

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
- FEMA -

Princípios contratuais sobre a ótica do atual Código Civil

MARCIO ROBERTO MINAMI

Bacharel em Direito

ASSIS - SP
2009

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
- FEMA -**

Princípios contratuais sobre a ótica do atual Código Civil

MARCIO ROBERTO MINAMI

**Monografia apresentada ao curso de Direito do
IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior
de Assis), como quesito obrigatório de conclusão
de graduação, sob a orientação geral do Prof. Dr.
Rubens Galdino da Silva.**

**Orientador específico: Prof. Ms. Luiz Antonio
Ramalho Zanoti**

**ASSIS – SP
2009**

MARCIO ROBERTO MINAMI

Folha de Aprovação

Assis, 13 de novembro de 2009

Assinaturas

Orientador: Prof. Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti _____

Examinador: Prof. Lenise Antunes de Almeida _____

Dedicatória

À Mônica, minha grande esposa e mãe.

Ao filho Gu, o meu grande amigão.

À minha mãe, que, do céu, está me olhando.

Ao meu pai e irmãs, minha grande família.

Agradecimentos

Ao meu Senhor...

À minha família...

Ao Prof. Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti, pela orientação e apoio no desenvolvimento dos trabalhos.

Aos professores e colegas de curso, companheiros nesta empreitada.

Aos amigos, pela força e vibração em relação a esta jornada.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

Resumo

O contrato é um importante instituto do direito civil, impulsionador das atividades econômicas e sociais de um Estado.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, novos princípios ou cláusulas gerais foram acrescentados aos princípios contratuais clássicos para atender às demandas desta nova ótica social.

Tais princípios, expressamente dispostos no Código Civil de 2002, estão pautados em normas com conteúdo aberto, indeterminado, as quais necessitam de interpretação e preenchimento pelo aplicador do Direito. Assim, impondo uma nova ordem jurídica.

Neste estudo, pretende-se elaborar uma análise destas transformações havidas nos princípios que cercam os contratos.

Palavras-chave: contratos – princípios – cláusulas gerais

Abstract

The contract is an important institution of civil law, driver of social and economic activities of a State.

With the passage of Liberal State for the Social State, new principles or open standards were added to the classical contract principles, to meet the demands of the new social optical.

These principles, explicitly stated in the New Civil Code of 2002, are based on open standards with indefinite content, which require an interpretation and completion of the applicator by law, thereby imposing a new legal order.

This study is to examine one of these transformations undertaken in the principles that surround the contracts.

Keyword: contracts – principles – open standards

Siglas

| | |
|-------------|-----------------------------------|
| art. | Artigo |
| CF | Constituição Federal |
| CC | Código Civil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CPC | Código de Processo Civil |
| inc. | Inciso |
| LICC | Lei de Introdução ao Código Civil |
| p. | Página |
| SP | São Paulo |
| RS | Rio Grande do Sul |
| TA | Tribunal de Alçada |
| TJ | Tribunal de Justiça |

Sumário

| | |
|---|-----------|
| Introdução | 10 |
| I. Dos Contratos | |
| 1.1 Considerações Gerais..... | 12 |
| 1.2 Conceito..... | 13 |
| 1.3 Requisitos..... | 14 |
| 1.4 Classificação..... | 16 |
| 1.5 Extinção..... | 19 |
| II. Dos Princípios e Cláusulas Gerais | |
| 2.1 Dos Princípios..... | 24 |
| 2.2 Das Cláusulas Gerais... .. | 27 |
| 2.3 Confrontando os Princípios e as Cláusulas Gerais | 29 |
| III. Dos Princípios Clássicos dos Contratos | |
| 3.1 Considerações iniciais..... | 31 |
| 3.2 Princípio da Autonomia da Vontade..... | 31 |
| 3.3 Princípio da Relatividade das Convenções..... | 32 |
| 3.4 Princípio da Obrigatoriedade das Convenções..... | 33 |
| IV. Dos Princípios dos Contratos no Código Civil de 2002 | |
| 4.1 Considerações iniciais..... | 35 |
| 4.2 Princípio da Autonomia Privada..... | 37 |
| 4.3 Princípio da Boa-fé Objetiva..... | 37 |
| 4.4 Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato..... | 39 |
| 4.5 Princípio da Função Social do Contrato..... | 39 |

| | |
|---|-----------|
| V. Da Polêmica em relação ao uso dos Princípios e das Cláusulas Gerais | |
| 5.1 Da Polêmica..... | 42 |
| 5.2 Das vantagens e desvantagens..... | 43 |
| 5.3 Da interpretação e aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais..... | 45 |
| | |
| VI. Boa-Fé e Função Social dos Contratos – Aplicação dos Princípios | |
| 6.1 Decisões fundamentadas no Princípio da Obrigatoriedade das Convenções..... | 47 |
| 6.2 Decisões fundamentadas no Princípio da Boa-fé e da Função Social dos Contratos..... | 49 |
| 6.3 Uma típica aplicação dos Princípios da Boa-fé e da Função Social dos Contratos..... | 51 |
| 6.4 Considerações Gerais..... | 52 |
| | |
| Conclusão | 54 |
| | |
| Referências | 56 |

Introdução

O contrato constitui-se em um dos institutos de maior relevância do Direito Civil, senão o mais importante. A partir do momento que os indivíduos passaram a se relacionar, a estruturar-se como uma sociedade, a sua convivência, sem a presença do contrato, tornou-se impossível. Obrigações surgiram para alguns, direitos emergiram para outros, advindos das diversas relações existentes entre as pessoas.

E, por refletir as situações sociais do nosso cotidiano, as quais estão em constantes transformações, os contratos evoluíram e evoluem, espelhando os novos anseios da sociedade, assim como de todo o Direito.

Durante o Estado Liberal, predominou a autonomia da vontade dos contratantes. Estes estipulavam o que lhes convinham, praticamente não havia limitações na liberdade de contratar. Os contratos eram regidos pelos Princípios da Liberdade de Contratar (os contratantes convencionavam o que queriam), da Obrigatoriedade das Convenções (as cláusulas contratuais deviam ser obedecidas) e da Relatividade das Convenções (o contrato somente vinculava os contratantes).

A partir do início do Século XX, os ideais do Estado Social passaram a questionar a total liberdade dada aos indivíduos ao realizarem seus contratos. Seria justo, a elaboração de contratos não benéficos à sociedade ou com um relevante prejuízo para uma das partes? Não seria melhor uma legislação que evitasse a ocorrência de contratos abusivos?

Respondendo a estas indagações, e, diante de uma organização mais solidária da sociedade, novos princípios emergiram. Como o da Boa-Fé Objetiva, do Equilíbrio Econômico e o da Função Social do Contrato, os quais foram concebidos de modo a possuir um conteúdo indeterminado.

Esses princípios, com um conteúdo vago, são de difícil aplicação em face da sua subjetividade e da natureza individualista do ser humano, demandando um novo posicionamento e preparação dos nossos julgadores.

Em decorrência desta nova ótica na qual se insere os contratos foi elaborado o presente trabalho.

No Capítulo I, há uma breve exposição sobre os contratos e, no Capítulo II, uma conceituação dos Princípios e das Cláusulas Gerais.

No Capítulo III, são definidos os Princípios Clássicos do Contrato: Princípio da Autonomia da Vontade, Princípio da Obrigatoriedade das Convenções e Princípio da Relatividade das Convenções e, no Capítulo IV, discute-se os Princípios incorporados ao Código Civil: Princípio da Boa-fé, Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato e Princípio da Função Social dos Contratos.

No Capítulo V são mostradas as vantagens e desvantagens anotadas pela doutrina em decorrência da incorporação dos novos princípios ao Código Civil, os quais são caracterizados por serem cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado, devendo ser interpretados conforme os valores da sociedade.

No Capítulo VI são apresentados alguns casos julgados, utilizando-se dos Princípios Contratuais Clássicos e do Princípios do atual Código Civil.

Assim, em face da nova abordagem do instituto dos contratos, vinculando-os a uma interpretação de caráter mais social e balizada nos Princípios, normas que permitem uma maior flexibilização jurídica, há a necessidade de uma nova discussão acerca do tema pelos aplicadores do Direito, objetivo que se buscou nesta monografia.

I. Dos Contratos

1.1 Considerações Gerais

O contrato é uma figura jurídica utilizada há muito tempo. Já existia no Direito Romano, sob a denominação *contractus*, palavra cujo significado é unir, contrair.

No Código Napoleônico, o contrato refletia os ideais da Revolução Francesa, uma garantia, para os burgueses e proprietários de terra, de que seus bens não seriam expropriados pelos monarcas.

Teve destaque no Código Civil Alemão, no qual foi utilizada uma técnica mais refinada para sua definição do que a verificada no Código Francês, já mostrando uma maior preocupação com este importante instituto.

O contrato se adapta à realidade na qual está inserido, passando a refletir os ideais do pensamento político, econômico e social vigente, como bem ensinou Fidalgo (apud GAMA, 2007, p. 70):

(...) no âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor; na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à idéia de operação econômica.

Sobre as transformações contratuais verificadas ao longo do tempo, Hironaka (2003, p. 1) assim se pronuncia:

Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato que transmuda e evolui sempre, como a própria transmutação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais.

A dinâmica deste instituto de tão grande relevância não poderia ser diferente. Instrumento utilizado há muito tempo, é impulsionador das atividades comerciais e civis, as quais estão em constantes mudanças, e, desse modo, exigindo a evolução e adaptação dos contratos às novas realidades.

1.2 Conceito

O contrato pode ser descrito como uma convenção entre duas partes para adquirir, modificar, ou extinguir direitos de natureza patrimonial. É uma espécie de negócio jurídico envolvendo uma manifestação de vontade bilateral relativa a um objeto lícito.

São muitos e semelhantes os conceitos de contrato encontrados na doutrina:

Para Diniz (1999, p. 70) o “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

A autora destaca o papel de unir interesses, característico dos contratos, obedecendo-se ao arcabouço jurídico vigente.

Gomes (2001, p. 10) define o contrato como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes, à observância de conduta idônea e à satisfação dos interesses que regularam.”

Os contratos, como instituto social, devem resultar em condutas moralmente corretas e que atendam ao que as partes procuram estipular.

No mesmo sentido, Barros (2003, p. 5) conceitua o contrato como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”, definição clássica deste instituto.

Numa visão mais moderna e social, Nalim (apud. Tartuce, 2007, p. 39), ao se referir aos contratos, comenta ser “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.”

Diante das conceituações de contrato analisadas, podemos destacar, como principal característica deste instituto, a presença da manifestação da vontade. É essencial que haja o mútuo consenso, um acordo entre as partes em relação ao objeto contratado. O elemento volitivo é o pressuposto de maior importância presente nos contratos. A existência de duas partes, com um interesse comum, convencionando e delimitando as cláusulas presentes no pacto acordado e desejado é indispensável para a caracterização dos contratos.

Assim, salienta Pereira (2002, p. 7) que “o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica.”

Também, Venosa (2006, p. 430 e 431), sobre o consentimento explica:

Na teoria geral dos negócios jurídicos, foi assinalado o papel da vontade. Muito antes de ser exclusivamente um elemento do negócio jurídico, é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio, que ora interferirá em sua validade, ora em sua eficácia, quando não na própria existência, se a vontade não houver sequer existido. Um contrato no qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, simples aparência de vontade.

Segundo a doutrina, ausência da vontade torna o contrato ineficaz, uma mera aparência de negócio, uma vez que o elemento volitivo é fundamento essencial dos contratos.

1.3 Requisitos

Os requisitos para a validade dos contratos podem ser classificados em: subjetivos, objetivos e formais.

Os requisitos subjetivos, os quais estão relacionados à pessoa do contratante, são:

- a) a existência de duas ou mais pessoas, pois é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral;
- b) a capacidade genérica dos contratantes, ou seja, o contrato será nulo se a incapacidade de um dos contratantes for absoluta, ou anulável, se a incapacidade for relativa nos moldes do que está estabelecido no Código Civil;
- c) a presença do consentimento pois, conforme já comentado, é da essência dos contratos a existência do elemento vontade.

Os requisitos objetivos, associados ao objeto do contrato, são:

- a) a licitude do objeto dos contratos, o qual não pode estar vinculado a algo ilícito, sob pena de sua invalidade;
- b) a possibilidade física do objeto, ou seja, não pode ser relativo a um objeto impossível, como por exemplo, estar estipulado a obrigação de um dos contratantes saltar uma altura de 10 metros sem a utilização de qualquer tipo de apetrecho;
- c) a possibilidade jurídica do objeto, ou seja, a avença deve estar relacionada a algo juridicamente permitido, como por exemplo, não é possível o acordo relativo a herança de pessoa viva;
- d) a determinação do objeto, o qual deve ser determinado ou determinável;
- e) a valoração econômica do objeto.

O requisito formal refere-se à forma dos contratos, a qual deve ser a prescrita ou não proibida em lei.

Além destes requisitos gerais dos contratos, outros podem ser exigidos, dependendo da pessoa do contratante ou do objeto contratado, como por exemplo:

A exigência da outorga uxória, ou seja, autorização do cônjuge para alienação de bem imóvel, prevista nos artigos 1.647, 1.649 e 1.650, do Código Civil:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis
(...)

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

(...)

Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

A obrigatoriedade da escritura pública para a validade das alienações imobiliárias estabelecida pelo artigo 108, do Código Civil, embora o artigo 107 não preveja forma especial na celebração dos contratos:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

(...)

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País

Portanto, existem requisitos essenciais a determinadas espécies de contrato, sem os quais, a sua validade fica prejudicada.

1.4 Classificação

Neste tópico, será apresentada uma classificação dos contratos de forma não exaustiva, e, conforme entendimento da maioria dos doutrinadores uma vez que inexistente uma classificação unânime:

1.4.1 Quanto aos efeitos para as partes, os contratos podem ser unilaterais ou bilaterais

Nos contratos unilaterais, apenas um dos contratantes tem obrigações perante o outro. Ou seja, embora o elemento volitivo esteja presente para as duas partes, apenas uma delas se obrigará a dar uma prestação. Como exemplo, podemos citar o contrato de comodato e o de depósito.

Já, nos contratos bilaterais, as duas partes contratantes têm obrigações em relação à outra. É o que ocorre no contrato de compra e venda e no de locação.

A distinção dos contratos unilaterais e bilaterais, conforme Rodrigues (1999, p. 28), é de enorme relevância:

A distinção entre estas duas espécies de contrato é de enorme relevância, porque variam os efeitos do ato conforme o ajuste seja unilateral ou bilateral. Assim, a *expectio non adimpleti contractus*, ou seja, a “exceção do contrato não cumprido”, é peculiar às convenções sinalagmáticas; também, a cláusula resolutiva tácita é inerente ao contrato bilateral e estranha ao unilateral, pois, como naquele as prestações são recíprocas; o inadimplemento por parte de um contraente confere ao outro a prerrogativa de promover a resolução do negócio; finalmente, conforme seja unilateral ou bilateral o contrato, variará por sua vez a solução da lei quanto aos riscos advindos da força maior ou caso fortuito.

Assim, a caracterização de um contrato, como bilateral ou unilateral, é de fundamental importância uma vez que as conseqüências jurídicas serão diferentes para um ou outro tipo de contrato.

1.4.2 Quanto às vantagens para as partes, os contratos podem ser onerosos ou gratuitos

Os contratos onerosos são aqueles que trazem vantagens para ambos os contratantes, como no contrato de compra e venda, e na locação. Enquanto nos gratuitos há o benefício apenas para um dos contratantes, como na doação pura e simples e no depósito.

Diniz (2.008, p. 81 e 82), comenta sobre a diferença entre os contratos onerosos e gratuitos:

O interesse da distinção entre contratos onerosos e gratuitos destaca-se porque:

- 1º) a responsabilidade do devedor pelo ilícito, nos contratos a título gratuito, deverá ser apreciada com benignidade, de tal forma que somente a determinará conduta dolosa do autor da liberalidade; deveras, reza o art. 392 do Código Civil que: “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”;
- 2º) o doador não responderá pela evicção, nem pelos vícios redibitórios, exceto nas doações com encargo (CC, arts. 552 e 441, parágrafo único); o mesmo não se dará com aquele que pactuou contrato oneroso (CC, art. 447);
- 3º) o contrato a título gratuito poderá ser anulado pela ação pauliana, independentemente de má fé (CC, art. 158), ao passo que, para se anular o contrato oneroso, além da insolvência do devedor, será mister que esse estado seja conhecido da outra parte (CC, art. 159);
- 4º) o contrato benéfico ou gratuito só poderá ser interpretado restritivamente (CC, art. 114), exigência que não alcança a interpretação do contrato oneroso;
- 5º) o erro sobre a pessoa será mais grave no contrato benéfico do que no oneroso, salvo nas prestações de serviços materiais e encomendas de obras artísticas.

As responsabilidades das partes têm dimensões maiores ou menores conforme os contratos sejam onerosos ou gratuitos, e, desta forma, sendo importante a sua diferenciação.

1.4.3 Quanto à prestação a ser recebida pelos contratantes, os contratos podem ser comutativos ou aleatórios

Nos contratos comutativos as prestações dos contratantes são conhecidas desde o momento da formação do vínculo contratual. Fato que não ocorre nos contratos aleatórios, cujo montante a ser recebido por uma ou ambas as partes ficará na dependência de um evento futuro e incerto, como observado nos contratos de seguro.

1.4.4 Quanto ao modo do seu aperfeiçoamento, os contratos podem ser consensuais ou reais

Os contratos consensuais são aqueles que se perfazem com o simples consentimento das partes. Enquanto os contratos reais necessitam, para o seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa por uma das partes.

1.4.5 Quanto à forma de sua constituição, os contratos podem ser solenes ou não solenes

Os contratos solenes obedecem a uma forma prescrita em lei, como a necessidade de escritura pública nas alienações imobiliárias. Já os contratos não solenes apresentam uma liberdade de forma, ou seja, basta o consentimento para o seu aperfeiçoamento.

1.4.6 Quanto à sua denominação, os contratos podem ser típicos ou atípicos

Os contratos típicos são os disciplinados e regulados pelo Código Civil e legislação extravagante, apresentando um modelo pré-definido. Os contratos atípicos são os não expressamente definidos na legislação, mas por ela permitidos desde que não contrariem a lei e os costumes.

1.4.7 Quanto à sua existência, os contratos podem ser principais ou acessórios.

Os contratos principais independem da existência de um outro contrato para a sua eficácia. Já os contratos acessórios pressupõem, para a sua eficácia, a existência de um contrato principal.

1.5 Extinção

1.5.1 Extinção normal do contrato

O contrato extingue-se após o cumprimento das cláusulas nele acordadas. Findas as avenças estipuladas nos contratos, inclusive as pós-contratuais, não havendo inadimplência de parte alguma, o contrato está encerrado. A este respeito nos ensina Gomes (2001, p. 170):

Os contratos realizam-se para a consecução de certo fim. Devem, portanto, ser executados, em todas as cláusulas, pelas partes contratantes. Cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. Dá-se, pois, a extinção. Poder-se-ia dizer, em expressiva comparação, que se finda por morte natural. A execução é, essencialmente, o modo normal de extinção dos contratos.

Não poderia ser diferente, uma vez executado o que foi convencionado entre as partes, o contrato serviu para o seu fim, cumpriu o seu papel, portanto, deve ser extinto.

1.5.2 Extinção por motivos anteriores ou contemporâneos à formação do contrato

Existem causas anteriores ou contemporâneas aos contratos, como ausência de requisitos, implemento de cláusula resolutiva ou exercício do direito de arrependimento quando acordado, as quais são motivadoras da extinção dos contratos mesmo que estes não tenham sido cumpridos. Gonçalves (2004, p. 155) expõe:

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato são: a) defeitos decorrentes do não-preenchimento de seus requisitos subjetivos (capacidade das partes e livre consentimento), objetivos (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e formais (forma prescrita em lei), que afetam a sua validade, acarretando a nulidade absoluta ou relativa (anulabilidade); b) implemento de cláusula resolutiva, expressa ou tácita; e c) exercício do direito de arrependimento convencionado.

Ou seja, a não existência dos pressupostos ou o advento de avenças que permitem o desfazimento dos contratos, podem acarretar a sua extinção, mesmo que não executado o objeto pactuado.

1.5.3 Extinção por motivos supervenientes à formação do contrato

Existem causas, posteriores à formação dos contratos, as quais têm como consequência a sua extinção. Conforme entendimento de Gonçalves (2004, p. 160):

Verifica-se a dissolução do contrato em função de causas posteriores à sua criação: a) resolução, como consequência do seu inadimplemento voluntário, involuntário ou por onerosidade excessiva; b) rescisão, pela vontade de um ou de ambos os contratantes; c) morte de um dos contratantes, se o contrato for *intuitu personae*; d) rescisão, modo específico de extinção de certos contratos.

Tais eventos serão a seguir comentados:

1.5.3.1 Resolução por inexecução voluntária

A extinção do contrato, por resolução voluntária, ocorre quando há o inadimplemento por culpa de uma das partes. Como leciona Diniz (2008, p. 161), para a caracterização da culpa de uma das partes são “imprescindíveis o inadimplemento do contrato por culpa de um dos contratantes, o dano causado ao outro e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do agente e o prejuízo.”

Na ocorrência deste tipo de resolução, o contrato é extinto com efeitos *ex tunc*, se de execução única, ou *ex nunc*, se de execução continuada. Tem como consequência ao inadimplente a indenização por perdas e danos.

1.5.3.2 Resolução por inexecução involuntária

A resolução involuntária opera-se devido à ocorrência da força maior ou do caso fortuito. Não obstante as partes desejarem cumprir o pactuado, fatos alheios à sua vontade impedem-nas de seguir na execução do contrato. Venosa (2006, p. 501) sobre isto comenta “que, com frequência, surgem situações maiores do que o desejo dos contratantes em cumprir a obrigação, o que validamente, com respaldo legal, autoriza a resolução, sem indenização. É o que sucede no caso fortuito e na força maior.”

Neste caso, caberá a intervenção judicial com o objetivo de se exigir do contratante a restituição do que recebeu, no entanto, o inadimplente não estará sujeito à indenização por perdas e danos como na resolução voluntária.

1.5.3.3 Resolução por onerosidade excessiva (Teoria da Imprevisão)

A extinção do contrato pode-se dar devido à ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis que tornam o seu cumprimento excessivamente oneroso para uma das partes, conforme expõe Diniz (2008, p. 163 e 164):

Assim, a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, que corresponde à fórmula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo o tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação. A parte lesada no contrato por esses acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que alteram profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá, para evitar enriquecimento sem causa ou abuso de direito por desvio de finalidade econômica-social, sob a falsa aparência de legalidade, desligar-se de sua obrigação, pedindo a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever, ingressando em juízo no curso da produção dos efeitos do contrato, pois se este já foi executado não haverá intervenção judicial.

Uma das partes, por motivos estranhos a ela, não pode ser obrigada a cumprir um contrato, o qual passou a ser claramente desproporcional.

A resolução, por onerosidade excessiva, embora muito semelhante à resolução involuntária, dela difere, como nos ensina Rodrigues (2004, p. 171):

Embora a resolução por onerosidade excessiva se assemelhe ao caso fortuito ou força maior, visto que em ambos os casos o evento futuro e incerto acarreta a exoneração do cumprimento da obrigação, diferem, no entanto, pela circunstância de que o último impede, de forma absoluta a execução do contrato (*impossibilitas praestandi*), enquanto na primeira determina apenas uma *dificultas*, não exigindo, para sua aplicação, a impossibilidade absoluta, mas a excessiva onerosidade, admitindo que a resolução seja evitada se a outra parte se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato.

Assim, a resolução por onerosidade excessiva pode ser evitada se houver um reequilíbrio do contrato por meio de um acordo entre as partes, o que não ocorre na resolução involuntária, pois o caso fortuito ou a força maior ocasiona uma impossibilidade absoluta para a execução do acordo.

1.5.3.4 Resilição bilateral

É a extinção do contrato pela manifestação das partes contratantes, em comum acordo. Conforme preleciona Pereira (2003, p. 151), “é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo.”

É da essência dos contratos a manifestação de vontade. Assim, as partes querendo a sua extinção, motivo algum existe para a continuidade de sua execução.

1.5.3.5 Resilição unilateral

A resilição unilateral é a manifestação de uma das partes em por término ao pactuado, sendo possível devido à natureza de alguns contratos, como nos ensina Diniz (2008, p. 167):

Deveras, há contratos que, por sua própria natureza, comportam dissolução pela simples declaração de vontade de uma só das partes, como o mandato, o comodato e o depósito. Presume, ainda, a lei que contratos de execução contínua, convencionados por prazo indeterminado, p. ex. o de fornecimento continuado de mercadorias, são passíveis de cessação mediante denúncia, acompanhada ou não de aviso prévio de um dos contraentes, por entender que as partes não se quiseram obrigar perpetuamente, reservando-se, por isso, o direito de resilir a parte a quem o contrato não mais interessar.

Alguns tipos de contrato, como o comodato e o depósito, permitem o seu término sem que seja necessária a anuência das duas partes contratantes. A resilição se faz por vontade apenas de um dos pactuantes.

1.5.3.6 Extinção por morte de um dos contratantes

Nos contratos realizados em face de uma determinada pessoa, *intuitu personae*, devido à especificidade e particularidade do seu trabalho, fica subentendido que o objeto contratado deve ser por ela executado. Assim sendo, a morte dela, por consequência, acarreta a extinção do contrato.

1.5.3.7 Rescisão

Para alguns autores é o termo utilizado na extinção do contrato celebrado em estado de perigo ou presente a lesão. Desta forma, confunde-se com as causas extintivas do contrato anteriores ou contemporâneas à sua formação.

II. Dos Princípios e das Cláusulas Gerais

2.1 Dos Princípios

Os atos praticados por qualquer pessoa são balizados por valores éticos e morais adquiridos em seu convívio social, os quais proporcionam, para cada indivíduo, a capacidade de discernir o correto do errado. Tais valores são os fundamentos formadores do caráter da pessoa.

Da mesma forma, o Direito, ao se desenvolver, vai construindo um conjunto de normas principais reguladoras das relações sociais, as quais acabam por se constituir em vigas mestras e espelhos dos ideais de uma determinada sociedade, os seus princípios.

Mello (apud. Godoy, 2009, p. 103), ao discorrer sobre os princípios, ressalta a sua peculiaridade de elemento fundamental e harmonizador de um ordenamento jurídico:

(...) princípio é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

Assim como toda norma jurídica, os princípios traduzem os fatos sociais relevantes para o Direito. Os valores abarcados juridicamente nada mais são do que um reflexo dos acontecimentos sociais. Como bem observa Venosa (2007, p. 66), ao comentar a Teoria Tridimensional, de Miguel Reale, a qual relaciona os fatos, valores e normas:

Em linguagem mais singela, ao fato social atribui-se um valor, o qual se traduz numa norma. Nesse triângulo ou, mais propriamente, nessa dimensão tridimensional, sob qualquer das faces que se analise, sempre haverá essa implicação recíproca. Analisando-se pelo lado da norma, por exemplo, esta é fruto de um fato social ao qual foi atribuído um valor. Esse valor pode não ser, inclusive, o mais adequado ou o que melhor atende à sociedade. Sob o entendimento de Reale, há um mundo do *ser* que avalia a realidade social como efetivamente é; há um mundo de idéias e valores e um mundo do *dever-ser*, um modelo social almejado.

E, como regras mestras, tornam-se os pressupostos de todo ordenamento jurídico, como explica Maximiliano (2008, p. 241) ao se referir aos princípios:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Nos dizeres de Reale (1986, p. 60), os princípios seriam assim definidos:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidência, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Os princípios não derivam apenas da norma positivada, mas também de conceitos sociais e filosóficos, podendo, assim, estar implícitos nas normas, costumes, doutrina, jurisprudência, nos aspectos políticos, econômicos e sociais.

Apresentam-se de forma vaga, ampla e aberta. Incidem, geralmente, por meio da aplicação concreta das outras espécies de normas jurídicas, sem excluir outros princípios divergentes.

Ávila (2008, p. 180 e 181), ao diferenciar os princípios das demais espécies normativas, salienta o seu aspecto finalístico e complementar:

As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. (...) Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários.

(...) A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que dá suporte (...) a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

(...) Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. (...) as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarçantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.

E, embora, como já comentado, devido ao caráter aberto dos princípios, possa-se concluir pela sua não aplicação a um caso concreto, muitas vezes tal afirmativa não corresponde à realidade, podendo, sim, os princípios serem aplicados ao caso concreto, como entende Rothenburg (2003, p. 82):

Embora, normalmente, os princípios realizem melhor todas suas potencialidades quando desenvolvidos e particularizados por outras normas jurídicas, em casos-limites (como ausência, insuficiência ou inadequação destas) pode-se deduzir uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com supedâneo somente em princípios jurídicos.

Tartuce (2007, p. 102) também defende a possibilidade de aplicação imediata dos princípios, os quais não apenas têm uma função subsidiária e integrativa:

Entendíamos, como a maioria dos civilistas que compartilham de uma visão clássica do Direito Privado, que a ordem prevista no dispositivo deveria ser respeitada. Em outras palavras, os princípios gerais do direito apenas seriam aplicados em casos de omissão legislativa, e somente após a aplicação da analogia e dos costumes.

A mudança de nosso entendimento se deu pela leitura de trabalhos que tratam da constitucionalização do Direito Civil e também do reconhecimento de que as normas que protegem a pessoa humana, muitas delas consubstanciadas em princípios constitucionais, têm aplicação imediata (eficácia horizontal). Haveria, assim, uma certa contradição em seguir estas escolas e em apontar que a ordem do art. 4º da LICC deve ser respeitada.

A aplicação dos princípios tem a vantagem de sua interpretação ser realizada conforme os conceitos vividos pela sociedade. Estes são dinâmicos, transmudando-se constantemente, num momento aceitando determinados paradigmas, em outros pendendo para uma nova visão social. Rocha (apud. Rothemburg, 2003, p. 25) aponta para o aspecto peculiar dos princípios de se adaptarem ao momento social prevalente:

A indeterminação dos conceitos havidos nas normas que expressam princípios, permite que estes sejam interpretados segundo o momento histórico e sua ambiência em dado local e segundo a disposição ideológica do povo pelo qual é aceito e assumido juridicamente. Assim, a não determinação dos conceitos pelos quais se apresentam os princípios constitucionais permitem a construção e atualização do Direito, pela determinação permanente e engajado dos conteúdos nele inseridos quando da aplicação da(s) norma(s) na(s) qual(is) eles se apresentam.

Portanto, resumidamente, podemos conceituar os princípios como norma jurídicas vagas e abertas, aplicáveis ao caso concreto, dependendo do caso estudado, adaptáveis ao momento social, e com a principal característica de se constituírem nos pilares nos quais se assenta o Direito.

2.2 Das Cláusulas Gerais

O Código Civil de 2002 foi compilado, segundo uma nova ótica do Direito, fundamentado em princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade. Ao contrário do apregoado pelo antigo Código Civil de 1916, influenciado pelos ideais individualistas propagados pela Revolução Francesa, a pessoa não mais é vista como um ser individual, mas sim, como alguém inserido num mundo social.

Dentro desta nova ótica, das pessoas interagindo num ambiente social em constantes mudanças, o Código Civil necessitou modernizar-se, lançando mão de técnicas jurídicas mais compatíveis com o novo modelo social. Com este intuito foi adotado um sistema jurídico mais aberto, fazendo o uso das cláusulas gerais, normas de sentido mais vago, porém, capazes de se amoldarem mais facilmente às novas tendências da sociedade. Em detrimento do antigo sistema fechado que buscava prever todos os acontecimentos possíveis no mundo real.

Theodoro Júnior (2008, p. 139 e 140) tece considerações em relação a este novo modelo:

Como ressalta a doutrina recentíssima, a moderna técnica de cláusulas gerais de que se valeu o Código de 2002, possui aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, com vistas a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis.

Reale (1998, p. 28) advertindo sobre estar obsoleto o sistema normativo fechado, fez o seguinte comentário:

O Código atual (de 1916) peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como “abecerragens jurídicas”, entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitem chegar-se à “concreção jurídica”, conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.”

As cláusulas gerais, espécies normativas adotadas pelo Código Civil de 2002, são normas jurídicas, as quais, embora não dotadas de elementos para a aplicação jurídica imediata ao caso concreto, apontam uma diretriz para a tomada de decisão, permitindo uma aplicação mais adequada ao tempo do fato.

Martins-Costa (2002, p. 118) discorrendo sobre o sistema de codificação aberto ou de janelas abertas, nos ensina:

(...) cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamentos, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretrizes econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais, a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. Têm, assim, a vantagem da

mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos de *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo, porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.

Ao intérprete e aplicador da norma caberá valorar o conteúdo da cláusula geral. Isto não quer dizer “legislar”, pois nelas já existem as diretrizes a serem tomadas nas decisões, como observa Martins-Costa (2000, p. 5):

(...) a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral.

Assim, cabe ressaltar a grande responsabilidade depositada nos juízes com o advento desta nova técnica jurídica. Estes devem estar preparados, não apenas do ponto de vista técnico, mas também político e social, para que possam interpretar a cláusula geral conforme as demandas da sociedade.

2.3 Confrontando os Princípios e as Cláusulas Gerais

Das considerações realizadas, podemos observar a aproximação conceitual das cláusulas gerais e dos princípios, sendo estes tipos jurídicos dotados de um vago teor, necessitando uma complementação interpretativa por parte do aplicador do Direito, porém, nem por isso sendo inaplicáveis ao caso concreto.

Há divergências entre os doutrinadores quanto à existência ou não de diferenças entre os princípios e as cláusulas gerais.

Em seu livro, ao fazer alusão ao artigo 421, do Código Civil, relativo à função social do contrato, Gama (2007, p. 80) trata este princípio como uma “cláusula geral, um tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do direito um certo grau de latitude na sua concretização dos fatos.”

Para os estudiosos que admitem serem conceitos diferentes, os princípios são unidades normativas autônomas, e as cláusulas gerais são mecanismos utilizados pelo juiz para tomada de decisões no caso concreto.

Como coloca Godoy, ao comentar Mengoni (apud, Godoy, 2009, p. 111), “as cláusulas gerais não são mais que um mecanismo, conferido ao juiz, para procura da norma de decisão do caso concreto, que se pode conter num princípio, este, porém, diversamente daquela, caracterizado, já como uma autônoma normativa.”

Ou seja, as cláusulas gerais seriam instrumentos autorizando o juiz a procurar um princípio ou norma para fundamentar a sua decisão.

Neste sentido, de cláusula geral com função apenas instrumental, Godoy cita o exemplo dado por Costa (apud. Godoy, 2009, p. 111), qual seja, o artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe sobre a não exclusão de outros direitos não previstos no CDC, e contidos nos tratados e convenções internacionais, dentre outras legislações.

No entanto, mesmo havendo a diferenciação entre as cláusulas gerais e os princípios, em determinados casos, o próprio autor admite que os princípios da boa-fé e da função social do contrato seriam ao mesmo tempo cláusula geral e um princípio. Como nos ensina Godoy (2009, p. 111 e 112) ao escrever ser “perfeitamente possível dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral (...) e também um princípio.”

Não obstante alguns doutrinadores admitirem haver diferenças entre os princípios e as cláusulas gerais, no presente estudo, tanto um como outro serão tratados como institutos semelhantes, normas abertas, de conteúdo indeterminado, que devem ser preenchidas pelo aplicador do Direito.

III. Dos Princípios Clássicos do Contrato

3.1 Considerações iniciais

Os contratos, influenciados pelos ideais libertários advindos da Revolução Francesa, apresentavam um viés individualista, e contrapondo-se à forte opressão exercida pelo regime absolutista até então dominante.

Eles tinham como fundamentos três princípios básicos, os quais lhes davam uma conformidade especial, quais sejam: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade das convenções e o princípio da obrigatoriedade das convenções.

Tais princípios constituíam-se na essência deste instituto de aspecto tão peculiar.

3.2 O Princípio da Autonomia da Vontade

Este princípio consiste na liberdade dada às pessoas de contratarem o que quiserem, quando assim o desejarem, e com quem lhes demonstre confiança.

As partes têm o livre arbítrio de estabelecerem o conteúdo dos contratos, discutirem as suas cláusulas, desde que não proibido por lei. Podem contratar da forma que melhor lhes convier, estipulando datas e modalidades de pagamento, multas por inadimplência, modo da prestação obrigacional. Ou seja, a vontade das partes deve ser obedecida na contratação. As pessoas

não podem ficar apenas sujeitas à lei. Devem, também, poder acordar e “legislar” o que quiserem. Afinal, elas antecedem ao Direito.

Rodrigues (1999, p. 15) sobre este princípio faz as seguintes considerações:

Não estão as partes adstritas à escolha de um determinado contrato nominal; antes, podem usar da liberdade que lhes reconhece a lei, para recorrer a um contrato atípico, ou para combinar várias espécies de contratos, a fim de regular o eventual conflito entre seus interesses.

O princípio da autonomia da vontade se desdobra em dois outros, a saber: a) princípio da liberdade de contratar ou não contratar; b) princípio da liberdade de contratar aquilo que entender.

No mesmo sentido, Barros (2003, p. 9), ao discorrer sobre este princípio, ressaltou, também, o seu aspecto individualista:

(...) têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude deste princípio, que é a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos, são as partes livres de contratar, contraindo ou não o vínculo obrigacional.

Podem, destarte, valer-se dos contratos nominados, referidos pelo Código, como podem igualmente misturar-lhes as disposições, dando assim origem aos contratos inominados. Podem, outrossim, estabelecer as cláusulas que desejam realmente pactuar ou constituir, ampliando ou restringindo seus efeitos.

A regra nos contratos, insista-se, é a autonomia da vontade dos estipulantes e que deve ser sempre respeitada, não obstante as restrições que lhe foram impostas.

Por óbvio, vale destacar que esta autonomia da vontade é limitada pelas normas de ordem pública, ou seja, não podem as partes estabelecer disposições claramente contrárias aos mandamentos legais.

3.3 Princípio da Relatividade das Convenções

Os contratos, por demonstrarem uma manifestação das partes pactuantes, apenas elas vinculam. Como as convenções são estabelecidas pelos contratantes, não devem atingir outras pessoas que em nada influenciaram nas disposições acordadas.

Diniz (2008, p. 32) assim leciona:

(...) visto que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram. O contrato somente produz efeitos entre os contratantes. O ato negocial deriva de acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros.

Com relação a este princípio, e seu caráter inicial individualista, Rodrigues (2004, p. 26) tece os seguintes comentários:

Funda-se tal princípio na idéia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. Mostra-se coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros vinculando-os à convenção.

Portanto, o pressuposto básico deste princípio é a vinculação apenas das partes acordantes nos contratos.

3.4 Princípio da Obrigatoriedade das Convenções

Segundo este princípio, as disposições pactuadas entre as partes são imperativas, devendo ser cumpridas e não modificadas sob pena de se desestabilizar a segurança jurídica, fundamento principal da convivência social.

Discorrendo sobre tal princípio, Barros (2003, p.10) assim se pronunciou:

(...) aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente. A única derrogação a essa regra é a escusa por caso fortuito ou força maior (Cód. Civil de 2002, art. 393, parágrafo único). Fora dela, o princípio da intangibilidade ou imutabilidade contratual há de ser mantido (*quod antea est voluntatis postea est necessitatis*).

Da mesma forma, Gomes (1999, p. 17) interpretou tal princípio:

O princípio da força vinculante das convenções consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, se torna obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor.
Pacta sunt servanda!

Um dos pilares clássicos deste princípio é a necessidade da segurança jurídica. Qual garantia haveria para os pactuantes se o que dispuseram pudesse aleatoriamente ser desavençado?

Sobre o pretexto da segurança jurídica Gomes (2001, p. 36) assim escreveu:

A necessidade lógica de preservar de estranhas interferências a esfera da autonomia privada conduziu necessariamente ao robustecimento do princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. No contexto normal desse princípio, não seria possível admitir que a superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção do Estado, pelo órgão da sua magistratura, para restaurá-lo ou liberar a parte sacrificada. Cada qual que suporte os prejuízos provenientes do contrato. Se aceitou condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente, impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização, ou a libertação.
Pacta sunt servanda. Ao Direito é indiferente a situação a que fique reduzido para cumprir a palavra dada.

Venosa (2006, p. 373), contrapondo a obrigatoriedade dos contratos e a segurança jurídica sob a visão clássica, assim comentou:

(...) O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos.

(...) Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo.

O princípio da obrigatoriedade das convenções era o pressuposto da segurança jurídica dos contratos.

IV. Dos Princípios dos Contratos no Código Civil de 2002

4.1 Considerações Iniciais

O excessivo individualismo proveniente dos ideais liberais já não se coadunava com os fundamentos do Estado Social, calcado na ética e na solidariedade. A sociedade deveria prevalecer em detrimento do particular.

Gama (2007, p. 75), sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social, fez os seguintes comentários:

Assim sendo, o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

Ao discorrer sobre as empresas, Zanoti (2006, p. 114) destaca o papel delas no Estado Social:

A visão neoliberal é alvo de ferrenhos ataques, mesmo porque a Carta Magna de 1988, e mais recentemente, o Código Civil de 2002, mudaram a feição jurídica das corporações, transformando-as de entidades com foco puramente comercial, amparadas na vetusta teoria de atos de comércio (comprar e vender com lucro), em entidades empresariais, com espectro mais amplo, inclusive, com compromissos sociais, sem prejuízo do direito de contabilizar lucros, e distribuí-los, em forma de dividendos, para os seus cotistas ou acionistas.

Novos princípios contratuais, então, em face das demandas sociais, são acrescentados aos princípios clássicos. São eles: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social do contrato.

Estes novos princípios passam a complementar os velhos conceitos, e não a substituí-los. Afinal, a liberdade contratual, a relatividade e a obrigatoriedade das convenções são pressupostos inerentes aos contratos.

Derivam de princípios postos constitucionalmente, tais como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, previstos nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal:

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

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária

Zanoti (2006, p. 125 e 206), ao discorrer sobre a empresa, ressalta o seu papel social na efetivação da dignidade da pessoa humana:

Assim, o postulado da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da organização nacional, tendo passado a se constituir no vértice para o qual convergem todos os direitos individuais (da pessoa humana) e coletivos. (dos sindicatos, das associações, das entidades de classe, dentre outras), proclamados nas constituições democráticas de uma sociedade cada vez mais pluralista.

(...)

Pode-se afirmar que a empresa respeita o princípio da dignidade da pessoa humana quando ela se torna um agente de desenvolvimento humano sustentável, sem se excluir da responsabilidade pelo vencimento dos desafios sociais, ambientais e relacionais que permeiam a sociedade.

Assim, busca-se uma justiça calcada nos novos pensamentos sociais, mas, sem com isso, acabar com a contratação, instituto, até o momento, sem um substituto capaz de promover a circulação de riquezas de modo tão eficiente.

4.2 Princípio da Autonomia Privada

Este princípio veio a complementar o Princípio da Autonomia da Vontade, restringindo a liberdade de contratar, a qual fica limitada pelo desejo social.

Comparando os dois princípios, Amaral (apud TARTUCE, 2007, p. 177) observa que “a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.”

As contratações não podem ser realizadas ao livre arbítrio das pessoas. A convivência em comunidade exige o respeito a determinadas imposições sociais, as quais, se não seguidas, acabam por tornar as relações sociais impraticáveis.

Nesse sentido, Roppo (apud. Tartuce, 2007, p. 176), doutrinador italiano, reconhece a presença de limites sociais na feitura dos contratos:

(...) a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora firmada, em linha de princípio, pelo art. 1322º c. 2 CC, estão, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo.

Portanto, a autonomia privada é a expressão do Direito de uma maneira diferente da autonomia da vontade, esta refletindo o desejo das partes, e aquela o pacto social do Estado.

4.3 Princípio da Boa-fé Objetiva

A simples convenção passa a não ser suficiente para a validade e obrigatoriedade dos contratos. A probidade e a boa-fé também devem estar presentes. Toda a formação do acordo, desde o início de sua elaboração, até o final de sua execução, tem de ser realizada pautada na ética.

Assim dispõe o artigo 422, do Código Civil de 2002, sem correspondente no Código anterior, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O artigo 113, relativo à interpretação dos negócios jurídicos, o artigo 167, parágrafo 2º, ao mencionar o terceiro de boa-fé, e o artigo 187, ao tratar do ato ilícito, também fazem referência à boa-fé:

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

(...)

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

(...)

§ 2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

(...)

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.

Cabe observar, que não se trata apenas da boa-fé subjetiva, caracterizada pelo espírito do contratante em realizar um acordo correto moralmente, mas da boa-fé objetiva, marcada pela exigência de se pactuar como se espera de um contrato perfeito. Assim, nos ensina Ustárroz (apud. Theodoro Júnior, 2008, p. 10):

(...) a boa-fé objetiva desliga-se completamente do elemento vontade, para focalizar sua atenção na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem médio, reticente (sic), do bom pai de família. O eixo da análise é deslocado. Enquanto na primeira modalidade o reconhecimento do *animus nocendi* é vital, na segunda desimporta.

Como leciona Hironaka (2003, p.6), a boa-fé objetiva é pautada pela honestidade e ética:

Da consagração da boa-fé objetiva, nas relações contratuais – como pretendi demonstrar – decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e de cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, com a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou os marcos deste direito que perpassando os séculos, se apresenta renovado, aos primórdios do milênio novo.

Como visto, as tratativas preliminares, as disposições das cláusulas do contrato, os ajustes realizados, o cumprimento de avenças pós-contratuais, todas as fases devem ser realizadas do modo esperado pelo meio social.

4.4 Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato

O contrato deve propiciar às duas partes obrigações satisfatórias. Não pode uma parte se beneficiar de uma forma extremamente vantajosa em detrimento da outra. As novas exigências sociais, complexas e transparentes, não permitem que seja realizado um contrato abusivo para uma das partes.

Este princípio tem relação com a anulabilidade de um contrato pactuado quando presente a lesão, ou seja, realizado desproporcionalmente em razão de premente necessidade ou por inexperiência; ou a possibilidade de revisão de um contrato devido à superveniência de fatos extraordinários imprevisíveis que onerem uma das partes.

4.5 Princípio da Função Social do Contrato

Embora, *a priori*, envolvendo apenas as partes contratantes, os contratos necessitam ser vistos sob uma nova ótica, a da sua influência sobre o meio social. Ora, estão inseridos num contexto comunitário, e, assim, suas avenças não podem ser estabelecidas em prejuízo de todos. Estes devem prevalecer sobre o particular.

O contrato deve exercer uma função social, conforme artigos 421 e 2.035, das Disposições Transitórias:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(...)

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

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

Assim, também nos ensina Theodoro Júnior (2008, p. 14), ao comentar que “o contrato, enfim, não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, mas tem sua convenção de respeitar os interesses do meio social, onde seus efeitos irão refletir.”

No mesmo sentido, Gama (2007, p. 89) discorre sobre a função social dos contratos:

Por fim, constata-se que a função social do contrato, em seu aspecto externo, significa a consagração da mais ampla oponibilidade a terceiros, além de não afetar interesses institucionais (coletivos e difusos) externos ao contrato. O contrato deve ser vislumbrado como um fato social, quem não pode ser ignorado por terceiros, e os contratantes tampouco podem pretender que não haja repercussões sociais para além dos contratantes.

Pode-se observar a abrangência deste princípio, mostrando a sociedade como um todo, e não a particularidade de cada indivíduo. A convivência social exige de cada pessoa uma compreensão social com a prevalência do bem comum. Conforme Tartuce (2007, p. 236):

(...) o exame da cláusula contratual não poderá ficar limitado ao controle de eventuais ilicitudes ou à verificação da conformidade da avença às normas regulamentadoras expressas relacionadas ao assunto. Também deve ser levado em conta se a atividade privada de contratar atende concretamente aos valores ínsitos à nova ordem negocial e aos preceitos constitucionais, em que a função social da norma jurídica encontra guarida. Aqui a substituição do princípio da supremacia da ordem pública nas relações privada fica muito clara.

O Princípio da Função Social do Contrato em razão da massificação das relações sociais, da globalização (promovendo um grande aumento no comércio e na disponibilidade de produto), e da internet (agilizando as formas de comunicação e propaganda), vem tentar racionalizar

estas interações com o intuito de se evitar o cometimento de abusos e à extinção da essência de uma sociedade que é a sua cultura e moral.

V. Da Polêmica em relação ao uso de Princípios e/ou Cláusulas Gerais

5.1 Da Polêmica

Os novos princípios contratuais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tratados tanto como princípios ou como cláusulas gerais, não importando o termo utilizado, inserem-se num modelo de codificação denominado sistema aberto ou de janelas abertas.

Por se tratarem de normas de conteúdo indeterminado, vago, cujo conceito é valorado pelos juízes, tal fato causa uma grande polêmica entre os estudiosos do assunto. De um lado, indagam se a interpretação judicial não poderia acarretar uma insegurança jurídica. E do outro, pelo contrário, se a adaptabilidade das normas de conteúdos indeterminados aos fatos, ao longo do tempo, seria um fator de maior segurança jurídica.

Tal polêmica é comentada por Lôbo (apud GAMA, 2007, p. 80):

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.

Theodoro Júnior (2008, p. 141 e 142) adverte para os perigos do uso das cláusulas gerais:

A adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem, é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização legislada.

Costa-Martins (2000, p. 4) também faz suas observações sobre o assunto:

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar --- até que consolidada a jurisprudência --- certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo.

Portanto, o uso das cláusulas gerais trouxe à baila uma polêmica, qual seja, o perigo da desestabilização jurídica em face do caráter vago que tais normas possuem ao não disporem concretamente sobre os fatos sociais.

5.2 Das Vantagens e Desvantagens

Existem doutrinadores contrários ao uso das cláusulas gerais em face do excessivo poder de criação legislativa dado ao magistrado, fenômeno conhecido como fuga das leis para o juiz. Atentam para o fato da possibilidade do uso de valores pessoais pelo magistrado, em detrimento de valores sociais reinantes, e, desta forma, estimulando o surgimento de decisões desconectadas com a realidade.

Neste sentido, Tepedino (apud Tartuce, 2007, p. 52) critica as cláusulas gerais devido ao fato de serem geradoras de conflitos:

(...) o sistema de cláusulas gerais gera desconfiança, incerteza e insegurança, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Em codificações anteriores, exemplos do direito comparado, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador do direito, as cláusulas gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo.

Ascensão (apud Theodoro Júnior, 2008, p. 143), sobre o excesso de decisões divergentes que podem ser acarretadas pelo uso da nova técnica jurídica, comenta:

(...) o exercício de cláusulas gerais não se pode transformar numa esgrima de conceitos indefinidos ou num apelo de emoções. Deve ser aprofundado e racionalizado, porque só assim permite atingir a justiça sem pôr em causa a segurança. Cláusula geral, como às vezes ocorre com a boa fé, que “vale para tudo, seja qual for a situação que se debata”, na verdade, “não vale para nada”. Torna-se “uma referência ritual” como o “pede-se Justiça” que se faz costumeiramente no fecho das alegações em juízo.

Não obstante os pensamentos contrários ao uso das cláusulas gerais, outra parte da doutrina as defende uma vez que proporcionam um direito mais humanizado. Destacam a possibilidade da valoração do Direito conforme os ideais de justiça da sociedade. Assim entende Tartuce (2007, p. 53):

Na verdade, o tempo e a prática já estão demonstrando que esse sistema de cláusulas gerais está contribuindo para a construção de um novo Direito Civil, mais concreto e eficaz, como era pregado pelo próprio Miguel Reale. Assim, não é de se concordar com o entendimento que vê nas cláusulas gerais uma ameaça à segurança jurídica. Na realidade a segurança jurídica perde espaço para a busca de um direito mais humano, centrado na proteção da pessoa humana e em valores existenciais.

A flexibilização do ordenamento jurídico, refletindo as demandas atuais - não exigindo um arcabouço enorme de normas, muitas vezes, mais confundindo do que esclarecendo, promovendo o desequilíbrio do conhecimento e a desatualização legislativa – está em concordância com a dinamização das relações sociais do mundo contemporâneo, e, sendo assim, é imperioso o uso das cláusulas gerais. Como conclui Godoy (2009, p. 192 e 193):

(...) se alguma perda de maior segurança haveria de se admitir com as cláusulas gerais – o que é diferente de vê-las como foco de insegurança -, ela se compensaria com o ganho de mobilidade e atualização do sistema, de molde a assegurar mais efetivo atendimento a valores constitucionais básicos.

Não é pacífico entre a doutrina se o uso de cláusulas abertas propiciarão, ou não, benefícios. Uns defendem a sua necessidade para um Direito moderno, outros advertem para o perigo da insegurança jurídica.

Os benefícios, ou não, da utilização de cláusulas gerais e ou princípios na aplicação do Direito são discutidos pela doutrina. Mas, independentemente das vantagens ou desvantagens que o sistema jurídico aberto possa trazer, o Código Civil de 2002 adotou este sistema. Assim, enquanto não revogados, tanto a doutrina como a jurisprudência a ele devem se adaptar.

5.3 Da interpretação e aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais

Em que pese a presença de vantagens e desvantagens no uso de cláusulas abertas nas contendas judiciais, o mais relevante é a interpretação e aplicação correta do Direito pelo juiz, como podemos aduzir dos ensinamentos dos autores abaixo:

Fonseca (apud Gama, 2007, p. 81) leciona:

(...) é imprescindível que a interpretação e aplicação das cláusulas gerais sigam diretrizes comuns, capazes de manter uma unidade isonômica do direito, e impedindo a transformação do processo judicial ou administrativo numa loteria imprevisível, cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de que é o juiz, fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto.

O Direito, apesar de uma disciplina social, não pode estar adstrito a interpretações dúbias que possam gerar conflitos entre os indivíduos, mas sim, possuir uma unidade capaz de atender às demandas sociais.

Theodoro Júnior (2008, p. 152 e 155) explica:

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, por isso mesmo, exige a submissão da exegese Constitucional à mecânica da razoabilidade e da proporcionalidade, dentro da qual um princípio pode momentaneamente atritar como outro, mas jamais um anulará o outro, porque o intérprete incumbirá harmonizá-los, diante do caso concreto, de forma a propiciar uma incidência que não seja de exclusividade, e sim de convivência harmônica.

(...)

O aplicador pode suprir lacunas do ordenamento jurídico por meio da invocação de princípios éticos, pode aperfeiçoar a regra do legislador; interpretando-a à luz de dados éticos, pode recorrer à equidade quando autorizado pela lei; não pode, entretanto, ignorar o direito positivo, para criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador.

É imprescindível uma preparação adequada de nossos magistrados, não apenas técnica, mas principalmente filosófica e sociológica, pautada pelo bom senso e com um conhecimento da realidade e do desejado pela sociedade.

Como resume Theodoro Júnior (2008, p. 156):

Diante dessa moderna postura normativa, gigantesca será, sem dúvida, a tarefa atribuída ao juiz, pois de seu preparo funcional e de sua fidelidade aos valores e princípios consagrados pela Constituição dependerá o sucesso do ambicioso projeto

abraçado pela nova codificação, à luz do tríplice alicerce da socialidade, da ética e da concreção.

O preparo profissional para qualquer atividade mostra-se uma necessidade presente, o que dirá para aqueles responsáveis por decidir sobre fatos que dizem respeito ao destino de outras pessoas.

VI. Boa-Fé e Função Social dos Contratos – Aplicação dos Princípios

6.1 Decisões fundamentadas no Princípio da Obrigatoriedade das Convenções

Inicialmente, traremos de duas decisões, prolatadas nos anos de 1999 e 2001, nas quais é clara a obediência ao princípio da obrigatoriedade dos contratos. Nelas, embora cabíveis, não há menção alguma de motivações assemelhadas aos princípios da boa-fé e da função social dos contratos. Assim, evidenciando uma disposição dos magistrados de seguirem as normas clássicas dos contratos.

1º Decisão: Taxa de juros (Apelação Cível – TA – SP)

Contrato – Cláusula contratual – Escritura de venda e compra, Confissão de dívida e constituição de garantia hipotecária - Existência de disposição prevendo o retorno da taxa plena de juros (18% ao ano) em caso de rescisão do contrato de trabalho – Validade – Observância do “*pacta sunt servanda*” – Insuficiência dos depósitos efetivados – Não interferência na controvérsia dos valores depositados neste grau.

Recurso improvido.

(Apelação Cível 786325-4, Relator Des. Frank Hungria, 10º Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil - SP, acórdão de 23/11/99)

A ação refere-se a uma indignação do comprador de um imóvel pela cobrança da taxa de 18% de juros. O comprador argumentou que a taxa somente foi estipulada em virtude de ser empregado do vendedor quando da avença do contrato.

A apelação do comprador foi denegada pelo Tribunal. Este decidiu ser correta a cobrança da taxa de 18% de juros acordada.

Nesta decisão, cabe destacar, trecho do voto do relator, o qual demonstra a utilização do princípio da obrigatoriedade das convenções para motivar a sua decisão: “nada houve de indiscriminado e unilateralmente imposto. Enquanto não houver a declaração de modificação da relação jurídica entre as partes prevalece o negócio jurídico (“pacta sunt servanda”).”

2º Decisão: Seguro de Vida (Apelação com revisão – TA – SP)

Seguro de vida e de acidentes pessoais em grupo – Execução fundada em título extrajudicial – embargos da devedora – Procedência – Inconformidade do segurado – Prescrição anual consumada – Art. 178, § 6º, II, do Código Civil – Incidência na espécie – Recurso Especial Provido – Decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça que, afastando a prescrição, determinou a realização de novo julgamento por este Tribunal – Perda auditiva induzida por ruído, hérnia discal lombar e transtornos psíquicos – Patologias que não se amoldam aos termos da apólice de seguro – males que, por sua própria índole, não se encaixam no conceito de “acidente” contratualmente estabelecido – Ausência de subitaneidade e de violência – Invalidez total e permanente – Inexistência – Apelo desprovido – Sentença mantida.

(Apelação com Revisão 488607-0/0, Relator Des. Milton Sanseverino, 3º Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil - SP, acórdão de 21/08/01)

A ação refere-se a uma cobrança do valor de cobertura de seguro de acidentes pelo segurado da empresa seguradora.

A apelação do segurado foi denegada pelo Tribunal. Este decidiu ser indevido o pagamento da cobertura do seguro uma vez que a lesão sofrida pelo segurado não estava prevista no contrato como passível de cobertura, apesar de sua gravidade.

Nesta decisão, cabe destacar, trecho do voto do relator, o qual demonstra a utilização do princípio da obrigatoriedade das convenções para motivar a sua decisão: “(...) a pretensão do segurado, ora apelante, na realidade colidia – e colide – com sólidas e intransponíveis barreiras, todas contratualmente ajustadas e irrepreensíveis do ponto de vista formal, bem como ao ângulo de validade e da eficácia do ato jurídico em questão, sobretudo quando postas sob o pálio do pacta sunt servanda (...).”

6.2 Decisões fundamentadas no Princípio da Boa-fé e da Função Social dos Contratos

Estas decisões, proferidas no ano de 2009, demonstram a clara preocupação do julgador com os princípios da boa-fé e da função social dos contratos. Embora elas não tenham sido baseadas somente nestes princípios, a sua menção demonstra a dimensão que eles passam a tomar nas decisões.

1º Decisão: Contrato de Plano de Saúde (Apelação Cível – TJ – RS)

Apelação cível. Seguro. Ação de cobrança. Plano de Saúde. Prestação de Serviços. Valores devidos.

1. As partes devem observar os requisitos a que aludem os arts. 421 e 422, ambos do CC, quando da efetivação do pacto, ou seja, atentar aos princípios da função social do contrato e da boa-fé.

2. Ademais, no nosso sistema jurídico não há restrição, para contratar, bastando para tanto a manifestação livre de vontade para que a relação jurídica seja constituída, cuja boa-fé e função social que permeiam a contratação levada a efeito apontam no sentido de que a obrigação assumida deve ser cumprida.

3. No caso em exame, a parte autora comprovou a existência de vínculo contratual com a demandada que gerou a cobrança dos valores ora reclamados, decorrente da prestação de serviço de plano de saúde.

4. Por outro lado, a empresa ré não produziu qualquer adinículo de prova para demonstrar as suas alegações, ou sequer apresentou no feito comprovante de pagamento das despesas exigidas, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiram, a teor do que estabelece o art. 333, inc. II, do CPC.

5. Ressalte-se, ainda, que restou demonstrado o cumprimento da prestação devida pela parte autora, ou seja, o atendimento aos beneficiários do plano de saúde em questão, a parte demandada deve honrar com a obrigação assumida, isto é, satisfazer os valores em discussão no presente feito, tendo em vista que utilizados os serviços da postulante deve ser dada a contraprestação atinentes a estes.

6. Desse modo, demonstrada perfeitamente à causa jurídica que autoriza a emissão das referidas cédulas, bem como a instrumentalização do crédito, cuja liquidez decorre do montante lançado na relação civil subjacente à cambial decorrente dos títulos emitidos, caracterizam-se as duplicatas objeto do litígio como cambiais e, por via de consequência, são exigíveis, constituindo saque regular e legal, o que importa no reconhecimento da validade das duplicatas em discussão e consequente dever de satisfazê-las.

Negado provimento ao apelo.

(Apelação Cível 70027307057/2008, Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível TJ – RS, acórdão de 24/06/09)

A ação refere-se a uma cobrança de mensalidades pela empresa de saúde de beneficiário de plano de saúde coletivo.

O beneficiário teve como principal alegação, o fato de não ter sido colacionado ao processo, o contrato originário do plano de saúde.

A apelação do beneficiário foi denegada pelo Tribunal. Pois, aos autos, foram trazidos documentos suficientes para confirmar a relação contratual existente entre a empresa de saúde e o beneficiário. Assim, em face deles e dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, o Tribunal decidiu serem devidas as mensalidades cobradas pela empresa de saúde.

Nesta decisão, cabe destacar, trecho do voto do relator, o qual demonstra a utilização dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos para motivar a sua decisão: “portanto, a boa fé que permeia qualquer relação jurídica, bem como a função social a que está afeta este tipo de contratação, apontam no sentido de que a prestação assumida deve ser cumprida.”

2º Decisão: Contrato de Seguro de Veículo (Apelação Cível – TJ – RS)

Apelação cível. Seguro. Veículo. Proposta enviada no mesmo dia do roubo do bem. Ausência de vistoria. Indefinição do risco segurado. Indenização indevida.

1. O contrato é o acordo firmado entre as partes, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos, mediante a livre manifestação de vontade. Na sua formação, dois pontos são de vital relevância, a proposta, que vincula o proponente aos termos do que propôs, conforme alude o art. 427, do CC; e a aceitação desta, que é a concordância da parte contraente com o que foi proposto, formando-se, assim, o pacto

2. As partes devem observar os requisitos a que aludem os artigos 421 e 422, ambos do CC, quando da efetivação do pacto, ou seja. Atentar aos princípios da função social do contrato e da boa-fé.

3. No caso em exame, cumpre ressaltar que a aceitação da proposta de seguro dependia do atendimento do requisito indispensável para a avaliação do risco garantido, qual seja, a vistoria do veículo a ser segurado.

4. Ademais, o segurado não cumpriu com o dever atinente a boa-fé objetiva em comunicar o roubo à seguradora antes de efetuar o pagamento da primeira parcela do prêmio, sequer se vislumbrando da existência do bem garantido no momento da contratação.

5. Destarte, manter a decisão atacada é a medida que impõe Negado provimento ao apelo.

(Apelação Cível 70029642196/2009, Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5º Câmara Cível TJ – RS, acórdão de 10/06/09)

A ação refere-se a uma cobrança de sinistro automotivo pelo segurado da empresa seguradora após a ocorrência de um roubo.

O suposto segurado alegou que o seu veículo foi roubado no mesmo dia da contratação do seguro. A seguradora, por sua vez, argumentou não ter havido a finalização do contrato, pois, dentre outros motivos, não foi realizada a vistoria até a data do roubo.

A apelação foi denegada pelo Tribunal. Este decidiu ser indevida a cobrança do valor do veículo sinistrado pelo suposto segurado.

Nesta decisão, cabe destacar, trecho do voto do relator, o qual demonstra a utilização dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos para motivar a sua decisão: “a par disso, o segurado não cumpriu com o dever atinente a boa-fé objetiva em comunicar o roubo à seguradora antes de efetuar o pagamento da primeira parcela do prêmio, sequer se vislumbrando da existência do bem garantido no momento da contratação.”

6.3 Típica aplicação dos Princípios da Boa-fé e da Função Social dos Contratos.

O caso em questão é proveniente de um estudo cujo título é PACTA SUNT SERVANDA? O caso dos contratos de soja verde, de autoria de Rezende e Zylbersztajn.

Segundo os autores a “(...) teoria contratual pauta-se não mais pela rigidez pacta sunt servanda, mas sim, pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio econômico(...) consta de 41 decisões judiciais relativas à anulação dos contratos de compra e venda antecipada de soja no Estado de Goiás, das safras 2002/2003 e 2003/2004.”

Estes contratos, denominados contrato de soja verde, são compras antecipadas efetuadas pelas indústrias dos produtores rurais, com adiantamento, ou não, de recursos. Assim, têm uma função de financiamento ou diminuição de riscos para os produtores rurais.

O problema ocorreu devido à alta de preços da soja nas safras de 2002/2003 e 2003/2004, o que levou alguns produtores rurais, na busca de um lucro maior, a descumprirem os seus contratos, não entregando o produto colhido.

O Tribunal foi favorável aos produtores rurais. E, seus acórdãos foram motivados com fundamento nos princípios da boa-fé e da função social dos contratos. Isto demonstrando a prevalência destes princípios sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções.

Um trecho de um acórdão demonstra o entendimento dos Tribunais do Estado de Goiás: “Pois bem. O caráter absoluto dos princípios que estabeleciam a intangibilidade da vontade contratual em tempos passados, atualmente, com o surgimento de novas formas foi atenuado, pelo que passou-se a privilegiar a finalidade social do contrato, em que se faz valer o equilíbrio e a boa-fé entre as partes contratantes. (Apelação Cível 127602-1/188, Relator Des. João Ubaldo Ferreira, 3º Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível TJ – GO, acórdão de 23/09/08)”.

Cabe salientar, a importância da repercussão de tal decisão no setor agrícola. Embora os autores não tivessem dados que confirmassem a influência das decisões na contratação de soja verde nos anos posteriores, foi verificado uma diminuição destes tipos de contrato, os quais, quando realizados, tiveram, como exigência, um aumento nas garantias, o monitoramento da produção, e a cobrança de juros.

No seu estudo, os autores ressaltam as consequências futuras originadas das decisões judiciais, as quais têm impacto nas estratégias das empresas. No caso específico dos contratos de soja verde, geraram um “clima de incerteza” nas organizações contratantes. Estas passaram a exigir maiores garantias dos produtores rurais, tanto daqueles que impetraram as ações como daqueles que cumpriram seus contratos. Assim, alertam para o cuidado que o Poder Judiciário deve ter em suas decisões, pois estas repercutem, e muito, no ambiente de negócios.

6.4 Considerações Gerais

Conforme os casos colocados, verifica-se uma tendência para a adoção dos Princípios da Boa-fé e da Função Social do Contrato, o que não é de se causar “espanto”, pois são princípios incorporados ao Código Civil de 2002.

Os princípios, na sua aplicação aos fatos concretos, não estão ainda bem definidos pela jurisprudência e pela doutrina, fato previsível, em face do pouco tempo de sua vigência. Também, a sua interpretação sempre se encontrará em amadurecimento, dada a dinâmica evolutiva da sociedade.

Um ponto a ressaltar é a importância das decisões do Poder Judiciário ao interpretar as cláusulas abertas, as quais devem refletir, ao máximo, os interesses sociais, como se bem viu no caso dos julgamentos dos contratos de soja verde. Um provimento inconsistente pode acarretar desequilíbrios em determinados setores econômicos e sociais, com um prejuízo muito grande para toda sociedade.

Conclusão

O Estado Liberal espelhou o modelo de sociedade pós Revolução Francesa. As pessoas, “cansadas” da opressão e privilégios dos monarcas e da nobreza, exigiram a proteção da propriedade e dos direitos individuais, com o afastamento do Estado das relações sociais. Neste contexto, os contratos eram balizados pela força de lei da manifestação da vontade dos pactuantes, salvo pouquíssimas restrições de ordem pública. O instituto contratual tinha como fundamentos: o Princípio da Autonomia da Vontade, o Princípio da Obrigatoriedade das Convenções e o Princípio da Relatividade das Convenções.

A partir do Século XX, principalmente com o advento do Estado Social, o denominado *Welfare State*, a prevalência do interesse individual não mais representa o desejo da sociedade. Diante da intensificação na exploração, produção e circulação de produtos, mais recentemente, do fenômeno da globalização e da facilidade na comunicação com a internet, uma intervenção maior do Estado se fez necessária com o fim de se evitar a sua própria ruptura. O interesse individual perde espaço para o interesse social. Para se adaptar a este novo modelo de sociedade, outros princípios contratuais foram acrescidos aos já existentes. Passam a refletir a preocupação social, agora reinante na sociedade, e são eles: o Princípio da Autonomia Privada, o Princípio da Boa-fé, o Princípio do Equilíbrio do Contrato e o Princípio da Função Social do Contrato.

No Código Civil de 2002, estes fundamentos foram dispostos por meio de uma nova técnica legislativa. A tipificação rígida do Direito Clássico não mais respondia, de forma suficiente, às rápidas transformações e ao novo modelo social do Estado. Foram utilizadas normas de conteúdo indeterminado ou aberto, as quais, pela amplitude de interpretação ao serem aplicadas ao caso concreto, podem mais facilmente serem adaptadas ao real desejo da sociedade. Tais normas são as cláusulas gerais, ou, como muitos entendem, os próprios

princípios, em face da semelhança de características existentes entre ambos institutos jurídicos.

No entanto, a utilização desta nova técnica legislativa, traz em seu bojo um risco, ao permitir ao juiz preencher a norma jurídica conforme os seus valores pessoais e não como o desejado pela sociedade. O juiz, por meio da cláusula geral, passa a “criar uma lei” ao interpretá-la. Isto podendo gerar uma incerteza ao Direito, ou seja, um risco à segurança jurídica, a essência de todo ordenamento legal.

Independentemente da controvérsia instalada, a flexibilidade das cláusulas gerais ou o risco da insegurança jurídica, o que se tem verificado é a utilização desta nova técnica legislativa pelos magistrados. Algumas vezes de uma forma mais “tímida”, outras vezes de maneira mais “contudente”, como observado nas decisões relatadas neste estudo.

E em que pese a discussão, o certo é que a legislação não mais se mostra capaz de atender às exigências atuais para acompanhar as transformações sociais. A normatização de forma exhaustiva, prevendo todos os atos e fatos sociais, rapidamente se torna desatualizada. O instituto das cláusulas gerais, pela sua flexibilidade, parece-nos uma técnica adequada, ao menos deve ser utilizada e os seus resultados avaliados no contexto de um Direito modernizado. O fato de ser vaga, aberta, não quer dizer que o juiz “legisla” indiscriminadamente. Antes, pauta-se por diretrizes e elementos objetivos presentes no ordenamento jurídico. O que se mostra mais importante no uso das cláusulas gerais é a preparação adequada dos aplicadores do Direito, não somente com relação ao aspecto técnico, mas sob o ponto de vista sociológico, filosófico, tendo uma visão ampla das demandas da sociedade. No caso específico dos contratos, cabe ressaltar, os operadores do Direito não devem esquecer da essencialidade dos princípios clássicos dos contratos uma vez que os novos princípios, embora no contexto de uma nova ordem social, apenas o complementam.

Referências

Livros

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 752, junho/1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações - 2º Parte**. 34. v. V. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24. ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. **Função Social do Contrato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais**. 1. ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. 26 ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 6. ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito. Primeiras linhas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Zanoti, L. A. R. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Marília, 2.006.

Eletrônicas

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. 2003. Acesso em: 15nov2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”:** as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. 2000. Acesso em: 18fev2009.

REZENDE, Christiane Leles Rezende; ZYLBERSZTAJN, Décio. **PACTA SUNT SERVANDA?** O caso dos contratos de soja verde. Disponível em http://www.pensa.org.br/anexos/biblioteca/182007111522_Alacde_ChristianeLRBrasilia07pdf.pdf. 2007. Acesso em: 02jun2009.

Zanoti, L. A. R. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Marília, 2.006.