís. **A liberdade de contratar e a relativização do *Pacta Sunt Servanda*.** Disponível em: <http://www.cpgls.ucg.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20liberdade%20de%20contratar%20e%20a%20relativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacta%20sunt%20servanda.pdf> > Acesso em: 31.03.2014.

⁸⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

Estado Democrático de Direito. Chamada de Constituição Cidadã, além de representar o marco entre o regime militar e a democracia, também significou a conquista de vários direitos sociais.

A teoria contratual ganha novos contornos com a inserção de princípios constitucionais e valores sociais preconizados no Estado Democrático de Direito, que introduzem uma reformulação de interpretação do Direito Contratual.⁸⁵

Tão logo promulgada a Constituição, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), limitando e relativizando os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, evitando os abusos dos Fornecedores, parte mais forte da relação contratual.

A proteção aos interesses sociais (art. 1º) e a relativização dos princípios liberais, por meio de normas cogentes e imbuídas pelo dirigismo, foram trazidas de forma expressas, incluindo um capítulo exclusivo denominado “Da Proteção Contratual”.

Neste contexto, propomos a análise “*in verbis*” dos principais artigos que imprimiram de forma direta ou indireta na flexibilização do *Pacta Sunt Servanda*, permitindo, assim, que a possibilidade da busca da tutela Jurisdicional, a fim de ser obtida a revisão ou resolução de contratos impróprios ou abusivos. Vejamos.

De início, destaca-se o art. 4º, pelo qual vale notar (com nosso grifo) em seu bojo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a proteção à parte vulnerável do contrato e a imposição do dirigismo à relação de consumo:

[...]Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem

⁸⁵ GIARETTON, Rogério Luís. **A liberdade de contratar e a relativização do *Pacta Sunt Servanda*.** Disponível em:
<http://www.cpgls.ucg.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20liberdade%20de%20contratar%20e%20a%20relativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacta%20sunt%20servanda.pdf> Acesso em: 31.03.2014.

como a transparéncia e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo; [...] (grifo nosso)

Já no Art. 6º, incisos III, IV, vemos a presença vetorial da boa-fé objetiva, suas obrigações orbitantes, bem como, nos incisos V e VI, onde também visualizamos o princípio da Função Social e Equilíbrio Econômico

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a **proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais**, bem como **contra práticas e cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a **modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais** ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva **prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos**; [...] (grifo nosso)

No que tange à extirpação das “cláusulas abusivas”, embora estejam elas listadas no art. 51, valemos-nos do entendimento sobre “abuso”, proposto por Maria Helena Diniz, *in verbis*:

(a atual tendência é) conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial, ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto repreender uma

situação maliciosa ou não subjetiva.⁸⁶

Dessa forma, para que seja caracterizada a abusividade de determinada cláusula, é necessário observá-la sob o ângulo da boa-fé objetiva, não havendo espaço para a sua acepção subjetiva.

Já no Capítulo da Proteção Contratual, ficam mais evidente a mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, se o objetivo for a proteção dos princípios e equilíbrio já revelados.

Deste modo, logo no Art. 46, há uma clara exceção imposta ao princípio da obrigatoriedade, em casos onde for “iludido”, “conduzido”, ter à si “omitida informações” que levem ao prejuízo. Vejamos.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo **não obrigarão os consumidores**, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (grifo nosso)

Para melhor compreensão deste dispositivo, validas são as anotações de Nelson Nery Junior, a seguir expostas:

Não basta que a redação dos termos esteja clara no contrato de consumo. Necessário, também, que o sentido da cláusula seja claro e de fácil compreensão. A avaliação da clareza e da facilidade de compreensão da cláusula contratual depende do exame em cada caso concreto⁸⁷

Ainda:

“O fornecedor deverá ter a cautela de oferecer a oportunidade ao consumidor para que, antes de concluir o contrato de consumo, tome conhecimento de seu conteúdo, do contrário as prestações por ele assumidas não o obrigarão”⁸⁸

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson, Leis Civis Comentadas/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver., atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 305.

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 305.

O próximo artigo a ser analisado traz expressa e pioneira relativização do *Pacta Sunt Servanda*, adstrito ao seu efeito de irretratabilidade, permitindo o contratante desistir, em caso específico. Eis o Art. 49, in verbis:

Art. 49. **O consumidor pode desistir do contrato**, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (grifo nosso)

A seguir, mais uma vez a análise de Nelson Nery Junior:

O CDC consagra do direito de o consumidor arrepender-se e voltar atrás em declaração de vontade que haja manifestado celebrando relação jurídica de consumo. Esse direito de arrependimento decorre da lei, isto é, existe *per se*, independentemente de qualquer justificativa do consumidor. Basta que o contrato tenha sido concluído fora do estabelecimento comercial para que o consumidor possa dele arrepender-se⁸⁹

Por fim, seguem os artigos impressos na seção “das cláusulas Abusivas” e “do contrato de adesão”, consubstanciando o dirigismo estatal, na busca incansável pelo equilíbrio contratual, valendo-se para tanto da limitação da autonomia da vontade e da obrigatoriedade. Destaques para o inciso IV e ao parágrafo 1º, do Art. 51, Art. 53 e Art. 54:

SEÇÃO II

Das Cláusulas Abusivas

Art. 51. **São nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 305.

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;[...]

[...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

[...] Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. [...]

[...] 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**.[...] (grifo nosso)

Desta feita, vimos que o Código de Defesa do Consumidor segregou os contratos de consumo, daqueles amparados pelo Código de 1916, e os elevou à nova dinâmica contratual contemporânea, que privilegia o equilíbrio a boa-fé, a equidade, a dignidade, entre outros nortes jurídicos sociais.

Assim, tanto a Constituição quanto o Código de Defesa do Consumidor, deram início às mudanças grandiosas para teoria geral do contrato, cuja efetividade, a nosso ver, reflete na mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, por meio da Tutela Jurisdicional, conduzida pelos novos princípios sociais.

Sobre esta evolução em nosso Direito, seguem as palavras do Professor Rogério Ferraz Donnini, *in verbis*:

O Princípio da Força Obrigatória dos Contratos sofreu a maior transformação com o surgimento do CDC, haja vista que foi relativizado além de se tornarem expressos os Princípios da Boa-fé e da Equidade, o que possibilitou a revisão do contrato de consumo firmado sem observância desses princípios fundamentais.⁹⁰

Depois da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, ficou claro que o Código Civil de 1916 estava ultrapassado e às margens do Direito, modo pelo qual, optou-se por novas leis especiais, para tratar especificamente dos interesses civis, a exemplo da Lei do Inquilinato.

Então, somente com a promulgação do Código Civil de 2002, centralizado e constitucionalizado, é que a principiologia social enfim se consagra no direito privado, notadamente no âmbito do direito contratual, tendo por fundamento as diretrizes da socialidade, eticidade e, especialmente, a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Com esta nova roupagem a predominância da destinação social sobre o individualismo (liberalismo) foi estabelecida no ordenamento civil.

Como consequência, e como dito, para efetividade do alcance principiológico, há uma clara imposição da relativização do *Pacta Sunt Servanda*, tanto reavivando a teoria da imprevisão (*Rebus Sic Standbus*), como veremos mais a diante, quanto com cláusulas gerais que permitem a “intervenção” da Justiça no controle do equilíbrio e efetividade dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Neste sentido segue o entendimento dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em uma época como a atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, o *Pacta Sunt Servanda* ganhou uma

⁹⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. **Revisão contratual sem imprevisão.** Revista do Advogado, AASP, Ano XXVII, nº 98, 2008, p. 216.

matiz mais dícreto, temperado per mecanismos jurídicos de relação do equilíbrio contratual [...]⁹¹

Neste contexto vale também citar alguns dispositivos, a serem melhor analisados, entre os quais os arts. 317, 413, 421, 422, 478, 479, 480, que preveem ou possibilitem a “intervenção” judicial em caso de abuso, ausência de boa-fé, quebra da base subjetiva⁹², onerosidade ou não observância da limitação da autonomia da vontade, em razão e nos limites da função social do contrato.

Além do que está positivado, espera-se do intérprete, a reconstrução do sistema contratual, de forma a conciliar os princípios clássicos, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, buscando arduamente o equilíbrio o mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na arena constitucional.

Por esta nova ordem, fica claro que os princípios constitucionais e sociais contratuais, a exemplo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º), da Função Social do Contrato, Boa-fé objetiva, entre outros, não podem ser marginalizados pelos eventuais signatários, por qualquer razão que seja, muito menos por interesses próprios - vantagens econômicas na maioria das vezes.

Da mesma forma, caso este “comportamento” progresso seja levado ao conhecimento do Judiciário, não deve o julgador aceitar esse tipo de conduta, fundamentando sua sentença com base no princípio do *Pacta Sunt Servanda*, em detrimento daqueles novos princípios sociais trazidos à luz por cláusulas gerais. Nestes casos, não considerar a mitigação do *Pacta Sunt Servanda* seria promover o retro-

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁹² “A base subjetiva do negócio compreende as representações (vorstellungen) nas quais as partes assentam seu acordo” (Nery, RDPriv 10/179-180). A frustração da expectativa subjetiva dos contratantes pode da ensejo: a) à não obrigatoriedade da prestação (como ocorre no sistema suíço: CObr. Suílo 23 e 24); b) a anulação do negócio jurídico por erro nos motivos(erro essencial) (motivirrtum) (CC 138 a 140; BGB§ 119II; CObrig. Suílco 373 II). Em razão da boa-fé objetiva, a ninguém é dado exigir a prestação da outras parte, se houver quebra da base do negócio. V. Walter Schmidt-Rimpler, [...]” NERY JUNIOR, Nelson, Código civil comentado/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 5 ed. Ver. ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 483.

cesso ao estado do liberalismo e ignorar o avanço social que arduamente conquistamos.

3.1 Elementos Intrínsecos a Relativização do *Pacta Sunt Servanda*

Tanto os princípios constitucionais, quanto aqueles recém incorporados a norma civil, todos de cunho social, tidos como princípios sociais, são elementos que norteiam a incidência do princípio da autonomia da vontade e mitigam e relativizam a força do *Pacta Sunt Servanda*.

De acordo com as doutrinadoras Maria Ligia Coelho Mathias E Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, “os princípios tradicionais informadores da teoria contratual – autonomia da vontade/autonomia privada, obrigatoriedade da convenção, relatividade dos efeitos dos contratos e boa-fé subjetiva – já desenvolvidas na vigência do Código Civil de 1916 – hoje permanecem sob a égide do Código Civil de 2002, relativizados pelos princípios sociais: da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material.”⁹³

Assim, os ditos princípios sociais são, portanto, os responsáveis pela atual conjectura do direito contratual, princípios pelos quais devem ser observados e suspenso tanto pelas partes quanto pelos aplicadores do direito, mormente os Juízes, os quais serão a última via para obter a concretude do Direito Subjetivo, a segurança do estado democrático de direito e a consolidação da Justiça.

Outrossim, os princípios sociais revelam ser mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas, (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observados pelas partes no contrato que celebrarem, de forma prévia, concomitante e após a execução do contrato.

⁹³ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 17.

Isto nada mais é do que o resultado da postura intervencionista que o Estado passou a adotar, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiença econômica, dando contornos a função social do contrato e que no Brasil, iniciou-se com a socialização, por assim dizer, após a edição de nossa Constituição de 1988.⁹⁴

3.1.1 Princípios Sociais

3.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para Pablo Stolze Gagliano⁹⁵ “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”

Para compreendermos a importância da transformação deste nobre valor em princípio, incorporado à norma, logo uma cláusula geral⁹⁶, devemos nos ater ao contexto socioeconômico e cultural que impeliu nosso legislador.

Para tanto, imaginemos uma sociedade privada que se preocupa mais com o “ter” do que o “ser”, ignora a dignidade do semelhante, não se compadece com o sofrimento do devedor, não valoriza os vínculos familiares, busca a vantagem econômica acima de tudo, faz-se de desentendida em relação aos direitos alheios e, para agravar, imagina que sempre esta em pé de igualdade em relações contratuais.

⁹⁴ GAGLIANO apud FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Principiologia contratual: dos princípios liberais ao estado social.** Disponível em: < <http://www.diritto.it/archivio/1/28626.pdf>> Acesso em: 30.03.2014.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁹⁶ “Estas normas incorporadoras de princípios são denominadas cláusulas gerais” (JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito dos contratos* – São Paulo: Saraiva, 2013, p.37)

Agora, tome como realidade uma lei que apoie estes valores, e teremos uma módica ideia do quão cruel, egoísta, patriarcal e autoritário foi o Código Civil de 1916⁹⁷, lei que por muito tempo foi considerada a Constituição dos Direitos Privados.

Nesta conjuntura, em resposta a uma sociedade sedenta de evolução social, a Constituição federal de 1988 trouxe no seu corpo normativo o princípio da dignidade da pessoa humana, e o fez de forma explícita, no Artigo 1º, impondo sua extrema importância, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Vejamos, *in verbis*:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

De tal sorte, dentro de um contexto que avultou a importância do Direito Civil Constitucional, no que se deu pelo processo de descentralização normativa, o princípio da Dignidade se destaca perante os demais princípios oriundos da doutrina moderna do direito privado.

Ainda, conforme ensina Pablo Stolze Gagliano:

(tal) prevalência do ditame constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, em face de quaisquer outros princípios, de natureza econômica ou não, é resultados da aplicação do princípio da proporcionalidade, que tem nítida função regulatória em nosso sistema jurídico.⁹⁸

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume I: parte geral** – 12 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral** – 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

A importância e o destaque deste princípio são também muito bem sopesados por Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias , mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento⁹⁹

Sendo assim, podemos concluir que valores como a vida, a imagem, a privacidade, a integridade física, entre outros de suma importância, não podem mais ser desconsiderados a pretexto de interesses legitimados pelo contrato ou mesmo pela lei, a exemplo da exigência restando a exceção apenas a cargo de admissão expressa pela própria Constituição, admitindo o sacrifício de um valor individual tendo em vista fins superiores.

Portanto, no contexto deste trabalho, entendemos que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um norte constitucional a ser seguido e, se preciso for, levado às últimas consequências, incluindo eventual intervenção do Estado na intangibilidade do contrato – logo um princípio que pode vir a relativizar do *Pacta Sunt Servanda*.

3.1.1.2 Princípio da Eticidade

De modo simples a Eticidade representa expressão da qualidade do que é ético e moral.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25.

Assim, o princípio da eticidade, objetiva imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais nas relações jurídicas de direito privado, conferindo-lhes respeito e dando mais segurança às relações contratuais.

Para tanto, a *eticidade* estimula os operadores do Direito a não se limitarem ao exercício da mera subsunção, tornando-se imprescindível o trabalho com noções básicas, tais como moral, ética, boa-fé, honestidade, lealdade, confiança, conceitos interpretados com o fito de obter conceitos e alcances inicialmente não definidos.

Assim, segundo Pablo Stolze, Eticidade consiste na “busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico”¹⁰⁰.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o princípio da *eticidade* se relaciona tanto com o Direito Civil quanto com o Direito Constitucional, sendo aquele “que se funda no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade”¹⁰¹.

De tal modo, impelido pelo Princípio da Eticidade, poderá o juiz intervir no contrato, mediante a atenuação do *Pacta Sunt Servanda*, com o objetivo de estabelecer o equilíbrio com base na moral e na ética.

3.1.1.3 Princípio da Socialidade

Para Miguel Reale, socialidade é princípio que “prestigia os valores coletivos, colocando os individuais em segundo plano”¹⁰².

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume I:parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, p. 834.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v. 3, p. 846.

A concepção do princípio da socialidade revela o abismo existente entre o código de 1916 e o atual, promulgado em 2002, que passou a privilegiar os valores fundamentais da pessoa humana.

Oportuno resaltar que o privilégio do coletivo não importa na subtração de direitos da pessoa individualmente considerada. Para Judith Martins Costa o princípio da socialidade e o individualismo caminham lado a lado, “impondo a relação concreta e dinâmica dos dois valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação”¹⁰³

A positivação deste princípio pode ser verificada em vários pontos do ordenamento, mas, exemplificativamente, no art. 421, do Código Civil de 2002, onde se lê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Resta patente, portanto, que o respeito à função social do contrato é dever imposto pelo Princípio da Socialidade.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam:

[...]o *Princípio da Socialidade* surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais. Por isso, valores foram positivados no prestígio à função social do contrato (art.421)[...]¹⁰⁴

Assim, na ordem normativa vigente, a acepção que se deve emprestar à função social do contrato segue no sentido do comando constitucional insculpido no artigo 3º, combinado com o artigo 170, qual seja, a de que o contrato exerceirá sua função social ao instrumentalizar a circulação de riquezas e, concomitantemente, viabilizar a justiça social.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.**, p. 49.

¹⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

Ou seja, por assim dizer, o contrato tem uma função social relevante na nova ordem jurídica, pois é veículo direto do indivíduo na concretização dos valores e princípios constitucionais.

Portanto, o Princípio da Socialidade não tem apenas aptidão para vedar convenções contratuais lesivas – mitigando o *Pacta Sunt Servanda*, se preciso for. Encerra, também, um comando positivo, no sentido de se concretizar os objetivos constitucionais descritos no artigo 3º, dentre os quais, o de construir uma sociedade mais justa, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos.

3.1.1.4 Função Social Do Contrato

“Um dos pontos altos do novo Código Civil”, segundo Miguel Reale¹⁰⁵, o art. 421 do Código Civil de 2002 traz a positivação do princípio da função social do contrato, impondo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Na busca do conceito deste princípio, encontramos a orientação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no sentido de que “a função social do contrato traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de se delimitar aprioristicamente.”¹⁰⁶

Mesmo entendimento adota Vera Helena De Mello Franco, para quem a acepção deste princípio “varia ao sabor das diversas ideologias, a partir do momento em que se confunde com a ética social, vigente num determinado momento, em um igualmente determinado agrupamento. A assim ser, o seu conteúdo fica a cargo da

¹⁰⁵ REALE, Miguel. Função Social do Contrato. Disponível em:

< [Http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm](http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm) >. Acesso em: 05.04.2014.

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82.

visão, mais ou menos conservativa, progressista ou revolucionária, particular do intérprete.”¹⁰⁷

No entanto, na empreitada de se encontrar uma definição da Função Social do Contrato, deparamo-nos com o ensinamento de HUMBERTO THEODO JUNIOR, *in verbis*:

Com efeito, função quer dizer “papel a desempenhar”, “obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição”. E social qualifica o que é “concernente à sociedade”, “relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país”. Logo só se pode pensar em função social do contrato, quando este instituto jurídico interfere no domínio exterior aos contratantes, isto é, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado.¹⁰⁸

Neste contexto, Nelson Nery Junior nos informa que:

“ a cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF 3.º I). ”

E conclui que:

“A cláusula geral da função social do contrato tem magnitude constitucional e não apenas civilística”¹⁰⁹

Seguindo estas ideias, vale lembrar que este foi um princípio que veio ao encontro do *fenômeno da socialidade* já presente no direito brasileiro, por tendências jurisprudenciais, antes mesmo de existir o Código atual. Neste aspecto Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lembram que:

A socialização da idéia de contrato não é idéia nova. A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a função social do contrato

¹⁰⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 13.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Leis Civis Comentadas**/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver. , atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 477.

ganhou contornos mais específicos.¹¹⁰

De tudo, podemos reduzir em palavras, entre tantas orientações, que o Princípio da Função Social do Contrato, a nosso ver, além de um vetor de bases constitucionais e principiologia social, que orienta e limita a autonomia da vontade, conduzindo para observância dos interesses coletivos, enquanto cláusula geral¹¹¹, é um dos meios mais poderosos do ordenamento, colocado à disposição do Judiciário, para o alcance do equilíbrio contratual, em contraponto ao egoísmo natural dos interesses das artes contratantes, assim que compelido a intervir na relação contratual, autorizando assim, a quebra obrigatoriedade, para rever, modificar ou extinguir obrigações – fazendo-nos testemunhar, mais uma vez, um dos fundamentos para a flexibilização do *Pacta Sunt Servanda*.

No que tange a revisão do contrato, frente a não observância do preceito do Art. 421, segue o entendimento de Nelson Nery Junior, *in verbis*:

A desconformidade do contrato com sua função social (e com a boa-fé objetiva – CC 422) pode ser corrigida, administrativa ou judicialmente. O primeiro caminho é o aditivo contratual celebrado entre as próprias partes contratantes. Não havendo acordo entre elas, é possível conformar-se o contrato desequilibrado `sua função social pela via da revisão judicial do contrato

Ainda:

Pela cláusula geral da função social do contrato o juiz pode revisar e modificar cláusula contratual que implique desequilíbrio entre as partes. Essa atividade integrativa do juiz (Richterrecht) assume o caráter de direito positivo vinculante, em nome da legitimação democrática do direito e do princípio da divisão dos poderes [...] A decisão do juiz torna-se norma jurídica, isso é, lei entre as partes, porque o magistrado, com a concretização da cláusula geral de função social do contrato, passa a integrar o negócio jurídico contratual. A atividade jurisdicional deixa o seu caráter tradicional e

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

¹¹¹ “entendemos que a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição federal.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.)

geral de função substitutiva da vontade das partes pela do Estado-juiz, e passa a fazer parte do contrato, como ocorre com a atividade judicial na jurisdição voluntária [...] 112

Portanto, o Princípio da Função Social do Contrato, trazido à luz pelo Art. 421 do Código Civil, traduz a ideia de que o contrato pactuado deve atender aos interesses sociais, ou seja, ser socialmente benéfico e justo, sem acarretar prejuízos à coletividade, incluindo questões socioambientais (direitos difusos), sob pena da quebra da intangibilidade (*Pacta Sunt Servanda*), por meio da intervenção judicial¹¹³.

3.1.1.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva

Antes de adentrar ao estudo do Princípio da Boa-fé Objetiva aplicado aos contratos e sua relação com a mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, imperiosa é a diferenciação das duas espécies de boa-fé existentes no nosso ordenamento jurídico: a Boa-fé Objetiva e a Boa-fé Subjetiva.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a boa-fé subjetiva, presente no Código Civil de 1916, “consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.”

Ou seja, boa-fé subjetiva seria algo intrínseco ao sentimento humano de “ausência de perigo” diante de uma situação específica, um fato ou ato jurídico.

Para Nelson Nery Junior, boa-fé subjetiva “sempre se baseia numa crença ou ignorância. [...] “protege o contratante que age com base na confiança que tem na

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson. **Leis Civis Comentadas**/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver. , atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 477/478.

¹¹³ “Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, por quanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva” (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, EDecl no REsp 573.059/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.05.2006, p. 216).

existência de um negócio aparente; que não pode advertir o co-contratante ou terceiro de um erro não reconhecível; que para a formação do contrato atende aos termos que decorrem de sua declaração de vontade e não aos que permanecem retidos na consciência dos celebrantes” (Mosset, Contratos, p.264).”

Em nosso ordenamento a boa-fé subjetiva ainda encontra guarda, enquanto “fonte de interpretação da manifestação unilateral ou negocial”¹¹⁴, expressa nos Arts, 112 e 113, este último, *in verbis*:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Já a boa-fé objetiva, é uma cláusula geral que, ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que este deve agir como um ser humano reto, com probidade, honestidade e lealdade.¹¹⁵

O Princípio da Boa-fé Objetiva foi positivado no Código Civil de 2002, pelo art. 422, *in verbis*:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé objetiva.

Uma importante consequência da Boa-fé Objetiva positivada, conforme vemos, é, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “uma releitura da estrutura obrigacional, revista à luz dessa construção ética”¹¹⁶. Concluindo que o contrato não mais se esgota na obrigação principal de dar, fazer e não fazer.

Para os citados doutrinadores, agora a boa-fé objetiva “impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, não menos relevantes, a e-

¹¹⁴ NERY JUNIOR. Nelson, **Leis Civis Comentadas**/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver. , atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 480 – nota 6.

¹¹⁵ NERY JUNIOR. Nelson, op. cit. – notas 5 e 10.

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

xemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação etc.”¹¹⁷

De tal modo, não há dúvida de que a boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral e norma cogente, a ser observada em todas fases do contrato, torna-se um vetor ético para balizar a conduta das partes.

Portanto, diante da inobservância da boa-fé objetiva e da probidade, em detrimento do outro signatário, bem como de terceiros, macula o contrato, cabendo ao Judiciário, se compelido, assim como a inobservância da Função Social, intervir na *imutabilidade* da relação, para operar a declaração de nulidade ou restabelecendo o equilíbrio – o que só é possível com a relativização do *Pacta Sunt Servanda*.

Enfim, pela análise dos princípios até agora expostos, verifica-se que todos estão ligados ao respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1^a, III), dando tutela jurídica aos contratantes para que se efetivem a função social da propriedade (CC, art. 1.118, § 1º), a do contrato (CC, art. 421) e a justiça social (CF, art. 170)¹¹⁸.

3.1.1.6 Princípio da Equivalência Material do Contrato

Também conhecido como Princípio Econômico do Contrato, Princípio da Justiça Contratual ou, ainda, Princípio do Equilíbrio Contratual¹¹⁹, o Princípio da Equivalência Material teve sua inspiração na Constituição Federal de 1988, nos arts. 3º, III

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, op. cit., p. 103.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

¹¹⁹ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 16.

e 170º¹²⁰, sendo positivado pelo atual Código Civil, entre outros, nos arts. 317, 478, 479 e 480.

Tratado como princípio social, ou ainda, *um subproduto normativo do princípio maior, senão axial, da Função Social do Contrato*¹²¹, o Princípio da Equivalência Material do Contrato tem o condão de coibir desproporções iniciais dos direitos e obrigações ou corrigir desvantagens excessivas supervenientes, inibindo abusos e, se necessário, possibilitando a intervenção estatal nas relações contratuais.

Assim, trata-se de mais um princípio que se contrapõe ao *Pacta Sunt Servanda*, a fim de exteriorizar maior importância à preservação do justo equilíbrio que a exigência cega de cumprimento do contrato.

Neste sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citam Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, 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

¹²⁰ Art. 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”

Art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- [...]
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais; [...]

¹²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97.

experiência ordinária. O princípio clássico pacta sunt servanda passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.¹²²

Oportuno também considerar a relação entre o Princípio da Equivalência com outros institutos jurídicos, como a lesão, o estado de perigo e a Teoria da Imprevisão (*Rebus Sic Stantibus*).

Para Maria Ligia Coelho Mathias, o Princípio da Equivalência incorpora a teoria da imprevisão desde o Código Civil de 1916¹²³, enquanto Princípio do Equilíbrio Contratual, em que norteava a aplicação do “*Rebus Sic Stantibus*”, agora normatizada no art. 317º do Código Civil de 2002, in verbis:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Já para Alberto Gossen Jorge Júnior, o Princípio do Equilíbrio Econômico, assim denominado pelo doutrinador, tem caráter mais abrangente e incorpora todos os institutos outrora citados. Para o citado doutrinador, tal princípio “tem por finalidade proteger o contratante contra a lesão (art. 157) e a onerosidade excessiva (art. 478). [...]” e continua “o código optou por privilegiar a expressão onerosidade excessiva, mas é certo que a preocupação em preservar o razoável equilíbrio entre o peso das vantagens e os sacrifícios das prestações contratadas já se encontrava presente em institutos e concepções de origem diversa, ainda que movidos pelo mesmo escopo, como são a cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, a teoria da imprevisão, a teoria da base do negócio jurídico.”¹²⁴

Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, seriam aqueles institutos jurídicos (lesão, estado de perigo, teoria da imprevisão), visados a resguardar

¹²² LOBO apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 96.

¹²³ MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 16.

¹²⁴ JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013, p.50.

a equivalência material, princípio social norteador, que por sua vez tem o condão de garantir a função social do contrato.

De qualquer forma, inegável que a equivalência material, enquanto princípio social norteador, rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato, operando agora, com norte dado pela função social, o controle do equilíbrio da base objetiva do contrato, permitindo ao juiz ferramentas para decretar a revisão ou a resolução dos contratos. Logo, opera-se pela relativização da *Pacta Sunt Servanda*.

Tão incisivo sobre a obrigatoriedade que a jurisprudência brasileira já admite, inclusive, a revisão de obrigação extinta pelo pagamento ou novada, ainda que constituído ato jurídico perfeito, como veremos em tópico específico a respeito da recepção da mitigação do *Pacta Sunt Servanda* pelo poder Judiciário.

Portanto, embora não haja, no Código Civil, a formulação explícita do Princípio do Equilíbrio Contratual, é patente a condenação do desequilíbrio, seja através da vedação da lesão, seja ao se permitir a resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.

3.1.2 Teoria da Imprevisão e Resolução Por Onerosidade Excessiva

Dentre as forças mitigadoras do *Pacta Sunt Servanda*, importa, neste momento, discorrer sobre a maior e mais antiga delas, a teoria da imprevisão, que permite ao juiz rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos e imprevisíveis.

Assim, buscaremos o entendimento que se mostrará mais amplo do que nos passa o entendimento da resolução do contrato pela onerosidade excessiva, inserida no Código Civil de 2002, bem como, do que representou a cláusula *Rebus Sic*

*Stantibus*¹²⁵, e a razão da sua consolidação na teoria do direito contratual, como instituto responsável pela mitigação do *Pacta Sunt Servanda*.

Neste caminhar, para sua melhor apresentação, usamos as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para os quais a teoria da imprevisão está “umbilicalmente ligada ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*¹²⁶” sendo “o substrato teórico que permite rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis.”¹²⁷

Historicamente, embora encontremos disposição relativa à imprevisão há mais de 2700 anos antes de Cristo, na Lei 48 do Código de Hammurabi, bem como, saibamos que de certa forma foi aceita no direito Romano, pode-se dizer com precisão que a teoria da imprevisão foi, de fato, reconhecida apenas no Direito Canônico, ao ser incorporada como regra jurídica pela cláusula *Rebus Sic Stantibus*.¹²⁸

Após o apogeu no Direito Canônico, caiu no esquecimento nos sistemas jurídico dos séculos XVIII e XIX, especialmente durante o auge do liberalismo, quando, como já vimos, a autonomia da vontade e o *Pacta Sunt Servanda* eram tidos como princípios absolutos.¹²⁹

Ressurgiu gloriosa nos tempos modernos, após a 1º guerra (1914-1918), com o cenário de quebra da estabilidade econômica e comercial, impelida por movimentos sociais e redimensionamento das forças geopolíticas mundiais.¹³⁰

Tal renascimento ocorreu mais precisamente na França, sendo ela o primeiro Estado a editar uma lei (Failliot - 1918) direcionada à disciplina da *Teoria da Imprevisão*, de maior amplitude que aquela outrora esquecida – consistente no reconhe-

¹²⁵ *Rebus* = coisa; *sic* = assim; *stantibus* = ficar.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 309.

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., 312.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 319.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. Cit., p. 310.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. Cit., p. 311.

cimento de que a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, com impacto sobre a base econômica ou a execução do contrato, admitiria a sua resolução ou revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.¹³¹

Contemporâneo à Lei Francesa, o Código Civil de 1916 deixou de regulamentar a revisão, em razões de sua base ideológica liberal, como já assinalada neste trabalho. Não obstante, como Carlos Roberto Gonçalves ensina, o signatário postulante, acometido pela imprevisível modificação da base objetiva, encontrava fundamento em “artigos esparsos, como o 401, que permitia o ajuizamento de ação revisional de alimentos, se sobreviesse mudança na fortuna de quem os supria, podendo ser ainda lembrados, como exemplos, os arts. 594 e 1.058 do mesmo diploma.”¹³²

No Brasil, a teoria da imprevisão veio a ser positivada apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que inovou em seu art. 6º, V¹³³, ao admitir que o consumidor pudesse pleitear a revisão do contrato, se circunstância superveniente desequilibrasse a base objetiva do contrato, impondo-lhe prestação excessivamente onerosa.

Interessante observar, conforme ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que “o CDC não exigiu a imprevisibilidade para que se pudesse rediscutir os termos do contrato, razão por que a doutrina e a jurisprudência especializadas preferem, aí, denominá-la teoria da onerosidade excessiva.”¹³⁴

Neste contexto, citam acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL.

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. Cit., p. 311.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais/** Carlos Roberto Gonçalves – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.52.

¹³³ CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 319.

VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, art. 6º. CDC, Art 6º, V. I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94); II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, Resp 472594/SP (2002/0132082-0), Dj, 4-8-2003, p. 214, rel. p/ Acórdão Min. Passarinho Junior, j. 12-2-2003, 3ª Turma)

Tempos depois, o Código Civil de 2002, dedicado aos princípios sociais e atendendo a reclamos da doutrina e atento às mais recentes jurisprudências, diferente do anterior, dedicou uma seção para regular a matéria. Vejamos.

Seção IV Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. [...]

Além dos artigos citados nesta seção, vislumbra-se a positivação da teoria da imprevisão também no art. 317, *in verbis*:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Pelo que dispõe o Código Civil de 2002, podem ensejar pedido judicial de resolução ou revisão do negócio jurídico, em respeito à Teoria da Imprevisão, os signatários de contrato de execução contínua ou de trato sucessivo, desde que haja, cumulativamente: a) superveniência de circunstância imprevisível; b) alteração da base econômica objetiva do contrato; e c) onerosidade excessiva.¹³⁵

Sobre a condição de “resolução”, expressão adotada pelo legislador no que se refere aos arts. 478 e 479, entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ser imprecisa, ao passo que “a onerosidade excessiva não importa somente na extinção do contrato, mas também em sua revisão.

Neste mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves resume que “as modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (arts. 317 e 479 do CC), ou de resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884), a Boa-fé (art. 422) e o fim social do contrato (art. 421), se houver modificação da base do negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou a frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.”¹³⁶

Ainda, sobre os artigos trazidos à tona pelo Código Civil de 2002, Nelson Nery Nunior comenta:

A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC421) e também da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC422). O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-economia que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, obra citada, p. 314 e 315.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais/ Carlos Roberto Gonçalves – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.53.

que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra. Essa ideia de *socialidade* do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes.¹³⁷

Deve-se destacar, assim como propõe Carlos Roberto Gonçalves, a “regulamentação da resolução do negócio jurídico por ‘onerosidade excessiva’, visando à manutenção do equilíbrio econômico do contrato, **com abrandamento do princípio ‘pacta sunt servanda’** em face da cláusula ‘Rebus Sic Stantibus’¹³⁸.(grifo nosso)

Agora, no que tange a terminologia aplicada, interessante trazer à tona a relevante e sensível diferenciação entre a Teoria da Imprevisão, Resolução por Onerosidade Excessiva e Cláusula Rebus Sic Stantibus, ensinada pelos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

Para os citados doutrinadores, a Teoria da Imprevisão, de sentido mais amplo, definida no início desse tópico, seria “uma aplicação direta do Princípio da Boa-fé Objetiva, pois as partes devem buscar, no contrato, alcançar as prestações que originalmente se comprometeram, da forma como se obrigaram”. Já a cláusula Rebus Sic Stantibus, aplicada em tempos passados, anterior à concepção da Teoria da Imprevisão, revela-se uma aplicação prática, no sentido de que, em todo contrato de prestação sucessiva terá uma cláusula implícita de que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*Rebus Sic Stantibus*) como eram no momento da celebração.

Por fim, quanto à “Resolução por Onerosidade Excessiva”, mais focada na questão da desproporção do que na imprevisibilidade, é uma expressão utilizada pela nova codificação civil brasileira (arts. 478 a 480 do CC-02), no sentido de in-

¹³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Leis Civis Comentadas**/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver. , atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 518/519.

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

car a extinção do contrato, em função do descumprimento (involuntário, pela onerosidade excessiva gerada por circunstâncias supervenientes).¹³⁹

Antes de finalizarmos, vale complementar esta abordagem elucidando a diferença entre a teoria da imprevisão e os institutos da lesão e o caso fortuito.

Primeiramente, não se confunde a aplicação da teoria da imprevisão com o víncio da lesão (art. 157 do CC) a seguir, *in verbis*:

LIVRO III
 Dos Fatos Jurídicos
 TÍTULO I
 Do Negócio Jurídico
 CAPÍTULO IV
 Dos Defeitos do Negócio Jurídico
 Da Lesão
 Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
 § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.
 § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Embora neste dispositivo também se verifique a existência de desproporção manifesta entre as prestações pactuadas, é certo que na Teoria da imprevisão o “dano” decorre de um evento “imprevisível”, porém no âmbito de um negócio jurídico “válido e perfeito”, enquanto na lesão o “dano” decorre de negócio jurídico inicialmente “defeituoso” – apto a ensejar sua anulação.

Assim, para configuração da lesão, pressupõe-se a existência de dois elementos: a) objetivo ou material: desproporção das prestações avençadas, e b) subjetivo, imaterial ou anímico: a premente necessidade, a inexperiência e a leviandade (da parte lesada), bem como, o dolo de aproveitamento (da parte beneficiada).¹⁴⁰

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 312, 313 e 314.

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 316.

Por fim, também não se confunde a Teoria da Imprevisão com o caso fortuito, positivado no art. 393, *in verbis*:

PARTE ESPECIAL
LIVRO I
DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
[...]
TÍTULO IV
Do Inadimplemento das Obrigações
CAPÍTULO I
Disposições Gerais
[...]

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O caso fortuito ou força maior resultam do inadimplemento fortuito da obrigação, sem que, com isso, se imponha a qualquer das partes a obrigação de indenizar.

A teoria da imprevisão, por sua vez, enseja uma revisão dos termos do contrato, podendo gerar, na repactuação, um dever de ressarcir parcelas pagas ou gastos feitos, bem como até mesmo de indenizar pela extinção da avença.¹⁴¹

3.1.3 Dirigismo Contratual

A doutrinadora MARIA HELENA DINIZ, em minucioso apontamento, assim nos ensina:

a expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contratantes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade. O estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas

¹⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 317.

de ordem pública (RT, 516:150), mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado.¹⁴²

Extraímos assim, que Dirigismo é o controle exercido pelo Estado, com o fito limitador da autonomia da vontade e do *Pacta Sunt Servanda*, através de leis que impõem ou proíbem o conteúdo de determinados contratos, bem como, operam sua resolução ou revisão, com a finalidade de aplicar os princípios sociais, proibir abusos por uma das partes ou evitar prejuízo a um dos contratantes, que está situado num plano de inferioridade perante o outro.

Segundo Arnaldo Rizzato, esta função também é denominada regulamentação legal do contrato, e dirige-se a controlar o individualismo contratual.¹⁴³

Neste contexto, este doutrinador cita como exemplo o contrato de locação, onde a duração do prazo, os reajustes dos alugueis e as infrações causadoras da rescisão não ficam ao arbítrio das partes, mas dependem de previsão legal expressa.

Enfim, de uma forma geral, são muitas as vestes desenvolvidas pelo Dirigismo Contratual. Podemos observá-lo com a positivação de princípios, transformados em cláusulas gerais, a exemplo da Função Social do Contrato (CC 421) e da Boa-fé objetiva (CC 422), bem como pelo desenvolvimento de teorias fundadas na supremacia dos interesses coletivos, a exemplo da “Teoria Da Imprevisão” (CC478/317). Ainda, há de se notar o Dirigismo pelos institutos da “lesão” (CC 157) ou do “caso fortuito” (CC 393), ou, simplesmente, com a imposição de normas cogentes, imperativas ou de ordem pública, a exemplo do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

¹⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**-13.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.31.

No que tange o foco de nosso trabalho, fica evidente que o dirigismo, ao intervir na imutabilidade ou na intangibilidade do contrato, consagra-se como elemento mitigador do *Pacta Sunt Servanda*, senão como condutor e operador dos demais elementos e princípios– outrora analisados.

3.2 A RECEPÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA PELOS APLICADORES DO DIREITO

Abriremos esta derradeira etapa de nosso trabalho com a mensagem de Silvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

Para que o direito tenha uma aplicação em prol da sociedade e em resposta aos anseios dela é mister que os profissionais atuantes nesse campo estejam preparados. Sabido é que juristas e operadores do direito em geral não se fazem com rapidez. Gerações de estudiosos são necessárias. Colocada ao lado a crítica mais frequente vinda do lado positivista quanto à segurança jurídica, cabe ao operador do direito, na contemporaneidade, perante as cláusulas abertas da lei atual, mormente do Código Civil de 2002, ser um “ser humano do seu tempo”. De nada adianta apontar para a função social do contrato se o advogado ou o juiz é pessoa acomodada, inculta, que não percebe os anseios da sua sociedade. Por isso eternizam-se os processos nos ancinhos das cortes, sem que decisões efetivamente operacionais sejam proferidas.¹⁴⁴

Como observamos neste estudo, a mitigação e a relativização do Princípio da Obrigatoriedade (*Pacta Sunt Servanda*), enquanto meio do Estado intervir na imutabilidade e intangibilidade do contrato, em pró do equilíbrio dos resultados e da observância de princípios sociais, é um processo relativamente novo no Direito contemporâneo, mormente em nosso país, cujas amarras do Liberalismo eram patrocinadas pelo antigo Código Civil, até pouco tempo atrás.

¹⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Aplicação contemporânea do Direito.** Valor Econômico - Legislação & Tributos - 17.04.09. Disponível em: <http://ronaldsharp.blogspot.com.br/2009_04_22_archive.html> Acesso em: 05.04.2014.

Isso porque, tal processo, de fato, só foi iniciado no Brasil há pouco mais de 20 anos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990 e definitivamente sacramentado em 2002, com o implemento do Código Civil de 2002, que deixou o Direito Privado, de uma vez por todas, curvado à Constituição Federal e sob a égide dos princípios sociais.

Assim, não obstante a juventude deste processo de relativização, fundamental é sua devida recepção pelos operadores do direito, mormente pelo Poder Judiciário, á quem compete “dizer o direito”, pela Tutela Jurisdicional.

Neste sentido, pudemos observar que boa parte da doutrina possui a mais atual e lídima compreensão a respeito da mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, a quem nos apoiamos para transpor e construir as ideias deste trabalho.

Neste contexto, primorosos são os ensinamentos destes estudiosos, os quais temos como norte, e que, traduzem a melhor e mais atual compreensão do direito.

Assim, citaremos estes doutrinadores por meio de trechos de suas ideias, sucintas, porém não menos claras e profundas, a respeito do tema. Senão Vejamos.

Começaremos pelo entendimento esposado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in verbis*:

Somente se poderá atingir o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania – já anacrônica – do vestusto *pacta sunt servanda*.¹⁴⁵

Ainda, neste sentido:

[...]O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outro[...]

O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no

¹⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito Civil**, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97.

sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.¹⁴⁶

Por fim, esclarecem que:

Nada temos contra esse princípio.
Pelo contrário.

Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica em franco prejuízo à segurança das relações negociais.

Apenas defendemos, firmemente, que esse princípio não pode ser levado às suas últimas consequências.

Em outras palavras, não admitimos que se empreste ao *pacta sunt servanda* caráter absoluto.¹⁴⁷(p. 75)

Outro doutrinador a ser citado é Carlos Roberto Gonçalves, cuja percepção sobre a relativização do *Pacta Sunt Servanda* é clara. Vejamos.

Falar-se em *pacta sunt servanda*, com a conformação e o perfil que lhe foram dados pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX, é, no mínimo, desconhecer tudo que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.¹⁴⁸

Não menos precisas são as palavras de Maria Helena Diniz:

Tal princípio é mantido no direito atual, mas com atenuações, pois hodiernamente, para a lei, a doutrina e os tribunais, ante o dirigismo contratual, o princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto (p. ex., arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil e 49 da Lei n. 8078/90) por estar limitado, como já dissemos, pelo *princípio do equilíbrio contratual*.¹⁴⁹

Ainda, seguindo o mesmo entendimento, Maria Ligia Coelho Mathias e Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi citam:

Os princípios tradicionais informadores da teoria contratual – autonomia da vontade/autonomia privada, obrigatoriedade da convenção, relatividade dos efeitos dos contratos e boa fé subjetiva – já desenvolvidos na vigência do Código Civil de 1916 – hoje permanecem sob a égide do Código Civil de 2002, relativizados

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolz; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. Cit., p. 96.

¹⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 95.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais/** Carlos Roberto Gonçalves – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.50.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais.** 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

pelos princípios sociais: da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material.¹⁵⁰

Se por um lado, há consonância entre os doutrinadores citados quanto à relativização do *Pacta Sunt Servanda*, o mesmo não se pode dizer com relação ao entendimento dos Magistrados, uma vez que ainda há desarmonia entre alguns julgados e a mais recente compreensão da matéria.

Neste sentido, onde o termo preciso é “inadequação” entre a norma (leis, doutrinas, princípios) e o direito aplicado (jurisdição) – assim percebemos, cabe-nos trazer à luz o que entendemos como equívocos que, ao contrário do que defendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, levam o vestido *Pacta Sunt Servanda* às ultimas consequências, em detrimento do que regem os princípios sociais, provando, como cita Carlos Roberto Gonçalves, que desconhecem tudo que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.

Trazemos, assim, como mero exemplo, trechos de duas decisões judiciais que versam sobre revisão de contrato bancário - campo fértil para discussões, sobretudo, para a análise da recepção da relativização do *Pacta Sunt Servanda*.

Vale ressaltar que não é nossa intenção esposar sobre eventual procedência do mérito trazido à baila pelos consumidores, mas tão somente revelar a inadequação da aplicação incólume do *Pacta Sunt Servanda*, como garantida da impossibilidade de “discussão” – razão pela qual grifamos. Vejamos.

A primeira decisão reprime a pretensa violação do *Pacta Sunt Servanda*:

[...] II - FUNDAMENTAÇÃO. 2. Incontroverso entre as partes consistir a obrigação do autor em solver 60 prestações fixas e iguais a R\$787,00 o que equivale afirmar terem sido os encargos pré-fixados, conforme diuturnamente se observa em contratos desta natureza nas lides forenses. 2.1.1. **Ora, se o autor considerava abusivos os encargos, bastava-lhe não efetuar o financiamento**, ou poupar por

¹⁵⁰ MATHIAS, Maria Ligia Coelho. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – p. 17.

alguns anos para adquirir à vista e subtrair-se das condições que livremente aceitou. **Agora, firmar um contrato demonstrando capacidade econômica para cumpri-lo, para fazer-se inadimplente não é outra coisa a não ser quebra do pacta sunt servanda, o que de per si faz tábula rasa das questões de fundo levantadas, porque ato jurídico perfeito.** 2.1.1.1. Pior: investe-se, pois, contra aspectos contratuais que deveriam ter sido levantados à época de sua formação. 2.2. Se é verdade que os juros bancários são escorchantes e ofendem a moralidade média, também o é que ninguém obrigou o autor a procurar o réu; ninguém o obrigou a assinar o contrato; ninguém lhe impôs a avença à força, de molde a viciar a manifestação de sua vontade. 2.2.1. Assim, se o contrato, ainda que de adesão, contou com assentimento, não lhe é legítimo pretender-se ofendido por cláusulas cujo conteúdo teve prévio conhecimento. Se elas agora se revelam insuportáveis, tal fato diz respeito a aspectos da vida cotidiana que, na latitude em que apresentados, não configuram a lesão enorme. [...]¹⁵¹ (grifo nosso)

Neste mesmo sentido, a próxima sentença faz prevalecer o *Pacta Sunt Servanda*:

[...]II - Extraí-se dos autos, com base na prova documental, que a parte ativa celebrou com o réu contrato de arrendamento mercantil, com a finalidade de adquirir um veículo.

Os argumentos utilizados pela parte ativa se encontram destituídos de fundamentos fáticos e jurídicos.

De início é preciso que fique consignado que a parte ativa sempre teve ciência do valor devido, bem como das prestações as quais foram pré-fixadas, ou seja, o pagamento fora feito em parcelas sempre do mesmo valor.[...].

Embora o contrato possa caracterizar-se como de adesão, tal fato não o torna nulo só por isso.

Aqui não se deve perder de vista o princípio do *pacta sunt servanda*, no qual a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica.

Portanto, o contrato firmado, em princípio, deve ser cumprido tal como celebrado.¹⁵²

Desta feita, pelo que observamos nos julgados supra expostos, nos parece claro o uso do Princípio do *Pacta Sunt Servanda* como fundamento para a não inter-

¹⁵¹ Foro Regional de Vila Mimosa, Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo: 3005367-42.2013.8.26.0084, Juiz: Cássio Modenesi Barbosa, 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 29.03.2014.

¹⁵² Foro Regional de Vila Mimosa, Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº: 3006805-06.2013.8.26.0084, Juiz: Alfredo Luiz Gonçalves, 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 29.03.2014.

venção judicial, o que, a nosso ver, é *um equívoco*, pois, *data máxima vénia*, em ambos os casos o contrato colocado *sub judice* é da espécie “por adesão” e operado dentro de uma relação de consumo.

Logo, o contratante (consumidor), havido pela lei como hipossuficiente e/ou vulnerável, não compactuou com as cláusulas contratuais, das quais se quer teve conhecimento do conteúdo, mas sim com o eventual resultado e/ou a eventual oferta, muitas vezes levados pelo ímpeto da necessidade ou impulso da vontade, característico da sociedade de consumo, apoiados pelas facilidades orquestradas pelo fornecedor, configurando, sem meias palavras, uma verdadeira armadilha.

Assim sendo, não pode o julgador, a nosso ver, colocar esta espécie de contrato sob o manto inviolável do *Pacta Sunt Servanda*, alegando que a parte sabia do valor que estava contratando, sob pena de validar eventual abuso, que sequer foi considerado na hipótese, haja vista a premissa utilizada.

Neste ponto, valemos-nos da repetição do argumento judicial, supra exposto:

Agora, firmar um contrato demonstrando capacidade econômica para cumpri-lo, para fazer-se inadimplente não é outra coisa a não ser quebra do pacta sunt servanda, o que de per si faz tábula rasa das questões de fundo levantadas, porque ato jurídico perfeito [...] Se é verdade que os juros bancários são escorchantes e ofendem a moralidade média, também o é que ninguém obrigou o autor a procurar o réu; ninguém o obrigou a assinar o contrato; ninguém lhe impôs a avença à força, de molde a viciar a manifestação de sua vontade. (grifo nosso)

Há que se observar, em nosso entendimento, o quão esse tipo de argumento destoa dos ensinamentos de nossa atual doutrina, e nos faz lembrar ou, ao menos, ter ideia do que foi o “liberalismo”, que imperou nos séculos XVIII e XIX, onde as partes tinham total autonomia para firmar quaisquer avenças com a consequência da imutabilidade e intangibilidade, apoiados pelo Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, pois, naquela época, assim como argumentam os julgadores citados, também consideravam que qualquer pessoa tinha total conhecimento do que estava pactuando, e possuía, assim, o livre arbítrio de fazer (assinar) ou não fazer (assinar) um pacto, ou seja, válido era o brocado “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo”.

Portanto, tal julgamento, que, infelizmente - a nosso ver, ainda vemos ser adotado, demonstram o quanto o *Pacta Sunt Servanda* ainda vem sendo aplicado em caráter absoluto, ou seja, sem sua devida relativização, não dando margem a análise de outros princípios mais importantes à sociedade, a exemplo dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Função Social do Contrato, da Boa-fé Objetiva e da Socialidade.

Também seria impróprio de nossa parte, não trazermos à luz as mais recentes decisões contrárias que, a nosso ver, refletem a melhor e mais atual aplicação do Direito, no que tange o assunto tema deste trabalho. Vejamos.

Primeiramente a ementa do acórdão relatado pelo Desembargador da 11ª Câmara de Direito Privado, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Renato Rangel Desinano:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – Possibilidade de revisão das cláusulas contratuais - ***Relativização do “pacta sunt servanda”*** – Aplicação dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422, CC), do equilíbrio contratual (art. 478 e 480, CC e art. 6º, V, CDC), da função social do contrato (art. 421, CC) e da proteção do consumidor contra abusos do poder econômico (art. 170, V, e 173, §4º, CF/88) – Vedações ao enriquecimento ilícito (art. 884, CC) – RECURSO PROVIDO NESSA PARTE¹⁵³ (grifo nosso)

Pelo mesmo caminho, a decisão do Desembargador Rômulo Russo:

Revisão contratual. Possibilidade que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). ***Relativização do pacta sunt servanda***. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do STJ). Adesividade contratual. Licitude¹⁵⁴ (grifo nosso)

¹⁵³ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 0007014-21.2010.8.26.0637, Relator: Renato Rangel Desinano, 27.03.2014.

¹⁵⁴ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 4001186-73.2013.8.26.0506, Relator: Rômulo Russo, 25.03.2014.

Concluímos, assim, com base nas melhores lições e julgamentos, que utilizar o *Pacta Sunt Servanda* sem sua devida relativização, em detrimento daqueles elementos e princípios maiores, trazidos à luz neste trabalho, é retroceder ao estado do liberalismo e ignorar o avanço social que arduamente conquistamos, ou, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é desconhecer tudo que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.

CONCLUSÃO

O contrato tem sua origem associada aos primórdios do homem, no momento em que este passa a socializar-se. No entanto, foram os Romanos aqueles que iniciaram sua sistematização e uso corrente. Época em que o termo *contractus* se tornou restrito a teoria das obrigações.

Na Idade Média, com o Direito Canônico, a *vontade foi sobrelevada como fonte do direito contratual*. O contrato passou a decorrer da fé jurada e a obrigatoriedade ao cumprimento se estabeleceu dando origem ao *Pacta Sunt Servanda*.

Outro importante fator para a ascensão dos contratos foi o desenvolvimento comercial iniciado com o fim do feudalismo (ano 1000), impelido pela expansão agrícola, e a necessidade de formas contratuais dinâmicas (quebra do formalismo) que não engessassem as atividades mercantis.

A modernidade abre-se com eventos de extraordinária repercussão, incluindo a conquista da América. O Século XVIII, século das luzes, assim denominado, foi dominado pelos interesses econômicos exercidos pela burguesia que acabaram provocando a insurgência de pensadores precursores do Iluminismo. Ideal que precedeu à revolução francesa e afirmou a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei – foram assim, os criadores da teoria da autonomia da vontade clássica.

O artigo 1.134 do Código Civil francês (Código de Napoleão) determinou que “as convenções legalmente celebradas têm força de lei para as partes [...]”.

Neste contexto o *Pacta Sunt Servanda* atinge sua expressão máxima.

O século XIX termina com a imersão da sociedade no liberalismo contratual absoluto e consequente prevalência dos interesses da burguesia (dominantes) sobre a classe proletária (dominados), acentuando a desigualdade social.

No início do século XX, os movimentos socialistas, foram fatores de mudança na estrutura dos contratos. Com a garantia da livre concorrência o avanço da indústria mais competitiva e do aumento da capacidade econômica da classe operária dá-se o surgimento da sociedade de consumo.

Depois da Primeira Guerra Mundial o dirigismo contratual expandiu as normas de ordem pública destinadas a proteger a economia e o contratante menos favorecido.

Embora muitos países já tivessem optado pela mitigação do Liberalismo, no Brasil, o Código Civil de 1916, inspirado no Código de Napoleão, foi moldado ainda nos aspectos daquela sociedade individualista.

A evolução do pensamento social emergiu na Constituição de 1988, cujos valores superaram a compreensão individualista, bem como, na Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Apenas em 2002, após longos anos de estudos, proposições e debates, houve a promulgação do Código Civil de 2002, espécie normativa fundada em cláusulas gerais, capazes de se amoldar não apenas às relações sociais atuais, mas às futuras também.

Com o advento do Código Civil de 2002 os princípios clássicos permaneceram, porém relativizados à luz dos princípios sociais inseridos na nova ordem jurídica, entre os quais, o Princípio da Função Social, o Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Equivalência Material ou Equilíbrio Econômico-Financeiro da Relação Contratual.

Neste contexto, tanto a Constituição quanto o Código de Defesa do Consumidor, deram início às mudanças na teoria geral do contrato, cuja efetividade, a nosso ver, reflete, entre outros, na mitigação do *Pacta Sunt Servanda*.

Por esta nova ordem, fica claro que os princípios constitucionais e contratuais fundamentais, a exemplo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1^a), da

Função Social do Contrato, Boa-fé objetiva, entre outros, não podem ser marginalizados pelos eventuais signatários, por qualquer razão que seja, muito menos por interesses próprios - vantagens econômicas na maioria das vezes.

Assim, os princípios sociais revelam ser mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas, (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observados pelas partes no contrato que celebrarem, de forma prévia, concomitante e após a execução do contrato.

Igualmente, podemos concluir que valores como a vida, a imagem, a privacidade, a integridade física, entre outros de suma importância, não podem mais ser desconsiderados a pretexto de interesses legitimados pelo contrato ou mesmo pela lei.

Neste contexto, entendemos que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um norte constitucional a ser seguido e, se preciso for, levado às últimas consequências, incluindo eventual intervenção do Estado na intangibilidade do contrato.

O Princípio da Função Social do Contrato, trazido à luz pelo Art. 421 do Código Civil, a nosso ver, enquanto cláusula geral, é um dos meios mais poderosos do novo ordenamento, colocado à disposição do Judiciário, para o alcance do equilíbrio contratual, em contraponto ao egoísmo natural dos interesses das partes contratantes.

Já a boa-fé objetiva, outro elemento intrínseco a relativização do *Pacta Sunt Servanda*, impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que este deve agir como um ser humano reto, com probidade, honestidade e lealdade.

Dentre as forças mitigadoras do *Pacta Sunt Servanda*, a mais tradicional delas, é a teoria da imprevisão, que permite ao juiz rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos e imprevisíveis.

O Dirigismo, por sua vez, é o controle exercido pelo Estado, com o fito limitador da autonomia da vontade e do *Pacta Sunt Servanda*, através de leis que impõem ou proíbem o conteúdo de determinados contratos, bem como, operam sua resolução ou revisão, com a finalidade de aplicar os princípios sociais, proibir abusos por uma das partes ou evitar prejuízo a um dos contratantes, que está situado num plano de inferioridade perante o outro.

Assim, não obstante a juventude deste processo de relativização, iniciado no Brasil há pouco mais de 20 anos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990 e definitivamente impresso no Direito Privado em 2002, após o implemento do Código Civil de 2002, que colocou o este ramo do direito de uma vez por todas à luz da Constituição e sob a égide dos princípios sociais, fundamental é sua devida recepção pelos operadores do direito, mormente pelo Poder Judiciário, á quem compete “dizer o direito”, pela Tutela Jurisdicional.

Concluímos, assim, com base nas melhores lições e julgamentos, que utilizar o *Pacta Sunt Servanda* sem sua devida relativização, em detrimento daqueles elementos e princípios maiores, trazidos à luz neste trabalho, é retroceder ao estado do liberalismo e ignorar o avanço social que arduamente conquistamos, ou, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é desconhecer tudo que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Juliana Evangelista De. **A evolução histórica do conceito de contrato.** Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democr%C3%A1tico-de-contrato>
- BURNS, Edward Macnall. **História da Civilização Ocidental - Volume 1.** Porto Alegre: Editora Globo, 1979.
- CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito: geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 27 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Dicionário jurídico.**
- DONNINI, Rogério Ferraz. **Revisão contratual sem imprevisão.** Revista do Advogado, AASP, Ano XXVII, nº 98, 2008.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélia: o minidicionário da língua portuguesa – 6.** Ed. Ver. Atualiz. – Curitiba: posigraf, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Código Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____, **Novo Curso de Direito Civil, Volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**– 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- GIARETTON, Rogério Luís. **A liberdade de contratar e a relativização do Pacta Sunt Servanda.** Disponível em:
<http://www.cpgls.ucg.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20liberdade%20de%20contratar%20e%20a%20relativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacta%20sunt%20servanda.pdf> > Acesso em: 31.03.2014.
- GOMES, Orlando. **Contratos.** 24. Ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forence, 2001.
- _____, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 10. Ed., Rio de Janeiro: Forence, 1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais/** Carlos Roberto Gonçalves – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais/** Carlos Roberto Gonçalves – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Principais inovações no Código Civil de 2002.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- GORLA apud PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Garantias no Direito das Obrigações: Um Ensaio de Sistematização.** Disponível em:
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13179/000582357.pdf?sequence=1> > Acesso em: 29.03.2014.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos** – São Paulo: Saraiva, 2013.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias** – 4. Ed – São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**.
- MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito civil: contratos** / Maria Ligia Coelho Mathias, Marias Helena Marques Braceiro Daneluzzi – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>> Acesso em: 19-03-2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. Leis Civis Comentadas/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3. Ed. Ver. , atual. e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Dulce Donaire De Mello E. **Função social do contrato: enfoque à luz dos princípios contratuais no contexto social**. 2007. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Vol. II. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PIRENNE, H.. **História Econômica e Social da Idade Média**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1964.
- REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo, Contratos-13.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. São Paulo: Método, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VENOSA, 2003, p. 375/376 apud ALVEZ, Ester Beiriz Viana. **O Pacta Sunt Servanda x a função social do contrato**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830> Acesso em: 31.03.2014.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**, v. 5: a liberdade contratual e sua fragmentação – São Paulo: MÉTODO, 2008.