

1.1 A mudança de paradigma: o respeito aos valores existenciais

Para se falar em princípios contratuais¹ no direito atual é preciso, antes de tudo, analisar a teoria geral dos contratos à luz do novo Código Civil. Portanto, é imprescindível ter como premissa o espírito do Código Civil em vigor, ou seja, suas diretrizes, valores e princípios.

Miguel Reale, coordenador do novo diploma civil, enfatizou a alteração geral, no que se refere ao espírito do Código revogado ao Código de 2002, pois neste valores essenciais como eticidade, socialidade e operabilidade fazem o novo sistema.

A eticidade, que se manifesta por meio do princípio da boa-fé, ou seja, a lealdade, a correção, a probidade que permeia todo o Código e vai delinear limites à atuação das partes sempre na busca da justiça contratual, objetivo principal do novo direito dos con-

¹“Princípio são normas que, em um sistema fundado formal e materialmente na Constituição, têm função integrativa de todo o ordenamento, em conformidade, precisamente, com a Lei Fundamental. A generalidade e o caráter fundante, características tradicionalmente atribuídas aos princípios, são analisadas como critérios de distinção entre estes e as regras: diferentemente das regras, os princípios, porque genéricos e fundantes têm a função de fazer do ordenamento jurídico um sistema, na medida em que viabilizam uma interpretação conducente à unidade interna e à adequação valorativa do direito positivo” (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 278).

tratos. Isso leva à superação do formalismo jurídico a favor dos valores éticos, como acontece com a busca da igualdade substancial (formal no Código de 1916) entre as partes.

O valor da *socialidade* (não confundir com socialismo) é o oposto ao individualismo que comandou os negócios jurídicos nos séculos XVIII e XIX até o final da Primeira Guerra Mundial. O direito contratual evoluiu da teoria da vontade (com sua subespécie teoria da responsabilidade, que protegia o declarante), que inspirou todo o Código de 1916, para a teoria da declaração, a qual considera a manifestação de vontade como aparece na sociedade e de forma objetiva, com isso deixando a intenção íntima das partes extremamente diminuída. A partir desse momento, será privilegiado, porque muito mais justo, o destinatário da declaração, se estiver de boa-fé. Estamos agora vivendo o momento do prestígio da teoria da confiança (subespécie da teoria da declaração), fundada na boa-fé.

Pelo princípio da confiança as declarações que aparecem socialmente, fruto da vontade real do declarante, geram expectativas e fazem com que aqueles que as recebem confiem no que foi manifestado. Portanto, todas as regras do direito contratual agora têm que ser interpretadas conforme a teoria da confiança, valor tutelado pelo novo Código Civil.

Enzo Roppo², em sua clássica obra *O contrato*, afirma que “tutelar a confiança só é possível dando proeminência na definição do tratamento jurídico das relações aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, à cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contratantes, às suas representações subjetivas, limitadas ao fim íntimo – em conclusão, à sua ‘vontade’”.

² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 301.

Em suma, a socialidade choca-se com o individualismo. Em outras palavras, houve a vitória dos valores coletivos sobre os individuais e, como afirma Reale, sem perda do valor fundante da pessoa humana. Assim, na interpretação contratual os valores sociais ou coletivos devem prevalecer sobre os individuais, quando houver tensão entre as duas situações.

O “sentido social” é característica marcante no novo diploma civil; basta lembrarmos a função social da propriedade, função social do contrato, a natureza social da posse, todas em consonância com a Lei Maior.

A operabilidade refere-se à técnica para melhor aplicação do Direito. Para tanto optou o novo legislador pelo uso das cláusulas gerais (que podem conter princípios ou não) e pelos conceitos jurídicos indeterminados, que têm seu conteúdo fixado somente diante do caso concreto, com a probidade, a boa-fé, a função social, os bons costumes.

Esses recursos existem no chamado sistema aberto dos Códigos, no qual não é só a lei que permite o ingresso do direito no ordenamento. Os conceitos indeterminados servem para dar elasticidade ao ordenamento, acompanhando as mudanças culturais, econômicas e sociais³.

³ Princípios são normas. As normas podem ser regras ou princípios. Não há diferença entre normas e princípios, mas há entre regras e princípios. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1087.

Canotilho afirma que os princípios são normas, *qualitativamente distintas* de outras normas, ou seja, de regras jurídicas. Os princípios, para o grande constitucionalista, são normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos. Regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida. A convivência dos princípios é conflitual à das regras antinômicas. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Os princípios, como são *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (nas regras a lógica do tudo ou nada) conforme seu

Outro expediente utilizado pelo legislador de 2002 foi o uso de cláusulas gerais, que são normas extremamente genéricas que se aplicam a todo e qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos, ao contrário das outras normas que trabalham com hipóteses de incidência previstas na lei (*fattispecie*), e de uma certa forma, mais casuística e geralmente para determinado assunto. Assim, são cláusulas gerais os arts. 421 e 422, sobre a boa-fé contratual e a função social do contrato, no Código Civil de 2002. Como em todos os Códigos modernos, as cláusulas gerais convivem com as *fattispecies*.

As cláusulas gerais podem conter ou não conceitos jurídicos indeterminados. No caso da boa-fé e da função social, foi essa a técnica usada. Portanto, o sistema aberto é um sistema normativo incompleto, pois muitas de suas regras precisam ter seu conteúdo preenchido pelo juiz, que para isso vai se utilizar do próprio sistema, de outras normas, de todas as fontes do Direito, mas, além disso, de elementos tirados da realidade social daquele momento e, ainda, de noções metajurídicas, como qualidade de vida, bem-estar, felicidade, esperança, justiça.

Em síntese, a completude do sistema vai sendo dada em cada momento de interpretação e aplicação das cláusulas abertas, assim como dos conceitos jurídicos indeterminados. Em outras palavras, o sistema é integrado pelo juiz no momento da subsunção do fato à norma, quando então se dá a “concrettezza”, ao gosto do Mestre Reale. A norma que surge é, portanto, ato complexo porque produto de duas declarações de vontade: a do legislador, e a do juiz que integra e ajuda a construir o sistema.

peso e a ponderação de alguns princípios eventualmente conflitantes. Em caso de conflitos de princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização. Princípios são valores, são diretrizes, que dão a finalidade e o espírito de cada sistema, pois são eles que ligam as normas e preceitos para que formem esse conjunto.

Nos contratos é exatamente isso que acontece. No direito dos contratos alguns princípios são cláusulas gerais e estão positivados; outros, como o do *pacta sunt servanda* (ou da relatividade das convenções), são tirados do sistema, são princípios gerais de direito positivo como fonte do direito. Em todos os casos a atuação dinâmica do magistrado vai se guiar por esse novo sistema de valores em que os princípios e normas têm que ser lidos e interpretados segundo esses valores, que, em última instância, refletem os valores constitucionais. No caso de conflito entre os princípios deverá o julgador buscar, por meio das “exigências de otimização”, qual deles terá preponderância na situação concreta. A aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual (igualdade substancial) somente são possíveis em sistemas abertos de codificação.

Em suma, podemos afirmar que estamos passando por uma reconstrução do sistema privatístico (e também público) segundo o valor da pessoa humana, que desde 1988, com a promulgação da nova Carta constitucional, tem a sua dignidade elevada a fundamento da República (CF, art. 1º, III). Complementando essa proteção, sem o que não seria possível promover o próprio ser humano, temos as regras da solidariedade social (art. 3º, I), a da igualdade substancial (art. 3º, IV) e ainda o valor social da livre-iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*) para assegurar a todos uma existência digna. Por isso, a pessoa humana prevalece sobre qualquer valor patrimonial, segundo Pietro Perlingieri.

Nasceu, assim, a chamada “despatrimonialização” do Direito Civil. É preciso que se explique o que isso significa. O importante é lembrarmos que os valores fundantes da Democracia brasileira, e que foram repetidos no Direito Civil, têm que servir de direção no interpretar e aplicar o Direito. Em outras palavras, não se trata de reduzir a importância do Direito Civil (obrigacional e real), por essência patrimonial e instrumento de circulação de riquezas e desenvolvimento social, mas de “atribuir-

–lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”⁴.

Disso se depreende que o direito privado continuará sempre e cada vez mais servindo aos interesses privados, mas não poderá na sua operacionalização prejudicar a coletividade e a promoção do ser humano.

O novo direito contratual recepciona todos esses valores e é isso que passaremos a examinar.

1.2 Elenco dos princípios contratuais

Com o advento do novo Código Civil o rol dos princípios contratuais clássicos sofreu um acréscimo. Aos “velhos” princípios se incorporaram mais três, a saber, o da boa-fé objetiva, o da função social do contrato e o do equilíbrio contratual e, por isso, têm sido chamados de “novos” princípios contratuais.

Assim temos:

- 1) o princípio de autonomia privada;
- 2) o princípio da força obrigatória dos contratos;
- 3) o princípio da relatividade das convenções;
- 4) o princípio do equilíbrio contratual ou da equivalência material;
- 5) o princípio da boa-fé objetiva;
- 6) o princípio da função social do contrato.

Alguns doutrinadores⁵ ainda se referem a um 7º princípio – o do *consensualismo*. Por esse princípio, basta o acordo de vontades para que o contrato se aperfeiçoe.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33–34.

⁵ Orlando Gomes afirma que “a ideia de que simples consentimento basta para firmar o contrato é conquista recente do pensamento jurídico” (**Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 42).

No mesmo sentido Mário Júlio de Almeida Costa, sobre o princípio de consensualismo. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 252 e s.

Podemos encontrar o seu fundamento legal no art. 107 do Código Civil (que prescreve que a validade da declaração não dependerá de forma especial), no art. 111, que trata do silêncio como manifestação da vontade e, em interpretação “a contrário”, no art. 166, que declara nulo o negócio jurídico quando: “IV – não revestir a forma prescrita em lei, ou V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Ou seja, os contratos se formam pelo simples acordo entre as partes, mas, excepcionalmente, são exigidas formalidades ou atos complementares. Sob outro ângulo, aos contratos consensuais opõem-se os contratos reais nos quais é requerida, além do encontro de vontades, a entrega de certa e determinada coisa. Em nosso sistema (diferentemente, por exemplo, do sistema francês) só se transfere a propriedade imóvel depois do registro do contrato de compra e venda ou de doação, ou seja, depois da tradição solene da coisa. Também os contratos de mútuo, depósito e comodato só estão perfeitos e acabados depois da tradição da coisa objeto do contrato.

Em síntese, todos os contratos são consensuais, pois têm fundamento na liberdade de contratar e, excepcionalmente, são solenes ou formais (plano da validade) ou reais (plano da eficácia), que somente geram efeitos após a tradição ficta, simbólica, manual ou registral.

27

1.3 Princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada

“Autonomia privada, mais do que expressão de liberdade individual, é *autodeterminação, autorregulação dos próprios interesses nas relações sociais*, autonomia social, se se quiser, à qual sobrevém o efeito sancionador do direito”⁶ (grifo nosso).

⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 42.

O contrato, como negócio jurídico, é, portanto, ato de autonomia privada apto a criar regras de conduta (dever-ser) que, recepcionadas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. O contrato é o instrumento de autonomia privada.

A vontade livre e consciente é a causa do negócio, mas “o conteúdo deste exprime um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”.

Portanto, o princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade⁸ é a liberdade de contratar. É a liberdade de emitir regras (o contrato faz lei entre as partes) que deverão ser obedecidas pelas partes, sendo essas regras normas jurídicas por essência. Como consequência, os efeitos jurídicos do negócio *decorrem do próprio negócio e não diretamente* da vontade dos contratantes, que é sua mola e sem a qual o negócio não teria aparecido no meio social. Nesse sentido, essa declaração de vontade é um fato social que só vai importar juridicamente se for recepcionada pelo ordenamento.

28

O princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de contratar pode ser visto sob três aspectos principais:

- 1) a liberdade de contratar ou não, de participar da celebração de um contrato;
- 2) liberdade da escolha da outra parte (com quem contratar);
- 3) liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (liberdade contratual).

⁷ MIRANDA. *Teoria geral*, cit., p. 31.

⁸ “Autonomia da vontade, como manifestação da vontade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal”. Francisco Amaral, no seu clássico **Direito civil**: introdução, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

Todavia, a autonomia da vontade, expressa por esses três aspectos, não foi jamais absoluta, mesmo no século XIX, onde o liberalismo econômico e jurídico floresceram. Essa liberdade sofre limitações. Os limites de caráter geral sempre existiram, e ainda hoje atuam, e sempre cercearam essa total liberdade. São eles: a *ordem pública* e os *bons costumes*.

Por outro lado, com a transformação do direito civil no cenário mundial nas últimas décadas, e no Brasil especialmente após a Constituição de 1988, que impregnou de seus valores toda a legislação posterior, houve a profunda mudança no espírito do Código Civil. Dessa forma, a autonomia privada, que é ainda princípio fundamental e gerador dos negócios, sofre hoje limitações não só do Direito Estatal mas também dos princípios do direito privado, e, em consequência, a interpretação das relações patrimoniais (como de todo Direito Privado) tem que levar em conta valores éticos e sociais, como a boa-fé objetiva e a função social, que vêm sendo chamados de valores existenciais, principalmente pela doutrina italiana.

A *ordem pública*, que goza de supremacia sobre os interesses particulares, proibindo pactos contrários a ela, é noção complexa e sofreu mudança em seu conteúdo desde o Estado liberal até hoje, sem, entretanto, perder sua essência.

Enzo Roppo diz que “ordem pública é o complexo dos princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de evolução histórica, e que, para isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica”⁹.

Dessa forma, no Estado liberal a ordem pública tinha a missão de salvaguardar os interesses do Estado e da coletividade em função do regime econômico e político dominantes. Hoje as regras

⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 174.

de ordem pública multiplicam-se e visam a proteger os interesses da pessoa humana, da coletividade e também do Estado.

Na ordem pública estão incluídas todas as leis do *Direito Público* e as *normas imperativas do direito privado*. Os contratos não podem ainda contrariar as normas econômicas – é a *ordem pública econômica*. Também os princípios gerais de direito positivo, escritos ou não escritos e que compõem a estrutura do sistema, fazem parte da ordem pública. Os contratos que dispuserem contra eles serão nulos. A ordem pública é a antítese da autonomia privada.

Os *bons costumes*, noção complexa, também fazem parte da ordem pública. Porém, a última exprime escolha política do legislador e os *bons costumes têm natureza extralegal pois vêm do meio social*. Orlando Gomes diz que parece serem a projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confundem com a moral¹⁰.

Bons costumes são regras não escritas de comportamento social que refletem a ética e valores de uma determinada sociedade, em determinado momento histórico.

O bom costume se apresenta como limite que opera no sentido negativo: não se pede que os negócios jurídicos tenham finalidade moral, mas tão somente se quer que não violem os princípios imanentes na realidade e no contexto para o qual foram estipulados¹¹. Dessa forma, na averiguação de contrato contrário aos bons costumes não se impõe ao intérprete algum juízo ético ou moral, mas apenas que verifique se não estão os contratantes colocando como objeto do contrato finalidades contra o senso comum social e que, portanto, não sejam merecedores de tutela jurídica. *A lei não se propõe a moralizar, mas se limita, apenas, a impedir que a imoralidade, para desenvolver-se, sirva-se de instru-*

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 35.

¹¹ GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume: un concetto difficile da definire. *Diritto & Diritti*, Revista Jurídica on line, acesso em: 2-8-2006.

mentos jurídicos, refutando, assim, tutelar negócios que a moral desaprova¹².

As fronteiras entre os *bons costumes* e a *ordem pública* não são nítidas¹³ e nos casos concretos muitas vezes não é fácil precisar de que conceitos se trata. Porém, o resultado prático será o mesmo, porque os *bons costumes pertencem à ordem pública*.

De outro lado, a incerteza sobre quais são os valores comuns na sociedade de hoje pode pôr em xeque a utilidade do uso desse parâmetro (conceito) como limitador da autonomia privada.

Além desses freios gerais, limitam a *autonomia privada* as leis protetivas que devem velar pelos valores existenciais, como as leis de locação, residencial e comercial, o Código de Defesa do Consumidor, as leis que regulamentam os loteamentos, as leis sobre seguro-saúde, a lei de incorporações imobiliárias, as leis concorren- ciais, toda a legislação trabalhista etc. Essas leis de ordem pública vieram para limitar a liberdade de contratar. Toda essa legislação destacou-se do direito civil que já se tornara obsoleto diante das mudanças sociais. Aparece, então, o *dirigismo contratual*.

Com a promulgação do novo Código Civil e com a mu- dança de seu espírito, de seus valores, como já comentamos, apare- cem novos princípios contratuais que irão limitar a atuação dos princípios clássicos.

A *autonomia privada* que continua sendo o princípio básico do direito contratual passa a ser interpretada segundo a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.

A liberdade de fixar o *conteúdo* do contrato segundo o inte- resse individual das partes esbarra em dois *limites* de ordem pública e que são o pórtico (ao gosto de Reale) do Título V (Dos Contra- tos em Geral) do Livro I (Do Direito das Obrigações) do Código

¹² GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume, cit., p. 2.

¹³ ROPPO, Enzo. O contrato, cit., p. 186.

Civil de 2002. Quis o legislador deixar claro que esses princípios são as regras mestras de todo o sistema contratual. São o art. 421 – que consagra função social do contrato e determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e *nos limites da função social* – e o art. 422, que *obriga* os contratantes a guardar na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e *boa-fé*. Para assegurá-los dispõe o parágrafo único do art. 2.035 – das Disposições Transitórias – que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Isso significa que *mesmo* os contratos firmados *antes do novo Código Civil* foram apanhados pelos seus dispositivos. É a supremacia da ordem pública sobre os atos jurídicos perfeitos.

Ainda podemos lembrar atos jurídicos nos quais a autonomia da vontade praticamente não existe ou não tem importância, como os contratos obrigatórios, as relações contratuais de fato e os contratos de adesão, principal instrumento dos negócios de massa.

32

No *contrato obrigatório*, a vontade praticamente não existe, como no caso dos contratos de seguro obrigatório, na venda forçada de bens de consumo, nos contratos coletivos (ato-regra), nas concessões de água, gás, luz etc., nos quais as concessionárias de serviços públicos são obrigadas a aceitar a adesão dos usuários, também em todos os tipos de transporte, enfim, principalmente, nos itens de primeira necessidade para a população.

As *relações contratuais de fato* ou *comportamentos sociais típicos*¹⁴ são fenômenos da sociedade de massa e cada vez mais se fazem presentes. Consistem em condutas geradoras de vínculos obrigacionais sem a declaração de vontade mas que geram efeitos na órbita do direito. É o que acontece com a utilização das máquinas auto-

¹⁴ A teoria das relações contratuais de fato foi formulada por Gunter Haupt em 1941 e sofreu muitas críticas. Foram chamadas por Larenz de comportamentos sociais típicos.

máticas de venda de refrigerantes, salgadinhos etc., o transporte coletivo, no autoabastecimento de combustível etc. Nesses casos não há declaração de vontade e não são exigidos os requisitos de validade do negócio jurídico, tanto que crianças participam dessas relações. Também não se lhes aplicam os defeitos do negócio, como o erro, que é irrelevante, dada a rapidez com que são executados. Claro que há a intenção de tomar o ônibus, comprar o refrigerante colocando a moeda na máquina ou de abastecer seu veículo pessoalmente, mas não há o intuito negocial. “O significado jurídico desses processos não resulta, propriamente, de vontade negocial dos participantes, mas de sua *valoração no tráfico*, para serem condutas sociais típicas”¹⁵ (grifo nosso). Tais comportamentos sociais típicos, na verdade, são contratos propriamente ditos, pois geram efeitos obrigacionais. Em suma, o fato do consentimento ter sido dado por meio de condutas sociais não tira dessa relação a natureza jurídica de contrato, com direitos e obrigações para ambas as partes.

Também não se pode falar em autonomia de vontade num *contrato de adesão*, especialmente nos contratos de massa. O contrato de adesão tem como conteúdo as *cláusulas gerais de contratar*, também chamadas *condições gerais dos contratos*. Esse regulamento estabelece normas, e é escrito unilateralmente por parte do contratante que vai fornecer serviços ou bens e que, geralmente, detém o poder econômico. A outra parte (o aderente), chamada de contratante débil ou parte vulnerável, se quiser participar desse negócio, tem que aceitar e submeter-se a todos os seus termos – “*to take it or to leave it*” – sem negociação.

Porém, o proponente do negócio, bancos, seguradoras, companhias de transportes, concessionárias de telefone, água, gás, eletricidade, prestadoras de serviço em geral usam dessa *autonomia privada* da maneira mais ampla possível. Não há autonomia da vontade por parte do aderente mas somente consentimento. Finalmen-

¹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, cit., p. 203.

te, ainda podemos incluir os *contratos associativos* (adere-se à associação), os chamados *contratos abertos* para quem ingressa depois de concluído, como a entrada em uma sociedade, a compra de ações. Em ambos não há liberdade de negociar.

Do exposto, não podemos concluir que o contrato está em crise ou morreu, como muitos já afirmaram. A ausência de negociação não tira desses atos o aspecto contratual de efeito obrigatório. O que houve no mundo moderno foi a *fratura no conceito de contrato*. Hoje temos duas grandes categorias contratuais:

- os contratos *paritários* (entre iguais), que são regidos pelo Código Civil;
- os contratos de *massa* (entre desiguais) de adesão, que são também regidos pelo Código Civil mas que são complementados por leis protetivas à parte fraca – o aderente, como o Código de Defesa do Consumidor, que veio harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores, e, especialmente, proteger o hipossuficiente em contratos com desigualdade econômica e jurídica.

1.4 Princípio da força obrigatória – *pacta sunt servanda*

Esse princípio é consequência imediata do princípio da autonomia da vontade. Desde que as partes, no uso de sua liberdade, queiram se submeter a regras por elas próprias estabelecidas e, tendo sido observados todos os pressupostos e requisitos impostos pelo ordenamento, o contrato obriga os contratantes como se fosse lei imperativa (*lex privata*). Como consequência, nenhuma das partes poderá alterar unilateralmente seu conteúdo, a não ser que seja de comum acordo.

Como afirma Orlando Gomes¹⁶, “Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do

¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 43.

comércio jurídico”. Em tese, nenhum juiz pode revisar suas cláusulas, a não ser que seja para decretação de sua nulidade ou resolução, pois sua intervenção judicial viria a atingir a autonomia privada.

No Direito Civil brasileiro esse é um princípio não escrito, ao contrário de outros ordenamentos, como o Código Civil francês, no art. 1.934¹⁷, o Código Civil italiano, no art. 1.372¹⁸, e o art. 406 do Código Civil português¹⁹. Isso não tem a menor importância, porquanto esse sempre foi um princípio geral do direito contratual e sua desobediência sempre foi sancionada por lei. É princípio consagrado por nosso sistema jurídico que podemos afirmar positivado, além do que de nada valeria a autonomia da vontade se não tivesse força vinculativa e obrigatória entre as partes.

O princípio da força obrigatória dos contratos tem como corolários a *pontualidade* no cumprimento das obrigações criadas do vínculo negocial, a *irrevogabilidade* do vínculo e a *intangibilidade* de seu conteúdo²⁰.

¹⁷ “Art. 1.934: Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu’il a reçu en échange.”

¹⁸ “Art. 1.372. Efficacia del contratto. [1] Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. [2] Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.”

¹⁹ “Artigo 406^a – Eficácia dos contratos

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.
2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei.”

²⁰ Nesse sentido, cf. Mário Júlio de Almeida Costa, **Direito das obrigações**, cit., p. 280.

Todavia, esse princípio, que é fundamental para a *segurança jurídica*, pode sofrer, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, *desvios*, pois, apesar dos contratantes terem se vinculado por livre e consciente vontade para ficar submetidos à força imperativa, poderão, no correr da execução contratual, aparecer consequências por demais onerosas para uma das partes, ou mesmo sua impossibilidade, sem falar de sua extinção por motivos admitidos por lei.

A primeira hipótese é a de *resolução* do contrato. Segundo o art. 474 do Código Civil, a cláusula resolutive expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Dessa forma, se uma das partes não cumprir o que foi contratado, a contraparte lesada pelo inadimplemento poderá pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento e ainda pedir, cabendo em qualquer desses casos, indenização por perdas e danos (art. 475 do CC).

36

Também extingue o vínculo contratual a *resilição unilateral ou denúncia* (cf. art. 473 do CC). Em muitos casos a lei permite que um dos contratantes termine a relação, porque não mais lhe interessa, denunciando o contrato. É o caso da locação por tempo indeterminado.

Interessante notar que o parágrafo único do mesmo artigo, seguindo o paradigma do Código Civil (personalismo, ética, moralidade), declara que “se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito *investimentos consideráveis* para a sua execução, a *denúncia unilateral só produzirá efeito* depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (grifos nossos). Sem dúvida o princípio da boa-fé objetiva e o da função social estão como regras de fundo do dispositivo.

Além da revogação e da denúncia contratual, como exceção à obrigatoriedade do contrato, lembraríamos os casos de *revogação do contrato*, sempre com apoio em motivos legais, como a revogação da doação e a revogação do mandato.

Finalmente, a causa mais importante de desvio do princípio do *pacta sunt servanda*. Agora se trata de concorrência de princípios. O novo modelo civilístico acolheu o princípio do *equilíbrio contratual*. Em primeiro lugar, porque não pode o contrato desobedecer aos deveres que nascem do princípio da boa-fé objetiva. O *desequilíbrio contratual, onerando somente uma das partes, fere a justiça contratual (comutativa)*, que, para ser alcançada, deve estar de acordo com o princípio da boa-fé objetiva. Se um dos contratantes está sendo prejudicado pela relação negocial, o vínculo não pode ser mantido, apesar do contrato ser ato jurídico perfeito e ter como princípio da segurança contratual o *pacta sunt servanda*.

Em segundo lugar porque admite o novo Código Civil a *resolução contratual por onerosidade excessiva, com opção de sua revisão, e ainda prevê os institutos da lesão e do estado de perigo como causa de anulação dos contratos por defeito na declaração do negócio*. Além disso, podemos lembrar regras esparsas, como a do art. 317, que admite a correção do valor da prestação pelo juiz (revisão); a do art. 572, que permite ao juiz fixar em bases razoáveis a obrigação de pagar aluguel pelo tempo que faltar quando essa indenização for excessiva; a do art. 625, II, que autoriza o empreiteiro a suspender a obra, quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada *excessivamente onerosa*, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços.

O princípio da força obrigatória dos contratos não é absoluto, como no individualismo que dominou o Direito até as primeiras décadas do século XX. Hoje, toda interpretação contratual tem de seguir seus pilares básicos: boa-fé objetiva e função social do contrato. Dessa forma, os princípios contratuais clássicos tornaram-se relativos diante do novo sistema. Surge, então, seguindo essa senda, o princípio do equilíbrio contratual para caso de onerosidade excessiva.

O Código Civil, nos arts. 478 a 480, prevê a resolução por onerosidade excessiva e indica soluções. Antes da nova lei civil, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, V, já previa esse desequilíbrio, pois determina como *direito básico* do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou a sua *revisão* em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosa. O CDC abriu o caminho para a adoção de um direito mais justo.

Sobre a revisão contratual, que tem como origem a “cláusula *rebus sic stantibus*” dando origem à construção teórica da *teoria da imprevisão* e da “base do negócio”, falaremos mais adiante quando tratarmos do princípio do equilíbrio contratual.

1.5 Princípio da relatividade das convenções

Esse princípio, apesar de não formalizado em nossa lei civil, como na França²¹, sempre fez parte de todo sistema de direito privado. Sob as luzes do voluntarismo, o já velho Código de 1916 seguia interpretação restritiva, cuidando somente do interesse das partes envolvidas no contrato. Hoje, com a consagração do princípio da função social do contrato, vemos não mais ser possível o contrato só ter eficácia em relação às partes, não podendo nem prejudicar nem beneficiar terceiros (*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*). Sem dúvida, o contrato tem relevância como “fato social”²², não existe isolado na sociedade. Em consequência, todo acordo de vontade *repercutit* também nos interesses alheios. É como uma pedra jogada em um lago que vai formando círculos infinitos.

²¹ “Art. 1.165: Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1.121.”

²² VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. In: **Trattato di diritto privato**, de Mario Bessone, Torino: Giappichelli, 2002, v. 13, t. 5, p. 73-83.

Dessa forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais somente às partes nunca foi verdadeiro, era fruto do individualismo de uma época. Com a adoção dos valores sociais pelo direito privado começa-se a proteger os interesses de terceiros ou da coletividade²³.

Há um dever geral negativo de abstenção nas declarações de vontade. Os contratantes não podem com seu negócio privado prejudicar o bem comum. Assim, conforme princípio positivado no art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratar será limitada pela função social do contrato.

Portanto, há doravante limitação do princípio clássico da relatividade subjetiva das convenções pelo princípio social da função social do contrato (que também limita a autonomia privada e a obrigatoriedade das convenções).

Em consequência, temos que examinar a situação dos terceiros que não participam da convenção mas que podem ser atingidos por ela ou mesmo atingi-la injustamente²⁴. Bom exemplo desse novo

²³ Teoricamente, entende-se “partes” as pessoas que consentiram na formação do contrato e “terceiros” todos aqueles que não participaram dessa declaração. Porém, hoje, alguns autores (cf. NEGREIROS, Teresa, **Fundamentos**, cit., p. 233-239) querem ampliar esses conceitos e acham que todos aqueles que foram afetados pela declaração podem ser considerados partes. Ao mesmo tempo, com a massificação dos contratos e a despersonalização das relações jurídicas aparece, segundo Cláudia Lima Marques, a figura dos “ex-terceiros”, que são os consumidores, pois a proteção do Código de Defesa do Consumidor atinge indiretamente os que contratam, os que utilizam e os que estão apenas expostos a práticas comerciais.

²⁴ “Direito civil. Recurso especial. SFH. Contrato de financiamento. Unidade de apartamentos. Hipoteca constituída sobre imóvel já prometido à venda e quitado. Invalidez. Princípio da boa-fé. Código de Defesa do Consumidor. Ofensa. Caracterização. Encol. Negligência da instituição financeira.

(...) II – Não prevalece diante do terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto ao agente financeiro, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão somente, pelo pagamento do seu débito” (STJ, REsp 617.045, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 28-10-2004).

paradigma está nos contratos de massa, como aqueles do Código de Defesa do Consumidor. Os danos causados por produtos defeituosos podem apanhar terceiros que não participaram do contrato de consumo. Vamos imaginar o caso de alimentos (ou qualquer outro produto) que são doados a um orfanato. Parte desses alimentos estava estragada. O orfanato (terceiros) poderá reclamar diretamente com o fornecedor, apesar de não ter sido parte na relação. Também cabe lembrar que o fabricante (terceiro) vai responder diretamente por danos causados por seu produto, apesar de o contrato ter sido entabulado entre o comerciante e o consumidor. O risco fica por conta do produtor, fabricante, construtor (art. 12 do CDC). O comerciante tem responsabilidade *subsidiária*, pois somente responderá quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados ou quando o produto for fornecido sem identificação clara de sua procedência ou ainda se não conservou adequadamente os produtos perecíveis (art. 13 do CDC).

Os terceiros também podem ser prejudicados em contratos paritários, como, por exemplo, no caso do contrato de locação de apartamento, no qual o locatário mostra-se incivilizado, perturbando a tranquilidade do edifício. O condomínio tem legitimidade para exigir do locador o desfazimento desse contrato ou cobrar as multas previstas do próprio proprietário. A coletividade foi atingida, não respeitando, assim, o princípio da função social.

O princípio da relatividade dos contratos também sofre reinterpretção no que diz respeito à *interferência ilegítima* de terceiros no contrato do qual não são partes.

O contrato como fato social relevante (não mais apenas acordo entre particulares) tem também um valor social. Isso significa que o terceiro, sabendo da existência do contrato, não interfira negociando com uma das partes. Exemplo em nosso direito é o do art. 608 do contrato de prestação de serviços, no qual há "o aliciamento de mão de obra por um terceiro". Muitas hipóteses podem ser lembradas de técnicos bem qualificados ou altos executivos, para

não dizer de artistas que têm exclusividade com determinada emissora de TV, que são assediados.

Essa ingerência indevida por parte de terceiros é recorrente na prática, especialmente nos contratos de exclusividade. É o caso de bar que tenha contrato de exclusividade com certa cervejaria, pois, para isso, inclusive, recebeu em comodato parte de suas instalações, e aceita revender “chopp” de terceiro (ferindo a exclusividade).

Teresa Negreiros trata desse assunto de forma primorosa em sua *Teoria do Contrato*²⁵ e mostra como o credor pode vir a ser prejudicado por um comportamento de terceiro. Entre esses exemplos descreve o caso que ficou famoso, pois muito divulgado pela mídia, do cantor Zeca Pagodinho, que, tendo sido contratado como “garoto-propaganda” da Nova Schin, celebrou, *ao mesmo tempo*, contrato com a Ambev para fazer publicidade da marca Brahma, rompendo a exclusividade que tinha com a cervejaria anterior. Em demanda no TJSP, foi decidida a proibição da Brahma de veicular qualquer campanha publicitária com Zeca Pagodinho, enquanto vigorasse a cláusula de exclusividade que havia assinado com a Schincariol. O voto do Relator, Desembargador Roberto Mortari, destaca que a conduta da Ambev, ao deixar de observar pacto de exclusividade contido no contrato, é “*potencial apta a gerar dano indenizável*”. É o *terceiro* violando direitos de outro contrato.

Antonio Junqueira de Azevedo²⁶, em parecer que se tornou emblemático, mostra que o princípio da função social visa impedir tanto aqueles que prejudicam a coletividade, como no caso dos contratos com o consumidor, quanto os que prejudicam ilícitamente pessoas determinadas, e cita o caso dos “atravessadores”.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247-248.

²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

Ainda nesse diapasão, é preciso não confundir oponibilidade do contrato com relatividade de seus efeitos. Ambas as hipóteses têm que ser interpretadas conforme a função social do contrato. “Relevância social e oponibilidade são qualificações formais que exprimem atenção diferenciada do ordenamento: no primeiro caso, a simples presença do fato negocial, independentemente dos efeitos reais ou obrigatórios que dele promanam; no outro caso (oponibilidade) alguns daqueles fatos que, *por sua particular importância social e conseqüente estrutura estão destinados a prevalecer sobre os outros e na presença de um sistema formal*”²⁷ (tradução e grifos nossos).

Em suma, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo²⁸, desde que aceita a ideia de função social do contrato “*torna-se evidente que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*” (grifos originais).

Portanto, o contrato é oponível a todos, resultando essa oponibilidade da “mera existência do contrato”²⁹. Impõe respeito a todos que aceitam a existência do contrato, como bem elucidada Teresa Negreiros³⁰. Diferente é a relatividade, que diz respeito à eficácia dos efeitos do negócio somente aos contratantes, mas, com fundamento na função social, esses efeitos não podem respingar em terceiros, prejudicando-os. Em ambos os casos emerge a responsabilidade civil, ou seja, cabe pedido de indenização: tanto no caso de violação ilegítima do contrato por terceiros (oponibilidade), quanto na extensão ilícita dos efeitos além do contrato (relatividade).

Finalmente, resta-nos a referência aos negócios formalmente previstos no Código em que a figura dos *terceiros* aparece, excepcionando a regra de relatividade dos efeitos dos contratos. São os ins-

²⁷ VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contrato nei confronti dei terzi, cit., p. 77.

²⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. **Estudos e pareceres**, cit., p. 142.

²⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. **Estudos e pareceres**, cit., p. 142.

³⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**, cit., p. 272.

titutos da “estipulação em favor de terceiro” (arts. 436 a 438 do CC), a “promessa por fato de terceiro” (arts. 439 e 440 do CC) e o novo instituto do “contrato com pessoa a declarar” (arts. 467 a 471 do CC)³¹. Na verdade, na estipulação em favor de terceiro (ex.: contrato de seguro de vida) e no contrato com pessoa a declarar (ex.: o pretendente à aquisição de um imóvel que não quer aparecer para o vendedor, para que sua condição pessoal não eleve o preço)³², os “terceiros” podem ser considerados, numa interpretação amplíssima, “partes”, pois têm legitimação para agir no caso do devedor não cumprir o contrato. Na “Promessa por fato de terceiro”, temos a inovação do art. 440, que prevê a possibilidade dessa promessa ser ratificada pelo terceiro. Nesse caso, o terceiro assume a obrigação e passa a ser o devedor principal, liberando o promitente.

1.6 Princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva³³

1.6.1 Introdução

43

Esse princípio encontra sua razão de ser na *justiça contratual*, e apresenta-se antagonico ao princípio clássico da obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* – que é consequência imediata e lógica da autonomia da vontade. Portanto, *limita*, na busca do direito justo, os dois últimos.

De outro lado, o princípio do equilíbrio econômico do contrato é *corolário* de outros dois princípios do novo sistema de

³¹ O instituto do contrato com pessoa a declarar está previsto no Código Civil italiano (arts. 1.401 a 1.405) e no Código Civil português (arts. 452 a 456).

³² Carlos Roberto Gonçalves cita mais exemplos: cf. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 149-150.

³³ Para estudo mais abrangente deste item, veja nesta mesma obra o artigo de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, **Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro**.

direito privado: o da boa-fé objetiva³⁴ e o da função social do contrato. No primeiro se apoia o ideal da *justiça contratual*, que é aplicação prática da justiça comutativa que tem por objeto a igualdade entre duas partes e pela qual é devido a cada um o que é seu.

O contrato justo (que tem prestações equivalentes) é aquele no qual há respeito, cooperação e lealdade mútuos, isto significando que não haverá vantagens de um lado somente, pois é da *essência* do contrato bilateral comutativo ou sinalagmático que a prestação e a contraprestação sejam *equivalentes*. Por outro lado, o contrato que prestigia *equilíbrio das prestações* cumpre a sua *função social*. Ou, *a contrario sensu*, o *desequilíbrio contratual* sempre *repercute socialmente*, seja pelo inadimplemento que vai refletir em inúmeras situações jurídicas tanto do credor quanto do devedor, seja pelos apelos de revisão e de renegociação geradores de insegurança social. Ou ainda, quando esse *desequilíbrio* tornar impossível o cumprimento das obrigações assumidas, poderá caminhar para a insolvência, o que constituirá um desastre social.

44 O *desequilíbrio* negocial quebra o sinalagma (equivalência das prestações) contratual de duas maneiras: ou por fatos supervenientes que venham alterar *a posteriori*, no momento da execução, a economia do contrato (alteração do *sinalagma funcional*); ou quando, concomitantemente à declaração de vontades, uma das partes assume prestação manifestamente desproporcional ao valor da

³⁴ Nesse sentido excelente acórdão que teve como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar e no qual é destacada a falta de equilíbrio econômico-financeiro entre contratante e contratado e cuja ementa é: "Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço".

Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do Código Comercial), data do julgamento 22-3-2001.

prestação oposta, como é o caso da lesão (art. 157 do CC) e do estado de perigo (art. 156), defeitos do negócio jurídico que causam o rompimento do *sinallagma genético*.

Na procura do contrato justo tivemos um *iter* a ser percorrido que começa na Idade Média. O Direito Romano, por causa de sua característica estritamente formular, não previa a possibilidade de resolução ou revisão de contratos nos quais faltasse a equivalência de prestações. Porém, já em Roma, Sêneca e Marco Túlio Cícero citavam exemplos nos quais as circunstâncias futuras e imprevisíveis tinham o condão de afastar o cumprimento da obrigação. Sêneca fundamentava essa possibilidade no *dever moral*³⁵.

Mas foi na Idade Média que os juristas (glosadores e pós-glosadores), influenciados pelos canonistas, especialmente pelos doutores da Igreja, os filósofos Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, criam a base da revisão contratual com a acolhida da *clausula rebus sic stantibus*, no século XII.

Como sabemos, essa cláusula inspirou não só a moderna *teoria da imprevisão* (adotada pelo novo Código Civil), mas também as outras doutrinas revisionistas (teoria da pressuposição, teoria base do negócio na Alemanha e teoria da superveniência na Itália), e se aplicaria sempre que o desequilíbrio contratual aparecesse nos negócios de trato sucessivo. Segundo Luiz Renato Ferreira da Silva³⁶, a expressão *rebus sic stantibus* assume formulação mais conhecida com a glosa de Giovanni D'Andrea, que utiliza a expressão. *Accursio* também trata da matéria que finalmente vem a cristalizar-se com Bartolo e Baldo no século XIV. Para essa doutrina, o contrato deve ser cumprido no pressuposto de que se conservem imutáveis as condições externas e, se houvesse alteração, poderia

³⁵ Sobre essa parte histórica consultar: SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³⁶ Cf. SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**, cit.

ser modificado – “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro ‘rebus sic stantibus intelliguntur’*”.

Conforme a doutrina da *clausula rebus sic stantibus*, há presunção de que, nos contratos comutativos de trato sucessivo, uma cláusula *implícita* determina que os contratantes devem rigorosamente cumprir o contrato na pressuposição de que as circunstâncias se conservem *inalteradas* quando da execução do contrato. *A contrario sensu*, haverá revisão ou resolução.

Esse princípio revisionista vigora até o século XVIII. Com a promulgação do *Code de Napoléon*, em 1804, e todas as outras codificações que lhe seguem, tendo adotado o *voluntarismo* jurídico, fruto do liberalismo do *laissez faire, laissez passer*, a cláusula entra em total declínio.

O Código Civil francês dispõe expressamente (no art. 1.134) que as convenções legalmente formadas valem como lei para as partes. Em consequência, não podem ser revogadas a não ser pelo consentimento mútuo ou por causas que a lei autorize³⁷. Dessa forma, o princípio do *pacta sunt servanda (lex contractus)* veio como consequência imediata do princípio da autonomia da vontade. A revisão contratual traria *insegurança* no cumprimento das relações jurídicas. Em nome da segurança social vai ser atribuído valor desmedido às declarações de vontade, pois tinham sido pactuadas *livremente* e em *igualdade de condições* (igualdade formal das partes).

A ideia de desequilíbrio contratual e a consequente onerosidade excessiva para uma das partes renasce depois da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Com o caos econômico geral trazido pela guerra afetando a todos os setores, os contratos a longo prazo não conseguiam ser cumpridos pelo devedor. Dessa forma,

³⁷ Código Civil francês, art. 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”.

foi na própria França que renasceu a *clausula rebus*, agora já com a feição de *teoria da imprevisão*. Em todo o direito europeu começa a construção de doutrinas visando à *justiça contratual*, e, apesar das críticas, a velha cláusula medieval vai renascer por meio de novas teorias, depois de ser criticada e de sofrer adaptações.

No Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916 (que começou a ser redigido em 1899!), fruto do liberalismo desenfreado do século XIX, não havia espaço para pensar-se em revisão de cláusulas contratuais quando por alteração das circunstâncias externas uma das partes tivesse dificuldade em cumprir a prestação, pois excessivamente onerosa. No velho sistema estava determinado que as partes eram iguais e que tinham livremente se submetido à lei contratual, portanto, *pacta sunt servanda!*

Todavia, o panorama social de crises econômicas e inflação já instalada fez o legislador intervir com normas de ordem pública, que protegessem a parte mais fraca ou a parte que ficava mais onerada no contrato. Aparecem, assim, exemplificativamente, a Lei de Usura (Dec. n. 22.626/33), a Lei de Luvas (Dec. n. 24.150/34 – revisão dos aluguéis comerciais), as leis do inquilinato, que acabaram por congelar os aluguéis e com isso prejudicar a “parte forte” no contrato, gerando enriquecimento sem causa do inquilino. É o começo do *dirigismo contratual*. Mais recentemente, temos ainda a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), que admite a revisão de pensão alimentícia tanto para aumentá-la como para diminuí-la, dependendo das possibilidades do alimentante e da necessidade do alimentado, que são circunstanciais. Também a última Lei de Locação (Lei n. 8.245/91), que prevê, no art. 19, a revisão do aluguel para ajustá-lo ao preço de mercado.

Além das leis extravagantes que procuravam limitar a autonomia da vontade e o princípio da obrigatoriedade das convenções, começaram a aparecer julgados nos quais se invocavam cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão. Dos anos 50 até o final dos anos 80, a jurisprudência é *torrencialmente contra* a aplicação da revisão contratual, com raras exceções como o acórdão do STF, ano

de 1964, no qual foi admitida a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para reajuste de contrato de fornecimento de energia elétrica, que estava em vigor desde 1915 (agravo de instrumento, rel. Min. *Victor Nunes Leal, j. em 18-5-1964, Tribunal Pleno*). Por outro lado, dos anos 90 até hoje deu-se a situação inversa, a jurisprudência é torrencialmente a favor da revisão contratual.

Paralelamente ao aparecimento de leis de ordem pública dirigindo a economia dos contratos, aparecem, criados pelo Poder Estatal, os índices de *correção monetária*, pois a inflação já se mostrava grave, o que vem a ser, de certa forma, a aplicação da revisão contratual, porém somente do *quantum* da prestação para mantê-la atualizada aos níveis inflacionários e não prejudicar o equilíbrio das partes nos contratos e dívidas em geral. No novo Código Civil há cláusula geral admitindo a revisão judicial do valor da prestação, quando sobrevier diferença manifesta entre o momento da formação do contrato e o de sua execução para assegurar seu valor real (art. 317 do CC).

1.6.2 A revisão no Código de Defesa do Consumidor

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 revolucionou o Direito brasileiro. Trouxe esse diploma, de cunho protetivo e de ordem pública, inovações como a boa-fé objetiva (como base da relação de consumo), a responsabilidade civil fundada no risco da atividade, a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, a equiparação da coletividade de pessoas ou de todas as vítimas do evento a consumidor, as noções de vulnerabilidade e hipossuficiência daqueles que adquirem bens ou serviços na economia de massa, o direito à informação clara e detalhada, a proteção à vida, à saúde e à segurança, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, a nulidade das cláusulas consideradas abusivas no contrato de consumo, a oferta vinculante e muito mais. Dentro dessas inovações está prevista como *direito básico* do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações

desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V, do CDC).

O dispositivo prevê duas situações de desequilíbrio contratual: a primeira, contemporânea à formação da relação de consumo, é a *lesão consumerista*, diferente da do direito civil comum, com requisitos que somente têm sentido em relação paritária.

Na verdade, essa regra tem que ser lida conjuntamente com o inciso IV do art. 51 do mesmo Código e que é regra estrutural do microsistema consumerista. De fato, dispõe o preceito que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em *desvantagem exagerada* ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV do art. 51).

Portanto, a interpretação da primeira parte do art. 6º, V, deve ser feita objetivamente de acordo com os princípios do sistema e especialmente levando-se em consideração o conteúdo do art. 51, IV. Completa sua interpretação a regra do art. 39 do CDC, onde se lê: “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Cabe ao juiz definir caso a caso o que é e o que não é prática manifestamente abusiva.

A segunda parte do inciso V do art. 6º também coloca como direito básico do consumidor a *revisão* de cláusulas contratuais em razão de fatos *supervenientes* que as tornem excessivamente onerosas. Ou seja, se acontecimentos posteriores à conclusão do contrato de consumo vieram a tornar excessivamente onerosas as prestações devidas pelo consumidor, tem ele o direito básico (art. 6º) de pedir a *revisão do contrato com o fim de reequilibrar a relação jurídica*. Não tem o fornecedor direito igual, tendo em vista tratar-se de contrato de massa (de adesão) no qual o consumidor é a parte vulnerável ou fraca e por isso tem a tutela da lei.

Finalmente, para que a revisão de uma relação de consumo ocorra não serão necessários os requisitos da *imprevisibilidade* e da

extraordinariedade, como na lei civil, apenas que os fatos que alteraram a relação sejam *supervenientes* à formação do contrato e que essas circunstâncias tenham tornado as obrigações *excessivamente onerosas*. Em outras palavras, há injustiça, vamos repará-la.

Observe-se, porém, que a expressão *onerosidade excessiva* não tem conteúdo definido e, como conceito indeterminado, deve ter caso a caso seu significado concretizado. O juiz, ao interpretar o contrato *sub judice*, redige a nova cláusula e integra o contrato, estabelecendo a concretude da norma.

1.6.3 O princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva no Código Civil de 2002

Como contraponto ao princípio do *pacta sunt servanda* e seguindo os princípios e valores do novo sistema, aparece no Código Civil, no capítulo da “Extinção dos contratos”, a “resolução por onerosidade excessiva”.

O art. 478 dispõe que:

“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”.

Essa regra geral é *excepcionada* pelo art. 479, nos seguintes termos:

“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o *réu* a *modificar* equitativamente as condições do contrato”³⁸.

Desses dois dispositivos tiramos as seguintes ilações:

1^a) Essa norma somente se aplica a contratos de execução continuada, isto é, de trato sucessivo ou de execução diferida no

³⁸ Tem fundamento no art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942.

tempo. Quando no momento da execução do contrato as condições fáticas podem ter mudado.

2ª) Se a prestação se tornar excessivamente onerosa para o devedor. Já vimos que a onerosidade excessiva é conceito vago ou indeterminado e somente na hora da concreção feita pelo juiz o sentido exato será dado. Ao interpretar a norma para aplicá-la ao caso concreto o juiz verificará se aquela onerosidade excessiva arguida pelo devedor não se trata *apenas* dos *riscos normais* ou das *difficultades normais* (*dell'alea normale del contratto*) que existem em qualquer contrato, como, por exemplo, a inflação quando controlada, mesmo que não seja baixa, deve ser suportada pelos reajustes para a atualização do *quantum* devido.

3ª) No Código Civil, porém, essa *onerosidade excessiva* tem que ser simétrica à *extrema vantagem* do credor³⁹. Nem sempre há extrema vantagem da outra parte. Temos exemplo que desmente essa hipótese. É o conhecido caso dos automóveis importados comprados por contrato de *leasing*, cuja prestação mensal era em “dollar” americano. Com a maxidesvalorização do Real em 1999 os compradores (devedores) não conseguiam saldar seus débitos, pois esses iam *muito além* do risco normal do contrato. Todavia, a prestação não seria impossível se houvesse revisão contratual ou renegociação da dívida em dólar.

Nesse caso, porém, os vendedores (credores) também perderiam muito, porquanto deveriam pagar suas importações também em “dollar” valorizado. O STJ, em julgamento emblemático, dividiu, salomonicamente, entre as partes os prejuízos. Ambos os contratantes tiveram que suportar uma parcela da onerosidade excessiva⁴⁰.

³⁹ Diferentemente do art. 1.467 do Código Civil italiano que lhe serviu de inspiração. Esse dispositivo não exige vantagem de qualquer tipo da parte contrária.

⁴⁰ O caso paradigmático na jurisprudência é o que segue, sendo mencionado em vários outros julgados:

“Civil. Arrendamento mercantil. Contrato com cláusula de reajuste pela variação cambial. 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.

(...) II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, 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, equitativamente, 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 472.594-SP, 2ª Seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12-2-2003).

Nesse mesmo sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REPARTIÇÃO DO ÔNUS. – A elevação abrupta do dólar norte-americano no mês de janeiro de 1999 representa fato superveniente capaz de ensejar a revisão contratual, devendo o ônus correspondente ser repartido entre credor e devedor. Agravo regimental improvido” (STJ, REsp 456.644-RJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 12-12-2005).

“Civil. Contratos bancários. Arrendamento mercantil. Cláusula de reajuste pela variação cambial. Elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana. Onerosidade excessiva ao consumidor. Repartição dos ônus.

I. Verificada, em razão de aumento repentino e substancial do dólar, situação de onerosidade excessiva para o arrendatário, deve o índice de reajuste, a partir de 19.01.99 inclusive, ser repartido, partes iguais, entre os contratantes, preservada a cláusula contratual, 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. Precedente da Segunda Seção (REsp 472.594-SP).

II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 267.528-RJ, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 20-5-2003).

4ª) A resolução por onerosidade excessiva só pode ser pleiteada se tiver como causa acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis*⁴¹. Adotando, assim, a *teoria da imprevisão*, já ultrapassada, pois a modificação ou a resolução devem ser possíveis não por fatos tão incomuns mas por fatos *supervenientes* – estranhos ao contrato e que o tornem quase impraticável. Os fatos podem ser até previsíveis, mas, ao mesmo tempo, tornam a prestação excessivamente onerosa. A melhor solução é a do Código Civil português de 1967, que, nos artigos 437 a 439, trata da “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”. O art. 437, do diploma citado, determina que:

1 – As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão do contrato têm de ter sofrido uma *alteração anormal*. Critério muito mais de acordo com a justiça contratual.

2 – Nesse caso a parte lesada tem direito de pedir a *resolução* ou a *modificação* do contrato, segundo os juízos de equidade. Diferentemente do direito brasileiro em que o devedor pede a resolução e fica a critério do credor admitir a modificação do contrato.

3 – A condição para isso é que as exigências das obrigações assumidas afetem gravemente o princípio de *boa-fé* e não estejam cobertas pelos *riscos próprios do contrato*.

4 – E, se o devedor optar pela resolução, pois é direito seu, poderá o credor opor-se ao pedido, declarando aceitar a *modificação* do contrato. No Direito português há proteção do devedor.

As regras sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva não acompanharam o espírito do novo Código Civil, pois resolver contrato, fazendo as duas partes perderem, afronta diretamente o princípio da *conservação dos negócios jurídicos* (art. 170 do

⁴¹ Enunciado 175 do CEJ: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertos no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gera o desequilíbrio, mas também em relação às *consequências* que ele produz” (grifo nosso).

CC), *que é fundado na função social do contrato*. Segundo o Enunciado 176 do CEJ: “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” (grifo nosso).

Por outro lado, também merece elogios a solução dada ao problema pelo art. 6º, V, segunda parte, do CDC, fundado na teoria de base objetiva do negócio, pois adaptado ao mundo contemporâneo e mais ágil no cumprir a justiça contratual (ver enunciados).

O Projeto Fiuza – Lei n. 6.960 de 2002 – prevê a alteração dessa parte do Código Civil e contém proposta que a altera radicalmente:

CAPÍTULO II – DA REVISÃO E DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

Seção I – Da revisão

Art. 472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto.

§ 2º Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias.

§ 3º Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros.

Art. 474. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Seção II – Da resolução

Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato.

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.

Porém, não poderíamos deixar de citar os casos de *revisão* que já estão no novo Código, como o do art. 317, que trata da correção monetária judicial para que a prestação volte ao valor real. A única condição é que os motivos sejam imprevisíveis e que a parte prejudicada faça o pedido, da qual já falamos anteriormente.

Outra hipótese de *revisão* é a do art. 480⁴², que trata dos contratos em que as obrigações cabem somente a um dos contratantes. A parte prejudicada pode pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterada para evitar a onerosidade excessiva.

55

Também há dispositivos específicos que admitem a *revisão* no Código Civil brasileiro, como o art. 625, II⁴³, na *empreitada*, e o art. 572⁴⁴, na *locação*⁴⁵.

⁴² 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”.

⁴³ Art. 625, II: “Quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços”.

⁴⁴ Art. 572: “Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis”.

⁴⁵ Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

1.6.4 A quebra do sinalagma genético: a lesão e o estado de perigo

Finalmente, cabe examinar dentro do princípio do equilíbrio contratual institutos que também tratam da desigualdade material entre as partes. Como já nos referimos, na lesão e também no estado de perigo o desequilíbrio contratual é contemporâneo à declaração de vontade. O sinalagma, ou seja, equivalência da prestação e contraprestação, se rompe já na formação do contrato, com declaração defeituosa de uma das partes. Ambas as figuras constituem novos defeitos do negócio jurídico (cf. arts. 156 e 157 do CC/2002). São ambos, portanto, vícios do consentimento, podendo levar à anulação do contrato⁴⁶.

O fundamento dos dois novos defeitos do negócio jurídico é a necessidade. Todavia, o vocábulo *necessidade* não tem o mesmo significado na lesão e no estado de perigo. O art. 156 diz que “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da *necessidade* de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação *excessivamente onerosa*” (grifo nosso).

E o artigo 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob *premente necessidade*, ou por inexperiência, se obriga a prestação *manifestamente desproporcional* ao valor da prestação oposta” (grifo nosso).

No primeiro caso, isto é, no estado de perigo, a necessidade é física, *personal*, equivale à palavra *necessità* da língua italiana; na lesão a necessidade é econômica ou *bisogno*, equivalente a precisar, estar precisado.

No *estado de perigo* a declaração do contratante que pede ajuda está entre dois males: sofrer ou ver a pessoa querida sofrer dano físico ou assumir obrigação *excessivamente onerosa* pelo serviço prestado pelo salvador. Como exemplo temos os empréstimos feitos a

⁴⁶ Cf. a respeito Teresa Ancona Lopez, Negócio concluído em estado de perigo, artigo publicado na **Revista do Advogado**, n. 68, p. 49 e s., dez. 2002.

juros extorsivos para pessoa que necessita livrar ente querido do cativoiro, em caso de sequestro; o médico que cobra abusivamente para salvar a vida do filho do declarante; a mãe que vê o filho se afogando e concorda em pagar quantia excessivamente onerosa para o salvador. Também os depósitos de enormes quantias em cheque-caução nos hospitais podem ser lembrados.

Nesses casos a onerosidade excessiva é concomitante à declaração. Nasce um contrato *injusto*, pois houve cobrança abusiva pelo serviço prestado pela contraparte. O contratante prejudicado pode pedir a anulação do contrato e o juiz vai julgar segundo a *equidade*. O nosso legislador, diferentemente do Direito italiano que inspirou essa regra, optou pela anulação e não pela *redução* do valor pago, para a conservação do negócio jurídico. O legislador deveria escolher entre reduzir a prestação pela equidade e conservar o negócio ou anulá-lo, pois que o contratante que se locupletou da situação e, portanto, estava de má-fé (dolo de aproveitamento) não podia ser prestigiado. A opção foi penalizar pessoa que se aproveitou de situação de grave desespero, anulando o contrato e conduzindo as partes ao *statu quo ante*. Em contraponto ao texto legal, o Enunciado 148, da III Jornada do STJ, declara que: “Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”, permitindo o aproveitamento do negócio.

57

Na *lesão* prevista pelo novo Código Civil o desequilíbrio contratual nasce da declaração de vontade de alguém que sob premente *necessidade* ou *inexperiência* se obriga a prestação *manifestamente desproporcional* à prestação oposta. O sinalagma foi rompido, não havendo equivalência entre prestação e contraprestação, nascendo, então, um *contrato injusto*.

O Código revogado não previa a lesão como vício do consentimento. Os casos dos contratos sem equivalência das prestações causada pelo abuso de um dos contratantes, também chamados de contratos leoninos, eram resolvidos aplicando-se as regras das condições potestativas – art. 122 do CC (antigo art. 115) ou aquela do

art. 166, II⁴⁷ (antigo art. 145, II), *a contrario sensu*, isto é, o objeto ilícito levaria à nulidade contratual, ou com fundamento na Lei n. 1.521/51 – Lei dos crimes contra a economia popular –, que, no art. 4º, letra *b*, define o crime de usura pecuniária ou real, no qual a desproporção deveria ser de um quinto a mais do *valor justo*⁴⁸. Como lei criminal, aplicava-se principalmente aos agiotas. Nessa lei eram exigidos dois pressupostos para tipificar o ilícito: um objetivo, ou seja, um quinto a mais do *valor justo*; e um *subjetivo*, o dolo de aproveitamento. Da mesma forma, temos que lembrar a Medida Provisória 2.172-32, de 23-8-2001 (em tramitação), que proíbe e considera nulas as estipulações usurárias.

O art. 157 do Código Civil de 2002 contém dois elementos:

1º) um objetivo que é a prestação *manifestamente desproporcional* à contraprestação (sem proporção matemática), que é conceito indeterminado, cabendo ao juiz decidir seu conteúdo segundo valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico (§ 1º, art. 157);

2º) o segundo elemento é *subjetivo*, mas *não* mais do ângulo do proponente e sim tendo em vista o *prejudicado* que sob premente necessidade ou por inexperiência concordou com o negócio de valor abusivo.

Podemos lembrar os casos de pessoas que necessitando arranjar dinheiro rapidamente vendem carros ou casas bem abaixo do preço. Portanto, diferentemente do que estava no art. 4º, *b*, da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, o elemento subjetivo é o consentimento viciado, mesmo que a outra parte *não* tenha tido conhecimento dos motivos que levaram o declarante ao negócio prejudi-

⁴⁷ Art. 166: “É nulo o negócio jurídico quando: II – for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto;”.

⁴⁸ Art. 4º, *b*: “obter ou estipular em qualquer contrato, abusando de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda 1/5 do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

cial. Não há, no novo Código, punição para a atitude maliciosa do favorecido, *não é exigido dolo de aproveitamento*⁴⁹. Não é preciso que o lesado tenha sido induzido a participar de contrato que lhe é prejudicial. A lesão, como está no art. 157, é apreciada, no seu conjunto, objetivamente, acompanhando a filosofia do novo Código. Havendo grande desproporção entre prestação e contraprestação há lesão. Pesquisar a intenção do favorecido seria retroceder. A solução encontrada protege muito mais a parte prejudicada que não precisa provar o dolo da outra parte para ter seu contrato reequilibrado.

O § 2º do art. 157 contém regra de suma importância, pois, cumprindo a função social do contrato, prevê a conservação do negócio não se decretando sua anulação “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”⁵⁰.

Como nos referimos anteriormente, no caso do estado de perigo, no qual é muito mais fácil a observação da conduta do favorecido, a lei exige dolo de aproveitamento, pois o dano grave que pode advir do perigo é conhecido por ele. Aquele que lucrar com a desgraça alheia é penalizado e o negócio anulado, sem chance de reduzir equitativamente a excessiva onerosidade que pesava sobre o negócio.

1.7 Princípio da boa-fé objetiva

1.7.1 Introdução

É a eticidade dentro do direito das obrigações. O princípio

⁴⁹ Cf. Enunciado 150 do CEJ: “A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

⁵⁰ STJ, Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002”.

da boa-fé, apesar de ter como fundamento regra moral, se impõe indubitavelmente como regra jurídica fundamental no direito contemporâneo.

O princípio da boa-fé (hoje cláusula geral), que deve comandar as condutas no comércio jurídico, esteve adormecido por muito tempo, apesar de ter sido sempre considerado, especialmente pela Doutrina, como um dos princípios básicos do direito contratual. Não há no Código Civil de 1916 nenhuma regra geral de boa-fé, como há nos Códigos europeus. Assim, o Código Civil francês, em seu art. 1.134, 3^a alínea, determina que as convenções devem ser executadas de boa-fé ("Elles doivent être exécutées de bonne foi"); como também o § 242 do BGB, que é a regra inspiradora de toda a boa-fé objetiva, como lealdade contratual no direito moderno; da mesma forma o art. 227, n. 1, do Código Civil português, que determina que nos contratos, tanto nas negociações preliminares como na formação deles, deve-se proceder segundo as regras da boa-fé. Ainda, temos no Código Civil italiano regras expressas que determinam que o contrato deve ser executado (art. 1.375) e interpretado conforme a boa-fé (art. 1.366). Além disso, o art. 1.337 do mesmo diploma determina que as partes nas tratativas e na formação do contrato também devem comportar-se segundo a boa-fé, regra que faltou no novo Código Civil brasileiro.

Todavia, a boa-fé como regra de conduta esteve, mesmo em países europeus, adormecida. É a partir dos anos 80 que ela cria força e ressurge vigorosa. Na França, o renascimento da noção de boa-fé ou do dever de lealdade é efetivamente uma noção conexas à busca do equilíbrio econômico do contrato e sua adaptação em face dos acontecimentos, independentemente de força maior⁵¹. No

⁵¹ "Cette renaissance de la notion de bonne foi ou du devoir de loyauté est effectivement une notion connexe à la recherche de l'équilibre économique du contrat et de son adaptation face aux événements, indépendamment des cas de force majeure". FLÉCHEUX, George. Renaissance de la notion de bonne foi et de

Brasil, podemos lembrar a regra do art. 131, I, do Código Comercial de 1850 (nessa parte revogada pelo Código Civil de 2002), que continha preceito interpretativo segundo o qual nas interpretações de cláusulas contratuais deveria ser usada inteligência simples e adequada que fosse mais conforme à boa-fé e ao espírito do contrato em detrimento da significação das palavras.

Porém, no direito brasileiro, a boa-fé como regra geral de comportamento (lealdade nos negócios, objetivamente considerada) aparece somente a partir do Código de Defesa do Consumidor, no qual é princípio básico e também dever de conduta de ambas as partes da relação de consumo (consumidor e fornecedor) (art. 4º, III, e 51, IV). Finalmente, com o advento do Código Civil de 2002, esse princípio é consagrado no art. 422, que determina que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, criando, assim, a cláusula geral de boa-fé.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor a boa-fé era somente ressaltada em seu aspecto *subjetivo*, isto é, aquele “estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento ou desconhecimento, e à intenção, ou falta de intenção de alguém”⁵². O seu oposto é a má-fé. A malícia, a intenção de prejudicar, o conhecimento de que está agindo contra direito alheio. A boa-fé subjetiva sempre se destacou em matéria de posse, na qual se julga diretamente a convicção das partes sobre a posse justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé (casos de boa-fé subjetiva no CC/2002 – arts. 1.201, 1.202 e 1.214 a 1.220).

A boa-fé, norma de conduta – objetivamente interpretada –, pode ser acatada ou não. Caso as partes ajam contra ela, dize-

loyauté dans le droit des contrats. In: *Études offerts à Jacques Ghestin: le contrat au debut du XXI^e siècle*. Paris: LGDJ, 2001, p. 341-345.

⁵² JUNQUEIRA DE AZEVEDO. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 3, p. 78 e s., set./dez. 1992.

mos que as partes não agiram conforme a boa-fé, porque a noção de má-fé vem com carga de *subjetivismo*, conhecimento e intenção, e geralmente só se aplica como o oposto de boa-fé subjetiva. Na boa-fé objetiva está em julgamento a situação ou atividade jurídica *como um todo* e na boa-fé subjetiva somente a *intenção* do sujeito. A boa-fé objetiva é um dever jurídico exigível nas três fases do contrato⁵³.

Na verdade, as duas espécies de boa-fé não se excluem e têm como princípio básico a lealdade e a honestidade, seja na apreciação da conduta por inteiro, seja no julgamento das atitudes do sujeito. Dessa forma, o conceito de boa-fé tem uma *unidade* e basta o ordenamento estabelecer a cláusula geral de boa-fé para daí fazer nascerem todos os outros tipos de comportamentos juridicamente relevantes e que tenham como base a obrigação de *correttezza* no agir.

53 “Siguiendo la terminología de Spota, debe distinguirse entre la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. La primera consiste en un estado de ánimo que confía en la apariencia de un título. Así, por ejemplo, se reputa obligatorio para el mandante, el contrato que su mandatario ha celebrado con un tercero *después* de la cesación del mandato, cuando el tercero ignoraba la cesación. Este ha contratado de buena fe, creyendo que el mandato subsistía. Basta con esta buena fe, apoyada en una apariencia que la ley estima razonable, para que el contrato tenga validez. Es una solución fundada en las exigencias de la seguridad. Cosa análoga ocurre con el heredero aparente, cuyos actos de administración y enajenación a título oneroso son válidas respecto de los terceros a quienes ha transmitido el derecho.

La buena fe-lealtad es el deber de obrar en las relaciones contractuales con probidad, como lo haría una persona honorable y correcta obrando con cuidado y previsión. Esta buena fe obliga: a ser claro en las ofertas y tratativas contractuales, de modo de no inducir en error a la otra parte; a interpretar el contrato honorablemente; a abstenerse de todo acto que dificulte el cumplimiento por la otra parte o que implique terminar intempestivamente las relaciones contractuales; a no reclamar el cumplimiento de la otra parte si previamente no se han cumplido u ofrecido cumplir las propias obligaciones (éste es el fundamento de la exceptio non adimpleti contractus)” (BORDA, Guillermo A. **Manual de contratos**. 7. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1974, p. 115) (grifos nossos).

Por outro lado, é importante que se *destaque* e se dê autonomia à *boa-fé* objetiva, que, sendo um conceito dúctil, vai sempre se adaptar às circunstâncias do caso concreto. O princípio de *boa-fé* objetiva tem fundamento constitucional na cláusula geral de dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, da CF/88) e no art. 3º, I, que determina ser objetivo fundamental da República uma sociedade livre, justa e solidária. É precisamente essa solidariedade que embasa a cláusula geral de *boa-fé*. Teresa Negreiros, mostrando a oposição entre indivíduo e pessoa, aponta que o Direito Civil apresenta-se “como um conjunto de deveres das pessoas em relação umas às outras, e não mais como um sistema marcado pela garantia dos direitos do indivíduo em oposição a outros indivíduos e ao próprio Estado”⁵⁴⁻⁵⁵.

1.7.2 Conteúdo do princípio da *boa-fé* objetiva

O princípio da *boa-fé* objetiva é norma que determina o *dever de conduta* dos participantes de um contrato (art. 422 do CC). Essa regra é cláusula geral, ou seja, cláusula aberta na qual se podem subsumir os mais diversos comportamentos, positivos ou omissivos dos contratantes.

De outra parte, o conceito jurídico de *boa-fé* objetiva não tem um significado exato, é conceito *aberto*. Não concordamos que

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos**, cit.

⁵⁵ Essa solidariedade aparece clara na jurisprudência italiana, como no julgado: “In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggea come un impegno od obbligo di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che a prescindere da obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere* siano idonei senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, a preservare gli interessi dall'altra parte” (C. 3775/1994). Também a solidariedade é destacada por Massimo Bianca no artigo La nozione de buona fede quale regola di comportamento contrattuale. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: CEDAM, ano 29, p. 205-216, 1983.

boa-fé seja conceito totalmente vazio ou indeterminado, *tout court*, conforme proclamado pela maioria da doutrina, pois já sabemos de antemão o que é e o que não é proceder de boa-fé. Boa-fé é correção, é lealdade, é probidade. Francesco Galgano, referindo-se às normas do CC italiano que tratam da boa-fé objetiva, é enfático ao afirmar: “Boa-fé não significa outra coisa nessas normas, senão correção e lealdade (“Buona fede” altro non significa, in queste norme, se non correttezza o lealtà)”⁵⁶. Há, por assim dizer, uma gradação nos conceitos indeterminados, podendo ser quase ou totalmente vazios.

O preenchimento do conteúdo do princípio da boa-fé objetiva só poderá ser conseguido depois da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Dessa forma, averiguará o juiz se as partes observaram a boa-fé objetivamente considerada (conduta leal e correta) no caso *sub judice*. Em suma, o significado preciso do conceito somente surgirá da subsunção dos fatos às normas, é o que Reale chama de *concrettezza*.

Importante a lição de Larenz, pois, para ele boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade à palavra dada e não trair a confiança ou abusar dela, já que esta forma a *base indispensável* de todas as relações jurídicas. Porém, diz o mesmo autor, trata-se de um conceito “necessitado” de concreção, que unicamente nos indica a direção onde iremos buscar a resposta da conduta exigível em determinadas circunstâncias. Boa-fé e confiança são as bases do tráfico jurídico⁵⁷.

Galgano, de seu turno, mostra que apesar de ser uma empresa árdua dar conteúdo ao conceito de boa-fé objetiva, a Corte de Cassação se firmou no sentido de elaborar uma definição geral de

⁵⁶ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Padova: CEDAM, 1990, t. 1, v. 2, p. 461.

⁵⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução para o espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

boa-fé contratual nos seguintes termos: “a boa-fé, compreendida no sentido ético, como requisito da conduta, constitui um dos eixos de disciplina legal das obrigações e tem como objeto um verdadeiro e próprio dever jurídico, que será violado não só quando uma das partes tenha agido com propósito doloso de prejudicar a outra, mas também se o comportamento de uma das partes não foi, todavia, marcado por diligente correção e no sentido de solidariedade social, que integram efetivamente o conteúdo da boa-fé” (*Cass.*, 18 fev. 1986, n. 960, *in Mass. Foro it.*, 1986) (tradução livre)⁵⁸.

Essa flexibilidade só é possível por ter o Código Civil de 2002 optado pelo sistema aberto de codificação. Nesse sistema a participação do juiz é fundamental para a construção do direito. O sistema resta incompleto até o momento da *concretizzazione*. Na verdade, quando temos cláusulas gerais e conceitos indeterminados precisamos de duas declarações de vontade – a do legislador e a do juiz – para a construção da norma. Nesse sistema o direito se mantém sempre atualizado, pois haverá permanente adaptação à realidade socioeconômica. No construir o direito, completando o sistema poderá o julgador valer-se de elementos jurídicos, princípios gerais de direito e também de elementos metajurídicos, como já abordamos anteriormente.

Na sempre precisa explicação de Betti, “quando a lei, em todas as situações, fala de boa-fé, se refere a um conceito e a um critério valorativo que não está forjado pelo direito mas o direito o assume e o recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para a qual deve valer”⁵⁹ (tradução livre).

Em suma, sendo a boa-fé conceito aberto, com flexibilidade inerente (não há conceito definitivo de boa-fé objetiva), seu conteúdo será plasmado conforme as necessidades do caso concreto.

⁵⁸ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**, cit., p. 462, rodapé.

⁵⁹ BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones**. Tradução de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 70.

Dessa forma, o juiz, ao decidir sobre conflitos nos contratos, vai ter obrigatoriamente de averiguar a presença da boa-fé naquela relação jurídica. Não deverá apoiar-se no silogismo clássico e matemático, mas, ao contrário, usará do raciocínio do tipo dialético, num vai e vem entre fato, valor e norma até chegar na concreção pedida pelo direito. Só então, saberemos qual foi o conteúdo escolhido pelo magistrado.

Consequentemente, há o *controle do conteúdo dos contratos* a partir do princípio da boa-fé. O professor de Coimbra Joaquim de Sousa Ribeiro analisa a boa-fé como princípio normativo e sua atuação como comportamento para superação do modelo formal de contrato⁶⁰. Coloca a boa-fé como critério de validade de cláusulas contratuais, ou mesmo, de todo o contrato. Sem dúvida, o jurista luso tem toda razão, pois a cláusula geral de boa-fé é norma de ordem pública e não pode ser contrariada, sob pena da sanção de nulidade.

Todavia, como contraponto, lembramos a posição de Tepedino e Scheiber, que, em artigo polêmico, são enfáticos ao afirmar que “faz-se necessário, portanto, trabalhar efetivamente sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva, precisando suas funções e seus limites, e separando do núcleo do instituto o caráter protetivo que lhe foi emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entender o contrário é insistir em uma invocação abstrata e ineficaz de boa-fé objetiva...”⁶¹.

1.7.3 A análise do art. 422 do Código Civil de 2002

O art. 422 determina que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁶⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controle do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista EMERJ**, n. 6, 23, p. 139, 2003.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que, apesar de o artigo citado não englobar a boa-fé pré-contratual, a ela também se aplicará. Aliás é esse o teor do Enunciado da III Jornada do STJ n. 170: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Em seguida devemos ter em mente que essa cláusula geral é norma de ordem pública. Essa afirmação vem comprovada pelo parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, nas Disposições Transitórias, que determina que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Sem dúvida a boa-fé é norma que garante não só a conduta leal dos contratantes mas, por consequência, também a sua função social do contrato. Contratos injustos ferem a ordem social também.

Qual a consequência?

Sendo norma da ordem pública, implica seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente do pedido da parte ou do interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (v.g., CPC 303, III), não estando sujeitos a preclusão⁶².

Dessa forma, há prevalência do princípio da boa-fé sobre as determinações contratuais apesar de não impor comportamento preestabelecido como as outras cláusulas que dão conteúdo ao contrato.

O juiz vai, então, integrar o contrato com a cláusula de boa-fé, determinando o comportamento obrigatório das partes (ou da

⁶² NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Comentários ao art. 2.035.

parte). Essa função não se confunde com a função meramente interpretativa de boa-fé. Essa integração vem modificar os efeitos dos contratos. O Enunciado 26 da I Jornada do STJ esclarece: "A cláusula geral contida no Código Civil, art. 422, impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, *suprir e corrigir* o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes" (grifos nossos).

Guido Alpa⁶³ diz que as cláusulas gerais permitem remediar a incompletude dos contratos, em especial a boa-fé objetiva e a equidade. Afirma que a boa-fé integrativa implica, assim, a inclusão no contrato de cláusula de renegociação, mesmo que as partes não a tenham previsto, mas não a tenham excluído expressamente⁶⁴.

1.7.4 Boa-fé fonte das obrigações

Sem dúvida, a boa-fé objetiva no direito contemporâneo é fonte *autônoma* das obrigações independentemente daquelas vindas dos contratos.

É o que se observa em determinados contratos nos quais a prestação principal foi cumprida, mas houve muitos prejuízos materiais e morais que nasceram da falta de *solidariedade e cooperação* contratual que são os fundamentos da boa-fé objetiva. Ou antes são, como bem demonstra Ruy Rosado de Aguiar Jr., descumprimento de um dever secundário que não se relaciona diretamente com a prestação, que pode ter sido realizada integralmente. Diz que

⁶³ ALPA, Guido. La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità. In: **La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice Civile Europeo**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 118-121.

⁶⁴ Na Itália, a Jurisprudência tem feito essa integração pela aplicação conjunta dos artigos 1.375 (execução de boa-fé) e 1.374 (integração do contrato), na qual está determinado que o contrato obriga as partes não só pelo que está expresso, mas também todas as consequências que derivam de lei, ou, na sua falta, segundo os usos ou a equidade.

é o caso do “prestador de serviços que realiza a contento seu trabalho, mas age com descuido ao se retirar da casa, causando danos ao patrimônio ou a pessoa do proprietário”. No caso não há desfazimento do contrato mas haverá indenização ao lesado por violação a deveres secundários de proteção ou lealdade⁶⁵.

Exemplo bem claro do que acontece na prática é o da *culpa post pactum finitum*, ou seja, a boa-fé também se aplica em situações de contrato completamente executado mas para além do contrato. É o caso do médico que joga fora todos os exames e o prontuário do paciente depois de terminado o tratamento. Também o do advogado que, mesmo tendo vencido a demanda, deverá pagar indenização, perdas e danos materiais e morais ao seu cliente porque jogou fora todos os seus documentos.

Em síntese, “a boa-fé objetiva é cláusula geral ao mesmo tempo que se consubstancia em *fonte de direito e de obrigações*, isto é, fonte jurídica assim como a lei e outras fontes. É fonte jurídica porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção, segundo os usos e costumes” (grifo dos autores)⁶⁶.

1.7.5 Funções da boa-fé objetiva

Os doutrinadores apontam três funções principais para a boa-fé objetiva. Essas funções aparecem também no Código Civil de 2002, a saber:

a) como regra de conduta obrigatória dos dois contratantes (art. 422)⁶⁷;

⁶⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução**. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 252-253.

⁶⁶ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**, cit., comentário ao art. 422, n. 8.

⁶⁷ Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

b) como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113)⁶⁸;

c) como limitadora de direitos subjetivos (art. 187)⁶⁹.

Vamos explicar brevemente essas funções.

a) De regra de conduta já falamos e é sua função principal.

É no uso dessa função que o juiz integrará o contrato. Nesse sentido, como afirma Massimo Bianca, a boa-fé é fonte de integração do contrato, é regra objetiva que leva a determinar o comportamento devido⁷⁰. E nesse aspecto, controlando o *conteúdo dos contratos*. Sem dúvida, o controle do conteúdo do contrato para adequá-lo à norma/princípio da boa-fé objetiva vem interferir em outro princípio – o da autonomia da vontade –, a liberdade que têm as partes de autorregular seus direitos e obrigações. Todavia, o princípio da boa-fé objetiva vem apenas limitar a autonomia privada e, como entre dois princípios não há antinomia, haverá prevalência de um sobre o outro, o que é perfeitamente possível.

b) A segunda função é a interpretativa. O art. 113 determina que os negócios jurídicos sejam interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

O atual Código Civil adotou a teoria da confiança, como doutrina que dará os cânones na interpretação e execução dos negócios. A teoria da confiança é aquela que prestigia a boa-fé dos contratantes pois criaram expectativas que devem ser preenchidas. Portanto, conforme regra do art. 113, a interpretação dos negócios

⁶⁸ Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁹ Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁷⁰ BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede, cit., p. 205 e s., 1983.

jurídicos levará em consideração, ao examinar seu conteúdo, a lealdade e a *correttezza* que se espera.

Por outro lado, o art. 112 do Código Civil, que contém regra interpretativa carregada da teoria da vontade, e que é aparentemente antinômica ao art. 113, só pode ser interpretado segundo as luzes da teoria da declaração, na subespécie teoria da confiança. Em outras palavras, quando a lei diz que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, devemos ter presente que essa intenção consubstanciada no texto negocial vem das declarações das partes e *essas declarações não podem ser contra a boa-fé objetiva*. Portanto, é perfeitamente possível conciliar os dois dispositivos, desde que tenhamos em mente que a intenção das partes só pode ser avaliada objetivamente e segundo a boa-fé, pois estamos diante de Código que adotou a teoria da confiança. O Enunciado 27 da I Jornada do STJ esclarece: “na interpretação da cláusula geral de boa-fé deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

71

c) Finalmente, a terceira função da boa-fé objetiva diz respeito à função de impor limites ao exercício dos direitos subjetivos. Seu fundamento é o art. 187 do Código Civil, ou seja, também comete ato ilícito aquele sujeito que ao exercer seu direito excede os limites impostos pela boa-fé. “O exercício do direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra da confiança e frustração das legítimas expectativas”⁷¹. O princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se na ordenação contratual, segundo a mesma autora⁷².

O abuso no exercício dos direitos, que se funda na deslealdade de um dos contratantes, faz com que apareçam figuras já consa-

⁷¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**, cit., p. 141.

⁷² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**, cit.

gradadas pela doutrina europeia, e também de nossa pátria, em que se constata, na expressão usada por Menezes Cordeiro, esse abuso de posição jurídica, tanto do credor quanto do devedor. São os casos do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, da *suppressio*, da *surrectio*, do adimplemento substancial, da lesão positiva do contrato.

O *venire contra factum proprium*⁷³, que no direito espanhol se chama “teoria dos atos próprios”, é regra de direito derivada do princípio da boa-fé objetiva que determina como inadmissível toda pretensão lícita mas *objetivamente contraditória* com respeito ao comportamento anterior do mesmo sujeito⁷⁴. Há no *venire contra factum proprium* dois comportamentos *lícitos* diferidos no tempo⁷⁵. O primeiro, o *factum proprium*, é contrariado pelo segundo.

Como bem esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷⁶, a proibição do *venire contra factum proprium* protege uma das partes

⁷³ “Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘Venire contra factum proprium’. Boa-fé. Preparo. Férias.

1. tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC, votos vencidos.

2. a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. doutrina dos atos próprios, art. 132 do CC.

3. recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 95.539, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 3-9-1996).

⁷⁴ BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 11 e s.

⁷⁵ CORDEIRO, Menezes. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 743-744.

⁷⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos**, cit., p. 254.

contra a outra que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente, o que acabou por gerar expectativas, pois a conduta indicava seguramente determinado comportamento. Sem dúvida, há quebra da lealdade e da confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto com surpresa e prejuízo da outra parte.

Do *venire contra factum proprium* surgiram, como consequência, a *surrectio* e a *suppressio*⁷⁷ que vamos esclarecer com o exemplo seguinte: o locador que aceita o pagamento do aluguel em dia diverso do pactuado, comportando-se, assim, durante um certo tempo, não poderá exigir que o inquilino volte a cumprir sua prestação conforme a letra do contrato. Na verdade, houve uma renegociação tácita que não pode ser derrubada pelo locador, pois seria agir contra a boa-fé contratual, tendo em vista que o locatário tinha essa expectativa para o futuro e confiava na contraparte.

O exemplo serve para explicarmos as duas figuras. Houve *suppressio* contra o credor do aluguel, pois não exercendo sua posição jurídica por certo lapso de tempo viu atingido, com fundamento na boa-fé contratual, seu direito. Não se confunde a *suppressio* com a prescrição nem a decadência, pois o abandono do titular de sua posição jurídica já se tornara aparente⁷⁸. De outro lado, como houve exercício continuado da posição jurídica, há o surgimento

⁷⁷ “Alienação de imóvel financiado pelo SFH. Mútuo hipotecário. Conhecimento do agente financeiro – Presunção de consentimento tácito.

(...) 3. Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo” (STJ, REsp 573.059, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 14-9-2004).

⁷⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: **Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 124.

de um direito digno de tutela em favor do seu exercente. O nascimento desse direito chama-se *surrectio*⁷⁹.

Adalberto Pasqualotto lembra ainda que nessas figuras há ponto de contato com a *verwirkung*, ou seja, renúncia tácita do direito alemão. E completa mostrando que muitos *facta propria* são omissivos (como no exemplo acima), como na *suppressio* e na *verwirkung*⁸⁰.

Outro caso de abuso de posição jurídica e do qual surgem consequências com fundamento na boa-fé objetiva é a figura do *tu quoque*⁸¹. “Aquele que descumprir norma legal ou contratual atinando com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio descumpriu”⁸². É o mesmo ilustre jurista que nos fornece exemplos bem esclarecedores como o caso do condômino, que violando regras do condo-

74
⁷⁹ “Processual. Civil. Condomínio. Área comum. Utilização exclusiva. Uso prolongado. Autorização da assembleia condominial. Princípio da boa-fé objetiva. Razão ponderável. Inocorrência.

– Detenção concedida pelo condomínio para que determinado condômino anexe à respectiva unidade um fundo de corredor inútil para uso coletivo. Decorrido longo tempo e constatada a boa-fé, o condomínio, sem demonstrar fato novo, não pode retomar a área objeto da permissão” (STJ, REsp. 325.870-RJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14-6-2004).

⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis, cit., p. 125.

⁸¹ “CIVIL. CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. A circunstância de que exista penhora de bens suficientes para garantir a execução não autoriza que o nome do devedor seja excluído do cadastro de proteção ao crédito. A alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veio, precisamente, para impedir o abuso cometido por devedores desidiosos que fazem uso do Judiciário para dilatar os prazos de pagamento. O critério agora adotado é o da boa-fé objetiva, não podendo a tutela judicial favorecer quem, discutindo sobre a remuneração do capital mutuado, deixa de restituir o valor nominal do empréstimo que recebeu. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg na MC 10015-DF, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 2-8-2005).

⁸² AGUIAR JR. *Extinção dos contratos*, cit.

mínio, deposita móveis na área comum; portanto, não pode exigir de outro condômino comportamento obediente. Como ainda bem observa Ruy Rosado⁸³, faz-se nesse caso a aplicação do princípio inspirador da *exceptio non adimpleti contractus*. Quem não cumpriu a prestação não pode exigir do outro contratante seu cumprimento.

Finalmente, também com fundamento na boa-fé objetiva, na sua função limitadora de direitos subjetivos, temos a figura do *adimplemento substancial*, que, como a própria expressão está dizendo, o adimplemento chegou quase no final, faltando apenas uma parcela muito pequena em relação ao todo. Não seria justo a resolução do contrato com perdas e danos. O rompimento, nesse caso, seria abusivo, contra a boa-fé⁸⁴.

1.7.6 Deveres acessórios ou anexos à boa-fé objetiva

A doutrina mostra que as partes têm que cumprir a obrigação principal pactuada mas têm, ao mesmo tempo, de observar outras condutas que são os deveres anexos ou acessórios à obrigação principal fundados na boa-fé contratual. Os principais deveres anexos são:

75

⁸³ AGUIAR JR. **Extinção dos contratos**, cit.

⁸⁴ "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso" (STJ, REsp 272.739-MG, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1ª-3-2001).

Nesse mesmo sentido: "Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio" (STJ, REsp 76.362-MT, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-12-1995).

de lealdade (essência da boa-fé objetiva), de informação, de cooperação (quem não coopera com a outra parte infringe fundamentalmente a boa-fé – cf. Betti: boa-fé é cooperação⁸⁵), de segurança, dever de segredo, de custódia (das coisas negociadas). Francesco Galgano mostra que a boa-fé importa no dever de cada uma das partes realizar o interesse contratual da outra ou evitar que sofra dano, mesmo que isso possa suceder com o adimplemento de obrigações acessórias em relação às contratuais. Dá como exemplo o caso de alguém que, tendo alugado um apartamento a um deficiente físico, tem o dever de colocar uma rampa de entrada que permita ao inválido entrar e sair com uma cadeira de rodas (tradução livre)⁸⁶.

Esses deveres têm que ser seguidos nas três fases do contrato: fase pré-contratual ou tratativas, na fase de execução e fase pós-contratual, o que pode gerar responsabilidade *post pactum finitum*, como já nos referimos.

Em resumo, como a boa-fé objetiva é fonte autônoma de obrigações e direitos, desvinculada da declaração de vontade, a parte prejudicada tem legitimidade de agir cobrando perdas e danos ou pedindo outro tipo de sanção, mesmo que a prestação tenha sido cumprida. Sobre as consequências da desobediência dos deveres anexos temos acórdão do STJ, que afirma que os deveres anexos ao contrato são decorrência lógica do princípio da boa-fé contratual. E que “o dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa⁸⁷ (grifos nossos).

⁸⁵ BETTI, Emilio. *Teoria generale*, cit., p. 69.

⁸⁶ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 469.

⁸⁷ “Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato.

– O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio.

1.7.7 Em síntese

1) o princípio da boa-fé objetiva normatizado no art. 422 é norma de ordem pública;

2) o princípio da boa-fé objetiva é fonte de direito autônomo, sem relação com a declaração de vontade;

3) o princípio da boa-fé objetiva limita o princípio da autonomia da vontade, pois incide diretamente no conteúdo do contrato;

4) é a consagração da eticidade, que inspira todo novo Código Civil, no direito das obrigações;

5) o princípio da boa-fé objetiva se aplica tanto nos contratos paritários do Código Civil quanto nos contratos de adesão e nas relações de massa que estão reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor⁸⁸.

1.8 O princípio da função social do contrato

1.8.1 Introdução: fundamento do princípio

A previsão legal do princípio da função social do contrato está em consonância com o que os doutrinadores têm descrito

77

– O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.

– A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.

– A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado.

Recursos não providos” (STJ, REsp 595631-SC, 3ª T., rel. Nancy Andri ghi, j. 8-6-2004).

⁸⁸ STJ, III Jornada de Direito Civil, Enunciado 167: “Com o advento do Código Civil, 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 inspiradores de uma nova teoria geral dos contratos”.

como o fenômeno da *funcionalização dos institutos de direito privado*, como bem percebeu Francisco Amaral⁸⁹. O autor mostra que, para a concepção estrutural do direito, a ciência jurídica não deve ocupar-se com as funções que ele passa a desempenhar, mas o recurso às ciências sociais permite melhor compreensão do fenômeno jurídico. Assim, segundo Amaral, revela-se íntima a relação “entre a teoria estrutural do direito e a abordagem técnico-jurídica, de um lado, e a teoria funcional e o estudo sociológico do outro. Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos; considerando-se essencial para o justo saber não apenas como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, sua causa final”. Aparece, assim, segundo o mesmo autor, fundamentando-se em Bobbio e J. Durão Barroso, “o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura”⁹⁰.

Essa funcionalização surge primeiramente no conceito de propriedade, consagrado no art. 5^o, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, pois é garantido o direito de propriedade desde que atenda à sua função social. O princípio da *função social da propriedade* é princípio da *ordem econômica* (art. 170, III), que, “fundada na valorização do trabalho humano e de *livre-iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, “ora, a *realização* da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido ao contrato, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda coletividade”⁹¹.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 355.

⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**, cit., p. 355.

⁹¹ REALE, Miguel. In: <www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acesso em: 12 ago. 2006, p. 1.

O fundamento do princípio da função social do contrato é constitucional e somente pode ser entendida tamanha limitação à autonomia privada, princípio básico dos contratos, à luz do texto constitucional. Os dispositivos que diretamente fundamentam a função social do contrato na Constituição Federal são:

a) art. 1º, III – cláusula geral que contém o princípio da dignidade humana, como um dos pilares da República do Brasil. Porém, mesmo tendo o contrato a função social como pressuposto de sua validade que impõe respeito à coletividade e a terceiros, não pode, de forma alguma, deixar de proteger e promover as pessoas que dele participam, ou seja, não pode deixar de lado o valor fundante da dignidade da pessoa humana;

b) art. 1º, IV – dispõe como fundamentos para um Estado Democrático os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. A Lei Maior consagra expressamente o *valor social* da livre-iniciativa. Eis aí a importância do contrato como fato social, principal instrumento da circulação das riquezas e, com isso, do progresso econômico de um país. A disposição do art. 1º, inciso IV, “impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”⁹²;

c) art. 3º, I – por ele a função social do contrato vai ajudar a “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É o princípio da *solidariedade social* consagrado por todas as constituições modernas e que deve ser observado por toda legislação infraconstitucional. Sem isso, impossível a construção de uma sociedade justa na qual o bem comum é o seu fim último;

d) os artigos antecedentes são completados pelo art. 170 da CF, que abre o capítulo dos “Princípios gerais da atividade econômica” e que determina que “a ordem econômica, fundada na *valo-*

⁹² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual. *In: Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137 e s.

rização do trabalho humano e da livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...". O dispositivo repete o valor que tem para a sociedade não só o trabalho humano mas também a livre-iniciativa, sendo esta, inclusive, a principal geradora de empregos.

1.8.2 Natureza jurídica e atuação do princípio da função social dos contratos

O art. 421 do Código Civil determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Esse dispositivo que abre o Título V do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002 é o preâmbulo de todo direito contratual. Essa cláusula geral é seguida de perto pela cláusula geral que abriga o princípio de boa-fé contratual (art. 422). Os dois princípios, conjuntamente, são os pilares do direito obrigacional atual, sendo ambas as normas de ordem pública por força do parágrafo único do art. 2.035 das Disposições Transitórias do novo Código Civil, que determina que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Como já consignamos anteriormente, o texto normativo se aplica também aos contratos firmados *antes* da entrada em vigor (01/2003) do atual Código Civil. Ou seja, a nova lei apará situações jurídicas que vêm do passado e que se tornaram atos jurídicos perfeitos sob a égide do velho Código. É a ordem pública retroagindo em nome da solidariedade (função social) e da eticidade (boa-fé objetiva) para a construção de uma sociedade mais justa. Nesse sentido o acórdão da Terceira Turma do STJ, que teve como Relatora a competente Ministra Nancy Andrighi. Trata-se de discussão sobre a possibilidade de aplicação do art. 1.488 do Código Civil de 2002, regra totalmente nova em nosso Direito, que prevê a possibilidade de fracionamento da hipoteca. A ilustre Relatora,

fundamentando seu relatório na função social dos contratos, aplicou retroativamente o art. 1.488, nos seguintes termos: “O art. 1488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações em curso, nos termos do art. 2.035 do CC/02” (STJ, REsp 691.738/SC, j. em 12-5-2005).

De outro lado, esses princípios são normas de ordem pública, não podem ser revogadas pela vontade das partes e sua nulidade poderá ser decretada *de ofício* durante litígio em que se discute conteúdo contratual (art. 166, VI, do CC), “a qualquer tempo e em grau ordinário de jurisdição (v.g., CPC 303, III) não estando sujeitas à preclusão”³.

Diante dos termos do art. 421, e tendo em vista tratar-se de norma imperativa, o princípio da função social vai interferir na liberdade contratual, isto é, no conteúdo do contrato. Dessa forma, a função social vai *restringir* o exercício do direito subjetivo de autorregulamentação das condutas proveniente da autonomia privada. Assim, pois, a boa-fé objetiva. A função social, limitando o princípio da autonomia da vontade, vai, em consequência, também limitar o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), assim como, e principalmente, o princípio da relatividade dos contratos que teve que sofrer releitura, pois poderá se mostrar *incompatível* com as exigências do bem comum. Em outras palavras, o interesse dos particulares não poderá prejudicar terceiros ou a coletividade frustrando a justiça social. Há, portanto, “liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular riqueza, tem de

³As cláusulas gerais notadamente as da função social do contrato (CC 421), função social da empresa (CF 170 e CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), bons costumes (CC 187) e função social da propriedade (CF 5ª, XXIII, e 170, III; CC 1.228, § 1º) são de ordem pública. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código Civil comentado**, cit., comentário ao artigo 2.035, parágrafo único.

cumprir sua função social, tão ou mais importante que o aspecto econômico do contrato”⁹⁴.

Orlando Gomes, um dos maiores juristas que o Brasil já teve, afirma que só merecem a proteção da ordem jurídica os contratos que têm função econômico-social reconhecidamente útil. O mestre descartava, assim, os contratos sem utilidade social, fúteis e improdutivos. Afirma que, para o contrato exercer uma função social “deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela”⁹⁵. Em suma, há contratos que *não podem e não devem* ser protegidos juridicamente.

Finalmente, essa limitação, que encontra respaldo na Constituição Federal, resulta da funcionalização dos institutos de direito privado, dos seus princípios e das suas normas. A partir dessa funcionalização, o ordenamento jurídico estabelece limites para o exercício dos direitos subjetivos, com vista no bem comum e na igualdade de todos⁹⁶.

1.8.3 O conteúdo da função social do contrato

Como sabemos, os contratos não existem avulsos no meio social. São eles fatos sociais e, dessa forma, repercutem também nos interesses *alheios* e na sociedade como um todo. É como uma pedra jogada em um lago, que vai formar círculos infinitos e incontroláveis.

O princípio da função social do contrato impõe às partes *dois* tipos de deveres: o primeiro, *positivo*, qual seja, realizar sua função *econômica* dentro da sociedade, fazendo circular as riquezas e, assim, impulsionando o seu progresso material e conseqüentemente instalando o bem-estar social. “O contrato é instrumento da vida

⁹⁴ NERY JR., Nelson. **Código Civil comentado**, cit., comentários ao art. 421.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**, cit., p. 30.

⁹⁶ Para melhores fundamentos, cf. Francisco Amaral. **Direito civil**, cit., p. 357.

econômica que *nasce* da realidade econômica.”⁹⁷ O segundo dever é de cunho *negativo*, constitui-se em uma obrigação geral de não fazer, isto é, os contratantes estão obrigados a não prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses. Não poderão a coletividade ou algum de seus membros ser atingidos *negativamente* pelo contrato, quer por seu conteúdo, quer por sua execução ou até mesmo por seu inadimplemento.

A função econômica e a função social devem caminhar paralelamente. Ambas devem interagir e respeitar-se. Como bem observa Humberto Theodoro Júnior, “a função social é um ‘plus’ que se acrescenta à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar de função econômica no domínio do contrato. Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato”⁹⁸.

Dessa forma, a função social *não é* o objetivo do contrato, aquilo que o contrato visa realizar, como tem sido afirmado por muitos doutrinadores. Quando o art. 421 do CC, na primeira parte, dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social, comete um sacrilégio grave contra a ordem econômica e a livre-iniciativa. Fere princípios basilares da nossa Constituição.

As partes ao estabelecerem acordos têm em mira regular seus interesses privados, jamais distribuir bem-estar social, que é função do Estado. Portanto, a função social é *limite* da autonomia privada. As partes não poderão, ao regular seus interesses egoístas, prejudicar a sociedade em nenhum de seus setores, como, por exemplo, o meio ambiente, os mais fracos, os mais pobres e também não podem prejudicar os seus *iguais* e até os mais fortes, isto é, fazer acordos em prejuízo a empreendimentos alheios. A função social abrange a

⁹⁷ Giovanni Iudica e Paolo Zatti, *apud* THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 97, rodapé.

⁹⁸ THEODORO JR., Humberto. **O contrato**, cit., p. 101.

manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, na afirmação de Arnoldo Wald⁹⁹.

Muitas leis têm sido editadas para limitar a atuação dos interesses privados. Há vasta legislação que tem preocupação com a função social dos negócios; como exemplo, as leis ambientais, todo o direito consumerista, a legislação concorrencial, as leis trabalhistas, as leis de locação, as leis educacionais, as leis de loteamentos etc. Evidentemente, a proibição de contratos com cláusulas abusivas, ou de cartelização de setores da economia pelas empresas, tem como finalidade proteger a sociedade como um todo. Há rigorosa atuação dos órgãos públicos controlando esses tipos de negócios¹⁰¹.

Todavia, o que nos interessa é a aplicação do art. 421 a casos não previstos em lei especial. Como iremos utilizar essa regra limitadora na prática? Quando poderá o juiz decretar a nulidade de um contrato por prejuízo a terceiros ou à coletividade?

Primeiramente, devemos lembrar que o contrato pode ter efeitos deletérios *internos*, contra uma das partes, e *externos*, contra quem não é parte. O contrato injusto *inter partes* vai também refle-

⁹⁹ A dupla função econômica e social do contrato. *RTDC*, v. 17, p. 5, jan./mar. 2004.

¹⁰⁰ Em contraponto à teoria da função social do contrato, temos a opinião do grande contratualista Gino Gorla, que afirma ser esta teoria equivocada e que problemas para os quais se invoca a função econômico-social do contrato podem e devem ser resolvidos sem recurso a este conceito polivalente e nebuloso (*Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1954, p. 405).

¹⁰¹ "Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato.

– É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º, art. 52 do CDC. Recurso Especial não conhecido."

tir-se no seu valor social e, conseqüentemente, prejudicar a segurança e a paz social.

Mas é nos seus efeitos *externos* que vem nos interessar a funcionalização do contrato. Como saber que a função social foi respeitada? Qual o conteúdo dessa função social?

Alguma ideia sobre o que é a função social tem o intérprete, principalmente tendo em vista que a função social do contrato é consequência óbvia da função social da propriedade da qual é instrumento.

Porém, tal conceito tem certo grau de indeterminação que somente será fixado diante do caso concreto, dependendo das circunstâncias da época e do lugar onde vai ser executado o negócio. Além disso, deverá levar em consideração os usos e costumes e a boa-fé objetiva nessa averiguação. A função social é cláusula geral e o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais¹⁰².

Assim, em primeiro lugar os contratos devem ser concluídos no interesse dos contratantes, mas sem conflitar com o interesse público.

O *limite* da autonomia privada por sua função social pode ser entendido como a proibição de transformação do contrato em instrumento de atos em abuso do direito. “Com efeito, não basta que exista a *liberdade* para que se tenha a possibilidade de *abusar* dela, é plenamente possível identificar, no desatendimento da função social do contrato, um *abuso da liberdade contratual*”¹⁰³ (grifos originais).

¹⁰² NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. **Código Civil comentado**, cit., comentários ao art. 421, item 6.

¹⁰³ Daniel Martins Boulos, citando Rodolfo Sacco em *L'abuso della libertà contrattuale*. Autonomia privada – função social do contrato. In: ALVIM, Arruda. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

Portanto, a cláusula geral do abuso do direito no atual direito privado (art. 187) é perfeitamente adequada para resolver o problema do não cumprimento do dever de respeitar a função social do contrato. Deverá o julgador verificar se os contratantes, ao exercer sua autonomia privada, excederam manifestamente os *limites* impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A autonomia privada continua sendo o mais importante princípio do direito contratual, pois sem ele não há a criação dos negócios e o desenvolvimento da economia. O contrato é fonte do direito. A Constituição Federal coloca a livre-iniciativa como fundamento da República e lhe dá *valor social*. Porém, coloca no *seu exercício* (da autonomia privada), *não na sua existência, limites*, tendo em vista o respeito ao coletivo e a preservação do bem comum. Há responsabilidade no abuso do direito (art. 187).

Em síntese, os particulares podem e devem regular livremente seus interesses, mas a *lex contractus* somente será recepcionada pelo ordenamento se não prejudicar terceiros ou a sociedade como um todo. É nesse sentido o Enunciado 23 do CEJ, nos seguintes termos: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou *reduz* o alcance desse princípio quando presentes *interesses metaindividuais* ou *interesse individual* relativo à *dignidade da pessoa humana*”.

1.8.4 Aplicações da função social do contrato

Alguns dispositivos do Código Civil de 2002 têm como regra de fundo a realização do princípio da função social do contrato.

Podem ser lembrados o art. 144, que admite o erro sanável quando a pessoa, a quem a manifestação da vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade do manifestante. Nesse caso pensou o legislador em *conservar* o negócio, pois muito mais útil e seguro socialmente. Como exemplo, temos o caso comum de entrega da posse de lote diferente do que havia sido

comprado do loteador. O vendedor pode corrigir o erro ao entregar o lote certo ao comprador e, dessa forma, salvar o negócio. Também o art. 157, § 2º, que dispõe que não se decretará a anulação do negócio (com lesão), se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito; o art. 170, que trata da conversão do negócio jurídico em outro; o art. 1.488 sobre a divisão da hipoteca. Sobre esse artigo citamos acórdão anteriormente. O art. 608, que trata do aliciamento de prestadores de serviços que já o prestam a outrem; o parágrafo único do art. 473, sobre efeitos da denúncia unilateral no caso de investimentos consideráveis da outra parte. Todos os casos de conservação do negócio são aplicações específicas da função social do contrato. Nesse sentido, o Enunciado 22 do CEJ: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Uma das aplicações mais importantes do princípio da função social diz respeito à *revisão da interpretação do princípio da relatividade dos contratos*, do qual já tratamos no item 1.5.

O entendimento da *res inter alios acta* já vinha sendo flexibilizado pela jurisprudência e doutrina europeias há mais de duas décadas. Na verdade, passado o surto de individualismo, começam os juristas a “desconstruir” esse vetusto princípio a partir dos efeitos externos dos contratos, com relação a terceiros e também da atuação de terceiros contra o contrato.

Dessa forma, em princípio, os direitos e obrigações nascidas de um acordo somente deverão se aplicar às partes contratantes. Essa é a relatividade estrita do contrato. Porém, como o contrato é fato social relevante, seus efeitos se refletem no meio social, podendo ou não prejudicar terceiros ou a coletividade. Eis aí a função social em destaque. O princípio da função social vem, portanto, se contrapor ao da relatividade das convenções, estabelecendo limites à liberdade de autorregulação que têm as partes.

Finalmente, o contrato é *oponível* a terceiros, basta para isso existir. Dessa forma, deverão esses estranhos respeitar o vínculo negocial, não desviando os efeitos esperados pelas partes interessadas. Se isso acontecer, a função econômico-social do contrato não poderá ser cumprida. Exemplos comuns dessa prática podem ser encontrados nos casos em que o devedor em contrato de exclusividade também negocia com terceiros, ou na compra e venda com pacto de *non alienando*, quando há a venda a terceiros antes do escoamento do prazo contratual. Também o caso já lembrado de aliciamento de prestadores de serviços. Antonio Junqueira de Azevedo mostra que, “aceita a ideia de função social do contrato, torna-se evidente que *os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*” (grifos originais). Essa interferência de terceiros em contratos em curso pode ser anulada e ainda caberá pedido de indenização com perdas e danos à parte prejudicada pelo contrato de sua contraparte com terceiros. É ato ilícito, com fundamento no art. 187, por abuso da liberdade de contratar. É a responsabilidade extracontratual nascendo do inadimplemento contratual.

O Enunciado 21 do CEJ faz a releitura do princípio da relatividade dos contratos a partir de sua função social¹⁰⁴.

1.8.5 Síntese

- 1) O contrato é fato social relevante e não existe avulso na sociedade. Tem *valor social*;
- 2) O contrato continua sendo instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica¹⁰⁵;

¹⁰⁴ “A função social do contrato, prevista no art. 421 do CC, constitui cláusula geral, a impor revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros.”

¹⁰⁵ Cf. Arnoldo Wald. A dupla função econômica e social do contrato. **RTDC**, v. 17, p. 5 e s., jan./mar. 2004.

3) A função social do contrato é consequência direta da função social da propriedade, pois é o contrato instrumento de circulação de riquezas e de movimentação da economia. O contrato tem que ser econômica e socialmente útil;

4) O princípio da função social do contrato é cláusula geral e norma de ordem pública;

5) Esse princípio não obriga as partes, através de seus acordos, a resolver problemas sociais ou mesmo caridade;

6) O princípio da função social impõe às partes a obrigação de não prejudicar terceiros ou a coletividade;

7) A função social limita o conteúdo do contrato, interferindo, assim, na autonomia privada e no princípio da relatividade das convenções;

8) Contrato que não respeita a função social é contrato *abusivo*, e a regra do art. 187 está em total consonância com o princípio da função social do contrato.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução**. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALPA, Guido; IUDICA, Giovanni. **Código Civile – com comentário essenziale di giurisprudenza**. Kluwer, Ipsoa, 1996.

ALPA, Guido. **La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità**. In: **La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice Civile Europeo**. Milano: Giuffrè, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BESSONE, Mario. **Trattato di diritto privato**. Torino: Giappichelli, 2002. t. 5, v. 13.

- BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones**. Tradução de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. 1.
- BIANCA, Massimo. La nozione de buona fede quale regola di comportamento contrattuale. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, ano 29, 1983.
- BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- BORDA, Guillermo A. **Manual de contratos**. 7. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1974.
- BOULOS, Daniel Martins. Autonomia Privada – função social do contrato. In: ALVIM, Arruda. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CODE CIVIL, 101^e éd. Paris: Dalloz, 2002.
- 90 CORDEIRO, Menezes. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- FLÉCHEUX, George. Renaissance de le notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats. In: **Études offerts à Jacques Ghestin – le contrat au début du XXI^e siècle**. Paris: LGDJ, 2001.
- GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Padova: CEDAM, 1990. t. 1, v. 2.
- GHESTIN, Jacques. **Le contrat au début du XXI^e siècle**. Paris: LGDJ, 2001.
- _____. **Traité de droit civil**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001.
- GIUSEPPE, Annunziata Arcangelo. Buon costume: un concetto difficile da definire. **Diritto & Diritti**. Revista Jurídica on line. Acesso em: 2 ago. 2006.

- GOMES, Orlando. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- GORLA, Gino. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 1954.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, set./dez. 1992.
- _____. Princípios do novo direito contratual. *In*: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137 e s.
- LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução para o espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- _____. Negócio concluído em estado de perigo. **Revista do Advogado**, n. 68, p. 49 e s., dez. 2002.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. *In*: **Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 1997. p. 109 e s.

- PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- REALE, Miguel. Função social do contrato. *In*: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 12 ago. 2006.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controle do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SPOTA, Alberto G. **Instituciones de derecho civil: contratos**, 5. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista EMERJ**, n. 6, 23, 2003.
- THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VETTORI, Giuseppe. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. *In*: **Trattato di diritto privato**, de Mario BESSONE. Torino: Giappichelli, 2002. t. 5, v. 13.
- WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. **RTDC**, v. 17, p. 5 e s., jan./mar. 2004.