

IVAN GOTTEMS

**CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE: A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA,  
INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL**

MARÍLIA  
2017

IVAN GOTTEMS

**CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE: A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA,  
INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Marília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

MARÍLIA  
2017

Gottens, Ivan

Contrato na pós modernidade: a evolução da autonomia, influência da boa-fé e da função social / Ivan Gottens. - Marília: UIIMAR, 2017.  
204f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof<sup>a</sup>. Dra. Jussara Suzi Assis B. Nasser Ferreira

1. Autonomia da Vontade 2. Intervenção do Estado 3. Boa-fé  
Contratual I. Gottens, Ivan

CDD – 342.144

IVAN GOTTEMS

CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE: A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA,  
INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

Aprovado pela Banca Examinadora em: 17/08/2017.

---

Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira  
Orientadora

Prof. Dra. Elisaide Trevisam

Prof. Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Prof. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Dedico este trabalho a minha esposa  
Andreza, mulher honrada de traços fortes de decência, carinho e amizade.

A minha filha amada Luara, porque sua  
existência garante meus passos no caminho da ética, justiça e bondade.

Ambas acompanharam os meus estudos  
com paciência, com o propósito de ver concluído mais este sonho. Esta felicidade  
que sinto hoje de ter concluído esta etapa de meus estudos e conquistado o título de  
mestre. O prêmio se torna mais nobre quando posso compartilhar com vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus. Fonte da minha existência.

Aos meus Pais, pelo incentivo e confiança constante na minha vida.

Aos meus irmãos e parentes próximos, pela força nos momentos difíceis.

Aos colegas de trabalho que vivenciaram a longa jornada de estudos.

Aos professores da casa “que entre os corredores” transmitiram conhecimento que levarei e aplicarei na vida profissional.

Aos colegas de sala que partilhamos momentos de descontração e estudos.

A Professora Dra. Jussara, orientadora a quem serei eternamente grato pela oportunidade e paciência de transmitir seus conhecimentos contratuais. Obrigado pelos seus ensinamentos desde o primeiro dia na banca de seleção até a esta banca examinadora, exemplo de mestre, cuja dedicação e cuidados desperta o prazer de aprender sempre mais. Obrigado pelo carinho e amizade concedidos ao abrigo da instituição.

# CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE: A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA, INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

## RESUMO

A vontade materializada no contrato é uma das maiores manifestações individuais que contribui para a evolução do sistema econômico social. A formalização do contrato surge da necessidade dos contratantes de exteriorizar os acordos de vontade com o objetivo de regulamentar e documentar os pactos individuais. Com a evolução social, as formas de materialização dessas vontades sofreram abruptas modificações motivadas pela necessidade de se adequar à nova realidade social, reestruturada em conformidade com os novos paradigmas econômicos. A manifestação de vontade, desse modo, reestrutura-se historicamente evoluindo da liberdade absoluta dos contratantes até o ponto de admitir a mitigação da vontade individual por força dos novos contornos legislativos. Como consequência, novos paradigmas foram traçados e novos modelos contratuais criados para possibilitar a adequação da manifestação da vontade individual com a observância das normas constitucionais e infraconstitucionais moduladas especialmente em torno da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana. A estrutura contratual pós-moderna, marcada pela intervenção Estatal, mitiga a vontade individual em respeito ao interesse coletivo no qual o contrato está inserido. O intervencionismo legislativo e o jurisdicional surgem com o objetivo de proteger os hipossuficientes e de controlar os poderes individuais para a justa adequação das forças pactuantes em detrimento da livre iniciativa e da livre concorrência, com o propósito de preservar a função social, a boa-fé e a dignidade da pessoa humana, alicerces dessa nova concepção contratual. A massificação dos contratos é o ápice dessa evolução histórica para se adequar aos anseios do mundo moderno, advindos da necessidade de mecanismos de pactos instantâneos, dos contratos de adesão, frutos do crescimento do sistema capitalista. Face a esse contexto, a análise da evolução histórica dos contratos, objetivo central deste trabalho, tem por escopo demonstrar como a manifestação individual de vontades se porta diante dos novos paradigmas pós-modernos, utilizando-se, para tanto, pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, visando demonstrar como a atividade legislativa e jurisdicional evoluíram na regulamentação dos contratos.

Palavras-Chave: Autonomia da vontade. Intervenção do Estado. Boa-fé contratual.

# THE CONTRACT AFTER MODERNITY, SOCIAL FUNCTION AND GOOD FAITH

## ABSTRACT

The will embodied in the contract is one of the largest individual manifestations that contributes to the evolution of the social economic system. The formalization of the contract arises from the contractors' need to externalize the agreements of will in order to regulate and document the individual pacts. With social evolution, the forms of materialization of these wills have undergone abrupt changes motivated by the need to adapt to the new social reality, restructured in accordance with the new economic paradigms. The manifestation of will, therefore, restructures itself historically evolving from the absolute freedom of contractors to the point of admitting the mitigation of individual will forced by the new legislative outlines. As a consequence, new paradigms have been drawn up and new contractual models created to enable the adequacy of the manifestation of the individual will with the observance of constitutional and infraconstitutional norms modulated especially around the social function of the contract and the dignity of the human person. The postmodern contractual structure, marked by State intervention, mitigates the individual will in respect of the collective interest in which the contract is inserted. Legislative and jurisdictional interventionism arises with the aim of protecting the underdogs and for controlling individual powers for the fair suitability of the covenantal forces to the detriment of free initiative and free competition in order to preserve the social function, the good faith and dignity of the human person, basis of the new contractual conception. The massification of contracts is the summit of this historical evolution to suit the yearnings of the modern world arising from the need for mechanisms of instant pacts, contracts of adhesion, fruits of the growth of the capitalist system. The analysis of the historical evolution of contracts, which is the central objective of this work, is to demonstrate how the individual manifestation of wills bears the new postmodern paradigms, using bibliographical and jurisprudential research to demonstrate how legislative and jurisdictional activities have evolved in the regulation of contracts.

Keywords: Autonomy of the will. Contractual good faith. State intervention.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 TRAJETÓRIA E EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS.....	13
1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS .....	14
1.2 ORIGEM, CONCEITO E EXTENSÃO DOS CONTRATOS .....	23
1.3 A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NOS CONTRATOS.....	28
1.4 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMA.....	37
2 A CRISE E A NECESSIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	44
2.1 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E ORDEM PÚBLICA.....	47
2.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS .....	58
2.3 O DIRIGISMO CONTRATUAL.....	63
2.4 A NOVA TEORIA NEGOCIAL .....	72
3 O CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE .....	80
3.1 A FUNÇÃO DOS CONTRATOS .....	82
3.1.1 A função econômica.....	84
3.1.2 A função pedagógica.....	90
3.1.3 A função social .....	94
3.2 O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL .....	104
3.3 A LIVRE CONCORRÊNCIA E A LIVRE INICIATIVA .....	108
3.4 A TUTELA DA CONFIANÇA.....	114
4 A BOA-FÉ E SUAS FUNÇÕES NA PÓS MODERNIDADE .....	119
4.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA OU DE COLMATAÇÃO.....	127
4.2 FUNÇÃO CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS .....	141
4.3 FUNÇÃO DELIMITADORA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS..	147
5 A MASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS.....	151
5.1 BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE MASSA .....	158
5.2 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	163
5.3 O PRINCÍPIO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA .....	168
5.4 O PRINCÍPIO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.....	171
CONCLUSÃO.....	188
REFERÊNCIAS.....	191

## INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o exercício da autonomia da vontade gera direitos e obrigações no âmbito contratual, e, sendo assim, torna-se fonte de obrigação jurídica.

Diante dessa afirmativa, o presente estudo aborda, em um primeiro momento, o princípio da autonomia da vontade como elemento deflagrador da liberdade de contratar, revelando suas características principais, seu desenvolvimento durante os tempos na sociedade e suas modificações de concepções pelas quais passou e a abordagem da mitigação da vontade como elemento formador do contrato.

Compreendendo que a liberdade de contratar se inicia com a vontade contratual, vislumbra-se que no século XIX, período marcado pelo liberalismo contratual, em que se podia contratar qualquer tipo e coisa e em qualquer lugar sem ordem de forma, podendo ser feito a qualquer modo sem nenhum regramento jurídico capaz de equalizar as vontades dos contratantes.

A evolução da sociedade e as alterações legais criadas no final do século XIX e início do século XX foram alicerçadas pela possibilidade da intervenção do Estado nas relações contratuais, culminando na mitigação da autonomia dos interessados contratuais em detrimento da obediência jurídica.

Embora a autonomia da vontade tenha sido mitigada, não houve sua exoneração no campo contratual, mas sim um controle da vontade em detrimento da ordem social, ou seja, as partes poderiam fixar suas vontades de maneira livre e o que lhes fosse mais conveniente desde que pautadas no regramento legal.

O caráter de autonomia livre do século XIX teve de ceder espaço para uma nova roupagem contratual consolidada na justiça e ordem jurídica, objetivando a solidariedade econômica, firmada na constituição republicana, e o apego da função social do contrato no vigente código civil se entrelaçando com a liberdade de contratar das partes. Força motriz de todo e qualquer vínculo contratualístico.

Por outro lado, a intervenção do Estado fomentou grandes mudanças nos pactos contratuais, possibilitando a socialização dos contratos e alterando as esferas obrigacionais num contexto mais lógico e jurídico.

Com as mudanças da autonomia da vontade, o incremento do intervencionismo estatal e a exigência de cumprimento da função social nos

contratos fizeram com que novos traços contratuais fossem criados. Assim, o não atendimento desses novos preceitos normativos faria com que o contrato fosse descaracterizado dessa nova conjuntura legal em que ele se encontra.

A justiça, a dignidade e cooperação, baseadas na eticidade e moral, fazem com que o Estado de direito se sobressaia sobre o interesse individual, obrigando assim que os interesses únicos se harmonizem com os coletivos, por meio da função social do contrato.

Considerando tais mudanças, bem como o respeito da autonomia da vontade entre os contraentes, seria possível afirmar que a mitigação dos direitos individuais em detrimento ao apelo social seria benéfica para ambas as partes? A interferência estatal seria benéfica para a sociedade? No que tange ao inadimplemento contratual, qual ou quais consequências jurídicas se podem encontrar no modelo contemporâneo dos contratos?

Tecidas as referidas ponderações que se mostram como justificativas para o trabalho, o estudo tem como foco analisar a evolução dos contratos na sociedade com o objetivo de aferir os impactos dessas mudanças nos acordos contratuais e a repercussão para a sociedade.

A função social definida tanto na Carta Maior como no Código Civil é fonte que propicia a instrumentalização do contrato na sociedade, tornando necessária à sua concretização.

A personificação do direito privado, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato, bases estas da nova roupagem contratual moderna, faz-se presente nos contratos.

O contrato deixa de ser um sistema fechado de obrigações, em que o pacto firmado fazia lei entre as partes, e passa a existir no sistema jurídico firmado pelas normas, permitindo uma melhor interpretação dos princípios contratuais para o caso concreto e sobre a ótica constitucional.

Motivo que conduziu à realização deste estudo da evolução dos contratos na sociedade e aos estudos dos novos princípios integradores dos direitos sociais. Estudo que se considera de grande valia para a compreensão das novas diretrizes dos judiciários.

Não se aborda aqui acerca de nenhum contrato em particular, mas sim da aplicação das vertentes jurídico-normativas presentes em todo e qualquer contrato firmado.

A obrigação pactuada entre sujeitos de direito se vincula ao princípio da autonomia da vontade que personifica o contrato. Efeito disso, analisar a mudança de paradigma e a ruptura da autonomia da vontade de outrora que não havia mais sustentação devido à queda do liberalismo da época que consubstanciava a observância dos pactos a serem cumpridos a todo o custo.

A autonomia da vontade se torna coadjuvante no palco contratual pela intervenção do Estado nos negócios, com o objetivo de garantir os interesses sociais sobre as relações privadas, perpetuando a segurança jurídica aclamada pela sociedade.

A ruptura dos paradigmas trouxe a evolução dos contratos para a pós-modernidade e o tradicional modelo da autonomia liberal e a exigência de que aquilo que foi pactuado há de ser cumprido a qualquer custo enfraquece com a estrutura pós-moderna, apoiada nas funções advindas deste período, quais sejam, a econômica, a pedagógica, a social do contrato e a mitigação da liberdade de contratar.

Visando à ampliação dos estudos e à verticalização do tema central proposto, enfatizaram-se os estudos nas relações contratuais, mais precisamente, o princípio da boa-fé objetiva, tema de extrema importância para este trabalho, face a repercussão e consequências no direito. Merece uma análise mais detalhada, considerando-se o apelo advindo da Constituição Federal e o Código Civil vigente, em que os contratos foram revestidos obrigatoriamente pela função social, instrumento este indispensável para a harmonia das pessoas na sociedade e, como mencionado, afastando de vez o princípio da autonomia plena de vontade, características ultrapassadas do Estado liberal.

Dito isso, apresenta-se de grande relevância o estudo do princípio da boa-fé objetiva delineada nos códigos normativos e seus reflexos jurídicos, uma vez que hodiernamente as relações contratuais fazem parte da visão moderna, cujo objetivo maior é a dignidade da pessoa humana e os anseios sociais.

Com o intuito de se analisar com maior propriedade a boa-fé na pós-modernidade, após a exposição geral da boa-fé objetiva, adentrar-se-á nas funções modernas, mais especificadamente, nas funções de deveres anexos da boa-fé. No referido capítulo, são apresentadas a função interpretativa, a função criadora de deveres jurídicos e a função delimitadora dos direitos subjetivos com relevância ao novo ambiente social-contratual.

E, finalizando o trabalho, debruça-se no estudo do adimplemento substancial do contrato, entendimento doutrinário e jurisprudencial que hoje está recebendo guarida no judiciário, culminando numa análise de manutenção do contrato ou na resolução dele pelo fato de uma parte ter descumprido o pacto contratual inicial.

Dessa análise, retoma-se o estudo da vontade dos contratantes em querer a perpetuação do contrato, mesmo que existindo uma ínfima parcela a ser cumprida, ou, a finalização deste, arcando-se assim com as perdas decorrentes da quebra contratual.

Após discorrer sobre os temas aqui apresentados, emitir-se-á conclusão sobre a influência dos contratos na sociedade. Espera-se, com isso, que o presente estudo contribua para uma reflexão voltada à autonomia da vontade e à função social do contrato alinhando-se, uma vez mais, aos propósitos estampados na carta maior possibilitando uma sociedade economicamente justa e funcional dos contratos.

## 1 TRAJETÓRIA E EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS

Tão antiga quanto a existência dos negócios na sociedade, a presença dos contratos é resultado da própria necessidade de relacionamento social.

A expansão e a multiplicação dos termos contratuais na trajetória e evolução mercadológica não evoluíram apenas e tão somente da ordem quantitativa.

Numa análise temporal, momento em que os contratos deixaram de ser somente a vontade dos interessados, proliferaram-se tanto outros tipos de contratos como forma de equalização das vontades dos contratantes.

Evidente que essa evolução foi proveniente da própria necessidade mercadológica aliada ao desenvolvimento comercial de cada época e região.

Assim, os tipos e modelos de contratos não tiveram outra alternativa a não ser que se modernizassem para a justa adequação exigida para cada momento da evolução social.

De tempos em tempos a sociedade está se modificando nas suas relações contratuais, quer seja pelo aumento das riquezas e valores envolvidos, quer seja pelo aumento das desconfianças das pessoas em deixar de lado os conceitos patriarcais e retrógrados da garantia dada por meio da palavra, comumente conhecida como pacto firmado pelo “fio do bigode”, ou seja, o cumprimento de determinada obrigação inicialmente firmada apenas pela palavra, sem a existência de qualquer documento jurídico valorativo.

Parece, de facto, remontar a tempos «históricos» o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações económicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da colectividade – numa palavra, submetê-las ao direito. E «contrato» é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva «captura» das operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos – tal como as operações económicas – ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num «espaço vazio de direito».<sup>1</sup>

E, por esses e outros tantos motivos, os tipos e termos contratuais se amoldaram a uma nova realidade social e mercadológica.

---

<sup>1</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.15-16.

Ordinariamente o instrumento contratual quanto mais denso e bem estruturado, que transpareça e sustente as nuances contratuais e todos seus aspectos formais, apresenta-se mais fiel e necessário para a sociedade, tornando-se mais abrangente para a necessidade social que, acaba por formalizar pactos consistentes nas suas relações mercantis.

O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas e, se não o forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos. Com efeito o contrato juridiciza o fenômeno mais frequente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas.<sup>2</sup>

Denota-se também que os contratos estão em constantes mutações, advindas da necessidade social e, dessa maneira, os contratos acabam se aperfeiçoando a esta nova realidade social, tornando-se mais refinados e densos.

Não se pode deixar de dizer que as várias facetas contratuais se salientam ainda mais a importância de os contratos possuírem formas próprias para cada tipo de negócio, dada a amplitude dos tipos contratuais existentes hoje no sistema jurídico.

Com isso, e para o enobrecimento do trabalho proposto, nada mais certo e justo que haja um aprofundamento das origens dos contratos na sociedade e também suas modificações ao longo do tempo.

## 1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Necessário conhecer um pouco da história do referido instituto jurídico, ainda que, de maneira resumida, mais não deixa de ser importante para o entendimento e compreensão da situação atual dos contratos. Ademais, os alicerces contratuais de hoje foram construídos por períodos passados.

Historicamente, pode-se dizer que os contratos existem na sociedade desde que o homem deu início a viver em comunidade; contudo, como ponto de partida para o estudo, nada mais importante de ser o ponto de partida o direito romano.

O direito romano revela-se de grande importância sobre o estudo do

---

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.15.

contratos, já que é “[...] um período em que a sua sistematização jurídica se tornou mais nítida, mais detectável pelo estudioso do direito ou pelo investigador da história.”<sup>3</sup>

Os contratos romanos possuíam rigor formalista. Para cada determinada operação havia um tipo de contrato a ser seguido, a fim de que essa operação contratual tivesse a devida proteção do estado.

No direito romano, o mero acordo entre eles não era suficiente para estabelecer regras entre os contratantes.

[...] podemos perceber a utilização de três vocábulos para designar fenômenos semelhantes: convenção, contrato e pacto. A convenção era gênero e as espécies eram o contrato e o pacto. Contratos eram convenções normatizadas e por isso protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. [...] o pacto era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio*.<sup>4</sup>

Paulo Lôbo esclarece que no direito romano os contratos não se conheciam como categoria geral pelo fato de inexistir direito subjetivo entre os contratantes. Dessa maneira, as leis de Roma não contemplavam as ações particulares do contratante. Neste entendimento, se o Judiciário não reconhecia determinada ação para o contrato, ele simplesmente não existe no mundo jurídico.

O direito romano não conheceu o contrato como categoria geral, até porque inexistia o direito subjetivo como os modernos desenvolveram. A tipicidade romana das *actiones* não comportava uma figura genérica a que se conduzem, por subsunção as espécies contratuais. Se o magistrado não admitia o *actio* para determinadas convenções elas simplesmente não existiam como contratos; eram pactos nus (*pacta nuda*).<sup>5</sup>

Desse modo, no direito romano se tinha a divisão de contratos dotados do rigor formalista e amparado pelo sistema jurídico daquela época e os pactos que não

---

<sup>3</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.40.

<sup>4</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.231-232.

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

possuíam tratamento formal, e, dada a esta falta de formalismo que era obrigatória para a época, não possuíam amparo jurídico.

O direito romano não admitia a estipulação em favor de terceiro, que se opõe ao caráter estritamente pessoa do vínculo obrigatório capaz de produzir consequências somente entre os partícipes da convenção, simbolizando pela parêmia *alteri stipulari Nemo potest*, mencionada nas Institutas de Justiniano e no Digesto, fonte, na época, das obrigações voluntárias cercadas de formalidades. O beneficiário da promessa não teria legitimação para propor ação reclamando o seu cumprimento por não ser parte na convenção original.<sup>6</sup>

A sociedade romana seguiu evoluindo ao passar do tempo, e alguns pactos acabaram sendo incorporados para possuir a proteção via *actio*. A exemplo, a categoria de contrato *solo consensu* que eram os contratos de locação, compra e venda e contratos de mandato e associativos.

Evidente, já que nestes contratos o que imperava era a declaração de vontade do pacto, nada mais coerente ser amparado pela corte da época.

Denota-se, portanto, que, no direito romano, o contrato era um instrumento de criar obrigações não tendo a intenção de extinguir obrigações, muito menos modificar.

Referidos traços não mais prevalecem no direito contemporâneo, como exemplo, não se distingue o pacto e o contrato como fontes distintas de direitos. Esses dois tipos são perfeitamente aceitos para o ajuizamento do Estado como forma de garantir o direito que lhe foi tolhido.

O direito do credor de fazer o aprisionamento e a escravidão do devedor inadimplente que garantia o cumprimento da obrigação pactual com seu corpo não mais é aceito. Hoje, mesmo sendo a obrigação personalíssima, a responsabilidade do devedor é patrimonial e não corporal.

O sistema romano perdurou durante séculos, ultrapassando a era de Justiniano e o direito canônico; no que tange ao contrato, embora fossem vistas tímidas alterações, a essência dos contratos ainda permanecia.

A expressão direito romano é empregada (...) para designar as regras jurídicas consubstanciadas no *Corpus Juris Civilis*, conjunto

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações: parte especial*. São Paulo, Saraiva, 2015, p.120.

ordenado de leis e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou os séculos e chegou até os nossos dias.<sup>7</sup>

A bem da verdade, em tempos históricos, no formalismo romano da época, os contratos se assemelhavam mais para pacto entre as partes do que contrato propriamente dito, pela ausência do formalismo jurídico.

Esses pactos chegavam ao ponto de subordinar o próprio corpo do devedor ou de algum membro da família (*nexum*) como forma de pagamento de determinada quantia.

Após a edição da *Lex Poetelia Papiria* não foi mais aceita essa possibilidade de quitação de obrigação com a escravidão do próprio corpo, deixando o devedor livre do pagamento da sua dívida, não podendo mais ser escravizado em favor do seu credor quando tornasse inadimplente, sendo possível apenas a cobrança por meio de valores patrimoniais.

Para o Direito romano, “[...] o contrato e convenção se distinguiam entre si. O contrato representava gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies”.<sup>8</sup>

Com as grandes codificações do direito nos países europeus no século XIX, o direito romano começou a perder força, já que cada país começou a criar suas próprias regras e, mesmo assim, acabaram por abstrair do sistema romano fontes de informações.

Na França, a queda da Bastilha, ocorrida em 1789, foi o marco da Revolução Francesa. Data esta referência da “liberdade, fraternidade e igualdade”, ideologia que marcou a história e que trouxe as diretrizes do que se chama democracia e justiça.

Fatores predominantes da época que culminaram na Revolução Francesa foram de ordem ideológica e econômica advindos da miséria que massacrava a população em desalinho com o clero e os monarcas que viviam no luxo e conforto, frutos do sistema exploratório imposto sobre a sociedade.

Diante dessa situação, a população se mobilizou para invadir a Bastilha e tirar o governo Luís XVI, monarca da época da revolução. Após, a Assembleia retirou

---

<sup>7</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.9.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*, p. .23.

todos os poderes dos senhores feudais e em 1789 foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As ideologias da Revolução Francesa fundamentaram dois importantes princípios vigentes até hoje, quais sejam, a igualdade formal dos contratantes e a liberdade de contratar.

Para o direito, a Revolução Francesa significou o fim dos privilégios dos nobres e a escravidão da população em ter de manter as vontades do clero e dos monarcas por meio de exaustivos impostos. O povo passou a ser respeitado como pessoa, por meio do direito social, momento este em que se fixaram as bases do capitalismo e da burguesia<sup>9</sup>.

A classe burguesa, após a Revolução Francesa e seus ideais, teve suas atividades econômicas livres, podendo estabelecer acordos livres com o único objetivo econômico nas suas relações. A única obrigatoriedade seria que o pacto fosse justo, e, sendo assim, teria força obrigatória de execução.

Muito antes da Revolução Francesa, algumas mudanças eram cobradas pela Literatura, em 1596, William Shakespeare escreveu a peça *O Mercador de Veneza* para evidenciar os limites legais impostos pelo Estado, o livre direito do cidadão em contratar, o respeito e a garantia do contrato, o papel da justiça, o antissemitismo, os limites de cobrança de juros, os valores da liberdade de cada um, o amor, o poder e a vingança. Cita-se o texto de William Shakespeare apenas para pontuar que a peça teatral já questionava sobre os termos contratuais praticados à época, indagando sobre o direito mercantil praticado e como eram tratados os termos contratuais. O acordo celebrado entre o Judeu e o mercador seria a retirada de uma tira de couro do seu próprio corpo caso o cristão não cumprisse com a avença emprestada (três mil ducados da época), mais precisamente conforme se descreve na peça teatral “uma libra de carne do seu próprio corpo”. A exata medida da aplicação da lei de Veneza e aos termos contratuais pactuados entre o mercador e o judeu estabelecendo que “pertence-te uma libra aqui na carne do mercador; a corte o reconhece, porque a lei o permite”,<sup>10</sup> caso não fossem cumpridas as exigências contratuais.

Do Mercador de Veneza extraem-se para o trabalho elementos típicos da

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.230.

<sup>10</sup> MORAES, Ríndo Castigat. *O Mercador de Veneza – William Shakespeare*. São Paulo: EBookBrasil.com, 2000, p.117.

teoria dos contratos tais como: o da autonomia privada pela presença do consenso de ambas as partes em celebrar aquele contrato e, que ninguém está obrigado a celebrar contrato. Contudo, havendo celebração e aceitação das partes, respeitando os dizeres legais da época, devem ser respeitados todos os seus termos contratuais.

De qualquer maneira, qualquer convenção poderia tornar-se exigível se tabulada nas formalidades legais, trazendo, assim, o entendimento de que as convenções também são atos exigíveis, já que o mais importante seria a vontade das partes em contratar.

E este liberalismo burguês que gerava abusos acabou culminando na intervenção do estado nas relações privadas, para proteger os vulneráveis nos contratos. Surge então o Estado intervencionista e, com isso, o surgimento de diversos outros ramos do direito.

Embora não seja o ponto central do trabalho o estudo da filosofia do direito, não se pode deixar de destacar os estudos do filósofo francês Rousseau, que trouxe a ideia do contrato para o seio social.

Na concepção de Jean-Jacques Rousseau<sup>11</sup> que pregava a ideia do Estado contratualista e a formação lógica do bem comum, os indivíduos de uma determinada sociedade abdicavam certos direitos naturais e pessoais em troca de possuir maior segurança numa sociedade mais organizada, criando a ideia de direitos iguais para um coletivo de pessoas.

O código Napoleão fixou-se como uma das grandes codificações modernas, pelo exemplo já referenciado do direito romano que considerava a convenção como gênero e o contrato era uma espécie.

Idealizado sob o calor da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para a aquisição da propriedade.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o indivíduo podia ter plena autonomia para contratar e plena possibilidade de ser proprietário e que o contrato se torna um meio de circulação de riquezas de uma classe privilegiada, que, no caso, refere-se à época da burguesia francesa.<sup>12</sup>

Roppo esclarece que, mesmo o indivíduo possuindo liberdade de contratar e adquirir bens por meio das relações contratuais, se ele não puder exercer os direitos efetivos da propriedade, ou melhor, poder usar, gozar e dispor da propriedade como

---

<sup>11</sup> WEFFORT, Francisco Carlos. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006, p.36.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*, p.23.

lhe aprouver, não possui liberdade.

[...] a propriedade privada é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).<sup>13</sup>

No Código de Napoleão, os artigos que definiam os termos do contrato não possuíam um livro próprio, eram tratados no livro destinado a propriedade das pessoas. Ou seja, o contrato era um dos instrumentos para a aquisição de propriedade, e, sendo assim, estava subordinado a essa forma jurídica.

Da análise histórica apresentada fica evidente que a economia daquela época só era movimentada pela transferência de propriedade e, assim, o contrato era a “mola propulsora” economicamente ativa.

Conforme Enzo Roppo, “a liberdade só era possível com a propriedade, bem como para a propriedade era essencial a liberdade – liberdade de usá-la, dispô-la como bem o aprouver, sendo o contrato o meio hábil para isso”.<sup>14</sup>

E complementa o autor ao dizer que a liberdade de contratar e a igualdade formal das partes são os pilares de qualquer contrato.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas de vez em quando realizadas sob a forma contractual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do <<antigo regime>>, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da

---

<sup>13</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.42-43.

<sup>14</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, p.32-33.

justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contractual>> equivale a dizer <<justo>> (<<*qui dit contractuel dit juste*>>).<sup>15</sup>

E, em análise final do código napoleônico, Roppo define que a transferência de bens passa a ser imperiosa para a manifestação da vontade, explanada no contrato já que, para o sistema francês, o contrato é o ponto máximo do individualismo associado a vontade de contratar e a propriedade.

Mas para que este processo de transferência da riqueza pudesse efectivar-se da forma melhor e mais segura e de molde a não provocar desperdícios, atritos e lesões demasiado graves, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: liberdade de contratar, baseada no consenso dos contraentes -poderia ser o slogan que o resume.<sup>16</sup>

E é nesse sentido que trata o artigo 1.134 do código napoleônico estabelecendo que “as convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra a qual devem se submeter como a própria lei”.

Dessa forma, fica evidente que o código francês tem o interesse de amparar a burguesia nas relações comerciais, pelo fato de que “o contrato representa o acordo dos contraentes e configura a oportunidade de a burguesia adquirir os bens das classes, mas de forma improdutiva. Essa posição representava uma reação contra os privilégios da realeza”.<sup>17</sup>

Como o propósito é o estudo dos Contratos em determinadas partes na história, faz-se presente o estudo do código alemão, mesmo ele tendo sido editado quase um século após o código francês, sendo reconhecido pelos doutrinadores como a segunda grande codificação de destaque dos termos contratuais.

Partindo deste raciocínio, o negócio jurídico por si só não possui condições de transferência de propriedade, mas, apenas e tão somente, um veículo ou um elo para se chegar na transferência da propriedade, necessitando que determinado contrato se perfaça no tempo.

No Brasil, os contratos estão hoje tipificados no Código Civil de 2002, com a

---

<sup>15</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.35.

<sup>16</sup> ROPPO, Enzo. *op.cit.*, p.45.

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.38.

Lei 10.406 promulgada em 10 de Janeiro de 2002, possuindo vacância de um ano após a sua publicação.

Com o tempo, os contratos foram reclassificados, massificados, reorganizados, standartizados e até despessoalizados.

Novas figuras foram surgindo, tais como, contrato por adesão, dentre outros.

Com o Código Civil, os contratos recebem a influência da intervenção do Estado objetivando a proteção das partes, surgem novos conceitos de direito, como exemplo a lei do consumidor, a lei de compras pela internet.

Hoje, os contratos necessitam cumprir a sua função social conforme definido no artigo 421, estabelecendo que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, respeitando os princípios de probidade e boa-fé nos termos do artigo 422 que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Com isso, todos os contratos possuem direitos e deveres entre as partes, mas só se tornam válidos seus direitos se o respectivo contrato não vier a ofender o interesse social, a exemplo, os contratos de licitação pública conhecidos que afastam o interesse social quando há um interesse individual de desvio de riquezas públicas para o particular, popularmente conhecida como “cartas marcadas”, com o objetivo de pactuação com o ente público com venda de produtos e serviços superiores aos preços de mercados.

Novos preceitos passaram a permear a dogmática contratual. Com a justiça social, a função social dos contratos e a boa-fé dos contratantes de forma obrigatória sendo limitada pela própria lei notadamente em função de um interesse maior, qual seja, a pacificação social.

Hoje, além de o contrato ter a vinculação das partes de fazer e trazer os direitos e obrigações entre os contratantes, torna-se necessário trazer uma “carga” de responsabilidade para a sociedade, melhor dizendo, que seu contexto possua amparo para demais indivíduos na sociedade.

Além, é claro e evidente, que o contrato possua a criação, a modificação e a extinção dos direitos por meio da sua validação entre os contraentes.

Embora se debruce no estudo histórico da evolução contratualística, certo é, a cada tempo se construiu o modelo contratual e, a cada nova formulação, novas formas contratuais foram necessárias para o amparo da própria evolução social.

É o que ensina Enzo Roppo sobre a essência do contrato. O contratante sendo livre e o contrato se modificando na história.

Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma << essência >> do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo - o que é duvidoso - que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma <<essência>> histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.<sup>18</sup>

Em processo de síntese, o contrato deve respeitar o modelo democrático e em conformidade com o período histórico que cada qual foi firmado.

Importante dizer também que não se pode admitir que a vontade dos contraentes seja intangível ou mesmo que a essência de determinado contrato seja apenas e tão somente o interesse social, vez que o contrato também possui a vontade econômica. Ainda, que o contrato necessita respeitar a liberdade individual e que esta liberdade não pode ser restringida ou desviada para garantir o interesse coletivo, como também não se pode exercer esta liberdade sem o reconhecimento da existência do interesse social.

Tanto um como outro, na ordem privada ou estatal, tem o compromisso de proteger e promover a dignidade da pessoa humana e, neste ponto, o contrato de vontades emerge como uma pilastra, sustentando as vontades das partes em manter-se em contrato, como também, conseguir vislumbrar a existência do interesse maior neste mesmo contexto contratualístico.

Vontade individual e interesse social com harmonia para se tornar possível a satisfação daqueles que contratou e a manutenção da vida em sociedade.

## 1.2 ORIGEM, CONCEITO E EXTENSÃO DOS CONTRATOS

A palavra contrato possui origem etimológica do latim “*contractus*” tendo seu

---

<sup>18</sup> ROPPO, Enzo. Ibidem, p.347 e 348.

significado de ajuste, acordo, convenção ou pacto entre as pessoas.

Com o estudo do referido vocábulo, verifica-se que a palavra “contrato” se estreita no relacionamento contratual de acordo de vontades para um fim específico, por meio de um pacto ou tratado, criando-se direitos e obrigações mútuas.

Paulo Lôbo traz um conceito do contrato nas relações pessoais no decorrer do tempo. Para ele, o contrato é a materialização do interesse do contratante e a exteriorização da vontade em contratar.

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Esta sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando abriram mão da força bruta para a obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso das próprias partes.<sup>19</sup>

O Código Civil vigente não trouxe nenhum artigo que conceitua o contrato, ficando assim, a cargo da doutrina essa conceituação.

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.<sup>20</sup>

Maria Helena Diniz define que o contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.

Outros doutrinadores, ao conceituarem o contrato, definem como um “[...] negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, que convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa [...]”<sup>21</sup> como também, um “[...] acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.<sup>22</sup>

Para tanto, a conceituação de Francisco Amaral propõe que o contrato é “[...] o acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação

---

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.15.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.30.

<sup>21</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.10.

<sup>22</sup> GOMES, Orlando. *Idem*, p.11.

específica”.<sup>23</sup>

Orlando Gomes conceitua os termos contratuais, que, na sua formação, condicionam os sujeitos de direito a possuírem conduta idônea para a satisfação daquilo que inicialmente fora pactuado.

É espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral. [...] é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.<sup>24</sup>

Caio Mário da Silva Pereira explana que o contrato, além de gerar negócios jurídicos, aponta para a necessidade do consentimento e a conformidade da criação de direitos e obrigações entre os contratantes, valendo-se do acordo de vontades para os fins de criar, alterar ou extinguir direitos entre eles.

É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-se mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (...), podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.<sup>25</sup>

Entende-se que, embora um pouco avançado no tempo, os estudos de Caio Mário revelam-se contemporâneo.

Finalizando os conceitos contratuais, Maria Helena Diniz assevera que o contrato “[...] constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados.”<sup>26</sup>

Com os referidos conceitos acima apresentados, pode-se fazer uma junção e conceituar que o contrato é o mecanismo deflagrador de interesse de duas ou mais

---

<sup>23</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.143.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. Loc. Cit.

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.6.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*, p.11.

peças, com o propósito de criar uma relação jurídica e esta relação juridicamente formalizada tem o objetivo de criar, alterar ou extinguir direitos e obrigações.

O contrato é o instrumento que harmoniza os interesses das pessoas a um objetivo comum específico que foi pactuado, exteriorizando, quando os contratantes alcançam um ponto satisfatório para ambos no momento da sua assinatura, produzindo seus efeitos jurídicos entre eles e terceiros.

Face a isto, determinado contrato não se blinda ou se restringe apenas e tão somente ao direito das obrigações, estendendo-se também a vários outros ramos do direito, tanto público como privado.

Os contratos, para não dizer que são a fonte mais importante, tornam-se uma das mais importantes fontes de obrigações inseridas na sociedade. São pactos firmados entre as pessoas as quais se tornam obrigadas a dar, fazer ou não fazer determinada coisa.

Sendo assim, o contrato se torna um negócio jurídico e, para tanto, necessária a observância dos elementos objetivos esculpados no Artigo 104 do Código Civil Brasileiro, para tornar o contrato válido.

Como define o artigo 104, a validade do negócio jurídico requer que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

Maria Helena Diniz apresenta também elementos subjetivos que os contratos devem possuir com o objetivo de garantir os termos pactuados no plano de existência jurídica.

1. Existência de duas ou mais pessoas.
2. Capacidade das partes contraentes para exercer os atos da vida civil, as quais não podem configurar-se nos artigos. 3º e 4º do Código Civil, sob pena da anulabilidade ou nulidade do contrato.
3. Capacidade típica para contratar, ou seja, os contratantes deverão ter legitimação para executar o negócio jurídico.
4. Concordância das partes acerca da existência e natureza do contrato, do seu objeto e das cláusulas que o formam.<sup>27</sup>

Como se observou, o Código Civil não trouxe uma conceituação do ato jurídico, trazendo apenas no Artigo 104 elementos estruturais.

Nesse sentido, conclui-se que é um ato voluntário da vontade de contratar,

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.27.

diferentemente da conduta ilícita que foi definida no Artigo 186 do mesmo diploma legal.

Os requisitos formais são aqueles referentes à forma do contrato, porém, o Código Civil não trouxe rigidez a esse requisito, sendo permitido que o contrato seja pactuado de maneira livre, podendo ser forma oral ou escrita, o que vai prevalecer é se não está em desalinho com os preceitos normativos que garantem a sua eficácia.

Vale lembrar que a forma oral ou prescrita interfere no vínculo jurídico criado entre os pactuantes, como também, seus efeitos.

Por tais razões, existem determinados princípios que são “pilares” para a existência e validade dos contratos. A respeito dos princípios, trata-se deles em capítulo específico devido a sua importância.

Sem sombra de dúvidas, o contrato se acentua “com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa.”<sup>28</sup>

[...] os negócios jurídicos bilaterais se formam a partir de manifestações de vontade distintas, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto. [...] Forma-se o negócio jurídico bilateral no momento em que os figurantes materializam o acordo. Em geral, há uma oferta (= proposta) e uma aceitação, negócios jurídicos unilaterais que se soldam pelo consenso”.<sup>29</sup>

Com este conceito, chega-se à conclusão de que o contrato é “[...] o conjunto de princípios e normas que regem uma determinada relação ou situação jurídica”.<sup>30</sup>

Como se vislumbrou, os conceitos contratuais disponíveis na doutrina são inúmeros e denota-se que estão enraizadas nas concepções clássicas de ajustes de vontades e de formalismo jurídico de outrora.

Roppo esclarece que a autonomia da vontade deve ser plena, não se pautando a lei, a não ser a vontade das partes em estar, em contrato.

Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contratantes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou

---

<sup>28</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, p.7.

<sup>29</sup> MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.198.

<sup>30</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.12.

com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se em estorvos e sem controles. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.<sup>31</sup>

Com o decorrer do trabalho, apresentam-se as mudanças que se tornaram necessárias ao contrato para se reestruturar a uma nova realidade social, a exemplo, os contratos de massa e de novas condições de contratação pelos “starts” advindos pela globalização.

### 1.3 A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NOS CONTRATOS

O contrato, nos termos do Código Civil vigente, é um acordo celebrado entre duas ou mais pessoas que se sujeitam a um objetivo comum, sobre determinado objeto lícito, possível e determinado, criando, alterando ou extinguindo direitos.

Na concepção considerada clássica ou tradicional, o contrato resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes ou contratantes, com a irradiação dos efeitos próprios. Essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação da vontade que o outro fez.<sup>32</sup>

Portanto, o contrato se materializa com a vontade das pessoas que pactuaram para a realização de determinado fim específico, assumindo a obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar determinada coisa.

Para Maria Helena Diniz:

[...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de

---

<sup>31</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, p.32-33.

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, p.16.

interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.<sup>33</sup>

Pode-se dizer que o contrato é a materialização das vontades entre duas (bilateral) ou mais pessoas (plurilateral), sobre objeto lícito, possível e determinável, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos inicialmente pactuados.

Com esses dizeres, surge no contrato a autonomia da vontade das pessoas em querer contratar, ou melhor, a liberdade de querer contratar ou ainda, permanecer em determinado contrato.

Ainda, pode-se dizer que a liberdade não está restrita ao momento de ingressar ou sair de determinado contrato, vai mais além, na estipulação de certos termos, definição de preços, definição de termos e formas de pagamentos são exemplos de estreitamentos contratuais.

Para Enzo Roppo o princípio da liberdade se consagra na manifestação do sujeito de direito de forma livre para decidir e estipular determinado contrato.

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia da liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, deia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço.<sup>34</sup>

Ressalta-se, porém, que a manifestação da vontade é apenas parte do processo contratualístico, vez que de nada vale a intenção ou vontade de contratar, se torna necessário a pactuação, a modulação de determinado contrato, ou melhor dizendo, a vontade de determinada pessoa exteriorizada nos contratos firmados, declarando a sua intenção e seus desejos.

A declaração da vontade exteriorizada no contrato é o resultado da fusão da vontade das partes em querer estar em determinado contrato e não apenas no seu íntimo, mas sim tornar socialmente conhecida e juridicamente formalizada para a produção de seus efeitos, tanto entre eles como para terceiros.

---

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*, 2016, p.30.

<sup>34</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, p.32.

Há diversas formas para a exteriorização da vontade do sujeito em contratar; contudo, determinadas vontades não são aceitas no sistema brasileiro: “[...] no costume camponês de algumas regiões italianas, por exemplo, a compra e venda de gado só se considera efectuada quando as partes apertam as mãos de uma maneira determinada [...]”<sup>35</sup>.

A vontade no contrato, tanto para a oferta quanto para a aceitação, há de ser manifestada, ou exteriorizada, não podendo reter-se no campo psíquico do interessado. A concordância ou o consentimento é fato externo à vontade interior. A manifestação pode ser expressa, tácita ou, em situações especiais e restritas, pela inação ou silêncio. A manifestação expressa veicula-se mediante sinais ou signos intelegíveis, como a escrita, ou pela oralidade. É tácita quando se revela por atos que não são acompanhados por signos ou palavras pronunciadas ou escritas.<sup>36</sup>

A vontade pela parte que quer contratar se exterioriza de maneira tácita ou expressa. A aceitação será expressa quando houver declaração do aceitando manifestando sua anuência nos termos contratuais. Por outro lado, a aceitação será considerada tácita quando o contraente se apresentar inerte em determinada situação contratual, anuindo-o.

Neste instante, chega-se ao ápice da liberdade de contratar e o acordo de vontades se mostra claro e evidente na medida em que o que ficou pactuado entre as partes deve ser cumprido.

Surge o imperativo que aquilo que restou formalizado nos pactos contratuais devem ser respeitados (cumpridos). Na linguagem latina, é comumente conhecida como *pacta sunt servanda*, segundo tal conceito o contrato obriga os contraentes a serem fiéis nos termos que foram contratados.

Pelo *pacta sunt servanda*, o contrato se vincula às partes contratantes e, dessa maneira, não pode se desvincular deliberadamente, a não ser pelo distrato e a análise da multa pelo descumprimento contratual ou da impossibilidade provocada pelo caso fortuito ou força maior.

Orlando Gomes, ao tratar sobre o pacto e a necessidade de seu cumprimento, descreve que:

---

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. Ibidem, p.81.

<sup>36</sup> ROPPO, Enzo. Ibidem, p.93.

Consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.<sup>37</sup>

Nos ensinamentos acima delineados sobre o *pacta sunt servanda* se justifica "o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito".<sup>38</sup>

Neste momento da evolução dos contratos, as cláusulas contratuais são imutáveis e dentro deste prisma de estudo, o único fato que seria possível admitir o inadimplemento contratual seria o caso fortuito e a força maior que está prevista no Artigo 393 do Código Civil Brasileiro. E, caso exista, os referidos acontecimentos, tornando-os motivos que justifiquem a intervenção judicial para realizar-se a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

[...] a necessidade de segurança dos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir com a palavra empenhada [...], a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes [...].<sup>39</sup>

Dessa maneira, as cláusulas estipuladas no contrato devem ser cumpridas sem óbice, sujeitando os contraentes como se aquelas cláusulas fossem normas legais.

Por trilha antagônica ao *pacta sunt servanda*, delimita-se a cláusula *rebus sic stantibus*, tratada pela doutrina dominante como a teoria da imprevisão.

O primeiro conceito traz a garantia da autonomia da vontade do contraente em ver cumprido o objeto do contrato e, no segundo, tem-se a finalidade de garantir o equilíbrio contratual e a análise de que o interesse de um não se sobressaia do interesse do outro, ou seja, que se torne excessiva para o cumprimento de uma das partes.

---

<sup>37</sup> GOMES, Orlando. *Ibidem*, p. 36.

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Saraiva, 2013, p.63.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*, p.28.

A cláusula *rebus sic stantibus*, expressão originária do Direito Canônico pode ser transcrita como "estando as coisas assim" ou "enquanto as coisas estão assim".

Trata-se assim da possibilidade de alteração dos termos contratuais inicialmente pactuados quando da existência de circunstâncias que, dentre o lapso temporal da contratação até o momento da circunstância, não mais são igualitárias e, por este motivo, possível de sofrer alteração, ajustando, assim, o contrato a uma nova realidade, limitando a obrigatoriedade contratual firmada.

A imprevisão consiste, assim, no desequilíbrio das prestações sucessivas ou diferidas, em consequência de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários e anormais que impossível se tornava prevê-los razoável e antecedentemente. São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, que se torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antes antever esses fatos. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal, em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza, em relação ao devedor. Consequentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória dos contratos.<sup>40</sup>

Em outras palavras, mostra-se possível a revisão ou o desfazimento dos termos pactuados por ter existido fatos imprevistos e extraordinários que tornou uma das partes em desvantagem da outra.

Justifica-se, porém, que embora algumas situações tragam desequilíbrio contratual, não se torna possível a revisão dos termos obrigacionais, a exemplo, as surpresas econômicas do país.

CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Revisão de contrato bancário – Questão que prescindia da intervenção de um experto, podendo ser solucionada com base na lei, na jurisprudência e nos documentos carreados aos autos – Prova que não tem razão de ser, uma vez que aquilo que se pretendia demonstrar destoa do quanto livremente pactuado pelas partes – Pretensão ao cancelamento de alteração unilateral da avença que não demonstra boa-fé – Incidência do CDC ao caso que não permite a revisão pretendida – Necessidade de demonstração da ocorrência de condição superveniente que torne impossível seu cumprimento, autorizando a flexibilização da cláusula geral do *pacta sunt servanda*, do que não se tem notícia - Preliminar repelida. REVISÃO DE CONTRATO – Contrato de refinanciamento bancário – Questionamento acerca dos

---

<sup>40</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p.79.

juros capitalizados – Capitalização dos juros permitida a partir da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob nº 2.170-36/2001 que torna lícita sua cobrança – Constitucionalidade presumida até declaração expressa em sentido contrário – Entendimento recente do STJ que pressupõe contratação expressa da capitalização quanto a taxa de juros anual for superior ao duodécuplo da taxa mensal – TABELA PRICE - Licitude na sua aplicação que prevê o pagamento dos juros na parcela mensal, não havendo, com sua aplicação, capitalização de juros – Inexistência de demonstração de vantagem excessiva por parte da instituição financeira – Sentença mantida – Recurso desprovido.<sup>41</sup>

Do julgado, pode-se retirar que utilizar a teoria da onerosidade excessiva para os tribunais com o intuito de deixar de pagar, servindo de panaceia, protegendo a conduta ilícita do mau devedor não se pode pactuar.

O tema é revisto por Arnaldo Wald:

A teoria da imprevisão considera o contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanentes do futuro. Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, e seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momento da realização do contrato.<sup>42</sup>

Em outras palavras, só será fato extraordinário e anormal possível para que o contrato possa ser modificado quando for imprevisível pelas partes não possuírem condições de informações para afastar a teoria da imprevisão, mesmo elas tendo tomado todo o zelo e diligência para tal fim.

Essa modificação só é benéfica para o contrato quando, efetivamente, consegue se verificar que uma parte está sendo prejudicada em detrimento da outra e, como dito, necessitando de readequação.

Se a prestação de uma das partes se tornar manifestamente desproporcional, ou seja, excessivamente onerosa, devido a um acontecimento imprevisível, posterior à constituição da obrigação, poderá o prejudicado pedir sua revisão ao juiz. Não sendo isso possível ou recomendável, ou mesmo desejável, a obrigação se

---

<sup>41</sup> TJ-SP - APL: 10162765120158260071 SP 1016276-51.2015.8.26.0071, Relator: Jacob Valente, Data de Julgamento: 30/03/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2017

<sup>42</sup> WALD, Arnaldo. *Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.310.

extinguirá.<sup>43</sup>

Estando o contraente em tais situações, torna-se possível o pedido de revisão dos termos contratuais.

Caio Mario Pereira descreve que não pode a norma jurídica e a obrigação pactuada entre as partes, permitir que um dos contratantes lese o outro, deixando-o em situação desvantajosa. Assim “[...] que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo da juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato.”<sup>44</sup>

Frisa, porém, que “os eventos extraordinários e imprevisíveis devem estender-se para uma camada significativa da sociedade, não justificando uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações.”<sup>45</sup>

Não se chegando a uma revisão proposta pelo contraente que entendeu estar em situação reduzida pela outra parte, o juiz declara resolvido o contrato pelo fato que dele não poder decidir sobre o conteúdo do contrato (querendo alterar cláusula), apenas sobre o pedido formalizado. Não sendo assim, estaria contrariando o princípio da bilateralidade dos contratos.

Embora a teoria da imprevisão aconteça, não afasta a autonomia da vontade dos contratantes, vez que não foi manifestada tal vontade no momento de contratar, sendo este imprevisível.

No que tange à aplicação da teoria da imprevisão, Orlando Gomes descreve que:

Quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo.<sup>46</sup>

Verifica-se que o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* são mais que contrapontos de análise dos termos contratualísticos. Eles se complementam, pelo fato de que um só se perfaz quando o outro não consegue

---

<sup>43</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.373.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.98.

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Idem*, p.165.

<sup>46</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 148.

atingir.

Dos estudos da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* se torna necessária a existência de três elementos. O primeiro é a imprevisibilidade, o segundo é a existência do desequilíbrio advindo da imprevisibilidade e por último que os contratos sejam de execução diferida e continuada, ou seja, os contratos de execução instantânea não ensejam a possibilidade.

A cláusula *exceptio non adimpleti contractus*, na tradução, traz a figura da exceção do contrato não cumprido devidamente positivadas no Artigo 476 do Código Civil que estabelece que nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Somando-se a isso, o Artigo 477 do mesmo diploma legal estabelece que se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Como visto, os artigos mencionados transcrevem a possibilidade de o devedor desobrigar-se da obrigação que foi pactuada no contrato pelo fato que o outro contraente não está cumprindo com a sua parte.

Contudo, a regra da exceção do contrato não cumprido só pode ser aplicada nos contratos bilaterais, sinalagmáticos ou de prestações correlatas, pelo fato de existir obrigações recíprocas entre os contratantes, fundando-se principalmente da vontade das partes e o justo equilíbrio no cumprimento das obrigações contratuais.

A *exceptio non adimpleti contractus* é uma defesa oponível pelo contratante demandado contra o co-contratante inadimplente, em que o demandado se recusa a cumprir a sua obrigação, sob a alegação de não ter, aquele que a reclama, cumprido o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito adimplemento do contrato. Dessa forma, se um deles não o cumprir, o outro tem direito de opor-lhe em defesa dessa exceção, desde que a lei ou o próprio contrato não determine a quem competirá a obrigação em primeiro lugar <sup>47</sup>

E é justamente pelo fato de que determinado contraente tem a obrigação mútua entre ambos, como causa contratual, a lei lhe permite a esta exceção quando

---

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.118-119.

um não satisfaz a obrigação pactuada com o outro.

Importante ressaltar que o estudo da aplicação da referida exceção se concentrou na observação dos contratos no campo do direito privado, entretanto, a referência que foi obtida no campo do direito público parte da doutrina não admite o seu uso por contrariar o princípio da continuidade do serviço público e a supremacia do interesse público sobre o particular.

Embora já haja uma certa flexibilização para o uso também da exceção no campo do direito público pelo fato de que, em determinados casos o ente público acabava agindo de maneira arbitrária, ferindo o estado democrático de direito.

ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PACIENTES, ACOMPANHANTES E SERVIDORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS – ATRASO NO PAGAMENTO POR MAIS DE 90 DIAS – EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – ART. 78, XV, DA LEI 8.666/93 – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL – ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA. [...]

4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público.

5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, lícitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.<sup>48</sup>

Desta forma, caso o Poder Público não cumpra os prazos, ou melhor, aquilo que foi pactuado no contrato, de maneira injustificada, é passivo de suspensão da execução e de sofrer as medidas pelo seu inadimplemento, a exemplos, o ressarcimento de prejuízos comprovadamente causados, a rescisão contratual e demais multas previstas no contrato primitivo que fora acordado.

Outra análise finalista de exceção, e não menos importante, a cláusula *solve et repete* brocardo latino que na tradução simples significa: pague primeiro e reclame depois.

---

<sup>48</sup> REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008

A referida cláusula reforça a ideia de cumprimento contratual e, principalmente, a vontade do contratante que deseja a satisfação e a execução contratual.

Para tanto, aquele que deseja satisfazer o contrato realiza o cumprimento da sua obrigação mesmo que a outra parte já esteja descumprindo. E somente depois (dele ter cumprido), pedirá a outra parte inadimplente com o pacto o cumprimento da avença, incluindo-se ou não perdas e danos.

Agindo assim, ocorre a renúncia ao princípio da exceção do contrato não cumprido, vez que estaria ele renunciando a sua defesa, cumprindo a sua obrigação contratual.

E, novamente, tem-se que permear o direito administrativo, por ser objeto comum a cláusula *solve et repete*, a qual é muito comum nos contratos administrativos, usada para favorecer e proteger a administração, por ser considerada uma cláusula exorbitante no contrato. Contudo, nos contratos privados, deve ser evitada devido a proteção de desequilíbrio contratual aliada ao princípio da bilateralidade contratual.

Ressalta-se também que a cláusula *solve et repete* não tem aplicação nos contratos de adesão, conforme estabelece o Artigo 424 do Código Civil: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio<sup>49</sup>” e nos contratos de relativos ao fornecimento de produtos e serviços, como bem define o Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços<sup>50</sup>”. Neste último, não é admissível por não se admitir no direito consumerista a renúncia a proteção do direito.

#### 1.4 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMA

A autonomia da vontade, pilastra central do liberalismo da época que constituía a obrigatoriedade entre as partes formulada pelo contrato e, aquilo que foi pactuado, deverá ser cumprida, não mais prevalece.

---

<sup>49</sup> Disponível em: <https://www.direitocom.com/sem-categoria/artigo-424-4> Acesso 2m 11 set. 2017.

<sup>50</sup> Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601113/artigo-51-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990> Acesso em 11 set. 2017.

Não houve outra alternativa diante das mudanças sociais ocorridas durante o tempo na vida em sociedade, o Estado passou a adotar uma postura de intervenção sobre as relações privadas.

[...] o contrato sofreu sensível transformação ao longo do séc. XX, havendo experimentado um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava. Com isso, temos, que especialmente nos últimos cinquenta anos, com o incremento da atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos mercados de consumo, o princípio da igualdade formal entra as partes contratantes – baluarte da teoria clássica contratual e que sempre serviu de lastro à regra (até então absoluta) do *pacta sunt servanda* – começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social, e, sobretudo, afigurando-se em muitos casos, como uma regra flagrantemente injusta.<sup>51</sup>

A liberdade dos contratantes alicerçada no princípio da autonomia da vontade e a exigência do cumprimento irrestrito pelo pacto formalizado cedem espaço para a ideologia de reciprocidade e equilíbrio entre as partes.

O que se vê é a necessidade de novos paradigmas para que o contrato possua maior “força” de aceitação já que os interesses contratuais transcendem àqueles que pactuaram, frente as novas necessidades sociais.

Como bem define Cláudia Lima Marques sobre a necessária evolução dos contratos e a mudança da autonomia das partes.

Não é fruto de um único momento histórico – ao contrário, ela representa o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a Idade Média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Francesa, o nacionalismo crescente e o Liberalismo econômico. A compreensão desta teoria clássica contratual exige, portanto, que se analisem igualmente as origens dessa concepção, sempre tendo em vista o reflexo que estas influências teóricas e sociais tiveram no nascimento da doutrina da autonomia da vontade.<sup>52</sup>

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira descreve que a liberdade de contratar e fazer valer aquilo que foi pactuado e o modo que o sujeito de direito deve fazer para manifestar sua vontade foi a causa das modificações substanciais do

---

<sup>51</sup> GALIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.6.

<sup>52</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005, p.55.

modelo liberal do século XVIII e XIX. A vontade de contratar era em detrimento ao interesse particular.

A partir de então, as relações passaram a ser reguladas levando-se em conta a vontade e a liberdade das partes, sem a possibilidade de interferência do Estado nas relações privadas, até mesmo como uma forma de impedir a onipotência do príncipe. Negócio jurídico, em tal momento, espelha um simples instrumento da autonomia da vontade, o meio através do qual os particulares perseguem os próprios interesses privados, ainda que em detrimento do resguardo aos interesses sociais.<sup>53</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior, os contratos hoje estão revestidos de preceitos públicos, da supremacia do interesse público em detrimento do privado, da função social.

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, não de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.<sup>54</sup>

Aliada a verificação que a desigualdade social estava presente, o modelo amparado pela burguesia de fazer valer os termos pactuados declina pelo apego social que começa a emergir no século XIX, fazendo o apelo a justiça distributiva e a igualdade substancial do contrato.

A liberdade absoluta dos sujeitos contratantes acabou proporcionando “[...] desequilíbrios sociais, somente contornados pelo dirigismo contratual do séc. XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental e que recolocariam o homem na sociedade [...]”.<sup>55</sup>

Paulo Bonavides define que este tempo foi a ruptura do controle burguês com o surgimento do Estado centralizador das conciliações com o objetivo de mitigar os conflitos sociais objetivando o bem-estar da coletividade.

---

<sup>53</sup> FERREIRA, Jussara S. A. B. N. . Negócio jurídico e jurisdição arbitral: modulação da autonomia da vontade e da autonomia privada. In: XI SIMPÓSIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E VII ENCONTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIMAR, 2015, MARÍLIA. MESTRADO EM DIREITO. MARÍLIA: UNIMAR, 2015. v. 2. p. 17-17.

<sup>54</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.6.

<sup>55</sup> GALIANO, Pablo Stolze. *Ibidem*, p.4.

A medida que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado Social.<sup>56</sup>

Claudio Luiz Bueno de Godoy descreve que o Estado acabou refletindo num novo instrumento de igualdade social que surgiu com a intervenção estatal nos contratos, e novos paradigmas foram estruturados pela dignidade da pessoa humana e a função solidária.

[...] não tardou a revelar uma real desigualdade, a reclamar compreensão da liberdade de contratar. Em diversos termos, a desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações impôs – já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de solidarismo, de que é instrumento de um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo.<sup>57</sup>

A ideologia da autonomia da vontade na concepção antiga está longe de fazer prevalecer a justiça social do contrato pelo fato de não fazer a vontade social e prevalecer apenas e tão somente os termos que foram firmados. A necessidade de mudança se opera do contrato para a sociedade e para a economia que as novas organizações necessitaram.

Os interesses exclusivamente individuais passaram a compartilhar a tutela jurídica com os interesses sociais e públicos, compondo o núcleo complexo e ambivalente da contemporânea concepção do contrato. As premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade.<sup>58</sup>

Com esses estudos, o princípio da autonomia da vontade não deixou de

---

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.185.

<sup>57</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.16.

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.16.

existir, mas, agora, restou subordinado e mitigado pelos apelos sociais, surgindo assim uma nova fase do Estado Social na qual o objetivo principal a liberdade a partir dos modos livres de sua definição, fundada na solidariedade social e com o objetivo do bem comum.

A vontade de contratar deixa de ser ator no cenário contratual e passa a ser coadjuvante diante da intervenção do Estado para garantir os interesses sociais nas relações privadas que foram formalizadas pelos termos contratuais.

Claudio Luiz Bueno de Godoy apresenta sua definição nesta passagem.

[...] atualmente, de fato o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa a justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantida pelo ordenamento. A estatuição de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem assim a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato.<sup>59</sup>

A força obrigatória dos contratos e a autonomia da vontade impondo a regra de que o contrato faz lei entre as partes e impõe o cumprimento das cláusulas pactuadas como preceitos legais cai em descrédito.

As modificações que ocorreram na sociedade e no sistema legal, a exemplo, a Constituição Federal de 1.988, o Código de Defesa do Consumidor em 1990 e o Código Civil de 2002, trouxeram no campo negocial que os pactos formalizados não mais se vinculavam apenas e tão somente entre as partes contratantes, mas sim, a uma análise mais ampla nos anseios sociais.

Por essas circunstâncias surge o Estado Social de Direito que culminou no abrandamento e a mitigação dos princípios da liberdade, obrigatoriedade e relatividade contratual, pelo fato que o legislador passou a reparar o desequilíbrio originado pelos contratos, acarretando assim, a revisão dos conceitos tradicionais da liberdade de contratar.

Importante mencionar o comentário de André Sette sobre o tema.

Neste contexto de busca pelo pleno desenvolvimento e minimização das diferenças sociais, começam a surgir novas Constituições, as quais trouxeram normas, quase todas de conteúdo programático,

---

<sup>59</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Ibidem*, p.17-18.

versando sobre a forma de intervenção estatal no domínio econômico, e trazendo consigo a ideia de intervenção estatal também nas relações contratuais, de forma a, se não acabar, minimizar as diferenças até então havidas. [...] Este processo de interferência do Estado foi chamado de dirigismo contratual. Chegou-se, por consequência, à conclusão de que a autonomia da vontade (ou liberdade contratual) teria limites de ordem pública, que foram erigidos em um outro princípio fundamental do Direito dos Contratos: o princípio da supremacia da ordem pública. [...] Onde se vislumbrava apenas o interesse individual passou a ser ver também um interesse sócio-econômico. O fundamento da vinculatividade dos contratos foi deslocado da vontade para termos econômico-sociais (porque interessa à sociedade a tutela da situação jurídica que ali nasceu), justificando, via de consequência, a intervenção do Estado nos contratos; o que se convencionou chamar de dirigismo contratual. Surge, então, uma nova concepção sobre o Direito dos Contratos. Nasce, assim, a doutrina moderna.<sup>60</sup>

Assim, a lei passou a mitigar a autonomia da vontade em detrimento do interesse coletivo. É importante saber que a relação contratual hoje não está mais voltada apenas para os interesses individuais, mas sim, ao contexto social, pelo fato dele contribuir positiva ou negativamente para os seios sociais.

Nesse diapasão, os princípios da liberdade contratual foram incorporados a um novo patamar, que, *a priori*, necessitam atingir não só a vontade dos contratantes como também a toda a coletividade.

Para Nelson Ney Junior<sup>61</sup>, com os valores sociais aflorados nos contratos privados eles indicam possuir também valores de ordem jurídica, social, moral e econômica.

A alteração de paradigma no direito civil implicou na “substituição do seu centro valorativo - em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”.<sup>62</sup>

Evidente que a ruptura da estrutura não se fez em determinado momento histórico, mas sim, acompanhando a própria evolução social e os anseios da sociedade como um todo.

Da evolução dos contratos, desde primórdios tempos, a autonomia livre de

---

<sup>60</sup> SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.24-25.

<sup>61</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.336.

<sup>62</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11.

vontade, que outrora era liberal e sem restrições jurídicas, sucumbe para a nova realidade contratual possuindo apelo mais social do que individual.

A manifestação da vontade foi mitigada pela força normativa e os anseios sociais pelo fato da transposição dos contratos para a sociedade. O contrato não faz mais leis entre as partes, apenas, cria o direito e a obrigação.

A ideologia que os pactos firmados deverão ser cumpridos a todo o custo não mais prevalece por não possuir o interesse da sociedade, mas, apenas e tão somente ao interesse individual.

A força obrigatória dos contratos se flexibiliza e a autonomia da vontade perde espaço com a normativa de vontade, impondo regras de conduta para a contratação.

A vontade livre de contratar perde seu papel principal e fica a margem diante da intervenção do Estado nos negócios para garantir os interesses sociais nas relações privadas formalizadas pelos contratos.

O pacto transmuta para uma nova realidade, por meio da vontade privada concentrada na intervenção Estatal em mitigar a possibilidade de contratar, originando a quebra de paradigmas existentes entre a vontade livre pelo liberalismo descontrolado e a vontade privada advindos do sistema normativo e o apego a função social do contrato.

A autonomia privada se insere no contexto negocial, pois, a vontade de contratar é a vontade individual em exteriorizar para o contrato em profunda identidade com a liberdade do homem, entretanto, balizadas pelo sistema normativo que regulamenta os limites consensuais.

## 2 A CRISE E A NECESSIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Como se verificou, a autonomia da vontade privada, a obrigatoriedade de cumprimento contratual, a igualdade formal entre os contraentes que eram alicerces centrais dos negócios jurídicos começaram a declinar diante de uma nova realidade social.

A antiga Teoria Geral dos Contratos com seus pilares de manifestação da vontade, de que aquilo que foi pactuado necessita de ser cumprido a todo custo não mais prevaleceria como garantia da justiça contratual, carecendo, assim, de uma nova roupagem para o sistema jurídico crescente.

Por que a teoria clássica do contrato entrou em crise? Porque seus pressupostos e ideologias de supremacia da autonomia individual em relação ao Estado são conflitantes com a Constituição social, amplamente difundida em todos os povos, a partir da década do século XX.<sup>63</sup>

Lênio Streck apresenta uma ótica de transformação dos contratos em análise das relações contratuais, advindos pela crise instaurada pelo modelo negocial liberal.

[...] há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de Direito, nosso modo-defazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Mais do que isto, a própria crise não foi tornada visível “como” crise: o velho não foi compreendido 'como' [als] velho. A tradição inautêntica cega, obnubilando as possibilidades da manifestação do novo 'como' [als] novo.<sup>64</sup>

A crise contratual trouxe a necessidade de um “novo paradigma democrático-plurindividual-principiológico integra o conjunto do núcleo negocial contemporâneo

---

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.41.

<sup>64</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.218-219.

influenciando a hermenêutica negocial da pós-modernidade”.<sup>65</sup>

Na nova sociedade, o contrato não mais seria apenas e tão somente entre aqueles que contratavam, mas também permeando o equilíbrio de contratar para a vontade de todos e, ainda, a necessidade de equilíbrio social.

O esfacelamento do modelo no Estado Liberal sucumbiu em virtude das desigualdades econômicas vivenciadas naquela época.

As premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade. O contrato teve que sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras relações jurídicas contratuais que se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcada pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta social típica, pela abstração da vontade e pela consideração do poder negocial.<sup>66</sup>

Começaram a surgir questionamentos sobre a liberdade negocial sobre o aspecto do liberalismo do século XVIII, com efeito das mudanças ocorridas para o século XIX, a contrapor a concepção clássica do direito dos contratos.

A concepção do contrato, amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalismo que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é <<consenso>>, isto é, <<encontro de vontades>>, o negócio jurídico é a declaração de vontade.<sup>67</sup>

Rompe-se o formalismo individual de contratar e passa para o contexto pluridimensional da sociedade o que provocou modificações na relação negocial, necessitando uma reconstrução, ou, nas palavras de Paulo Nalin, uma desconstrução dos dogmas do modelo contratual.

A ideia de caos atinge o contrato, enquanto momento do sistema codificado. A crise e até a 'morte do contrato' (Grant Gilmore), estão

---

<sup>65</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 2, n. 1. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Negócio\\_Jurídico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.1.

<sup>66</sup> LÓBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.16.

<sup>67</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, p.297.

inseridos nesse contexto, em que a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável. [...] O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento da crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual de 'gré à gré' (paritário) e as relações de massa. O 'Code', assim como nosso próprio Código Civil foram concebidos para que figurem a relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor).<sup>68</sup>

Com todas essas transformações que ao longo do tempo ocorreram, criou-se também a necessidade de mudanças na estrutura contratual, um realinhamento de padrões para acompanhar a evolução social. Um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito e Social rompe com o modelo negocial liberal promovendo a intervenção na ordem econômica e social. Valoriza a igualdade, limitando a autonomia privada, socializando os pactos, coibindo a utilização do contrato como meio de exploração do contratante mais frágil. Com a superação da crise do contrato e a decadência do paradigma liberalismo-individualista-normativista novos movimentos conduzem a reconstrução das bases da teoria negocial assentada no novo paradigma, indicado por esta investigação como sendo o democrático-plurindividual-principiológico.<sup>69</sup>

Nos ensinamentos de Flávio Tartuce, a crise do contrato não se trata de exclusão do modelo, mas sim da sua readaptação aos novos padrões contratualísticos.

A palavra crise significa mais mudança de estrutura do que possibilidade de extinção. E é realmente isso que está ocorrendo quanto ao contrato, uma intensa e convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral dos Contratos, que tem por função redimensionar seus limites, e não extingui-los<sup>70</sup>

As experiências da época liberal de afastar o Estado nas atividades econômicas sobre o crivo da autonomia da vontade se mostraram falhas para a manutenção da igualdade social, atingiram de maneira profunda o direito contratual e, por conseqüente, a sua necessidade de mudança.

---

<sup>68</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p.113-114.

<sup>69</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado da UEL*, v. 2, n. 1, 2009. Disponível em: <[www.uel.br/revistas/direitoprivado](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.5.

<sup>70</sup> TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.6.

[...] A premissa contratual de que o objeto principal dos contratos era a garantia absoluta da vontade das partes contratantes, independentemente dos reflexos que o contrato causaria à sociedade, aliada à impossibilidade de intervenção do Estado para defender os interesses da coletividade, caracterizaram o liberalismo exacerbado. A premissa contratual de que o objeto principal dos contratos era a garantia absoluta da vontade das partes contratantes, independentemente dos reflexos que o contrato causaria à sociedade, aliada à impossibilidade de intervenção do Estado para defender os interesses da coletividade, caracterizaram o liberalismo exacerbado.<sup>71</sup>

Em outras palavras, com a instauração das desigualdades sociais e econômicas no modelo antigo e da necessidade do intervencionismo estatal com a finalidade de garantir a vontade de todos e não apenas e tão somente a vontade dos contraentes, tem-se o início da crise do Estado Liberal, dando espaço ao Estado Social.

## 2.1 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E ORDEM PÚBLICA

O princípio da autonomia da vontade tem como alicerce a vontade do sujeito de direito contratar livremente, ou seja, possui a liberdade de contratar ou, também, de não contratar, como também, escolher com quem deseja realizar e estar em contrato.

[...] a própria liberdade de contratar: em regra ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois essa importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença. Numa evidente flexibilização de tal regra o que já mostra que nenhum princípio pode ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita.<sup>72</sup>

Esta foi a ideia que norteou os contratos do século XIX e, neste, a vontade dos contratantes imperava sobre a vontade do Estado, já que, naquele momento, os contratantes eram livres para ajustar as condições dos contratos como bem

---

<sup>71</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>>. Acesso em: 06 jul. 2017, p.4.

<sup>72</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p.73.

quisessem, com o liberalismo puro e livre da ação estatal.

Para Claudia Lima Marques, liberdade contratual significa escolher com quem contratar e a escolha do seu conteúdo obrigacional.

A ideia de autonomia de vontade está estreitamente ligada à ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.<sup>73</sup>

Na época do liberalismo, as partes possuíam liberdade ampla de contratar e fixar cláusulas e formas senão eles mesmos. Esse modelo hoje não mais se faz presente, como apresenta Carlos Roberto Gonçalves em descrever o antigo modelo da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado [...].<sup>74</sup>

Essa liberdade de igualdade nas formas se mostrou ineficaz, não passando de mera ilusão de igualdade.

Na literatura jurídica não é raro deparar-se com as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” tratadas como sinônimas como indicativo de o sujeito de direito em poder estabelecer livremente as regras e relações jurídicas. Contudo, tais expressões traduzem noções distintas.

[...] a expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’, e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a ‘autonomia negocial’. A autonomia da vontade designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado [século XIX] por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico [...] Modernamente [...] designa-se como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’) seja um fato objetivo, vale dizer, o

---

<sup>73</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações: parte especial*. São Paulo, Saraiva, 2015, p.48-49.

poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações.<sup>75</sup>

Para Maria Helena Diniz, “[...] O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades[...].”<sup>76</sup>

A vontade de contratar ou não contratar é o ponto crucial para a concretização do negócio jurídico, sem esta vontade, não se perfaz o contrato.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual. No poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante um acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Tem as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.<sup>77</sup>

Importante ponderar que a autonomia da vontade não foi eliminada do ordenamento jurídico. Ao contrário, ela está presente e necessária para a existência do negócio jurídico, o que houve foi uma mitigação da vontade de contratar pelos novos valores sociais e, neste ponto, a expressão autonomia da vontade como uma vontade subjetiva do sujeito de direito de maneira livre não é mais aceita.

O Princípio da Autonomia da Vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam.<sup>78</sup>

Com a idealização desses novos paradigmas foi necessária a construção de um novo modelo de vontade, ou melhor, reestruturar a autonomia da vontade sobre um novo conceito que hoje se intitula autonomia privada.

Cláudia Lima Marques retrata que a autonomia da vontade possui base no

---

<sup>75</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.614-615.

<sup>76</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil. Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23.

<sup>77</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações: parte especial*. São Paulo, Saraiva, 2015, p.20.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.

direito natural, vez que a liberdade de se relacionar e se criar pactos obrigacionais estaria intimamente ligada à liberdade natural do homem, podendo ser restringida apenas e tão somente a ele mesmo.

A ideia de autonomia da vontade está estreitamente ligada à ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.<sup>79</sup>

Dessa maneira, a retrógrada autonomia da vontade recebe uma nova roupagem para um novo conceito de princípio, o da autonomia privada.

O princípio da autonomia da vontade traz a possibilidade de “dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.<sup>80</sup>

O referido princípio está previsto no artigo 421 do Código Civil Brasileiro que descreve: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”<sup>81</sup>

Caio Mario descreve que a função do contrato tomou novos horizontes, de forma que haverá uma necessidade de interação entre os contraentes e a sociedade.

A redação [do artigo 421 do Código Civil] deve ser interpretada de forma a se manter o princípio de que a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer.<sup>82</sup>

Como visto, as partes possuem liberdade para contratar; porém, esta liberdade se mostra limitada, evidenciando-se, aqui, que este princípio se torna

---

<sup>79</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Ibidem*, 2006, p.48.

<sup>80</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.41.

<sup>81</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>82</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos; Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13.

relativo em determinados casos.

Assim, “vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual”.<sup>83</sup>

A autonomia da vontade que prevalecia no passado, sem qualquer estreitamento, hoje, se encontra subordinada ao interesse coletivo como estabelece o Artigo 421 do Código Civil que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Cláudia Lima Marques, sobre o estudo da função social definida no referido Artigo, entende que “[...] a nova concepção do contrato é no sentido de potencializar o caráter social deste instrumento jurídico, para o qual não só o momento de manifestação da vontade surta efeito no contrato celebrado”.<sup>84</sup>

O objetivo do legislador em inserir a referida regra legal teve como objetivo abrandar os efeitos das desigualdades existentes, combatendo os possíveis excessos contratuais com a finalidade de não permitir que os contratos sejam convertidos em instrumentos de abusos e de enriquecimentos sem causa, trazendo prejuízos para o outro contraente e a sociedade.

Hoje, pode-se entender que a liberdade contratual é um poder-dever. Quando se exterioriza a manifestação da vontade do indivíduo ao contratar, também se exterioriza o poder da vontade individual, contudo, essa mesma manifestação impõe-lhe o dever de fazer atingir a coletividade, por meio da função social do contrato.

[...] o princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos e afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz á inversão lógica de contrapomos o indivíduo – representado pela liberdade contratual – e sua comunidade – expresso pela função social –, quando na verdade singular e plural são complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência<sup>85</sup>

Ademais, a Constituição Federal do Brasil estabelece no artigo 170 a preservação da justiça social na ordem econômica, aliado ao Artigo 421 do Código

---

<sup>83</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos; Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.22.

<sup>84</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Ibidem*, p.45.

<sup>85</sup> MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier latin, 2005, p.55.

Civil já citado, fica nítido que a autonomia livre se restringe aos anseios sociais.

Da análise evolutiva dos contratos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira esclarece a queda do sistema liberal consagrado pelo dogma da vontade, mas, sem o alcance necessário do resultado do pacto perante a sociedade que almejava a liberdade contratual mitigada pela intervenção da ordem pública.

Com o Estado liberal, foram consagrados o dogma da vontade, o individualismo e a força obrigatória dos pactos, sendo que o contrato passou a ser concebido como expressão destes valores dominantes. [...] A força vinculante dos pactos impossibilitava, em várias situações, a salvaguarda de interesses sociais. Esta visão do direito contratual extremamente liberal fomentava a autonomia da vontade independentemente das consequências do resultado efetivo do pacto, bem como possibilitava que um dos contratantes pudesse auferir vantagens aviltantes em relação ao outro. E isso garantia apenas a igualdade formal dos contratantes, na medida em que ambos tinham liberdade de contratar, liberdade de exercer a autonomia da vontade, mas à custa de vantagem para uma das partes, em prejuízo da outra. Assim, o modelo liberal fundado no dogma da vontade, liberalismo e força vinculante dos contratos deixa de atender às necessidades da sociedade em razão da impossibilidade da intervenção do Estado para garantir a aplicação dos direitos fundamentais e a impossibilidade de existir igualdade material entre os contratantes.<sup>86</sup>

Com a positivação dos direitos sociais, a liberdade que a lei estabelece para os sujeitos de direito pactuarem livremente se limita as vontades sociais em detrimento ao direito da autonomia individual.

Por conta disso, a função social do contrato expande o contrato para evidenciar as vontades da sociedade, não mais apenas as vontades dos contratantes.

[...] medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a doação de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-se ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consuma atentado contra a justiça.<sup>87</sup>

A autonomia privada só se perfaz após a normatização da obrigatoriedade de

---

<sup>86</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb> . Acesso em: 06 jul. 2017, p.2.

<sup>87</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.24.

existência das funções sociais nos contratos, levando-se em conta a autonomia privada daqueles que pretendem realizar o pacto contratual nos termos e normas vigentes.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente reconhecendo-se cada vez mais que o direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais.<sup>88</sup>

Após o que foi visto, o princípio da autonomia da vontade estará apenas mitigado, não possuindo o *status* de absoluto como era no passado, tendo como ápice a prerrogativa que os sujeitos de direito possuem a liberdade de criar relações jurídicas, desde que, suas pretensões estejam calcadas no regramento legal e que possuam o apelo ao interesse coletivo.

Assim, a autonomia privada é o direito que o particular possui, pelo exercício da sua própria vontade (autonomia privada) em querer realizar relações jurídicas.

É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, na medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.<sup>89</sup>

Em outras palavras, a autonomia privada é o poder conferido por lei aos sujeitos de direito para a criação, modificação e extinção de obrigações, dentro do regramento jurídico que a ele concedeu tal autonomia e que também irá impor limites.

Dessa maneira, o princípio da supremacia do interesse público está implícito no ordenamento jurídico, sendo ele um dos pilares do regime jurídico-administrativo,

---

<sup>88</sup> REALE, Miguel. *O projeto do código civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.108.

<sup>89</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988, p.54.

cuja tamanha relevância é tratada como um supra princípio da administração pública.

O Princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre enunciado no texto constitucional, ele é decorrência das instituições adotadas no Brasil. Com efeito, por força de regime democrático e do sistema representativo, presume-se que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da “vontade geral”. Assim sendo, lógico é que a atuação do Estado subordine os interesses privados.<sup>90</sup>

Dessa forma, em relação a todas as prerrogativas que a lei impõe como instrumento de solução de conflitos, o Estado irá intervir com o propósito de garantir o interesse público em detrimento do privado.

[...] a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar o interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*<sup>91</sup>

A Carta Magna foi expressa para garantir a satisfação do interesse coletivo em relação aos direitos individuais, mesmo até, o administrador público, protetor direto do bem-estar de determinados grupos de cidadãos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve que a função social do contrato não mais se vincula à ordem individual, mas sim ao objetivo primordial do interesse público, tornando fundamento essencial de proteção e de vinculação do Estado com o indivíduo.

[...] as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem

---

<sup>90</sup> ALEXANDRE, Marcelo, Paulo Vicente e. *Direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Forense, 2011, p.184.

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.98.

supremacia sobre os individuais.<sup>92</sup>

Pelo Estado democrático de direito, o pluralismo e a necessidade da garantia do bem comum reforça a tese de que o princípio da supremacia do interesse público tem como finalidade maior a manutenção social e a garantia dos direitos individuais.

Pontua Onofre Alves Batista Júnior, sobre a necessidade do Estado em satisfazer as necessidades da coletividade em detrimento ao interesse individual, pontua:

Como afirmado a anos por Rosseau, o Estado é constituído para satisfazer as necessidades da coletividade, para propiciar o bem comum. A ideia do bem comum, enquanto finalidade básica da atuação da Administração Pública (AP) decorre da própria razão de ser do Estado, e está prevista ao menos implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos. No Estado Social de Direito, em uma sociedade pluralista moderna, os fins que o Estado deve perseguir são amplos, não se restringindo à segurança, e cobrem, na realidade, quase tudo o que se referir à promoção do bem comum. Nesse contexto, o parâmetro primeiro de balizamento da atuação administrativa está mesmo em primeiro lugar na prossecução do bem comum. Em realidade, a razão última para a atribuição de poder/dever à Administração Pública está exatamente nesta sua potencial condição de atender ao bem comum.<sup>93</sup>

Com base nisso, verifica-se que o alicerce da supremacia do interesse público é justamente a multiplicidade de interesses de sujeitos de direito, representando sempre o bem comum da sociedade como um todo. O interesse público é o interesse da massa e, por sua vez, sobressai-se sobre o interesse privado.

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. [...] em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra erro de atribuir-lhe o status de algo que existe por

---

<sup>92</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p.69.

<sup>93</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 83, Dialética, 2002, p.116.

si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes.<sup>94</sup>

Logo, o interesse público evolui, revestindo de maneira efetiva a concretização do direito social estampada na Carta Magna, viabilizando a concretização do interesse coletivo.

Dessa maneira, os interesses dos contraentes na formação contratualística devem ser analisados em cada caso e mediante um contexto ordenamento jurídico, visando à proteção do interesse genuinamente público sobre a ótica do interesse privado.

Como é sabido, o ordenamento brasileiro possui como alicerce as escolas positivistas e o princípio da legalidade e, dessa maneira, a atuação da administração pública também age nos limites da lei, única forma de concretizar sua principal função, qual seja, a garantia do bem comum conforme estabelece a nossa carta maior.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida relativamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.<sup>95</sup>

Verifica-se que o renomado autor integra o interesse público ao interesse privado. Melhor dizendo, protege o interesse individual dentro de uma ótica coletiva.

O maior desafio hoje é a compatibilização da autonomia privada, respeitando os interesses constitucionalmente coletivos, numa ótica evolutiva dos direitos positivados.

Há um novo marco teórico no que se refere à preservação da vontade do sujeito de direito, consistente na força normativa constitucional, normatividade dos princípios sustentando pela teoria da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>94</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.48.

<sup>95</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.61.

Miguel Reale descreve que a função social dos contratos fomenta o desenvolvimento da sociedade, sendo um auxiliar para o desenvolvimento da economia e a plenitude do interesse das partes contratantes.

Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade. Essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes. [...] Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.<sup>96</sup>

Pode-se compreender que, a partir deste princípio, a relação contratual não mais deve ser entendida apenas para o interesse dos pactuantes, mas também o contrato se vincula aos aspectos sociais esculpidos na Constituição da República.

Denota-se que a autonomia privada e a supremacia do poder público não se anula, muito menos tem a intenção de substituição de um pelo outro, ao contrário, devem eles dotarem de uma nova interpretação à luz da Constituição.

O princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade. A exigência de razoabilidade na interpretação do princípio da supremacia do interesse públicos se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto.<sup>97</sup>

Dessa maneira, revela-se de grande relevância o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não apenas ao apego metodológico do regime jurídico administrativo, mas também a reformulação dos direitos e pela normatização

---

<sup>96</sup> REALE, Miguel. *A função social do contrato*. 2003. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 05 Jul.2017

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1.988*. São Paulo: Atlas, 2007, p.274.

constitucional do direito social e fundamental como ponto crucial aos interesses da coletividade.

## 2.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS

O estudo da intervenção do Estado nos contratos torna-se relevante para proporcionar uma melhor compreensão dos limites da autonomia da vontade nas relações contratuais.

Hoje, a intervenção do Estado assegura a distribuição de direitos de forma equânime, e esta modernização não tem o condão de acolher um sistema de socialização, mas sim uma atuação de ordem social, em especial, a função social do contrato.

O Estado não é mais apenas garantidor da liberdade e autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas também, a justiça social.<sup>98</sup>

E é por isso que os contratos, além de fazerem parte da estrutura econômica, atingem o que define o Artigo 170 da Constituição em assegurar na relação contratual os direitos de cada um, mas também que este mesmo produza efeitos para a sociedade.

Francisco Amaral, em bela explanação sobre a intervenção do Estado para garantir o equilíbrio nas relações contratuais, assevera que:

A realização dos valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem a presença cada vez maior do Estado no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito. Não mais se admite a economia liberal do século XIX, que se substituiu por uma economia concertada, com uma intervenção crescente do Estado para o fim de proteger as categorias sociais menos favorecidas, como os trabalhadores assalariados, e organizar a produção e distribuição dos bens e serviços por meio de um conjunto de medidas cuja disciplina jurídica toma o nome de ordem pública econômica.<sup>99</sup>

Claudia Lima Marques destaca a evolução do contrato na sociedade e, dessa

---

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.42.

<sup>99</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.362.

evolução, a proteção do Estado, controlando os instrumentos jurídicos a uma ordem mais social e justa.

A concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação e, em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico. O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas.<sup>100</sup>

Não se viu outra alternativa a não ser a intervenção estatal nas relações contratuais, em todos seus termos.

Em análise, Roppo entende que a liberdade contratual deveria ser retirada do contratante oprimido da relação, apenas, para ser possível garantir a sua própria vontade.

Intriga os pensamentos de Roppo sobre a ideia da liberdade restrita para o menos favorecido, haja vista que o contrato deve colocar os contraentes na mesma posição, sem favorecimentos para garantir a justa contratação entre eles e, a satisfação da conclusão de determinado contrato.

[...] Mas a evolução do instituto contratual registra, outrossim, fenômenos muito relevantes, que reflectem verdadeiras e próprias restrições da liberdade contratual, limitações substanciais do autônomo poder de decidir e desenvolver, sob a forma de contrato, as iniciativas económicas sugeridas pelas conveniência de mercado.<sup>101</sup>

Roppo relata que o remédio para o controle da liberdade de contratar e a manutenção da isonomia do contrato seria a intervenção do Estado para resguardar os direitos dos menos favorecidos na relação contratual, quando existir a necessidade do amparo dos oprimidos pelos opressores.

Em casos do gênero, o remédio consiste, então, em regra, numa intervenção autoritária externa do poder público? geralmente do legislador? que reage às restrições ou à expropriação de facto da

---

<sup>100</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.39.

<sup>101</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, 2009, p.311.

liberdade contratual das "partes débeis", restringindo, por sua vez, mas com prescrições normativas formais, a liberdade contratual das "partes fortes" do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contraentes em posição de superioridade econômica e social a causar diretamente a supressão contratual dos contraentes em posição econômica e socialmente deteriorada.<sup>102</sup>

O princípio da autonomia da vontade, com o passar do tempo, foi se esfacelando e perdendo sua força de liberdade entre os séculos XIX e XX, afetando os pressupostos sociais e econômicos entre os tempos, passando da não intervenção do Estado para a necessidade da intervenção do Estado em garantir o cumprimento obrigacional.

A intervenção pública nas relações econômicas privadas, que era excepcional, converteu-se em regra, alcançando o seu clímax na atribuição de função social ao contrato, cuja liberdade apenas pode ser exercida "em razão e nos limites" daquela, como enuncia o art. 421 do Código Civil brasileiro. A tradicional função individual do contrato permanece, mas é conformada à função social.<sup>103</sup>

No Brasil, um dos marcos da evolução da liberdade de contratar foi a edição da Lei nº 8.078 de 1.990 que trouxe para o ordenamento jurídico o Código de Defesa do Consumidor. Após isso, a legislação se aperfeiçoa na construção de uma legislação enriquecida de apelo social, em detrimento do privado.

Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra sua nova função social. [...] Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual.<sup>104</sup>

Outra lei que seguiu a trilha da mitigação da autonomia privada foi o atual

---

<sup>102</sup> ROPPO, Enzo. *Idem*, p.327.

<sup>103</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.22-23.

<sup>104</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Ibidem*, p.222.

Código Civil, em especial, os Artigos 421 e 425 que conferem a restrição da autonomia privada submetendo a intervenção estatal, como foi explanado em outros momentos.

Por fim, o que resta forjado na sociedade “[...] que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”<sup>105</sup> Frase emblemática de Orlando Gomes que demonstra que a intervenção do Estado se mostra adequada para o novo século.

Contribuindo com a tese aqui apresentada, confirma-se a atuação dos nossos tribunais que abaixo segue sua transcrição de maneira parcial.

[...] 6. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

7. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

8. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais.<sup>106</sup>

Hoje não apenas nos contratos de adesão (contratos de massa), mas como em todo o tratamento jurídico, demonstram que o papel das instituições públicas se tornou ativo e participativo.

Por tudo que foi exposto, a intervenção do Estado nos contratos pode ocorrer em três momentos: o primeiro ocorre na construção e celebração das partes contratantes, atingindo assim o momento do pré-contrato, quando se observa a possibilidade de constituição de determinado pacto frente às leis já existentes.

---

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.26.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Tuma, AgRg no REsp 838127/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/02/2009

[...] intensidade das normas de ordem pública possibilitando ao Estado, através do Poder Legislativo, regulamentar as relações contratuais, regulando até que ponto se dirige a liberdade dos contratantes para, por fim, estabelecer os limites a que deve seguir a atividade dos indivíduos, ou grupos, e a intervenção do Poder Executivo, como orientador, e a do Poder Judiciário a fim de reprimir os infratores da regra.<sup>107</sup>

Outro momento da intervenção estatal acontece na possibilidade de os contratantes formalizarem determinado contrato, melhor dizendo, se o sujeito de direito possui todas as aptidões que o regramento legal exige no momento das partes contratarem.

Assim, o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual.<sup>108</sup>

A intervenção do Estado ocorre após a celebração do contrato, quando se efetiva a obrigatoriedade de determinada cláusula ou, até mesmo, a desobrigação de cláusula pactuada que fere preceito normativo.

O que resta é que o Estado tenha a percepção da necessidade de atuação, intervindo quando necessário e impondo limites quando solicitado, sempre, com a justificação dos interesses coletivos. A “[...] justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso estalão constitucional: “reduzir as desigualdades sociais” (Art.3<sup>a</sup>, III e 170, VII da Constituição brasileira)”.<sup>109</sup>

Teresa Negreiros esclarece que os contratos que estreitam consideravelmente a liberdade dos contratantes serão o foco do trabalho do Estado em intervir e garantir a isonomia entre os contratantes.

São alcançados em cheio por políticas intervencionistas aqueles contratos que põem em jogo as condições mínimas de bem-estar dos contratantes, reservando-lhes um regime específico, caracterizado pela índole tutelar. Ao contrário, contratos que não interfiram sobre essas condições mínimas são regidos por uma disciplina menos

---

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. São Paulo: Leud, 2002, p.49.

<sup>108</sup> DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*, 2012, p.24.

<sup>109</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.42.

intervencionista, sendo aí ampliada a liberdade contratual.<sup>110</sup>

Porém, frisa-se que a liberdade contratual não está restrita, muito menos desvinculada, mas sim limitada aos dizeres normativos que privam pelo bem da coletividade, inibindo qualquer prejuízo da parte menos favorecida na relação e sendo amparada pela força do Estado por meio de suas normas reguladoras.

### 2.3 O DIRIGISMO CONTRATUAL

Os conceitos gerais dos contratos ganham novas dimensões em atendimento aos novos princípios da função social do contrato e a cooperação social que eles devem possuir.

O contrato deixa de possuir interesses puramente interpessoais e passa a possuir interesses sociais.

Com a globalização, o neoliberalismo, a necessidade dos contratos se “amoldarem” aos interesses da coletividade e os contratos cada vez mais tratando de interesses de “massa”, em se formalizar contratos idênticos a um grande número de pessoas, torna-se imprescindível a atuação do Estado com o objetivo de resguardar tanto a eficácia e o objetivos contratuais, como também o interesse da coletividade, proibindo ou impondo determinadas ações.

Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de "dirigismo contratual", onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.<sup>111</sup>

Dessa maneira, a autonomia da vontade foi atenuada pelos mandamentos sociais e o dirigismo contratual derroga em grande parte a vontade individual que, normalmente, é movida pelo egoísmo capitalista.

O Estado então zela pelos interesses comuns, por meio dos seus legisladores e magistrados, intervindo na relação contratual quando estiver afrontando os direitos

---

<sup>110</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.418.

<sup>111</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p.17.

da coletividade, bem como, ao interesse do indivíduo que fez o pacto, mas, de uma forma ou de outra, a parte contrária agiu de má-fé ou em desrespeito as normas jurídicas.

Assim, na outra ponta do arco histórico traçado a partir do modelo de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à satisfação da função social do contrato.<sup>112</sup>

Dirigir para o Estado é zelar pelo interesse geral, função intrínseca para a garantia da estabilidade social, agindo o Estado por dirigismo contratual como limitador da autonomia da vontade dos indivíduos e, tendo por fim, garantir a existência da igualdade.

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, não devem submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar.<sup>113</sup>

Atualmente, os contratos vêm enfraquecidos da autonomia da vontade, reduzida consideravelmente a possibilidade de os sujeitos de direito convencionarem as cláusulas e condições contratuais, a exemplo, os contratos de massa, os contratos de telefonia, de televisão a cabo, internet, os contratos instantâneos, entre outros que têm de um lado o contratante impondo as regras pelo contrato de adesão e, de outro, se sujeitando a determinadas regras.

Dessa maneira, não se vê outra opção, a existência do dirigismo contratual do Estado intervindo nos contratos para garantir a supremacia da ordem pública, deixando a autonomia individual em segundo plano.

O dirigismo contratual significa a presença ou intervenção do Estado na economia dos contratos. O individualismo cede passo ao social. A liberdade de contratar é, em muitas oportunidades, apenas a imposição de uma parte, economicamente mais forte, à outra, que

---

<sup>112</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.224.

<sup>113</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato social e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.6.

acaba se rendendo, pelas circunstâncias em que se encontra. Isso implica dizer que o contratante mais forte acaba por se impor, estabelecendo as condições do ajuste. Por isso é que em muitas oportunidades a liberdade de contratar é apenas teórica. O pressuposto que parte do princípio da autonomia da vontade, consubstanciando na igualdade dos contratantes, é falso não poucas vezes. Por isso, o Estado intervém e estabelece o conteúdo do contrato, promovendo perfeita igualdade, espantando a desigualdade de fato [...]. O Estado intervém e cria mecanismos que superam a desigualdade de fato. O que temos é uma reação salutar e saudável contra os excessos da liberdade jurídica, que, em verdade, premiava o individualismo e permitia ao mais forte social e economicamente estabelecer os rumos do contrato. A presença do Estado, em verdade, quando equilibrada, restabelece a liberdade.<sup>114</sup>

A presença do Estado democrático de direito e a positivação dos direitos sociais consolidadas na Constituição Federal, a liberdade que o sujeito de direito possui em criar, alterar e extinguir direitos através da autonomia privada tem sofrido limitações frente ao interesse da coletividade.

Importante registrar que a mitigação dos contratantes de suas vontades “[...] não somente impõe aos particulares contratações coativas, mas, por vezes, obriga-os a abster-se de contratar.”<sup>115</sup>

A problemática passada da total autonomia dos agentes pactuarem se mostrou vulnerável no prisma da igualdade social e houve a necessidade de mitigar os direitos frente à vontade social, ou melhor, a vontade de um não irá prevalecer sobre a vontade de todos.

Experiências já passadas demonstraram que o liberalismo econômico dotado de carga individual e a busca de lucros a qualquer custo não trouxe a igualdade outrora desejada, “[...] com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual.”<sup>116</sup>

A observância da justiça social de que a Constituição Federal estabelece no seu artigo 170, bem como no artigo 421 no Código Civil Brasileiro, a obrigatoriedade que a razão da existência da liberdade de contratar deve estar ombreada a função social, ou seja, um bem maior, o bem público. Em outras palavras, a vontade do sujeito de direito pode sofrer limitações, desde que afete a supremacia da ordem pública e que as “convenções que lhe sejam contrárias aos bons costumes, de forma

---

<sup>114</sup> VIANA, Marco Aurélio. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.11.

<sup>115</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.99.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.33.

que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”.<sup>117</sup>

Houve, de maneira progressiva, o dirigismo contratual com a atuação interventista, acompanhando as atividades privadas dos particulares, especialmente as de cunho econômico.

O que sempre se verifica na lei é que ela deve criar segurança jurídica, evitando vantagens ilegais por parte do mais forte, que poderia se valer desta condição para impor a parte mais fragilizada, tendo que, por vezes, submeter-se a essas situações.

O Estado passou a atuar como limitador da vontade, usando preceitos de ordem pública. A exemplo, a usura, a lei do inquilinato, o reajustamento econômico.

Destaque-se que o intervencionismo governamental, aos poucos, foi ocupando papel principal no tecido social, protagonizado até então pelos indivíduos. O primitivo modelo liberal de dirigismo, de repente, em determinada época foi considerado ultrapassado, dando lugar ao que então foi tido e havido como ideal. Por dever de justiça, registre-se que a ele se devem algumas conquistas fundamentais, como a dos direitos e garantias individuais, a separação dos poderes, a independência da Magistratura, a subordinação do poder à lei – ou, por outras palavras, o chamado Estado de Direito, no qual a lei passou a ser a única soberana.<sup>118</sup>

Assim, vislumbra-se a intervenção do Estado em determinadas áreas com o objetivo de assegurar a igualdade entre os contraentes, já que, como foi dito, a liberdade total de contratar causava desequilíbrio na relação contratualística, em especial, a proteção dos menos favorecidos na relação.

A intervenção do Estado na relação contratual é hoje intensa que, configura, por vezes, o engessamento necessário para manter o equilíbrio dos contraentes, frente aos exageros da outra parte.

Essa é a atuação estatal em limitar as vontades por meio do regramento legal e jurídico existente. “O dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.”<sup>119</sup>

Portanto, o papel do Estado mostra-se de suma importância como regulador

---

<sup>117</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.78.

<sup>118</sup> BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.68.

<sup>119</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.348.

da atividade privada frente aos interesses da coletividade, atuando para que “[...] o contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser conseguintemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas frequências”.<sup>120</sup>

Importante mencionar o pensamento de Maria Helena Diniz que, mesmo em 1993 (antes da promulgação do Código Civil de 2002), já apresentava seus comentários sobre a liberdade do sujeito de direito contratar frente à supremacia da ordem pública.

É preciso não olvidar que a liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. [...] O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual.”<sup>121</sup>

O conflito da autonomia e o dirigismo do Estado em regular e mitigar as vontades dos sujeitos de direito trouxe para o direito um novo paradigma, ou seja, os deveres de conduta: a boa-fé nos contratos e a função social.

Abaixo, colaciona-se a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que há tempos já mencionou tais argumentos, de forma a usar em seus termos o “dirigismo contratual”, mormente para fundamentar a sua base de trabalho e competência para atuar na intervenção de contratos firmados.

Agravo no recurso especial. Revisão de contrato de financiamento. Possibilidade de revisão contratual. Aplicação do CDC. Comissão de permanência. Repetição do indébito. - O regime jurídico dos contratos mercantis que embasam relação de consumo mitiga o princípio da autonomia da vontade em favor de um prevalecente dirigismo contratual; admite-se, em consequência, a revisão judicial das cláusulas contratuais que colidam com as normas jurídicas em vigor [...]”<sup>122</sup>

Verifica-se que o dirigismo Estatal sobre a vontade do privado na elaboração das normas no ordenamento jurídico, com o objetivo de negar a permissão, num outro momento, restringindo permissão, ora impondo e ora permitindo a liberdade de

<sup>120</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.23.

<sup>121</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.61.

<sup>122</sup> STJ - AgRg no REsp: 807052 RS 2006/0002553-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.05.2006 p. 213.

contratar.

Apoia-se em Caio Mário da Silva Pereira que apresenta a ideia da mitigação da liberdade plena de contratar face ao equilíbrio do contrato em respeito à ordem pública.

Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de consequência, certo será enunciar que em todo tempo o contrato é o momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entende conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública e vice-versa<sup>123</sup>

Com a intervenção Estatal na vontade privada, a legislação deixa de ser apenas e tão somente interpretativa para ser imperativa, ao contrário dos tempos anteriores já referenciados neste trabalho.

Embora o sujeito de direito não teve tolhida totalmente a sua vontade de contratar, toda vez que o Estado (por meio do legislativo) entende ser necessária a sua intervenção para o bem maior, pode-se dizer que este controle estaria na fase pré-contratual.

Nos termos da legislação vigente, o contrato tem a obrigação de possuir a função social e o bem-estar coletivo, não se pautando somente na vontade dos contraentes.

Diante disso, o Estado intervém na fase de formação do contrato, obrigando os contratantes a celebrarem o pacto dentro dos limites legais vigentes, agindo de maneira preventiva no pacto contratual e assumindo o papel de controle e guardião da função social.

O dirigismo contratual também possibilita que o Estado intervenha no momento pós-contrato, vez que, mesmo o contrato ter chegado ao seu término, ainda perpetua direitos e obrigações no ambiente jurídico, agindo de maneira a assegurar e manter a estabilidade jurídica daquilo que se obteve em determinada relação contratual.

No primeiro caso, constata-se que, concluído e extinto um processo contratual, as partes continuam vinculadas em termos específicos, a não provocarem danos mútuos nas pessoas e nos patrimônios uma da outra [...]. No segundo, assiste-se à manutenção, a cargo das

---

<sup>123</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.21.

antigas partes antes efetivado: o dever de explicar o funcionamento de uma máquina de tipo novo, antes vendida, ou de prevenir perigos comportados pelo objeto de uma transação encerrada. No terceiro, verifica-se a persistência, depois de finda uma situação obrigacional, do dever de não adoptar atitudes que possam frustrar o objetivo por ela prosseguido ou que possam implicar, mediante o aproveitar da antiga posição contratual, a diminuição das vantagens ou, até, o infligir danos ao ex-parceiro. Integram-se, aqui, sub-hipóteses de grande relevo econômico, tais como o dever de fornecer peças sobressalentes e de velar pela assistência técnica da coisa cedida, o dever de não concorrência ou dever de sigilo perante as informações obtidas na constância da vinculação extinta.<sup>124</sup>

Com essa mitigação do liberalismo clássico do ultrapassado direito privado contratual, modernizando-se para a efetiva ação do Estado na defesa dos direitos fundamentais estampados na carta maior brasileira, faz-se uma ruptura com a visão distorcida remota e merece o enobrecimento da classe jurídica ao efetivo dever de manter enobrecido o fenômeno jurídico-constitucional da busca da garantia de uma sociedade justa e igualitária para os cidadãos, quer seja no momento da formação e promulgação das leis, quer seja na confecção contratual ou, até, nos poderes judiciários para a efetiva e justa manutenção dos direitos sociais.

Como se verifica, os tribunais acenam também no sentido da possibilidade da intervenção, mitigando o livre interesse de contratar, sobretudo, reconhecendo a necessidade de amparo de interesses coletivos.

Esse dirigismo contratual se justifica nas razões de ordem pública e dos interesses das pessoas envolvidas, como também os interesses de determinada coletividade, de modo que o judiciário, como forma de fixar a sua competência para a intervenção nos pactos celebrados, eis a dicção dada pelo STJ a qual destaca-se a influência judiciária no pacto contratual.

Agravo no recurso especial. Revisão de contrato de financiamento. Possibilidade de revisão contratual. Aplicação do CDC. Comissão de permanência. Repetição do indébito. - O regime jurídico dos contratos mercantis que embasam relação de consumo mitiga o princípio da autonomia da vontade em favor de um prevalente dirigismo contratual; admite-se, em consequência, a revisão judicial das cláusulas contratuais que colidam com as normas jurídicas em vigor.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.628-629.

<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma, AgRg no REsp nº 807.052/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/04/2006, p. DJ 15/05/2006.

Abaixo, segue julgado (com partes suprimidas) do Superior Tribunal de Justiça para proteger os interesses dos envolvidos, mormente, interferir nos dispositivos contratuais com o objetivo de garantir a estabilidade econômica contratual e modificar o conteúdo dos termos inicialmente pactuados.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TRANSAÇÃO, PARA RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA REFERENTE A CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA-CORRENTE, COM EMISSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE ÂNIMO DE NOVAR E SUBSTITUIÇÃO DA NATUREZA DA OBRIGAÇÃO. INVIABILIDADE DE SE COGITAR EM NOVAÇÃO OBJETIVA. DIRIGISMO CONTRATUAL, PARA MODIFICAÇÃO DO PRÓPRIO CONTEÚDO DA AVENÇA, A ATINGIR A ECONOMIA DO CONTRATO. INVIABILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, ALHEIA ÀS CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS SUCESSIVAS OPERAÇÕES PACTUADAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os requisitos essenciais à configuração da novação são: a intenção de novar, a preexistência de obrigação e a criação de nova obrigação, podendo também ser reconhecida, em razão da evidente incompatibilidade da nova obrigação com a anterior. Com efeito, em regra, a renegociação de dívida, com, v.g., prorrogação do prazo para pagamento, redução dos encargos futuros e apresentação de novas garantias, tem, apenas, o efeito de roborar a obrigação, sem nová-la (arts. 361 do CC/2002 e 1.000 do CC/1916). [...] 3. A segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Por isso, a autora não pode, ao ser beneficiada pela renegociação, reconhecidamente mais vantajosa, de forma unilateral, tentar modificar/desconsiderar as cláusulas pactuadas, devendo, pois, obedecer ao que fora estabelecido, por acordo de vontades. 4. É incontroverso que não houve novação, mas sucessivas operações, em virtude de renegociação da mesma dívida, que, pois, devem se submeter ao regime próprio e às respectivas cláusulas, não cabendo, à míngua de pactuação nesse sentido, fazer retroagir o regime da cédula de crédito comercial. Em suma, a operação contábil, para cálculo do débito, deve ser feita à luz do regime jurídico das operações e cláusulas contratuais que disciplinavam cada período, para que se possa aferir eventual vício e/ou excesso de execução. 5. Recurso especial parcialmente provido.<sup>126</sup>

A seguir, apresenta-se decisão do Tribunal de Justiça paulista que proferiu acórdão da apelação peticionada pela instituição financeira contra decisão *a quo*.

O Tribunal confirmou a decisão de primeira instância que julgou procedente o

---

<sup>126</sup> STJ - REsp: 1231373 MT 2010/0223606-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2017.

pedido da correntista que requereu contra a instituição financeira de não descontar da sua conta salário as parcelas de empréstimos por ela contraída.

DECLARATÓRIA – Contrato de empréstimo com autorização para desconto das prestações em conta corrente – Banco apelante que utilizou-se, para pagamento dos débitos, os salários, vencimentos e congêneres depositados na conta corrente da apelada – Descabimento – Recorrente que procedeu de forma abusiva e colocou a recorrida/consumidora em flagrante desvantagem – Inteligência do art. 51, inc. IV e XV, do CDC – Possibilidade, contudo, não obstante não se tratar no caso concreto de empréstimo consignado com desconto em folha de pagamento, por analogia, de realização de desconto não superior a 30% da remuneração líquida recebida pela apelada – Determinação contida no art. 2º, § 2º, inc. I, da L. nº 10.820/2003 e no art. 2º, § 1º, item 5, do Decreto nº 60.435/2014 – Contratação sujeita ao controle legal que se encontra genericamente disposto nos termos do art. 421, do CC – Liberdade de contratar que deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato – Entendimento jurisprudencial do STJ – Desconto procedido pelo recorrente que merece adequação e não ser extirpado. Recurso provido em parte. <sup>127</sup>

Como se verifica, o Tribunal reconhece a existência do contrato realizado entre a instituição e o correntista, mas, embora o contrato possua validade, a forma do seu recebimento foi desviada. A instituição financeira definiu no contrato de empréstimo comum que as parcelas seriam descontadas na conta salário do correntista e, por ser um contrato de empréstimo, não se equipara a empréstimo consignado em folha de pagamento, sendo assim, não pode ser realizado o desconto na conta salário.

João Batista Vilhena, relator do acórdão supramencionado, desce sábias palavras no que tange à intervenção estatal e o dirigismo contratual.

[...] está pertinente ao dirigismo contratual, segundo o qual há de se permitir a intervenção estatal no direito dos contratos por razões de ordem econômica e pública, estas que afetam a liberdade contratual, liberdade esta última a qual, indiscutivelmente, deve se amoldar para permitir haja maior equilíbrio no pacto, enfim, possa cumprir o contrato sua função social. [...] O que leva à interferência na relação contratual das partes é a circunstância de ter se aproveitado o apelante do permissivo contratual existente para proceder a desconto em patamar este sim abusivo, e que merece, desta forma,

---

<sup>127</sup> TJ-SP - APL: 00166980520108260011 SP 0016698-05.2010.8.26.0011, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 19/05/2016, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/06/2016

adequação, não ser extirpado.<sup>128</sup>

Assim, ficou claro que a intervenção jurisdicional no caso apresentado não foi para declarar que o contrato de empréstimo está revestido de alguma ilicitude, mas sim para adequá-lo aos moldes necessários de pagamento.

Essas modificações do judiciário, portanto, confirmam e afirmam que hoje é possível, e porque não dizer que inevitável, a intervenção do Estado nas relações privadas com o objetivo de proteger os interesses da sociedade e também do indivíduo, e, nesse sentido, o dirigismo contratual é a sua maior vedete.

Por mais estranho que possa parecer, quem mais sai vitorioso nesse conflito é a própria sociedade, vez que com a mitigação de um indivíduo estará se garantindo o interesse da maioria.

Importante mencionar que as decisões referenciadas objetivam demonstrar apenas a interferência do Estado na regulação dos contratos, não tratando neste momento a respeito dos novos critérios de influência econômica, como exemplo, o adimplemento substancial do contrato, que é tratado mais adiante.

## 2.4 A NOVA TEORIA NEGOCIAL

Os conceitos gerais dos contratos ganham novas dimensões com a Constituição Republicana ao declarar a necessidade da justiça social nas relações contratuais.

Paulo Nalin destaca este novo perfil de segurança jurídica contratual como alicerce fundamental nas relações entre os contratantes, o respeito entre eles e o pacto à luz da Constituição. Para o autor, a nova teoria negocial está alicerçada não apenas no adimplemento contratual, como também no justo equilíbrio do contrato e sua repercussão jurídica satisfatória.

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o interprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na ideia do equilíbrio das obrigações

---

<sup>128</sup> TJ-SP - APL: 00166980520108260011 SP 0016698-05.2010.8.26.0011, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 19/05/2016, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/06/2016

reciprocamente consideradas. [...] O enredo constitucional da segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente seu contínuo equilíbrio.<sup>129</sup>

Com essa necessidade de postura constitucional nos contratos, seus contornos contratuais estão direcionados ao senso de justiça social de tal maneira que passa a servir a sociedade e não mais o indivíduo.

Teresa Negreiros conceitua a nova ideologia contratual quando apresenta o contrato no centro dos efeitos sociais e econômicos da sociedade, não estando ele mais isolado, mas fazendo parte de uma estrutura constitucional com o objetivo de amparo coletivo.

Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção do consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país.<sup>130</sup>

Claudia Lima Marques, mesmo antes do Código Civil vigente, já havia dito da necessidade da transcendência dos efeitos dos contratos para a sociedade.

[...] a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância.<sup>131</sup>

Cláudia Lima Marques<sup>132</sup> acrescenta que o processo de acumulação de riquezas e a ganância criada pelo sistema capitalista agravaram as desigualdades sociais e, dessa maneira, necessitou da intervenção do Estado principalmente nos

---

<sup>129</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001, p.213.

<sup>130</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.107.

<sup>131</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.45.

<sup>132</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.223-224.

contratos de massa, em que o dogma da vontade se tornou apenas uma ficção, uma figura estranha aos moldes passados que não mais se adaptava na sociedade economicamente ativa do século XX.

Mudanças estas que refletiram na forma de contratar, tendo como consequência não o abandono dos princípios clássicos, porém, uma reformulação e o incremento de novos advindos da Constituição Republicana, culminando assim na harmonia do interesse público em detrimento do privado.

Paulo Lôbo explana sobre a nova teoria negocial, colocando o contrato sobre as influências do sistema capitalista e a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado.

A noção de contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi desenvolvida no contexto histórico preciso do Estado moderno, mais precisamente na fase do Estado liberal. Seu ápice coicidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico e se consagrou a ideia da autonomia privada como princípio fundamental do direito privado.<sup>133</sup>

Luiz Edson Fachin descreve a evolução dos contratos após a Constituição Federal, rompendo com o principado do século passado em detrimento aos princípios estampados na Carta Magna.

[...] a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.<sup>134</sup>

O contrato tem como finalidade a circulação de riquezas, porém deve proporcionar o desenvolvimento à construção de uma sociedade livre, solidária e justa, proporcionando a igualdade social por meio da função social do contrato devidamente declarada na Carta Magna.

Após a Constituição Republicana, os contratos foram revestidos de novos princípios contratuais objetivando o bem-estar social em detrimento do direito

---

<sup>133</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.19.

<sup>134</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.6.

individual.

Dentro deste contexto, o bem social estampado na Carta Magna passa a ter privilégio em detrimento à vontade individual, tendo como alicerce o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do consumidor, logo após a Carta Constitucional, teve como objetivo maior coibir abusos contra os consumidores, reequilibrando a relação consumerista contribuindo para a construção da nova teoria negocial. Seguindo-se, o vigente Código Civil, fortalecendo ainda mais a criação de um momento novo para os contratos tendo sempre o objetivo da dignidade da pessoa humana em atenção as cláusulas contratuais.

José Tadeu Neves Xavier descreve que não é aceitável que o contrato fique subordinado apenas à determinada teoria contratual, vez que o contrato transcende a vontade das partes para a vontade da coletividade.

Essa abordagem, por certo, não considera a questão contratual dividida em compartimentos estanques, pois não há como se aceitar a existência de linhas de separação nítidas e categóricas na identificação desses enfoques. Qualquer análise do contrato pós-moderno passa pela interação desses três aspectos. [...] O pensamento pós-moderno exige do contrato, portanto, a coexistência de um plano interno de comunicação entre as partes em sintonia com os planos externos de ordem institucional e social.<sup>135</sup>

A essa interligação sistêmica, originando a nova teoria contratual, Claudia Lima Marques define como “diálogo das fontes”<sup>136</sup> tendo como objetivo a coerência entre as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro para a solução do conflito de interesse nos tempos pós-modernos, superando a ideia de uma monossolução<sup>137</sup>, mas sim de uma solução sistêmica na busca da eficiência funcional dentro do complexo de normas de direito.

Flávio Tartuce<sup>138</sup> descreve que o uso da teoria do diálogo das fontes está alinhado à nova ideologia contratual, haja vista que as leis surgem para serem aplicadas e não a supressão uma da outra. Segundo este entendimento, a “ideia que

---

<sup>135</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade. Tese de doutorado. UFRGS, 2006, p.130.

<sup>136</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003. p. 74.

<sup>137</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Idem*, p. 110.

<sup>138</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Gen, 2015, p.60.

o Código Consumerista seria um microsistema jurídico, totalmente isolado do Código Civil de 2002”, está ultrapassada.

Em decisão da Adin nº 2.591-DF o Ministro Joaquim Barbosa apresentou o seu entendimento na análise de diversas fontes de normas para a decisão mais equânime em determinada lide proposta, definindo que não há exclusão de normas ou a aceitação de uma norma específica, todavia a aplicação conjunta ao mesmo tempo e no mesmo caso.

[...] Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis. [...] Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em “influências recíprocas”, “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente” [...] <sup>139</sup>

Esta renovação decorre do “incremento da vida contratual, cada vez mais intensa e estandardizada, a mudança de uma economia agrária em economia industrial e capitalista, concentradora de riquezas e de poder, e a criação de uma sociedade de consumo.”<sup>140</sup>

Como se verificou, após a Constituição Federal tornou-se orientadora para todos os demais ramos, especialmente para o direito contratual que tem como papel central a garantia da função social do contrato e o respeito da dignidade da pessoa humana.

Importante mencionar que os princípios contratuais contemporâneos da autonomia privada e da força dos contratos não foram eliminados. O que houve foi um acréscimo de novos princípios regulados à luz da norma constitucional, sem sobrepor aos princípios já existentes e aqui apresentados.

Paulo Nalin descreve que a crise no contrato não está mais na vontade das partes, todavia a necessidade de os contratos estarem sustentados na segurança jurídica da sociedade, que, de certo modo, entrelaça-se com a economia. Para o autor, “a segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas

---

<sup>139</sup> STF, ADIn n. 2.591-DF, voto do Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>140</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.222.

no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é o contrato de boa-fé”.<sup>141</sup>

Dessa forma, a concepção pós-moderna dos contratos exige uma abordagem ao mesmo tempo preocupada com a “relação interna entre as partes, a inserção do pacto no contexto do mercado e a realização de valores sociais, ambos ao mesmo tempo e de forma sincronizada, numa espécie de harmonia do contrato como um todo.”<sup>142</sup>

O que se pretende é buscar um amparo dos contratos à luz da Constituição Republicana com as “novas concepções do contrato, a introdução no sistema de melhores instrumentos para realizar a justiça comutativa, como o que se faz por meio dos princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa ao abuso”.<sup>143</sup>

E, em complemento, o autor deixa claro que os princípios constitucionais hoje incorporados ao contrato não objetivam “afastar a incidência dos princípios clássicos que regem essa indispensável categoria jurídica”.<sup>144</sup>

Evidente que o autor menciona os princípios pós-modernos já referenciados no trabalho, quais sejam, o da autonomia privada, a supremacia da ordem pública, a intervenção estatal e o dirigismo contratual, já que tais princípios decorrem da vontade das partes em vinculação contratual decorrente da própria vontade de contratar.

Dessa forma, a Constituição Republicana provocou significativa alteração no direito contratual por inserir novos princípios, sempre em detrimento a ordem social.

O objetivo almejado pela constitucionalização do direito civil está embasado na evidente possibilidade de garantir o equilíbrio das relações, pois a visão orientadora do sistema deixa de ser a individualidade e passa a ser a sociabilidade. Assim, a constitucionalização tem o papel de focar o direito para a efetividade do cumprimento das garantias constitucionais, ainda que à custa da mitigação das liberdades individuais, também garantidas no sistema constitucional e civil. Neste sentido, a Constituição é dotada de fundamentos aptos tanto a reger as relações sociais, quanto para intervir na vida privada na busca do bem comum, garantindo a dignidade da pessoa humana, pilar do sistema constitucional

---

<sup>141</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001, p.213.

<sup>142</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese de mestrado. UFRGS, 2006, p.131.

<sup>143</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.5-6.

<sup>144</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Idem*, p.6.

vigente.<sup>145</sup>

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira faz uma análise interpretativa do direito negocial tradicional e o pós-moderno. Após a crise dos paradigmas, da mudança de sistemática do Estado e o modelo intervencionista superado após a constitucionalização dos contratos que hoje prevalece a base da dignidade da pessoa humana e a função social dos contratos teceu nobres palavras.

[...] a constitucionalização contribui para a redesignação do pensamento jurídico e da metodologia jurídica na pós-modernidade, despojando-se da trilogia do velho paradigma expresso pelo liberalismo-individualismo-normativismo para absorver a plasticidade social, reorientada pelas transformações e mudanças sociais, culturais, econômicas e jurídicas que legitimam a eleição de um novo paradigma, designado nesta investigação como democrático-plurindividual-principiológico.<sup>146</sup>

Por esta premissa, Tadeu Xavier define que o processo de constitucionalização do pacto contratual se resume em dois pontos centrais de análise: “a troca dos valores agregados ao individualismo egoístico pela concretização dos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.”<sup>147</sup>

A possibilidade de autodesenvolvimento, de integração com a sociedade, do equilíbrio das relações, segurança da equivalência material das obrigações, e, por fim, mas por primeiro, a garantia de uma existência digna, representam as condições de possibilidade do direito privado contemporâneo.<sup>148</sup>

Em resumo, os contratos devem respeitar os princípios do Código Civil e os princípios Constitucionais, convivendo simultaneamente na órbita contratual, promovendo o bem-estar, a função social e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e mitigar a vontade individual.

Com a mitigação da autonomia da vontade, que perdeu o *status* absoluto da

---

<sup>145</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>. Acesso em: 06 jul. 2017, p.6.

<sup>146</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Idem, p.4.

<sup>147</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. Ibidem, p.138.

<sup>148</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>. Acesso em: 06 jul. 2017, p.8.

época do liberalismo que possuía a prerrogativa de liberdade total e o contrato fazia lei entre as partes, não resistiu ao apelo social que foi estampada na Carta Constitucional.

A crise do contrato nada mais foi que a quebra da autonomia da vontade para a autonomia privada e a contextualização das normas, principalmente respeitando os princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de o Estado intervir nos negócios faz a ruptura de apego do antigo ao novo.

A liberdade advinda do século passado esfacela-se, sendo hoje amparado pelo dirigismo contratual e os princípios da função social e o respeito sobre as vontades individuais em detrimento ao coletivo.

Dirigir para o Estado é zelar para a Nação função da estabilidade social e limitador da liberdade econômica dos indivíduos, garantindo assim a igualdade entre os contratantes.

### 3 O CONTRATO NA PÓS MODERNIDADE

A palavra princípio tem sua origem latina como *principiu* assumindo na língua portuguesa como início, começo, causa primária, preceito inicial.

Para o direito, e especialmente no campo dos contratos, são regidos por princípios o que tem a função de realizar o equilíbrio contratual, tendo como principal função afastar os abusos contratuais, vantagens indevidas como também o enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra.

Em outras palavras, os princípios estão presentes nos contratos com a finalidade de regular a forma, sua vinculação e o cumprimento das obrigações pactuadas.

Orlando Gomes define que os contratos na pós-modernidade devem respeitar os seus princípios contratualísticos: da autonomia da vontade, o consensualismo entre eles, a força obrigatória dos contratos, a boa-fé dos contratantes, o equilíbrio econômico entre os contraentes e, por fim, o da função social dos contratos.<sup>149</sup>

Orlando Gomes divide os princípios contratuais entre os clássicos e ou modernos. Na sua concepção, os primeiros três princípios são clássicos e os demais seriam os modernos.

Hoje, sem dúvida, a função social do contrato, a boa-fé e o da simetria contratual são os grandes princípios norteadores da nova teoria contratual.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira relata que na relação negocial há a necessidade de existir o equilíbrio das vontades, sendo este a essência da vontade após todas as alterações que a forma dos contratos sofreu.

Na pós-modernidade o negócio jurídico, após passar pela filtragem do dirigismo contratual, configura-se de acordo com os ideais do Estado Democrático e na medida da intervenção estatal. A autonomia privada comparece redesignada pelos limites impostos à dimensão da liberdade e vontade individual. A relação negocial efetiva-se entre sujeitos, considerando a igualdade material dos contratantes, visando o equilíbrio dos pactos defendidos pela possibilidade da revisão.<sup>150</sup>

Muito se fala hoje da nova roupagem contratual, ou ainda, que a teoria

---

<sup>149</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.25.

<sup>150</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 2, n. 1. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Negócio\\_Jurídico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.9.

moderna dos contratos se estruturou sobre esses pilares centrais e, com isso, fincou raízes profundas em todo e qualquer contrato.

Como dito, a função social do contrato foi definida no Artigo 421 do Código Civil e, logo em seguida, no Artigo 422, sobre a boa-fé restou claro que o Código Civil estabelece nova conjuntura contratual, amparada nos anseios e no valor do homem.

Dada a importância de ambos os Artigos civilista, não seria por menos, os dois norteadores iniciarem o livro da teoria geral dos contratos no Código Civil vigente.

Para tanto, faz-se necessária uma breve explanação sobre os referidos princípios, deixando claro que eles são distintos entre si. O primeiro consiste no controle da liberdade contratual em detrimento da sociedade e o segundo sobre o relacionamento entre os contratantes.

[...] a função social do contrato consiste em abrandar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé objetiva fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.<sup>151</sup>

Nelson Rosenvald<sup>152</sup> descreve que o princípio da boa-fé objetiva é endógeno (que vem do interior, desenvolve-se entre eles para seu exterior) e o princípio da função social dos contratos é exógeno (que vem do seu exterior, não se desenvolve entre os contratantes mais faz relação com eles).

José Tadeu Neves Xavier, em sua tese de doutorado, descreve a necessidade da comunicação entre os contratantes, relacionando-se com o meio externo (sociedade) objetivando tanto a satisfação daqueles que pactuaram, como os princípios norteadores da Carta Constitucional.

O pensamento pós-moderno exige do contrato, portanto, a coexistência de um plano interno de comunicação entre as partes em sintonia com os planos externos de ordem institucional e social. Dessa forma, o vínculo pessoal estabelecido entre os contratantes ganha novas tonalidades que lhe são atribuídas pela inserção de um determinado campo de atuação, relacionando-o com pontos de

---

<sup>151</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.31.

<sup>152</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dos contratos em geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p.310.

ordem supra-individual.<sup>153</sup>

Diante disso, conclui-se que a boa-fé faz referência aos sujeitos de direito que objetivam a pactuação contratual dentro de um padrão justo de contratação e o princípio da função social dos contratos se refere aos efeitos que determinado contrato poderá influenciar na sociedade como um todo, a qual não integrou àquele contrato, mas acabou sendo atingida no tocante a seus efeitos contratuais.

### 3.1 A FUNÇÃO DOS CONTRATOS

O Código Civil trouxe a obrigatoriedade da função social nos contratos no Artigo 421, tipificando que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Verifica-se que a função social do contrato tornou-se um limitador da autonomia da vontade de contratar, eis que “quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório”<sup>154</sup>.

Judith H. Martins-Costa dissecou o Artigo 421 do Código Civil, impondo reflexões acerca da função social dos contratos.

A expressão “em razão da” indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si); outra, trans-subjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual. A partir dessa concepção percebe-se decorrerem várias eficácias próprias ao art. 421, que podem ser repartidas nos dois grandes grupos acima sinalizados, quais sejam, as eficácias intersubjetivas e eficácias trans-subjetivas.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. *Ibidem*, p.130.

<sup>154</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.13.

<sup>155</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.159-160.

Em outras palavras, a distinção apresentada por Judith H. Martins-Costa de intersubjetiva e trans-subjetiva se relaciona, na primeira, com a vontade dos contratantes em firmar pactos por meio da sua liberdade contratual e, na segunda, a interação daquela primeira vontade com terceiros que não fizeram parte da relação contratualística, mas que acabam sendo atingidos por possuir força que se exterioriza além da relação dos contratantes.

A autora também conceitua que a “função social do contrato posta no artigo 421 [...] carrega uma função substantiva de elemento integrante do conceito de contrato”.<sup>156</sup>

Sabe-se que, além da satisfação dos contraentes em ver concretizado o pacto contratual e, principalmente, do exaurimento daquilo que foi combinado, transcende não só para as partes, mas também para a sociedade como um todo.

A preocupação maior reside quando o contrato não atinge, ou melhor, não segue o curso como foi originalmente pactuado e, neste momento, faz-se presente a influência do Estado para contrabalancear os excessos, ou melhor, que determinado contrato não cumprido não cause maiores danos para a sociedade.

Neste momento, surge a intervenção do judiciário, tendo como foco em coibir comportamentos socialmente indesejados por meio da atuação repressiva, mas também serve de estímulos para que os novos contratos cumpram a sua função social.

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia. Surge, assim, o conceito de função no direito, ou melhor, dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato.<sup>157</sup>

Verifica-se que cada vez mais o judiciário se preocupa em favorecer ações vantajosas para a sociedade, não apenas desfavorecer ações socialmente nocivas.

Hodiernamente quando se fala em celebração contratual, este instituto está

---

<sup>156</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Ibidem*, p.159-160.

<sup>157</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.364.

tão enraizado na sociedade contemporânea que, por uma análise de sua inexistência, seria uma catástrofe na sociedade, vez que, desde que se acorda até a hora de dormir se está vinculado a diversos contratos, a exemplo, o programa da agenda de telefonia para, em determinada hora, acionar o despertador. A energia residencial que se está consumindo, ao ligar e desligar o alarme residencial que ativa a central de monitoramento, e tantas mais.

Os contratos se aperfeiçoaram e estão obrigados a possuírem funções importantes para a proteção nos termos dos princípios constitucionais, da garantia da sociedade, da função econômica dos contratos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, destacam-se três funções: a função econômica, a função pedagógica e a função social.

### 3.1.1 A função econômica

Impossível dizer que o contrato não gera riqueza, em especial, a instrumentalização dos negócios empresariais, para o desenvolvimento econômico de determinada sociedade.

Como define Silvio Rodrigues, “o contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade entendido como o centro vital dos negócios”.<sup>158</sup>

Compreendendo, nesta perspectiva, que o contrato é meio deflagrador para a geração de riquezas, por ser da sua essência, ele também é um instrumento jurídico que protege bens valorados economicamente.

Como mencionado, o contrato impulsiona a circulação de riqueza, proporcionando a transferência de bens entre os contratantes, possibilitando que as partes possam adquirir bens necessários para a sua manutenção da vida social (aquisição de produtos supérfluos: roupas, bebidas, canal por assinatura), assim como a aquisição de bens para a criação de novas riquezas (aquisição de produtos industriais: máquinas de transformação de matérias primas para produtos industrializados).

---

<sup>158</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.60.

[...] o contrato é, pois, instrumento necessário para a definição dos vários aspectos da organização interna da empresa: as relações entre os empresários e os trabalhadores subordinados, isto para nos limitarmos ao exemplo mais significativo, são relações contratuais; o mesmo vale para as relações externas que a empresa estabelece com o fim de obter os bens e os serviços necessários ao desenvolvimento de suas actividades produtivas (por exemplo: contratos de aquisição das matérias primas ou dos produtos semi-transformados, contratos de leasing para utilização das maquinarias, contratos de distribuição de energia eléctrica para o seu funcionamento) ou para difusão dos seus produtos no mercado (contratos de transporte, contratos de agência, contratos de publicidade, contratos de fornecimento aos operadores da rede distributiva, contratos de venda ao público dos consumidores).<sup>159</sup>

Luciano Benetti Timm traz nos seus estudos a teoria da barganha para propiciar a circulação de riquezas por meio dos contratos empresariais. A teoria dos interesses é estabelecer um equilíbrio no contrato entre as empresas envolvidas.

Querendo que o negócio se concretize da melhor forma para o contratante, acaba por esbarrar na necessidade de atendimento das normas imperativas. “Dada a racionalidade das partes, é incorreto supor que elas irão barganhar a fim de atingir a situação de equilíbrio (pelo menos em contratos empresariais, nos quais as sociedades empresárias são contratantes)”<sup>160</sup>. Dessa maneira, aquele que detém maior poder de barganha quer se contrapor ao que possui menor poder e isso gerará riqueza por interesses pertinentes e específicos do contrato.

Embora a parte contratante possua menor barganha contratual, ainda terá o interesse de estar em contrato por outros motivos, já que cada interessado possui suas vontades subjetivas contratuais.

Dessa forma, ao se seguir o paradigma de Direito e Economia, os bens e serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes, expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. Uma vez que os indivíduos possuem interesses distintos e sejam suficientemente racionais (no âmbito dos contratos empresariais, pelo menos) para estabelecer uma escala de preferências, estarão, assim, aptos a maximizar a sua utilidade no processo de transação. Isso gerará riqueza na sociedade.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, 2009, p.68.

<sup>160</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.23.

<sup>161</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Idem*, p. 24.

Face a isso, os contratantes e com seus interesses estarão em contratos para atingir seu fim econômico pessoal e, para tanto, terão que realizar a equalização das vontades e seus poderes subjetivos de contratar e a melhor na sua situação após a finalização dos termos contratados.

Ademais, os contratos, na ótica econômica, não se perfazem somente a bens materiais, mas também a bens de propriedade imaterial. Neste prisma, Enzo Roppo ensina.

Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa res a possuir em propriedade.<sup>162</sup>

Como se verifica nos estudos do professor Enzo Roppo, que a função econômica é a possibilidade de utilizar o contrato como meio de transferência e circulação de riquezas entres os contratantes.

Paulo Nalin descreve que a função econômica do contrato está enraizada na livre iniciativa do contratante em querer ou não estar em contrato. Embora nem todos os contratos possuam o *status* comercial, a exemplo, o contrato de união estável, mesmo eles não tendo a vontade de estabelecer laços comerciais, acabam realizando interesses existenciais de sua vontade econômica pelo fato de união patrimonial.

Mostra-se evidente que se, implicitamente, a função econômica se insere no âmbito da livre iniciativa, esta surge legalizada, tão-somente, se cumprida a explícita função (social) de dignificação dos sujeitos contratantes. A função econômica do contrato, até mesmo, pode não se revelar na relação jurídica contratual, não sendo a patrimonialidade pressuposto de sua eficácia, como *v.g.*, no casamento ou mesmo no pacto que antecede a união estável, cujos efeitos patrimoniais são impróprios; mas, por outro lado, a realização dos interesses existenciais dos sujeitos contratantes sempre deverá

---

<sup>162</sup> ROPPO, Enzo. *Ibidem*, 2009, p.64.

ocorrer.<sup>163</sup>

Complementa o autor que as transformações contratuais e a função econômica do contrato não podem focar apenas no anseio puro e econômico que determinado pacto criará para a sociedade, mas também se aquela relação contratual preservou os dizeres contratuais da dignidade da pessoa humana, melhor dizendo, embora determinado contrato atingiu sua função econômica, acabou por afastar o princípio da dignidade do contratante.

A aplicação do comando constitucional não está a depender desta ou daquela localização do contrato, neste ou naquele ordenamento infraconstitucional. Seja de consumo, civil ou comercial, a relação de crédito sempre está nucleada no seu titular e não no crédito. O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso no artigo 1º, inc.III, associado ao artigo 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter.<sup>164</sup>

É perceptível que Paulo Nalin coloca o sujeito de direito no centro contratual, para satisfazer o interesse do contrato, perfaz-se primeiro o interesse do contratante como detentor da vontade de contratar, para depois se verificar os efeitos do contrato.

Judith Martins-Costa traz nos seus estudos uma ponderação entre a função econômica com a função social nos contratos. Entende a autora que a função social se exterioriza do contrato para a sociedade, atingindo a máxima função solidária estampada na Carta Constitucional e, com isso, torna-se um caminho que todos devem seguir, independente do exaurimento do contrato na sua função econômica.

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, *in fine*). [...] o princípio da função social, [...] indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo

---

<sup>163</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p.245.

<sup>164</sup> NALIN, Paulo. *Idem*, p.248-249.

predatório.<sup>165</sup>

Para ombrear este estudo, destaca-se que, em recente decisão proferida pelo tribunal de justiça do Estado do Paraná, ao analisar agravo de instrumento proposto por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. tendo como agravado Sr. Jean Carlos de Souza, o pedido proposto pela Aymoré objetivava a busca e apreensão do veículo do agravado, por não ter purgado a mora dentro do prazo legal de 5 dias, conforme estabelece o Decreto-Lei 911/69, após ter sido regularmente citado, bem como conforme o contrato firmado (alienação fiduciária), o atraso de uma das parcelas, as demais sucessivas seriam consideradas vencidas.

Entendeu o *juízo “aquo”* que, embora o agravado ter depositado em prazo superior ao que estabelece o Decreto-Lei 911/69 (sessenta dias depois da sua citação), e ainda, ter depositado apenas as parcelas que estavam vencidas, contrariando a obrigatoriedade da purgação da mora, soma-se a isso, o valor das custas iniciais e dos honorários advocatícios do processo originário.

Diante desses fatos, o Tribunal entendeu que o embargado cumpriu com a sua obrigação inicialmente pactuada, respeitando o princípio da função econômica dos contratos. Ao final, negou-se o provimento emergencial requerido pela Aymoré na exordial, o que culminou no agravo colacionado abaixo.

O Tribunal Superior analisou o pedido, entendendo que o juiz de primeiro grau agiu na estrita forma da função econômica atual, tendo exarado decisão no mesmo entendimento.

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DEPÓSITO REALIZADO EM QUANTIA SUPERIOR ÀS PARCELAS VENCIDAS E DEMAIS DESPESAS, MAS APÓS O PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 3º, § 1º, DO DECRETO-LEI 911/69. RECONHECIMENTO DE PURGAÇÃO DA MORA. LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO REVOGADA. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO AO REQUERIDO. RAZOABILIDADE. FORTES INDÍCIOS DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE PERÍCULUM IN MORA E DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL PARA JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.

---

<sup>165</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista DireitoGV, maio de 2005, vol. 01, p. 41. Disponível em [file:///D:/usuario/Downloads/35261-68343-1-PB%20\(3\).pdf](file:///D:/usuario/Downloads/35261-68343-1-PB%20(3).pdf) acessado 15/07/2017.

AVALIAÇÃO FEITA EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 18ª C. Cível - AI - 1467957-9 - Pinhais - Rel.: Vitor Roberto Silva - Unânime - - J. 08.02.2017)<sup>166</sup>

Colacionamos abaixo trecho do voto do relator Vitor Roberto Silva. Do seu voto no referido acórdão fica evidente, à luz da função econômica do contrato, que a manutenção dos termos contratuais já se torna resolvida ficando o pedido de busca e apreensão do bem prejudicado em atenção à estrita função social do contrato.

Assim, as peculiaridades dos autos revelam fortes indícios do cumprimento do contrato de financiamento pela parte requerida, fato que, à luz da função econômica do contrato e da finalidade de qualquer instituição financeira, cuja matéria-prima é o dinheiro e não bens duráveis, leva à revogação da liminar de busca e apreensão, situação que, com a negativa de efeito suspensivo ao recurso (fls. 206/207-v), perdura até a presente data. É óbvio que essa conclusão não se dá de modo exauriente, já que se trata de agravo de instrumento. [...] Por derradeiro, a insistência do agravante pela aplicação literal da lei, sem levar em conta a integralidade do valor depositado, parece revelar preocupação com o desfecho da sentença para efeitos de ônus sucumbencial e não com o resultado útil do processo. Frise-se, ademais, que a verba referente aos honorários advocatícios já foi adiantada pelo requerido, independentemente da procedência ou não do pedido inicial, bem assim que, nesses casos, a sucumbência é do autor.<sup>167</sup>

Frisa-se, no primor da decisão de primeira instância, que objetivou a instituição financeira a buscar, sem sucesso, amparo jurisdicional em via de agravo, uma vez que tanto o juiz de primeiro grau como o relator entenderam que a instituição financeira já estaria satisfazendo a sua pretensão contratual, já que a sua atividade principal é a de movimentação financeira e não a compra e venda de bens, desvirtuada seria de outra forma.

Renova-se aqui que este é mais um exemplo da intervenção do Estado nos contratos.

Embora o Decreto-Lei determinasse que o devedor estaria obrigado a purgar a mora no prazo de cinco dias, o judiciário entendeu que não deveria prevalecer a regra contida na norma, já que a instituição estaria querendo é prejudicar o devedor em deixá-lo sem o bem, do que a satisfação financeira e o resultado útil do

---

<sup>166</sup> TJ-PR - API: 14679579 PR 1467957-9 (Acórdão), Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 08/02/2017, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1973 17/02/2017.

<sup>167</sup> TJ-PR - API: 14679579 PR 1467957-9 (Acórdão), Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 08/02/2017, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1973 17/02/2017, p.3.

processo, como se retira dos dizeres do relator.

Paulo Lôbo ressalta a necessidade da interferência do Estado na economia no aspecto de controle dos grandes empreendimentos financeiros sobre a massa menos favorecida.

Parece que a regulação da atividade econômica, para conter ou controlar os abusos dos poderes privados, é uma conquista que as sociedades organizadas não pretendem abrir mão. Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e a vulnerabilidade das pessoas que não detém o poder negocial principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas.<sup>168</sup>

Afinal, qualquer contrato vai interferir na economia, positiva ou negativamente, a depender da relação contratual e a interferência do Estado em contrapor interesses que afetam os princípios norteadores da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana.

### 3.1.2 A função pedagógica

Além da função econômica, o contrato também traz a função educativa fixando regras que os contratantes devem seguir, já que foi fixado por acordo de vontades, estabelecendo prazos e regras que, de maneira psicológica, proporciona o respeito entre os contratantes e a necessidade de cumprimento daquilo que inicialmente foi pactuado.

Dessa maneira, aquilo que foi pactuado deve ser cumprido de maneira fiel, já que “[...] o contrato é a fonte por excelência das obrigações, é pelo consentimento livre e espontâneo que os homens devem entender-se”.<sup>169</sup>

Abaixo, apresenta-se o entendimento de César Fiuza. Para ele, a função pedagógica do contrato traz a figura do respeito mútuo entre os contraentes, melhorando os relacionamentos sociais sadios.

Aproxima os homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenham sua própria palavra. Por

---

<sup>168</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.46.

<sup>169</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p.474.

meio dos contratos, as pessoas adquirem do direito como um todo, pois, em última instância, um contrato nada mais é do que a miniatura do ordenamento jurídico, em que as partes estipulam deveres e direitos, através de cláusulas, que passam a vigorar entre elas.<sup>170</sup>

O Contrato se materializando as vontades entre as partes, desloca-se do campo abstrato das fontes de direitos e faz-se a aplicação de determinadas regras para cada tipo de contrato. Neste sentido, não podemos classificar que o contrato se finda em parte de regramento legal, mas sim, fazendo parte do conjunto jurídico das normas e a sua justa adequação em determinadas situações.

A função pedagógica é o meio de socializar e educar aqueles que contratam. Neste caso, as cláusulas estabelecidas no contrato criam o respeito um com o outro, afinal, empenham sua vontade em estabelecer o pacto contratual, estipulando direitos e obrigações por meio delas.

Quando não cumpridas as cláusulas pactuadas pelos contratantes que estabeleceram obrigações entre eles, na nova concepção, o Estado intervém para fazer o realinhamento da postura contratual, objetivando a função social e a dignidade da pessoa humana.

Apresenta-se abaixo decisão de proferida na ação de danos materiais e morais movida pelo proprietário de determinado veículo que teve seu bem vendido pela concessionária sem sua autorização.

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO, CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. Contrato estimatório. Venda do objeto consignado a terceiro, com financiamento do valor por instituição financeira. Regularidade. Art. 534 do CC. Transferência da disponibilidade à consignatária que é requisito essencial do contrato estimatório. Ausência de responsabilidade do terceiro adquirente ou da instituição financeira. Repasse do valor da venda ao consignante que deveria ter sido feito pela consignatária. Danos morais. Indenização fixada com observância das funções pedagógica e reparatória. Manutenção. Danos materiais não comprovados. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.<sup>171</sup>

Suas alegações foram aceitas pelo judiciário, vez que o proprietário não havia transferido a propriedade do bem para a concessionária, apenas feito contrato de

---

<sup>170</sup> FIUZA, Cesar. *Direito civil – curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.365-366.

<sup>171</sup> TJ-SP - APL: 00110036620108260562 SP 0011003-66.2010.8.26.0562, Relator: Azuma Nishi, Data de Julgamento: 04/08/2016, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2016.

venda em consignação. Contudo, a concessionária não conseguiu fazer a venda do veículo no prazo legal de 30 dias, o que levou o proprietário do bem a requerer a devolução.

Mesmo notificado para entregar o bem, a concessionária vendeu o veículo a terceiro que acabou financiando e não honrando com o pagamento das parcelas.

Por esse motivo, o judiciário entendeu que a concessionária não honrou com o pacto contratual (contrato de consignação) que estabelece prazo temporal de trinta dias para a venda do bem ora consignado e, caso não realizasse a venda, haveria a necessidade de devolver o bem, nas mesmas condições que foram confiadas, para o proprietário.

Por tudo que foi apresentado, pode-se dizer que a função pedagógica dos contratos estabelece normas de conduta entre os contratantes que, de maneira lógica, cria obrigações recíprocas e impõe dever de cumprimento.

Dessa maneira, o ato de contratar é um fomentador para a vida em sociedade uma vez que, no momento de constituição do pacto contratual, o contratante está em comunhão com a liberdade de contratar, alinhado ao dever de conduta contratual.

Em recente decisão proferida pela 27ª Câmara do Tribunal de São Paulo que majorou a indenização por dano moral para a apelante (Rosinéia Aparecida da Silva) no valor de dez mil reais, decorrentes da inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito realizada pela apelada (Nextel Telecomunicações Ltda.), em respeito à função pedagógica do contrato.

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. Prestação de serviço de telefonia. Alteração de plano. Cobrança pelos dois planos, o contratado posteriormente e o cancelado. Inadmissibilidade. Lucros cessantes. Inocorrência. Danos morais. Inclusão do nome do autor em cadastros de proteção ao crédito e desgaste psicológico na tentativa de solucionar o problema extrajudicialmente. Fixação da indenização com observância de suas funções pedagógica e reparatória. Sucumbência. Inversão. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>172</sup>

O relator justifica a majoração da condenação representando um valor de

---

<sup>172</sup> TJ-SP - APL: 40046682920138260506 SP 4004668-29.2013.8.26.0506, Relator: Azuma Nishi, Data de Julgamento: 03/04/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 04/04/2017

significativo conforto para a apelante e, de maior importância, que a empresa aprimore seus procedimentos internos objetivando evitar futuros danos a demais consumidores.

Nas palavras do relator fica evidente que, embora a decisão faz coisa julgada para as partes envolvidas, o objetivo maior da condenação reside na necessidade da empresa Nextel em aprimorar a organização administrativa para que outros consumidores não venham ser prejudicados por falta de zelo interno.

Este também é o entendimento dos demais Tribunais brasileiros, colacionamos a 5ª Câmara do Tribunal do Rio Grande do Sul em que se destaca:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ORDEM JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. I. No caso, a sentença julgou procedente a ação, reconhecendo o descumprimento da ordem judicial e a responsabilidade da instituição financeira pela inscrição negativa realizada em nome do autor, sem haver insurgência do réu sobre tais questões, transitando em julgado. II. Outrossim, não há falar em registros desabonatórios preexistentes, o que poderia afastar a condenação por danos morais, nos termos da Súmula 385, do STJ. III. Então, reconhecida a conduta ilícita do requerido e caracterizado o dano moral in re ipsa, cabível a majoração da indenização postulada, tendo em vista a condição social do autor, o potencial econômico do réu, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. A correção monetária pelo IGP-M incide a partir do presente arbitramento, na forma da Súmula 362, do STJ. IV. Outrossim, ao contrário do aduzido pelo réu, os juros moratórios de 1% ao mês devem ser contados a partir do evento danoso, na forma da Súmula 54, do STJ. V. Por fim, de acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os... honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA.<sup>173</sup>

Assim, a função pedagógica dos contratos, em resumo, é utilizar o conjunto de normas do sistema jurídico objetivando a ordem e a justiça, permeando os dizeres pactuados em detrimento a coletividade, já que, “o contrato educa, ensina e civiliza o homem”.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> TJ-RS - AC: 70073763419 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 28/06/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/07/2017

<sup>174</sup> FIUZA, Cesar. *Direito civil – curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.115.

### 3.1.3 A função social

Antes de se voltar ao estudo da função social do contrato, necessário um retrocesso histórico deste princípio.

Como dito em capítulo anterior, a função social dos contratos evoluiu dentro de um conjunto de acontecimentos históricos ocorridos entre o século XVIII e final do século XIX. Entre os mais importantes foi a concepção do Estado do bem-estar social (*Welfare State*) que basicamente é a interpretação das obrigações do Estado com a sociedade. Obrigações estas pelas quais o Estado deve garantir padrões mínimos de saúde, educação, seguridade social e renda para os cidadãos.

Paulo Luiz Neto Lôbo descreve a interferência do Estado, não só para garantir a existência do Estado Social para a sociedade, mas também intervindo nos setores privados objetivando o controle e a manutenção das garantias sociais.

No Estado social (*welfare State*) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público.<sup>175</sup>

O *Welfare State*, objetivou uma inovação no sistema de políticas públicas sociais por meio de novos programas de amparo para a sociedade. Em princípio, as primeiras mudanças, por não ter o estabelecimento do programa anterior, foram constituídas com poucos recursos financeiros e baixos benefícios para a sociedade.

Os primeiros programas foram “os recursos contra a velhice (apoio aos idosos), doenças infecciosas, acidentes advindos dos operários em trabalho e a invalidez”.<sup>176</sup>

Com novas necessidades sociais, foram também surgindo novos programas, como os “programas de aposentadoria por tempo de serviço, as pensões para as viúvas, o amparo do seguro aos funcionários que perderam emprego e, por último, as benesses aos familiares”.<sup>177</sup>

Com o surgimento do Estado do bem-estar social, originou-se também uma

---

<sup>175</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação legislativa, nº 141, jan./mar. 1999, p.2.

<sup>176</sup> LESSA, Célia. *O estado do bem-estar social na era da razão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.89.

<sup>177</sup> LESSA, Célia. *Idem*, p.90.

série de preocupações jurídico-sociais.

Para a dimensão dos contratos, surgiu uma nova concepção da formalização dos termos contratuais, ou seja, que todos os contratos necessitam atingir a sua função social, conforme estabelece o Artigo 421 do Código Civil.

Com a presença obrigatória da valorização da sociedade nos contratos, verifica-se que a noção individualista sobre a norma é afastada para dar espaço ao amparo das satisfações globais. “É o que se poderia dizer de uma eficácia social do contrato, corolário de sua inserção no tecido social, no mundo das relações, da função que aí ocupa.”<sup>178</sup>

Dessa maneira, o princípio da função social dos contratos estabelece que os interesses individuais que foram incorporados a determinado pacto contratual sejam exercidos em consonância com os interesses sociais e, de outra análise, não poderá existir conflito entre o interesse individual para o interesse social, vez que, o segundo prevalece sobre o primeiro.

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da sociedade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, in fine). [...] o princípio da função social, [...] indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório.<sup>179</sup>

O legislador, ao tipificar o princípio da função social dos contratos, estabeleceu que o contrato firmado não interessa apenas aos contratantes de maneira isolada, mas também o meio social em que foi estabelecido o contrato acaba sendo influenciado por essas relações contratuais.

Como é sabido, o ser humano não vive isolado, se assim fosse, sua liberdade seria ilimitada, podendo possuir aquilo que estivesse ao seu alcance, possuir ou abdicar de coisas e bens que quisesse, tendo como único limitador o seu próprio querer.

Para Hannah Arendt, “a sociedade, por sua vez, é condicionadora e condicionante, ou seja, determina o comportamento dos indivíduos que ali vivem,

---

<sup>178</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.135.

<sup>179</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Reflexão sobre o princípio da função social dos contratos*. São Paulo: Revista direitoGV, vol.01, p.41. Maio de 2005.

porém, também é condicionada pelos indivíduos que a formam”.<sup>180</sup>

No entanto, a vida em sociedade impõe regras de conduta e limites para exteriorizar sua liberdade individual.

Essas regras estão normatizadas, com o objetivo de organizar a vida em sociedade.

O princípio de adequação do homem à vida social. Está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está no anseio de justiça, como ideal eterno do homem, está imanente na necessidade de contenção para a coexistência <sup>181</sup>

Importante mencionar que a Constituição da República não trouxe nenhum artigo que trata de maneira expressa o princípio da função social da empresa. Independente disso, a doutrina dominante interpreta que o referido princípio está implícito na função social da propriedade.

Ressalte-se, devido ao surgimento do movimento de constitucionalização do direito privado, que a Constituição da República acabou por trazer restrições ao direito de propriedade, direitos estes de usar, gozar e dispor. Assim, o direito à propriedade não é mais absoluto, tendo em vista que o artigo 5º, XXII da CF/88 consagrou a necessidade de que seja observada a sua função social.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;<sup>182</sup>

Para a professora Maria Helena Diniz, a função social do contrato, compreende também a função social da empresa, ambos como institutos ligados à função social da propriedade no seu contexto geral, buscando-se objetivar a boa-fé do empresário em seus maiores pilares.

---

<sup>180</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.45.

<sup>181</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.113.

<sup>182</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

[...] privilegia o respeito à lealdade, requerendo do empresário um padrão de conduta, que tenha como *standard* “o bom homem de negócios”, que deve ter o dever de diligência e cuidado próprio na condução de seu interesse. A boa-fé objetiva deve ser tida como o modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhoria da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de eficiência.<sup>183</sup>

Como se pode observar, da doutrina supracitada há o entendimento de que, embora o contrato é firmado e só produz efeitos entre as partes contratantes, há que se considerar os efeitos reflexos derivados do pacto particular, qual seja, a observância do bem-estar geral, característica da função social do contrato.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>184</sup> descreve que a função social é uma barreira, um limitador da vontade de contratar. Para ele, quando a autonomia da vontade dos contratantes se confrontar com a função social da empresa, necessita-se que o interesse do particular seja mitigado em detrimento do interesse social.

Paulo Luiz Neto Lôbo retrata a necessidade da atuação do Estado objetivando os valores de justiça social distributiva.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.<sup>185</sup>

Importante mencionar o enunciado nº 23<sup>186</sup> estabelece que a função social prevista no Artigo 421 do Código Civil de 2002 não elimina o princípio da autonomia da vontade contratual, mas apenas atenua ou reduz o alcance do referido princípio quando estão presentes interesses metaindividuais ou quando presente o interesse

<sup>183</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.24.

<sup>184</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.12.

<sup>185</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação legislativa*, nº 141, jan./mar. 1999, p.2.

<sup>186</sup> Enunciado 23 do Conselho Federal de Justiça, I Jornada de Direito Civil, dias 11 a 13 de Setembro de 2002.

individual relativo a dignidade da pessoa humana.

Como foi apresentado, o princípio da função social já estava previsto no artigo 5º, XXII da CF/88 ao definir a função social da propriedade.

Uma das funções do contrato é a circulação de bens e a geração econômica e, por este motivo, “os contratantes, ao estabelecerem entre si as regras que serão aplicadas a sua relação específica, efetivam também o princípio constitucional da solidariedade social [...]”.<sup>187</sup>

Entretanto, para que seja possível sua aplicação plena, faz-se presente no âmbito contratual, em que hoje os interesses dos contratantes superam os simples papéis que foram pactuados e transcritos e reportam-se à sociedade num campo bem mais abrangente.

Para TIMM, a função social atinge os contratantes quando ambos finalizam o contrato com as trocas econômicas realizadas e satisfazendo o saldo positivo para ambas as partes.

Dessa forma, a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seus comprometimentos em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo da transação.<sup>188</sup>

A função social se desdobra em dois momentos. Primeiro, a satisfação econômica dos contratantes em receberem a benesse contratual e, segundo, que os reflexos desse contrato se desvinculem das partes contratantes, refletindo na sociedade por meio da liberdade de contratar, como também a distribuição de riquezas.

A função social do contrato não é apenas um limitador negativo e externo, mas também se deve analisar como um limite positivo a determinado conteúdo contratual em sede de liberdade e autonomia da vontade em confronto com o interesse de determinada coletividade.

---

<sup>187</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos; Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.11.

<sup>188</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. Disponível em: <<http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.27.

A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.<sup>189</sup>

Essa restrição imposta pelo princípio da função social dos contratos não tem o condão de criar o óbice das pessoas realizarem seus pactos de maneira livre, visando a um objetivo comum entre eles. O que se exige na verdade é que o acordo celebrado entre os contratantes não gere nenhum impacto contra a coletividade, mas sim, que se torne benéfico.

Para Miguel Reale, o contrato assinado se torna um “elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”.<sup>190</sup>

Sendo assim, o contrato, mais que um instrumento que objetiva a circulação de bens, deverá atender o equilíbrio entre os contratantes e a sociedade de forma justa e igualitária.

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.<sup>191</sup>

A função social do contrato não deve ser interpretada como objetivo do contrato pactuado, todavia como imposição legal de conduta entre o limiar da autonomia da vontade e sua liberdade de contratar.

A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de ‘assistência social’. [...] Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará

---

<sup>189</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação legislativa, nº 141, jan./mar. 1999, p.4.

<sup>190</sup> REALE, Miguel. *O projeto do código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.10.

<sup>191</sup> LÔBO, Paulo. *Ibidem*, 2011, p.67.

remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei.<sup>192</sup>

Ainda, é preciso estar atento sobre a função social nos contratos para que esta não se sobreponha aos interesses dos contratantes e até a própria razão dos contratos, qual seja, a manifestação da vontade daqueles que se dispuseram a contratar.

Para Carlos Roberto Gonçalves, “a função social do contrato serve para precipuamente limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer.”<sup>193</sup>

Sem maiores questionamentos, o princípio da função social é uma inovação importante que a Constituição Federal trouxe para os negócios contratuais e, também, do Código Civil de 2002, como bem lembra Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

O princípio da função social é mandamento constitucional que condiciona os contratos à sua observância, desde o início até a conclusão. A violação do preceito implica em descumprimento, porém, distinto do descumprimento das obrigações contratuais intrínsecas, onde, de regra, executa-se o contrato. A não observância do princípio autoriza a declaração de inconstitucionalidade do pacto, pois em desconformidade com o texto constitucional.<sup>194</sup>

Quando determinado contrato não consegue (ou não tem o objetivo de conseguir) atingir a função social, este estará em desalinho com o ordenamento jurídico da atualidade.

Seguro de vida. Não renovação de apólice que estava vigente há mais de 25 anos sem explicação ou justificativa da impossibilidade de renovação. Inadmissibilidade. Afronta à função social do contrato, à boa-fé objetiva e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Enunciado nº 542 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Segurado que, no curso da demanda, e dada a incompetência da seguradora para cumprir a ordem liminar de

---

<sup>192</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.102.

<sup>193</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.24.

<sup>194</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 2, n. 1. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Negócio\\_Jurídico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.11.

restabelecimento do contrato, viu-se obrigado a contratar com outra seguradora a cobertura do sinistro eventual. Danos morais ocorrentes caracterizados na hipótese. Fixação em R\$ 5.000,00 mantida, pois ponderada e de acordo com a situação fática apresentada no caso, atingindo a dúplici função do instituto (compensatória à vítima e punitiva ao ofensor). Apelo não provido.<sup>195</sup>

Como se observa no julgado acima, o segurado moveu ação para obrigar a companhia de seguros a reestabelecer o contrato de seguro de vida inicialmente pactuado no ano de 1988 e, sem aviso prévio, foi cancelado pela companhia no final do ano de 2016.

Entendeu o relator que a companhia de seguros agiu de forma desleal, ferindo a boa-fé objetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana e, por ter descontinuado o contrato de seguro de vida, caracteriza afronta à função social do contrato pactuado a longos anos.

Importante mencionar que o relator participou da VI Jornada de Estudos de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal onde foi aprovado o enunciado nº 542<sup>196</sup> estabelecendo que a “recusa de renovações das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta a função social do contrato”.

A decisão transcrita abaixo teve como ponto principal de análise a multa de cem por cento imposta pelo proprietário do imóvel no momento em que o locador decide desocupar o imóvel.

Os julgadores entenderam que a multa estaria contrariando preceitos normativos, em especial, o artigo 2.035 do Código Civil que traz a necessidade de as convenções assegurarem a função social da propriedade e dos contratos.

Apelação – Ação revisional de contrato cumulada com declaratória de inexistência de débito e de repetição do indébito – “Contrato de permissão de uso de imóvel e infraestrutura” – Desistência da ocupação do espaço – Cláusula penal fixada em 100% do valor que seria devido se o espaço fosse efetivamente ocupado – Excesso manifesto – Redução – Necessidade. A cláusula penal compensatória tem por função estimular o contratante a cumprir a obrigação e, em caso de inadimplemento, constituir uma prefixação das perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação. Por isso, descumprida a obrigação por ato imputável ao devedor,

---

<sup>195</sup> TJ-SP - APL: 10107948720148260482 SP 1010794-87.2014.8.26.0482, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 07/12/2016, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

<sup>196</sup> Enunciado 546 do Conselho Federal de Justiça, VI Jornada de Direito Civil, dias 11 e 12 de março de 2013.

será aplicável a multa compensatória prevista contratualmente, conforme estabelece a regra disposta no artigo 408 do Código Civil. Ao dispor que o juiz deve reduzir equitativamente a penalidade, o Legislador explicitou que a norma é de natureza cogente e que os contratantes não podem afastá-la por ato consensual. As penalidades desta natureza devem, sempre, ser aplicadas segundo parâmetros equitativos, de acordo com a natureza e a finalidade do negócio jurídico entabulado. Há de se salientar, ainda, que a norma disposta no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil estabelece que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Assim, tendo em conta que o disposto no artigo 413 do Código Civil é preceito de ordem pública, a circunstância de as partes terem estabelecido cominação em determinado valor ou percentual não impede, a pretexto de observância do princípio da obrigatoriedade dos contratos, que o magistrado proceda à redução equitativa da cláusula penal, com o que se atenderá à função social dos contratos. Apelação provida em parte.<sup>197</sup>

Verifica-se assim que a intervenção judicial tem o objetivo de garantir que seja respeitada a função social, não tendo a finalidade de transformar o contrato meramente assistencialista em detrimento ao patrimônio alheio, mas sim buscar a solução exarada na lei, tais como a repressão de atividades contrárias ao ordenamento em detrimento a coletividade e a segurança jurídica.

A intervenção judicial terá a função de fazer valer a lei, sendo assim, a verificação dos contratos, objetivando garantir o bem da coletividade e utilizando os institutos de revisão contratual ou até a invalidação dos negócios pactuados.

O que "importa, pois, neste momento é apreciar as formas de concretização do justo contratual, isto é, como o Estado-juiz, atua no sentido de corrigir as congêntas e supervenientes de desequilíbrio contratual."<sup>198</sup>

Diante dessa intervenção judiciária, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça editou o enunciado nº 21<sup>199</sup> estabelecendo que a função social definida no Artigo 421 do Código Civil constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

---

<sup>197</sup> TJ-SP - APL: 01571103920128260100 SP 0157110-39.2012.8.26.0100, Relator: Lino Machado, Data de Julgamento: 10/05/2017, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/05/2017.

<sup>198</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

<sup>199</sup> Enunciado 21 do Conselho Federal de Justiça, I Jornada de Direito Civil, dias 11 a 13 de Setembro de 2002.

Conforme Humberto Theodoro Junior<sup>200</sup>, ao tratar do assunto, entende que o princípio da função social, após editado o enunciado 21, apresentando o entendimento que o artigo 421 do Código Civil tem natureza de cláusula geral possa provocar incertezas quanto a sua abrangência. Para ele, o referido entendimento irá depender da uniformização de jurisprudência, melhor dizendo, que a intervenção jurisdicional extraia o conteúdo da norma abstrata e seja ela concretizada. E, assim sendo, o juiz por meio da atividade jurisdicional integraria o contrato, não tendo mais a figura tradicional de substituição da vontade das partes.

Embora os enunciados não possuam força de norma, em geral, eles trazem no seu contexto a opinião da jurisprudência majoritária, servindo como fonte de interpretação jurídica confiável.

Conforme Cláudia Lima Marques<sup>201</sup>, o contrato se torna uma ferramenta importante para promover a igualdade das pessoas. Tem-se que a finalidade econômica contratual não prejudique a sociedade, a exemplo, a dominação dos mercados, a proliferação da desigualdade material e a pobreza das nações, evitando a dominação do homem pelo homem.

Pelo contrário, que o contrato tenha como um de seus fundamentos melhorar a distribuição de renda, que promova a livre concorrência, a facilitar o acesso aos bens essenciais, ao desenvolvimento da nação entre outros.

Dessa maneira, espera-se que o contrato contribua para a busca do pleno emprego, melhoria da distribuição de renda, facilitação do acesso aos bens essenciais, promoção da livre concorrência, preservação do equilíbrio ecológico, proteção do patrimônio histórico e artístico, divulgação da cultura, desenvolvimento da nação entre outros. O contrato passa a ser visualizado como ponto de encontro de direitos fundamentais.

Ressalta-se que quando o contrato não consegue atingir sua função social, a exemplo, quando uma das partes contratantes enriqueceu de maneira desproporcional, ou determinada parte que decaiu seu patrimônio a fatores totalmente contrárias a sua vontade não pode o direito se esquivar de tais fatores, e, dessa maneira, o sofrimento econômico daquele que contratou ultrapassaria a coisa material, atingindo, em primeiro, a dignidade do ser humano, e, em segundo traria consequências a toda a coletividade.

---

<sup>200</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.61.

<sup>201</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p.255-267.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

O princípio da equivalência material está disciplinada de modo indireto nos artigos 423<sup>202</sup> e 424<sup>203</sup> do Código Civil vigente.

Como se verifica, o Código Civil impõe limites à liberdade contratual, como também ao princípio do *pacta sunt servanda* “passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”.<sup>204</sup>

Assim, se determinado contrato apresentar desvantagem excessiva a uma das partes contratantes, possibilita a revisão do mesmo para seu justo equacionamento, garantindo assim o equilíbrio entre os contratantes.

De outro norte, é notado que o princípio admite a existência de desigualdade jurídica e formal entre os contratantes.

Professor Gagliano<sup>205</sup>, citado por Paulo Luiz Netto Lôbo, define que “o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para a harmonização dos interesses”.

Paulo Luiz Netto Lôbo em artigo publicado na revista dos tribunais conceituou o princípio da equivalência material.

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

<sup>203</sup> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>204</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Revista de direito do consumidor - 42*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-Junho, 2002, p. 192.

<sup>205</sup> GAGLIANO, Paulo Stolze. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.68.

<sup>206</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil*. São Paulo: Revista de direito do consumidor. n.42, abril-junho, 2002, p. 192.

Com isso, o princípio em estudo apresenta-se como um divisor de águas da igualdade jurídica e a igualdade formal, vez que ao judiciário não restava outra análise a não ser a desigualdade real ou de desequilíbrio de direitos e deveres inicialmente pactuados, já que o contrato fazia lei entre as partes, pouco importando a existência da exploração ou a abusividade de uma das partes com a outra.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se a sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.<sup>207</sup>

Mônica Yoshizato Bierwagen<sup>208</sup> ressalta que o princípio da equivalência material não teve o condão de extinguir o princípio da obrigatoriedade contratual, mas sim abrandar o mesmo em nome da segurança jurídica, a exemplo, os valores éticos e sociais. O que hoje não se admite mais é que, em nome da obrigatoriedade pactuada, possa existir a possibilidade do proveito injustificado de uma parte contratante sobre outra.

Lôbo<sup>209</sup> explica que o princípio da equivalência material desenvolve-se no aspecto subjetivo, quando se analisa o poder dominante dos contratantes e a presunção legal de vulnerabilidade. Como exemplo cita o trabalhador no contrato de trabalho, o aderente de contrato de adesão, o inquilino no contrato locatício, o consumidor na relação consumerista, sendo esta presunção absoluta não podendo ser afastada pelo judiciário na análise do caso concreto.

Já no aspecto objetivo, Lôbo<sup>210</sup> considera a existência real do desequilíbrio de direitos e deveres contratados que estariam presentes na celebração do pacto, ou, como também, em circunstâncias supervenientes dos contratantes, que culminaram em onerosidade excessiva para uma das partes.

---

<sup>207</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Transformações gerais dos contratos*. São Paulo: Revista trimestral de direito civil. v.16, out-dez, 2003, p. 111.

<sup>208</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.30.

<sup>209</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, Idem, 2002, p. 187-195.

<sup>210</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. Cit. p. 187-195.

Em sentença proferida no Tribunal de Justiça gaúcho, o autor requereu a cobrança de mora da construtora pelo fato dela ter ultrapassado o prazo estabelecido no contrato. Sua argumentação foi consubstanciada no princípio da equivalência patrimonial que ora se estudou.

Resumidamente, o pedido do autor se consubstancia na ofensa do princípio da equivalência material, por silogismo jurídico, se por ventura ele atrasasse o pagamento, sofreria as penalidades do atraso. Dessa forma, requereu juridicamente a igualdade da ofensa contratual pelo fato que a construtora atrasou a entrega do imóvel.

Como se verifica no acórdão transcrito abaixo, do qual foram suprimidas partes desnecessárias ao estudo, o seu pedido foi aceito pela ofensa contratual e ao princípio da equivalência.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. Sentença de parcial procedência declarando nulidade da cláusula de compromisso arbitral e condenando as rés ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de danos morais para cada autor, conforme declaração. Recurso de ambas as partes. Cláusula contratual que estabelece prazo de tolerância para entrega do imóvel que não se afigura abusiva. Precedentes desta Corte. Prazo final em 27/02/2012 e imóvel entregue em 08/05/2014. A mora das rés restou caracterizada pelo descumprimento do prazo contratado para entrega da unidade imobiliária. [...] Princípio da equivalência material. Aplicação da multa de 2% sobre o valor do imóvel em favor do comprador. Impossibilidade de aplicação de juros de 1% ao mês em desfavor das rés, considerando a natureza jurídica remuneratória, diversa de cláusula penal. Dano moral configurado. [...] observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença parcialmente reformada para incluir a condenação ao pagamento da multa de 2% sobre o valor do imóvel e reduzir o valor da indenização por danos morais. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.<sup>211</sup>

No Tribunal de Justiça paulista o autor da ação que segue transcrito abaixo requereu a cobrança de mora da construtora por ela ter ultrapassado os prazos de construção inicialmente estabelecido no contrato. Seu pedido também foi com base no princípio da equivalência patrimonial que, neste, o relator denominou de simetria contratual.

---

<sup>211</sup> TJ-RJ - APL: 01135034020138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 17 VARA CÍVEL, Relator: SÔNIA DE FÁTIMA DIAS, Data de Julgamento: 20/07/2016, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 22/07/2016.

Compromisso de venda e compra de imóvel - Ação ordinária – Parcial Procedência – Preliminar de ilegitimidade passiva afastada - Aplicação da regra de solidariedade enunciada no artigo 7º, parágrafo único, e no artigo 25, § 1º, ambos do CDC – Falta de interesse de agir não demonstrada - Atraso caracterizado – Admitida a indenização a título de lucros cessantes, ante a indisponibilidade do bem imóvel e impossibilidade de obtenção de renda com o imóvel, que não se confunde com o dano hipotético - Hipótese em que o "habite-se" é mera autorização administrativa para ocupação do imóvel, mantida o termo final estabelecido como aquela data em que ocorreu a entrega das chaves - Validade da cláusula de prorrogação de 180 dias no prazo para entrega da obra – Alterado o termo inicial da indenização por danos materiais para que seja respeitado o referido prazo – Minoração do quantum relativo aos lucros cessantes, para 0,5% mensais sobre o valor do contrato - Multa contratual devida, em decorrência do princípio da simetria- Sentença reformada em parte – Recurso dos autores providos e parcialmente provido o recurso das rés.<sup>212</sup>

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira contribui significativamente sobre os estudos da equivalência material. Para a professora, o princípio da equivalência material desdobra-se por meio da função social do contrato, com a finalidade de restringir o abuso do poder econômico de uma das partes em detrimento a outra. Fazendo assim, estar-se-ia lesando a outra parte, mas também toda a sociedade.

Percebe-se, afinal, que a função social do contrato, somada à idéia de equivalência material do contrato, será possível alcançar a proteção da dignidade da pessoa humana, sem permitir-se o abuso do poder econômico de uma das partes em face da outra, bem como, permitindo o não retrocesso dos avanços já alcançados pela sociedade, bem como, pelo atual ordenamento jurídico material.<sup>213</sup>

Paulo Lôbo entende ser uma das maiores características do contrato pós-moderno, a manutenção da igualdade contratual e a correção de tais desequilíbrios entre os contratantes, fundada na Carta Constitucional.

Uma das maiores características do contrato, na atualidade, é a necessidade de equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir

<sup>212</sup> TJ-SP - APL: 10333451220158260002 SP 1033345-12.2015.8.26.0002, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 09/12/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/12/2015

<sup>213</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social do contrato a equivalência material no contexto negocial contemporâneo. Publicado na revista italiana Diritto & Diritti (Qualis B4 - ISSN 1127-8579 - Direttore Francesco Brugaletta), em 30-12-2010, acesso: [www.diritto.it/docs/30839](http://www.diritto.it/docs/30839).

os desequilíbrios supervenientes.<sup>214</sup>

Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha apresenta seu entendimento a respeito do princípio estudado. A ideia de que o Estado deve intervir para o realinhamento contratual quando uma das partes não observam o princípio da boa-fé objetiva de forma geral, representada pelo princípio da equivalência material.

[...] a possibilidade da interveniência corretiva, pela autoridade judicial, no seio do contrato, para extirpar-lhe aquilo que não condiz com o justo e o jurídico segundo os padrões principiológicos vigentes, significa verdadeira contemplação da concepção social e dos princípios contratuais sociais, possibilitando, de uma só tacada, a observância da norma geral de conduta de lealdade e confiança, representada pelo princípio da boa-fé objetiva, da norma geral de funcionalização social dos ajustes, representada pelo princípio da função social do contrato, e da norma geral de equacionamento material do pacto, representada pelo princípio da equivalência material das prestações contratuais.<sup>215</sup>

Em resumo, o referido princípio ensina a não só respeitar o pacto que foi estabelecido, mas também respeitar o equilíbrio entre os contratantes no que tange ao cumprimento da obrigação inicialmente pactuada.

### 3.3 A LIVRE CONCORRÊNCIA E A LIVRE INICIATIVA

Uma vez delineados os princípios constitucionais e civilistas, cuja função principal a solidariedade e a dignidade da pessoa humana em relação aos contratos, importante mencionar agora que, para tornar-se uma sociedade desenvolvida e dentro dos anseios da Carta Magna é de fundamental importância a observância dos princípios da livre iniciativa e a livre concorrência prevista no Art. 1º, inciso IV da Constituição Federal Brasileira que, *ipsis litteris*, descreve que 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: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Retornando ao primeiro capítulo em que se tratou da evolução histórica dos

---

<sup>214</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.44.

<sup>215</sup> CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil*. São Paulo: Método, 2007, p.113.

contratos, foi apresentado o estudo a respeito do liberalismo econômico que, na naquele período, não eram admitidos os princípios Constitucionais agora estudados devido à irrestrita liberdade dos sujeitos em contratar munidos dos interesses individuais e não coletivos.

Hoje o contrato, após os postulados sociais advindos da Constituição Federal, “há de ser entendido no contexto da Constituição preocupada com a Justiça Social e com o bem-estar coletivo”<sup>216</sup> como regras de conduta de toda a sociedade.

Além do Artigo 1º, inciso IV, conferir a livre iniciativa, ela também está prevista no Artigo 170 da Constituição Federal conjuntamente com o princípio da livre concorrência. Capítulo Constitucional que ampara os princípios gerais da ordem econômica no Brasil que abaixo se destaca.

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

IV - livre concorrência;<sup>217</sup>

A livre iniciativa e a livre concorrência são princípios que se completam, vez que a livre concorrência só é possível quando existir a possibilidade da livre iniciativa.

É o que ensina Eros Roberto Grau descrevendo que “a livre iniciativa não se resume, aí, a princípio básico do liberalismo econômico ou à liberdade de desenvolvimento da empresa apenas – à liberdade única do comércio, pois em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo”.<sup>218</sup>

Eros Roberto Grau desenvolve nos seus estudos que a liberdade estabelecida nos Artigos Constitucionais não está alinhada apenas e tão somente para as empresas. Refere-se à Constituição de modo genérico, que deve abarcar todo e qualquer trabalho realizado, pelos fundamentos republicanos estampados da

---

<sup>216</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.774.

<sup>217</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

<sup>218</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.182.

Carta Constitucional, não sendo possível a análise individualista da livre iniciativa.<sup>219</sup>

O julgado que se colaciona abaixo foi emitido pelo 3ª Câmara do Tribunal de Justiça Mineiro, que confirmou a sentença de primeira instância sobre a análise do Mandado de Segurança impetrado por M.S. Veículos LTDA – EPP contra ato ilegal praticado pelo chefe da administração Fazendária da Secretaria do Estado da Fazenda de Minas Gerais que obstruiu a alteração contratual pelo fato da impetrante estar inadimplente com o fisco.

O relator confirmou a sentença de primeiro grau pelo fato da autoridade coatora obstar o direito líquido e certo da impetrante em realizar a alteração cadastral no referido órgão em respeito ao princípio da livre iniciativa conferido na Carta Constitucional.

REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES - AFASTAMENTO - MÉRITO - ÓBICE AO REGISTRO DO DBE E O REGISTRO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL NO CADASTRO DE CONTRIBUINTE, EM FUNÇÃO DE PENDÊNCIAS FISCAIS - LIMITAÇÃO À LIVRE INICIATIVA - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - MANUTENÇÃO. Estando demonstrada a prova pré-constituída acerca do ato atribuído à indigitada autoridade coatora, que não permitiu a tramitação e a regular emissão do DBE e o registro de alteração contratual no cadastro de contribuintes em função das condições de débitos existentes, a manutenção da concessão da segurança é medida que se impõe, porque patente a ilegalidade da própria exigência, o que colocaria em risco o regular funcionamento da empresa. No reexame necessário, rejeitadas as preliminares e, no mérito, confirmada a sentença.<sup>220</sup>

Dessa análise, os fundamentos constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa são expressões da liberdade constitucional, fundamentos estes postos para a coletividade.

A livre iniciativa possui estreitamento com o direito à liberdade conferido no Artigo 5º da Constituição Federal e, juntos, amparam o cidadão a exercer sua atividade econômica de maneira livre, assegurando a igualdade de condições entre a iniciativa privada e o princípio da livre concorrência.

A livre iniciativa possui papel fundamental da liberdade de contratar, sendo ela conexa com a liberdade econômica “a livre iniciativa revela a adoção política da

<sup>219</sup> GRAU, Eros Roberto. Idem, p.186.

<sup>220</sup> TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000170053953001 MG, Relator: Judimar Biber, Data de Julgamento: 02/05/0017, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/05/2017

forma de produção capitalista, como meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais no Direito Brasileiro.”<sup>221</sup>

José Afonso da Silva descreve que a livre iniciativa é o princípio básico do capitalismo e que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.”<sup>222</sup>

Sobre a livre concorrência, André Ramos Tavares diz que “é a abertura jurídica concedida aos particulares, para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.”<sup>223</sup>

Verifica-se que a livre iniciativa e a livre concorrência, com a Carta Constitucional, tornaram-se exigências para o mercado, não podendo serem afastadas.

A concorrência livre é aquela dotada de boa-fé e possuindo entre os concorrentes uma disputa saudável que está sustentada pelo princípio da livre iniciativa, atingindo a reboque a ordem econômica e o bem-estar social. E essa livre concorrência está sedimentada pelo binômio preço e qualidade, que, em iguais condições, vence aquele que possui o melhor produto, pelo melhor preço.<sup>224</sup>

Segue abaixo julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que analisou o pedido da apelante.

Em resumo, a lide se consubstancia na possibilidade da apelante que, após término do contrato de franquia com a apelada, pudesse continuar exercendo as atividades normalmente, sem evidente, o uso da marca que estava franqueada.

No contrato de franquia, estabelecia-se o encerramento das atividades comerciais caso o franqueado se desvinculasse da marca.

A cláusula de não concorrência que estabelece o artigo 3<sup>a</sup>, inciso XIV, da Lei nº 8.955/94<sup>225</sup> é para a proteção dos direitos materiais e imateriais do franqueador, o que, no caso, acabou extrapolando e atingindo o princípio da livre concorrência, o que, não mereceu guarida pela Corte.

---

<sup>221</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional na empresa*. São Paulo: Método, 2013, p.33.

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.765.

<sup>223</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006, p.98.

<sup>224</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.46.

<sup>225</sup> LEI No 8.955, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. EX-FRANQUEADO. NÃO APLICÁVEL AO CASO. INCOMPATÍVEL COM O ARTIGO 3º, INCISO XIV, DA LEI Nº 8.955/94. OFENSA À CONCORRÊNCIA. NÃO PRESENTE. O contrato de franquia, regulado pela Lei nº 8.955/94, é o meio pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. Para proteção dos direitos materiais e imateriais do franqueador, é possível estabelecer cláusula de não concorrência, aplicável ao término da relação contratual com o franqueado, desde que limitada a impedir a implantação de atividade concorrente ao franqueador e a utilização de know how ou segredo de indústria (artigo 3ª, inciso XIV, da Lei nº 8.955/94). Na hipótese dos autos, verifica-se que a aplicação da referida cláusula contratual vai muito além desta finalidade, representando verdadeira ofensa à livre concorrência, razão pela qual não merece ser mantida.<sup>226</sup>

Importante dizer que a concorrência leal tem por objetivo a melhora de preços e de qualidade posta à disposição do consumidor. Entretanto, o sistema capitalista nem sempre é dotado apenas de pessoas de boa índole, surgindo a figura da concorrência desleal, que, nada mais seria senão o objetivo de infringir o princípio da livre concorrência.

Em primeiro, uma das grandes afrontas ao princípio da livre concorrência é o monopólio. “A regra é a livre concorrência. A exceção, o monopólio”<sup>227</sup>. Neste, o Artigo 173, § 4º da Constituição da República traz, *ipsis litteris*, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Verifica-se que §4º do Artigo 173 determina a criação de lei específica para reprimir o abuso do poder econômico.

E, assim sendo, o Artigo 195 da Lei de nº 9.279/96 trouxe um rol de práticas que são consideradas como crime de concorrência desleal. A antiga Lei Antitruste (Lei 8.884/94). A Lei 12.529/11 que criou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – CADE, tendo como objetivo inibir infrações contra a ordem

---

<sup>226</sup> TJ-DF 20160110157796 0005247-31.2016.8.07.0001, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 24/05/2017, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/06/2017 . Pág.: 855/871

<sup>227</sup> CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.38.

econômica.

Sobre a concorrência desleal, Fábio Ulhoa Coelho cita que o que realmente importa são os meios empregados para a concretização da conduta ilícita.

Sendo assim, não é fácil diferenciar concorrência leal da desleal. [...] A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto em uma quanto na outra. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. [...] Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário que se poderá identificar a deslealdade competitiva.<sup>228</sup>

Deste modo, o conceito formal de concorrência leal e desleal se torna vago por necessitar de uma situação fática. O que se pode deixar explanado é que uma é dotada dos princípios da boa-fé e da ética enquanto a outra está desprovida desses princípios.

[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.<sup>229</sup>

Com o objetivo de regulação de mercados, caberá ao Estado agir e punir aquele que articula de maneira contrária a tais princípios, e esta intervenção estatal tem o objetivo de regular o mercado, pacificar os interessados e garantir a harmonia social amparado na dignidade conferida na Carta Constitucional.

O mercado capitalista é uma realidade social que cabe ao Estado regulamentar, de modo que a perenidade daquele depende da atuação estatal. O direito concorrencial não poderia ser interpretado apenas como um mecanismo de eliminação de efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, mas como verdadeira técnica de

---

<sup>228</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.101.

<sup>229</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.101.

que se vale o Estado na implementação de políticas públicas.<sup>230</sup>

Ressalta-se, porém, que o princípio da livre-iniciativa “[...] somente recebe a tutela constitucional se for desenvolvida em harmonia com os interesses sociais e não apenas em razão dos interesses individuais”.<sup>231</sup> Evidente, pela necessidade de sobreposição dos interesses individuais sobre os interesses coletivos.

Por esta razão que o Estado deverá monitorar e intervir quando os Princípios Constitucionais e os interesses coletivos forem prejudicados. Fazendo, assim, quem estará protegido é a sociedade contra àqueles que utilizam de má conduta objetivando interesses próprios.

### 3.4 A TUTELA DA CONFIANÇA

Entre o devedor e o credor, hoje, além do mútuo consentimento para a realização das vontades presentes em determinado contrato para que consigam atingir o seu objetivo final, deve haver a carga da boa-fé contratual a atingir os fins sociais que a Constituição Federal e o Código Civil estabelecem, faz-se necessária também a figura da tutela da confiança.

[...] o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações para uma visão que, solidária, se faz atenta a repercussão externas dos atos individuais sobre os diversos centros de interesse, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou.<sup>232</sup>

O acréscimo da tutela da confiança está presente nos contratos, embasados na boa-fé objetiva, na mútua colaboração do pacto contratual e o aperfeiçoamento do equilíbrio econômico do contrato que, reunidos, tem o objetivo de garantir a satisfação dos contratantes como também a sociedade.

Deve prevalecer nos acordos celebrados a tutela da confiança sobre a

---

<sup>230</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.25-29.

<sup>231</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.48.

<sup>232</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.88.

vontade individual do contraente. Ainda, as partes colaborarem mutuamente para atingir o mesmo fim que é a satisfação do contrato em respeito à ordem econômica da sociedade. Valores estes estampados na Carta Constitucional.

A conduta daquele que quer contratar deve sempre pautar-se na boa-fé e na maneira de agir de forma confiável, em respeito mútuo com o outro contratante e a sociedade como um todo.

A tutela da confiança ganha relevância na pós-modernidade, elemento principal no plano da justificativa da autonomia privada daquele que contrata, sendo fonte de direito e princípio geral normativo.

A confiança, nesse contexto, passa a atuar como fonte do direito, agregando-se aos valores tradicionalmente apontados como criadores de relações jurídicas, como ocorre em relação à boa-fé objetiva. Note-se, entretanto, que a tutela da confiança, elevada à categoria de relevante valor jurídico, atua de forma autônoma em relação à boa-fé, embora possa, com esta, aparecer frequentemente de forma agregada. [...] Ao mesmo tempo que a confiança passa a atuar como fonte de direito, o seu caráter generalizante permite, ainda, a sua visualização também como uma espécie de princípio geral de direito, de forte conteúdo ético, que busca preservar as expectativas legítimas despertadas na dinâmica das relações sociais.<sup>233</sup>

O vínculo contratual, além de satisfazer a vontade daquele que pactua, deve obrigatoriamente realizar a solidariedade social. Nestes termos, os interesses individuais não só serão exercidos pautados na honestidade e lealdade, como também o restrito respeito à coletividade, estando, assim, as partes intimamente ligadas pela tutela da confiança no negócio jurídico.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira defende a tese de que os contratos superam as extensões obrigacionais além dos contratantes. Dessa maneira, a tutela da confiança deve imperar nos tratos negociais.

Pelo exposto parece claro que os contratos devem ser vistos e considerados com instrumentos de circulação de riquezas, porém sempre calcado em princípios que sob nenhuma hipótese venham a ferir a dignidade dos contratantes, e de igual modo respeito aos direitos e garantias de terceiros. [...] Portanto, além das obrigações elencadas às partes dentro do instrumento celebrado pelas mesmas deve-se pugnar pelas consequências havidas do negócio jurídico,

---

<sup>233</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade. Tese de doutorado. UFRGS, 2006, p.149.

não se pautando apenas em seus elementos essenciais, mas em todo o contexto social atingido pela relação negocial.<sup>234</sup>

Com o Código Civil em 2002 a tutela da confiança foi recepcionada como um dos deveres anexos de proteção dos negócios, tendo como fonte primária a boa-fé definida no Artigo 422.

Tadeu Xavier, citando Cláudia Lima Marques descreve que “a confiança passa a reassumir sua tarefa de elemento de ligação na construção de uma vida em relação.”<sup>235</sup>

Demais disso, a tutela da confiança proíbe o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), princípio este que já foi apresentado, cerne da responsabilidade pré-contratual que se objetiva que as partes prossigam com seu comportamento da mesma maneira até a celebração contratual.

O julgado que logo se transcreve apenas partes principais para contribuir com o tema estudado trouxe o conflito de interesse até a 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Em resumo, o consumidor (Josias Petroceli) requer o reconhecimento da inexistência do contrato de empréstimo realizado com a instituição financeira (Banco Itaucard S.A.), dizendo que não havia conhecimento da totalidade das parcelas a vencer.

O Tribunal não reconheceu o pedido do consumidor, confirmando que o contrato é existente e ainda que o consumidor não pode valer-se do judiciário para avaliar a alteração de conduta no momento pós-contrato para, após ter celebrado, pretender o reconhecimento da inexistência contratual.

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO. INSURGÊNCIA CONTRA O RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA. PRECLUSÃO TEMPORAL. VÍCIOS DE VONTADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO EXISTENTE E VÁLIDO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. RECURSOS CONHECIDOS. RECURSO DO 1º RÉU PROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO 2º RÉU. [...]5. No ordenamento jurídico existe a proibição de comportamento

<sup>234</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social do contrato a equivalência material no contexto negocial contemporâneo. Publicado na revista italiana Diritto & Diritti (Qualis B4 - ISSN 1127-8579 - Direttore Francesco Brugaletta), em 30-12-2010, acesso: [www.diritto.it/docs/30839](http://www.diritto.it/docs/30839).

<sup>235</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. Idem, p.147.

contraditório. Ao assinar a cédula de crédito bancário, o autor tinha pleno conhecimento da quantidade de parcelas a serem pagas pelo financiamento do veículo, de forma que, por traduzir comportamento claramente contraditório com a manifestação de vontade anteriormente exteriorizada, agora não pode alegar a existência de vício de consentimento. A propósito, "*A venire contra factum proprium* é um desdobramento da teoria do abuso de direito, tendo como fundamento o princípio da solidariedade social, o qual impõe a consideração da posição alheia na relação jurídica privada. [...] O comportamento ou a conduta do sujeito deve ser coerente, desde o início até a conclusão do ator ou negócio jurídico. O princípio da boa-fé objetiva exige do sujeito conduta leal e ética durante o ato ou negócio jurídico. Por isso, se o sujeito se orienta no início do negócio jurídico de uma forma e, no decorrer do negócio, sem qualquer justificativa, passa a ter uma conduta incompatível e contrária à conduta inicial, restará caracterizado o abuso de direito. O objetivo deste instituto é a tutela da confiança do sujeito que acreditou no comportamento inicial da outra parte. 6. Reconhecida a existência e validade do negócio jurídico firmado entre as partes, tem-se que o ajuste de vontade foi concebido regularmente, inexistindo qualquer mácula. [...]8. Recursos conhecidos. Provido o recurso da ré Campeão Multimarcas Locadora e Veículos Ltda-EPP. Parcial Provisório do apelo interposto pelo Banco Itaucard. Sentença reformada.<sup>236</sup>

Orlando Gomes expressa o seu entendimento sobre a necessidade da parte em manter-se fiel a sua palavra, mesmo na fase pré-contratual, e, não se mantendo assim, possibilita a outra parte pedir ressarcimento em perdas e danos.

Se um dos interessados, por sua atitude, cria para outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu.<sup>237</sup>

Verifica-se assim que a fonte originária da tutela da confiança está na fase pré-contratual, vez que, caso o contratante mude seu comportamento de maneira abrupta e repentina, sendo contrária às expectativas que anteriormente criou para a outra parte a possibilidade de pedir ressarcimento.

Resumindo, os contratos se aperfeiçoam no tempo. Hoje, dotados de funções constitucionais e civis, objetivando a proteção das garantias sociais, a função econômica dos contratos e a igualdade entre os contratantes, punindo os excessos

---

<sup>236</sup> TJ-DF 20150510040786 0004048-93.2015.8.07.0005, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 05/04/2017, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 03/05/2017, p.: 178-201

<sup>237</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.65

e aparando os hipossuficientes na relação contratual.

Dito isto, os contratos se tornaram uma ferramenta de fomento econômico, de valorização da dignidade das pessoas e promover a justiça social por termos contratuais quando age contra a desigualdade social e econômica, como, exemplo, o princípio da equivalência material.

A livre iniciativa e a livre concorrência estampadas na Carta Constitucional refletem a função anteriormente estudada. A adoção de políticas para garantir o direito de todos a exercer determinada atividade, como também garantir a igualdade concorrencial entre as empresas é de suma importância para a manutenção dos direitos contratuais e a preservação dos princípios constitucionais.

#### 4 A BOA-FÉ E SUAS FUNÇÕES NA PÓS MODERNIDADE

Com a globalização e a necessidade dos contratos se “amoldarem” uma vez mais a uma nova realidade social, sustentada pelas ideias neoliberais e a necessidade dos mercados livres, retoma-se assim a autonomia da vontade, livre da intervenção estatal direta; porém mitigada pela intervenção dos interesses da coletividade.

As mudanças nos paradigmas contratuais estão enraizadas pelas transformações econômicas ao longo dos tempos. A globalização econômica é um fator que contribuiu para a transformação dos contratos.

O estado liberal de direito recua, dando espaço para o estado social de direito e, neste, intervindo nas relações contratuais com a finalidade de garantir o interesse da coletividade e na proteção dos privilegiados, para que, dessa forma, seja possível a concretização da justiça social.

Há então um enfraquecimento do dirigismo estatal nos contratos; no entanto, a autonomia da vontade continua mitigada no campo dos negócios comerciais, pela necessidade de garantia social e da paridade dos contratantes.

Dessa maneira, “com o passar do tempo e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo - sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução - contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato.”<sup>238</sup>

Judith Martins-Costa esclarece que a boa-fé nos contratos constitui cláusula geral que deve existir em todos os contratos e contribui para o amparo da dignidade da pessoa humana, viabilizando os direitos normativos.

As cláusulas gerais constituem o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.<sup>239</sup>

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira teceu comentários acerca das

---

<sup>238</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil. Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.10.

<sup>239</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.274.

cláusulas gerais no direito consumerista. Para a autora, a função das cláusulas gerais tem como objetivo maior na paridade dos contratantes, especialmente por se tratar de uma das partes no trato contratual ser considerada legalmente hipossuficiente, necessitando de amparo legal.

As cláusulas gerais, como sustentadas pela doutrina e recepcionadas pela jurisprudência no decurso dos vinte anos da Constituição Federal, são consolidadas como consequência da abertura do sistema jurídico. No caso do ordenamento pátrio a força normativa das cláusulas gerais amplia a possibilidade de valorização da atuação do sujeito contratante, amparado pela boa-fé objetiva. A exemplo da legislação consumerista propicia o equilíbrio das partes na relação negocial, como critério objetivo, limitando vontades, exercendo controle de interesses, impondo limites aos contratantes e assegurando a possibilidade da concretização da igualdade substancial. Os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa contratante integram a composição axiológica das cláusulas gerais.<sup>240</sup>

O Código Civil vigente apresenta na sua redação que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Com esta previsão, todos os contratos têm a obrigatoriedade de observar se estão respeitando a função social e, caso não tenha, passiva de invalidação.

Como bem lembra Carlos Roberto Gonçalves que a probidade trazida pelo Artigo 422 do Código Civil significa a conduta cautelosa dos contraentes em respeito ao cumprimento das obrigações pactuadas.

A probidade, mencionada no artigo 422 do Código Civil, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como honestidade de proceder de maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometido à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito.<sup>241</sup>

Os sujeitos na celebração contratual estão obrigados a guardar com zelo e integridade. São obrigações inerentes aos contratantes, caso não observarem ou alterarem suas condutas, implicará descumprimento da observância legal, como

---

<sup>240</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 2, n. 1. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Negócio\\_Jurídico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.1.

<sup>241</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.55.

descreve Nelson Nery Junior.

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.<sup>242</sup>

Carlos Roberto Gonçalves define que a boa-fé objetiva “[...] constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se assim como regra de conduta.”<sup>243</sup>

Vale dizer que a boa-fé se materializou num princípio moral que ganhou contornos Constitucionais, conforme pontua Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, observando como cláusula geral e o conflito pessoal dos sujeitos de direito.

A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral).<sup>244</sup>

Este novo conceito de negócio, que teve suas rupturas em relação aos tradicionais modelos de pactos e pela normatização constitucional, cuja base de todo e qualquer contrato é a obrigatoriedade de obediência da função social como instituto maior que a vontade das partes, trouxe uma crescente alteração no modo de contratar e o romper dos ideais liberais da época.

---

<sup>242</sup> NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.237.

<sup>243</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

<sup>244</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do direito civil no século XXI: Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002, p.16.*

Hoje, os contratos não são mais determinados apenas pela liberdade de contratar e a sua autonomia privada. Entrelaçam-se com outros valores e devem ser respeitados. Valores estes o da boa-fé contratual.

A boa-fé significa, portanto, não só o respeito pela legislação vigente, mas um agir conforme regras de conduta e padrões sociais de forma contínua e correta, com isso, não afetaria direitos de terceiros e, de reboque, privilegiaria a sociedade como um todo.

Nos estudos de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva tem forma educativa entre os contratantes. Deve-se abster a vontade dos sujeitos contratantes, uma vez que é carregada de fontes subjetivas de direito.

Para a autora, devem ser afastados os direitos subjetivos, importando neste momento a verdade, o respeito e a conduta do contratante, devendo estar carregada da boa-fé objetiva para tornar o negócio jurídico válido.

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard... o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.<sup>245</sup>

O princípio da boa-fé, apesar de ter sido introduzido no Código Civil de 2002, já havia sido tipificado no artigo 131<sup>246</sup> do Código Comercial conforme Lei nº 556 de 25 de Junho de 1850. Naquela época, o referido artigo comercial não tinha o condão de criar direito, mas sim de integrar as formas contratuais.

Diferentemente do extinto Código Civil de 1916 que apenas previa a boa-fé subjetiva, o Código Civil de 2002 foi quem tipificou o referido princípio nas relações contratuais no seu Artigo 422, já mencionado anteriormente.

---

<sup>245</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em 10 de Julho de 2017.

<sup>246</sup> art. 131: Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.<sup>247</sup>

Para Caio Mário<sup>248</sup>, essa é a maior crítica sobre o Código Civil de 1916 por ele não deixar expresso o princípio da boa-fé objetiva, apenas a interpretação subjetiva dos negócios jurídicos.

A boa-fé objetiva estabelece regras de conduta, uma obrigação, um dever jurídico a realizar determinada ação em detrimento de outra. Melhor dizendo, sempre se busca uma conduta honesta e leal dos sujeitos de direito, como bem lembra Judith Martins-Costa.

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam o exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.<sup>249</sup>

É uma norma de comportamento, uma obrigação de agir de forma ética e leal entre os sujeitos de direito, “[...] restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.”<sup>250</sup>

A exemplo, pode-se citar uma negociação de compra e venda de imóvel e, “antes de vender a casa, o vendedor manda pintá-la de modo a esconder diversos defeitos que comprometem significativamente o imóvel e seu valor”<sup>251</sup>, agindo o devedor de forma sorrateira e contrária a boa-fé.

Aparentemente o vendedor não violou nenhuma regra contratual, todavia

<sup>247</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. E outros. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.202.

<sup>248</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.53.

<sup>249</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49203>>. Acesso em 10 de Julho de 2017.

<sup>250</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.4.

<sup>251</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil - contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.41.

acabou ofendendo a boa-fé contratual.

Como dito, a boa-fé objetiva deve ser respeitada antes mesmo dos termos pactuados, conhecida como fase pré-contratual e, neste momento, um dos casos de grande repercussão nacional que marcou a história foi o “caso dos tomates”.

[...] os primeiros entendimentos jurisprudenciais relevantes que trataram da matéria envolveram a empresa CICA e foram pronunciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, casos que ficaram conhecidos em todo o Brasil sob a denominação caso dos tomates. Essa empresa distribuía sementes a pequenos agricultores gaúchos sob a promessa de lhes comprar a produção futura. Isso ocorreu de forma continuada e por diversas vezes, o que gerou uma expectativa quanto à celebração do contrato de compra e venda da produção. Até que certa feita a empresa distribuiu as sementes e não adquiriu o que foi produzido. Os agricultores, então, ingressaram com demandas indenizatórias, alegando a quebra da boa-fé, mesmo não havendo qualquer contrato escrito, obtendo pleno êxito.<sup>252</sup>

Já na fase contratual, pode-se citar a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça<sup>253</sup>.

A referida súmula foi criada para amparar os mais enfraquecidos na relação contratual com as grandes incorporações do ramo da construção, com o seu poder econômico perante os adquirentes de imóveis.

As empresas do ramo da construção buscavam instituições financeiras com o objetivo de realizar a hipoteca dos imóveis que já haviam prometido para terceiros, sujeitos estes munidos de boa-fé e, dessa maneira, os adquirentes realizavam contratos de compra e venda dos imóveis com as construtoras e acabavam sendo prejudicados com esse tipo de conduta.

Já a fase pós-contratual, quando um dos contratantes quebra a boa-fé após o exaurimento do pacto contratual e, com essa conduta, acaba prejudicando terceiros.

Como exemplo de ofensa ao princípio da boa-fé na fase pós-contratual segue abaixo recente julgado pelo Tribunal de Justiça Paulista que analisou caso apresentado na casa judiciária.

Em resumo, o apelo da empresa-autora foi o pagamento de danos morais por não ter sido orientada ao desembolso de eventuais despesas extraordinárias,

---

<sup>252</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Gen, 2015, p.465.

<sup>253</sup> Súmula 308 do STJ: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

referentes ao desembaraço aduaneiro dos produtos importados, inicialmente, acertados com a empresa importadora. Sem ter firmado no contrato com a empresa-ré sobre os referidos desembolsos supervenientes, após a entrega da mercadoria adquirida a empresa-ré levou a protesto o nome da empresa autora.

Com o abuso da boa-fé, a empresa-autora ingressou com pedido de inexigibilidade do referido título, somando-se a isso a indenização de danos materiais e morais por ter a empresa importadora agido contrária ao princípio da boa-fé, o que contribuiu para que seu pedido fosse aceito.

A empresa-ré ingressou com apelação e negaram o provimento do recurso, confirmando-se a sentença de primeiro grau.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c nulidade do título protestado c.c indenização por danos morais e materiais. Sentença de procedência. Recurso de apelação da ré. Apelante que não esclareceu, na proposta comercial/orçamento, que os valores relativos às despesas de importação, impostos e taxas deveriam ser pagos a parte. Dever de esclarecimento que tem como objeto uma declaração de conhecimento, declaração que a ré não realizou em favor da empresa autora, informando-a exatamente no que consiste o valor cobrado. Débito inexigível. Protesto Indevido. Danos morais caracterizados. Valor fixado em R\$ 20.000,00, em consonância com o valor do negócio jurídico firmado entre as partes e guarda correspondência com a gravidade do fato, com as condições econômicas da vítima e do causador do dano, evitando-se, de um lado, o enriquecimento sem causa, atentando-se, de outro, ao fator de desestímulo para novas práticas ilícitas. Sentença mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.<sup>254</sup>

Dessa maneira, em determinada relação jurídica, espera-se dos contratantes a total complacência dos seus atos em todos as fases de negociações. É o que ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior ao tratar sobre o referido princípio e a relação entre os contratantes.

A boa-fé objetiva expressa princípio geral que preside a todo o ordenamento jurídico, privado e público, e muito especialmente o livro do direito das obrigações. No âmbito do contrato, abrange a sua formação, execução e extinção, além de se estender às fases pré e pós contratual, uma vez que as partes devem guardar a boa-fé assim nas tratativas (*culpa in contrahendo*) como depois de findo o pacto

---

<sup>254</sup> TJ-SP - APL: 10138957220148260114 SP 1013895-72.2014.8.26.0114, Relator: Carmen Lucia da Silva, Data de Julgamento: 09/02/2017, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2017

(*culpa post pactum finitum*).<sup>255</sup>

Teresa Ancona Lopes<sup>256</sup> estabelece que o princípio da boa-fé objetiva possui três funções: a primeira função possui paradigma interpretativo; a segunda função possui carga de controle nos atos jurídicos e a terceira possui função integrativa das normas com a jurisprudência.

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

- a) como regra de conduta obrigatória dos dois contratantes (art.422);
- b) como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art.113);
- c) como limitadora de direitos subjetivos (art.187).<sup>257</sup>

Nos estudos de Teresa, as três funções identificadas estão relacionadas ao relacionamento entre os contratantes e a exteriorização do resultado deste para a sociedade.

Sobre o tema estudado, o Superior Tribunal de Justiça já se debruçou aos estudos quando do julgamento do Recurso Especial de nº 1.202.514-RS (2010/010239907), do qual foi suprimida a parte que não contribuía para o estudo.

CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NAO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO.

[...] 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque , venire contra factum proprium , surrectio e supressio .

<sup>255</sup> JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.62.

<sup>256</sup> LOPES, Teresa Ancona; Coordenador FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.

<sup>257</sup> LOPES, Teresa Ancona, Idem, p.51-52.

5. A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>258</sup>

Vale dizer que o termo princípio da boa-fé objetiva é um tanto quanto pleonástico, vez que, se é princípio, só pode ser objetivo, já que subjetivo não possui vestes para tal. Dessa maneira, o mais adequado seria princípio da boa-fé.

#### 4.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA OU DE COLMATAÇÃO

A função interpretativa da boa-fé tem como escopo a investigação hermenêutica da norma, utilizando como base interpretativa o artigo 113<sup>259</sup> do Código Civil de 2002.

Dessa maneira, o aplicador do direito busca a análise interpretativa da norma no sentido mais recomendável e que sua decisão seja o mais útil socialmente.

[...] prevalece o princípio de que ‘todos os contratos são de boa-fé’, já que não existem mais, no direito civil, formas sacramentais para a declaração de vontade nos negócios jurídicos patrimoniais, mesmo quando a lei considera um contrato como solene. O intérprete, portanto, em todo e qualquer contrato, tem de se preocupar mais com o ‘espírito’ das convenções do que com sua “letra”.<sup>260</sup>

De todas as funções advindas da nova conjuntura da boa-fé objetiva, sem dúvida, a mais conhecida pela doutrina é a função interpretativa, já que ao juiz caberá a função de análise a cada caso concreto dentro do conjunto probatório que lhe é oferecido. Dessa forma, íntima conexão com o artigo 5<sup>o</sup><sup>261</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil não de forma expressa mais implícita que determina a atividade do juiz em aplicar a lei aos fins sociais e as exigências do bem comum.

Pela subjetividade concedida para os sujeitos de direito em estabelecer

<sup>258</sup> STJ - Resp: 1202514-RS, 2010/0123990-7, Relator: Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/06/2011, 3ª Turma de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2011

<sup>259</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>260</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p.38.

<sup>261</sup> Art. 5º da Lei nº 12.376 de 30 de Dezembro de 2010. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

pactos contratuais, mencionando seus direitos e obrigações, inerente ao poder concedido a eles pela liberdade de contratar, nascem, aqui, diversos problemas de linguagem e interpretação que culminarão na análise do judiciário.

Ao analisar a função da interpretação hermenêutica da boa-fé objetiva, Tartuce aduz que “nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos”.<sup>262</sup>

Como é consabido, a sociedade está em constante mutação e é justamente este o motivo que eleva a condição dessa função como uma das mais importantes. Por meio da interpretação do operador do direito, aliado à análise do caso concreto, adequar-se-ão os fins específicos de cada caso, garantindo-se a melhor adequação.

Assumindo-se, assim, a função interpretativa da boa-fé se mostra como uma pilastra na relação contratual moderna, devendo o operador do direito amparado pela ética jurídica procurar o preenchimento de eventuais imperfeições que a ele foram postas para análise.

Veja julgado a seguir que ofendeu o princípio na boa-fé objetiva no tocante à função interpretativa.

Em resumo, a lide reside na ofensa contratual do seguro de vida internacional que deixou de atender às tratativas médicas entre a companhia de seguros e o hospital internacional de Flórida. No primeiro momento, quando a segurada foi hospitalizada, entraram em contato com a companhia de seguros que se mostrou eficiente ao informar que toda a tratativa de regulação do sinistro seria entre a companhia e o hospital. Passados três dias de internação, a companhia inverteu seus dizeres informando à segurada que a responsabilidade da tratativa seria dela com o hospital e, só após, a companhia interviria para o pagamento das despesas médicas hospitalares. Ainda, a apólice de seguro não estabeleceu prazo para que se procedesse a repatriação médica.

SEGURO-VIAGEM. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. I. Pretensão de reparação de despesas médicas assumidas pela seguradora em internação realizada no exterior. Acolhimento. Demora injustificável da seguradora em formalizar o procedimento de repatriação médica. Descumprimento de dever contratual. Atuação que também foi permeada por conduta contraditória da ré (*nemo venire contra factum*

---

<sup>262</sup> TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.115.

*proprium*). Preservação da boa-fé objetiva em sua função interpretativa dos contratos. Aplicação da teoria dos atos próprios. Inteligência do artigo 422 do Código Civil. Precedentes II. Falha na prestação de serviço configurada. Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecimento do dever de reparar despesas indevidamente assumidas pela autora. Danos materiais reconhecidos. Consequência do princípio da reparação integral. Inteligência do artigo 402 do Código Civil. Condenação da ré ao pagamento da importância de R\$-90.411,07, com atualização monetária desde o respectivo reembolso e juros de mora desde a citação. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.<sup>263</sup>

Como se observou do julgado acima, a companhia de seguro-saúde no primeiro momento orientou seu cliente a proceder de determinada conduta no ambiente hospitalar e, após, desenvolveu nova tratativa de procedimento indenizatório, que, culminou na ofensa o princípio da boa-fé.

O princípio “*venire contra factum proprium*” que a doutrina traduziu como a teoria dos atos próprios ou agir contra fato próprio ou ainda vir contra a determinado fato e alterar o pensamento inicial.

Dos entendimentos, não se torna admissível que determinado sujeito de direito pratique ato ou conjunto de atos de determinada maneira e, logo após, altere sua conduta se contrapondo com a primeira.

Mais complexa é a regra do *venire contra factum proprium*, que, de forma geral, prescreve o comportamento contraditório que importe a quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante. É mais complexa porque, neste caso, não se exige sequer que o comportamento impugnado se realize na sequência de um ato objetivamente indevido (como se viu em relação *tu quoque*), bastando que se configure um desvio de conduta em relação à linha de atuação que aquele contratante vinha assumindo como padrão. [...] A complexidade desta noção ligada aos valores da veracidade e desconfiança, reside, como se percebe facilmente, no estabelecimento de critérios de valoração aptos a determinar quais as contradições da conduta humana que devem e quais as que não devem ser consideradas contrárias à boa-fé. [...] Na verdade, não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de

---

<sup>263</sup> TJ-SP - APL: 10099297520158260564 SP 1009929-75.2015.8.26.0564, Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 29/11/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2016.

expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.<sup>264</sup>

A teoria dos atos próprios tem como objetivo proteger a parte contratante contra condutas contrapostas que foram anteriormente assumidas por outro contraente, protegendo a outra parte sobre comportamento contraposto que, num determinado momento, cria determinada expectativa para a parte e, depois, inverte sua conduta e comportamento, acabando por atingir o direito e frustrando a expectativa inicialmente criada.

A premissa inicial dos contratantes é de uma postura coerente e coesa no decorrer dos seus atos e vontades contratuais, pelo fato de que sua postura acaba por gerar expectativas e vontades para a outra parte.

Anderson Schreiber preceitua que o comportamento contraditório é sancionável simplesmente pelo fato de ter a parte contrária agido de maneira adversa da sua vontade inicial, configurando assim ato abusivo sancionável sem a necessidade de demonstração de culpa.

É certo que, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, o próprio ato abusivo configura também um ato ilícito, mas um ato ilícito lato sensu (antijurídico), que dispensa prova de culpa, requisito essencial ao ato ilícito stricto sensu (art. 186). Não se precisará demonstrar, portanto, a negligência, imperícia ou imprudência, o qualquer estado subjetivo daquele que praticou o *venire contra factum proprium*. Basta que se verifiquem os pressupostos indicados anteriormente, e daí derivará automaticamente o dever de indenizar.<sup>265</sup>

A análise Anderson Schreiber está na perfeita harmonia sobre os atos contrários da boa-fé objetiva no que tange à alteração da conduta do contratante.

Desta maneira, o que vem a ser ilícito então não são os comportamentos isolados do sujeito (análise da culpa), mas sim a convergência da sua conduta entre o início da vontade e o resultado final.

Dada sua importância, na IV Jornada de Direito Civil que ocorreu em

---

<sup>264</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.146-148.

<sup>265</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.167.

Brasília/DF proferiu enunciado 362<sup>266</sup> que veda o comportamento contraditório, fundando-se na proteção da confiança entre os contratantes em determinado pacto.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu sobre ação abaixo apresentada.

Resumidamente, a lide se concentra na ofensa contratual realizada pela promitente vendedora de determinado imóvel que havia estabelecido o congelamento do valor do contrato até o final e, durante o curso, acabou atualizando os valores em desfavor dos promitentes compradores.

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONGELAMENTO DO SALDO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON POTEST). DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. Afronta o princípio da boa-fé objetiva, sobretudo o da vedação ao *venire contra factum proprium*, o comportamento contraditório das promitentes vendedoras de cobrar o valor atualizado do saldo devedor, depois de ter assegurado aos promitentes compradores que esse saldo ficaria congelado por determinado tempo. 2. Meros aborrecimentos decorrentes de comportamento contraditório da construtora não configuram danos morais. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime.<sup>267</sup>

Analisando a estrutura da teoria dos atos próprios, constata-se que possui um certo paralelismo sobre os estudos do *pacta sunt servanda*, já que ambos estabelecem condutas de comportamento entre os contratantes.

Outro desdobramento do estudo sobre o comportamento dos contratantes que prejudica a boa-fé objetiva possui a denominação doutrinária de *tu quoque* que na tradução literal seria “e tu também” ou “mas também”.

Palavra teve origem pela frase dita por Júlio César quando foi esfaqueado por seus inimigos no dia 15 de março de 44 a.C., que, dentre aqueles que o feriu, notou a presença de seu filho Marco Júnio Brutus, momento em que disse a frase “*tu quoque Brutus fili mii!*” que na tradução literal seria: até tu, Brutus, meu filho!<sup>268</sup>

<sup>266</sup> Enunciado 362 do Conselho Federal de Justiça, IV Jornada de Direito Civil, dias 25 a 27 de Outubro de 2006. 362 – Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

<sup>267</sup> TJ-DF - APC: 20130111132646 DF 0029456-69.2013.8.07.0001, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 21/01/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/02/2015. Pág.: 267

<sup>268</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.142.

Pelo *tu quoque* tem como objetivo a análise de dois comportamentos distintos; contudo, os comportamentos seriam contraditórios na relação obrigacional. Determinado contraente vem exigir da outra parte determinada obrigação ou conduta pactuada que por ela também foi negligenciada.

Materializa-se aqui o comportamento de surpresa de uma sobre a outra, o que, diante da figura contratual, deve sempre se evitar o comportamento de surpresa não razoável.

Nota-se que a ideia se refere a determinado comportamento em detrimento de outro. Sua sobreposição em determinado comportamento realizado uma ofensa contratual.

O referido estudo de comportamento está previsto nos Artigos 150 e 476 ambos do Código Civil<sup>269</sup>, os quais estabelecem: a parte que não cumpre com a sua obrigação, também não pode exigir que a outra parte cumpra.

O que se quer evitar é a figura do “inédito” na relação jurídica, tornando-se algo que acaba por desequilibrar a relação contratual.

A respeito do *tu quoque*, a ideia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. (...) No caso específico da regra do *tu quoque*, a boa-fé objetiva atua como guardião do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual: é o caso do contratante, em mora quando da ocorrência de circunstância que alteram a base do negócio, pretender então que o negócio seja extinto; ou ainda o caso do condômino, violando ele próprio a convenção do condomínio, pretender exigir dos outros condôminos que a respeitem.<sup>270</sup>

Verticalizando ainda mais os estudos, nota-se que o *tu quoque* é um paralelo do *exceptio non adimpleti contractus*, vez que ambos determinam o cumprimento de um em detrimento do outro.

Em decisão proferida no Tribunal do Rio Grande do Sul, que utilizou a regra do *tu quoque* para sustentar a análise da lide abaixo transcrita em parte.

<sup>269</sup> Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

<sup>270</sup> NEGREIROS, Teresa. Idem, p.143.

Determinada empresa buscava a ineficácia de contrato bancário firmado, dizendo que seria nulo por não constar a assinatura de todos os sócios como estabelece o contrato social da contratante. Em síntese, não foi reconhecido o pedido porque o sócio que assinou o contrato sabia da regra estabelecida no contrato da empresa de que fazia parte, sendo de total afronta contratual.

Segue o julgado quer ora referenciamos a ofensa ao princípio *tu quoque* e que foi suprimida a parte que não cabe aos estudos.

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEFICÁCIA DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE UM DOS SÓCIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. INCIDÊNCIA DO TU QUOQUE. [...] II. Não há dúvidas de que deve a boa-fé objetiva imperar entre as contratações como verdadeira fonte obrigacional. O instituto, previsto no art. 422 do Código Civil, representa regra de conduta adequada às relações negociais, correspondendo às expectativas legítimas que as partes depositam na negociação, ou seja, o que dela é esperado. No caso, houve violação à boa-fé, haja vista que um dos sócios, furtando-se do que previu o contrato social da empresa que faz parte, tomou empréstimo e recebeu valores para a empresa, mesmo sabedor - e estipulador - de que havia a necessidade da anuência do outro sócio. III. Além de violar a boa-fé contratual, pois se presume que os sócios tenham *affectio societatis*, incide o princípio do *tu quoque*, a respeito do qual se objetiva a vedação de dois pesos e duas medidas, ou seja, da adoção de comportamentos contraditórios no interior de relações obrigacionais com referência a determinado direito subjetivo derivado do contrato. Ora, a empresa, representada por um sócio (que era conhecedor do contrato social), não pode agora alegar nulidade de um pacto em razão de desrespeito por uma regra por ela própria criada. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO NA PARTE CONHECIDA. UNÂNIME.<sup>271</sup>

Pelos estudos referenciados, extrai-se então que o princípio do *tu quoque* consagra a ideia de não poder existir dos pesos e duas medidas entre as obrigações pactuadas.

Já o *exceptio doli* trata da análise da conduta dolosa do contratante em ofensa aos pactos contraídos.

Neste princípio, o contratante atua no sentido de prejudicar a parte contrária, agindo dolosamente.

Importante lembrar que a boa-fé objetiva não irá analisar se a conduta do

---

<sup>271</sup> TJ-RS - AC: 70059105403 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 29/05/2014, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2014

contratante está com carga valorativa do dolo, o que importa neste estudo é apenas a existência da atitude dolosa com o objetivo de “[...] não de preservar legítimos interesses, mas sim de prejudicar a parte contrária.”<sup>272</sup>

Uma aplicação deste desdobramento é brocardo *agit qui petit quod statim redditurus est*, em que se verifica uma sanção à parte que age com interesse de molestar a parte contrária e, portanto, pleiteando aquilo que deve ser restituído.<sup>273</sup>

Decisão proferida abaixo pela 16ª Câmara Cível do Estado do Paraná que analisou recurso de apelação proposto com a intenção de anular negócio jurídico realizado entre duas transportadoras de combustíveis. Em síntese, a transportadora apelante alega que não deve honrar com o pagamento da nota promissória pelo fato de que a mercadoria, objeto do transporte, era ilícita, produto sem procedência, e, por isto, não está obrigado ao pagamento.

O relator utilizou a regra *exceptio doli* pelo fato de que o recorrente realizou o transporte com o objetivo de prejudicar a outra empresa transportadora em seu bel proveito, agindo de maneira dolosa com a outra empresa de transporte.

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. VENDA DE COMBUSTÍVEL COM ORIGEM DUVIDOSA. DOLO BILATERAL. IMPOSSIBILIDADE DA PARTE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA. MANUTENÇÃO DA HIGIDEZ DO TÍTULO. [...] 3. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA.COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA PARTE. NOTA PROMISSÓRIA. REQUISITOS ESSENCIAIS ATENDIDOS.EXIGIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. "Nos negócios jurídicos bilaterais, agindo ambas as partes com dolo, nenhuma das partes poderá alegá-lo para fins de ação (*actio doli*) ou para defesa (*exceptio doli*), seja para anular o negócio, seja para pleitear indenização. Não há propriamente uma compensação (*dolus compensatur*), mas a vedação sistêmica de que a má-fé possa gerar algum benefício." [...] A exorbitância de poderes, ou a prática de atos sem sua existência, implica, tão-só, responsabilização pessoal do agente perante o pretense representado, não derruindo o negócio encetado com terceiro de boa-fé, exatamente em razão da Teoria da Aparência.<sup>274</sup>

<sup>272</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.127.

<sup>273</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Idem*, p.127.

<sup>274</sup> TJPR - 16ª C.Cível - AC - 1326730-0 - Guarapuava - Rel.: LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - Unânime - - J. 06.05.2015

Dessa maneira, depreende-se dos estudos que o comportamento doloso da parte em causar prejuízo para outra parte na relação contratual é ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

Outra análise interpretativa da boa-fé objetiva é a teoria *duty to mitigate the loss*, que da tradução seria o dever de mitigar o próprio prejuízo ou a obrigação de mitigação de prejudicar para não majorar prejuízos de terceiros.

A exigência do princípio consiste na observância do credor evitar o agravamento da obrigação para o devedor de algum acontecimento ocorrido sem ter havido a possibilidade de saber antecipadamente do fato.

A teoria analisa a conduta do credor por ele possuir poderes contra o devedor, um “dever de mitigar” ou “evitar danos possíveis”. Em outras palavras, o credor não poderá piorar o estado em que se encontra o devedor e, se assim estiver, estaria agindo de má-fé, contratando dispositivo normativo.

Imagine que FREDIE BACANA conduz o seu carro no estacionamento da Faculdade. Em uma manobra brusca e negligente, colide com o carro de SALOMÉ VIENA. Esta última, vítima do dano e titular do direito à indenização, exige que FREDIE chame um guincho. Muito bem. Enquanto FREDIE se dirigia à secretaria da Faculdade para fazer a ligação, SALOMÉ – credora do direito à indenização – verificou que uma pequenina chama surgiu no motor do carro. Poderia, perfeitamente, de posse do seu extintor, apagá-la, minimizando a extensão do dano. Mas assim não agiu. Em afronta ao princípio da boa-fé e ao dever de mitigar, pensou: “quero mais é que o carro exploda, para que eu receba um novo”.<sup>275</sup>

Neste exemplo, dado por Pablo Stolze, o credor não faz jus ao direito de receber um novo carro, apenas o direito da indenização com a colisão dos veículos, haja vista que ele poderia ter atuado para minimizar o dano e, por sua conduta de má-fé, acabou não fazendo.

Diante disso, pode-se compreender que o dever de mitigar os prejuízos decorre da obrigação de lealdade enraizada pela boa-fé objetiva.

O Superior Tribunal de Justiça brasileira, corte máxima das interpretações das normas infraconstitucionais, já se manifestou acerca da teoria *duty to mitigate the loss* ao sistema brasileiro.

Transcreve-se abaixo trecho importante para corroborar os estudos sobre o

---

<sup>275</sup> STOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.107-108.

princípio da boa-fé no que tange ao dever de mitigar o próprio prejuízo.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO.OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TOMITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. [...] 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. [...]. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. [...]. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.<sup>276</sup>

A mitigação dos prejuízos se tornou tão relevante nos dias atuais que foi palco de discussão da III Jornada de Direito Civil, produzindo-se sobre o tema o enunciado 169<sup>277</sup> no qual se estabelece que o credor deve evitar o agravamento do próprio prejuízo em respeito ao princípio da boa-fé objetiva.

O dever de mitigação dos prejuízos é um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva e da teoria do abuso do direito. Pela inércia do credor e, posteriormente, exigir que o devedor repare a totalidade dos danos (os danos iniciais causados e os danos que ele poderia ter evitado), mas por vontade própria, preferiu ficar inerte, atitude que configura abuso de direito e afronta a boa-fé objetiva.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Fornecimento de gás. Interrupção indevida da prestação dos serviços. Dano material. Pedido de majoração não acolhido. Autores agravaram desnecessariamente seu dano. Não observância ao princípio da boa-fé objetiva. *"Duty to*

<sup>276</sup> STJ. REsp 758.518/PR, rel. ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

<sup>277</sup> Enunciado 169 do Conselho Federal de Justiça, III Jornada de Direito Civil, dias 3 a 6 de Setembro de 2004. 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

*mitigate the loss*". Aplicação do enunciado 169 CJF/STJ da III Jornada de Direito Civil. Inteligência do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980. Dano moral caracterizado. Valor arbitrado de forma razoável e proporcional. Exigibilidade da fatura de abril. Fato incontroverso. Recurso da ré parcialmente provido e não provido o dos autores.<sup>278</sup>

Em contribuição para o estudo da mitigação dos danos para terceiros, segue abaixo voto do relator Min. Luis Felipe Salomão, parte da decisão do REsp de número 1.325.862-PR, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que julgou em 05 de Setembro de 2013 e desceu importante raciocínio a respeito da possibilidade de aplicar a mitigação dos prejuízos contra terceiros.

[...] a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.<sup>279</sup>

Significa dizer que o credor não pode deixar ao bel prazer, tornando mais gravosos os prejuízos para o devedor. Não pode ele ficar inerte ao possível agravamento e, estando nesta situação, estaria caracterizada a má-fé.

Finalizando os estudos da função interpretativa, apresentam-se os fenômenos *supressio* e *surrectio* conhecidos doutrinariamente como se ambos fossem o lado de uma mesma moeda.

O primeiro é a posição jurídica que não está sendo exercida por um longo período de tempo e de maneira contínua e, por este motivo, não mais poderá ser utilizada como meio de argumentação jurídica, violando, assim, a boa-fé que se instalou neste novo período pela supressão do direito que não mais foi utilizado.

No segundo, cria-se um direito pautado na conduta de boa-fé do sujeito na ausência da manifestação do direito no decurso do tempo. Assim, o segundo é o inverso do primeiro.

---

<sup>278</sup> TJ-SP - APL: 10044685520138260609 SP 1004468-55.2013.8.26.0609, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 06/12/2016, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

<sup>279</sup> STJ, REsp 1.325.862-PR, 4ª Turma, j. 05-09-2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

Um exemplo que se pode citar está definido no artigo 330<sup>280</sup> do Código Civil que estabelece novo local de pagamento, quando o devedor realizou diversos sem que o credor se manifestasse em contrário, mesmo tendo previsto no contrato primitivo local certo a ser cumprida a avença.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, *surrectio* seria “o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro”.<sup>281</sup>

Colabora com os estudos de Judith Martins-Costa sobre a *supressio* e a *surrectio*.

Diferentemente da *'supressio'*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *'surrectio'*, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento.<sup>282</sup>

Extrai-se dos estudos de Judith Martins-Costa exemplo da aplicação da *supressio* e da *surrectio*. O caso apresentado seria a rescisão do contrato de locação de mais de doze anos. O locador requereu o pagamento das despesas com reformas do prédio e, após o recebimento, o locador notificou o locatário para deixar o prédio locado.

Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a rescisão unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não

---

<sup>280</sup> Art. 330 - o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

<sup>281</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.194.

<sup>282</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.217.

pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do "direito à automaticidade" da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da 'automaticidade' da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao 'dies ad quem' do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída. Esses exemplos são suficientes, no meu entender, para demonstrar como vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios que presidem a relação obrigacional.<sup>283</sup>

O posicionamento da autora referenciada acima se estabelece na atitude do locador em romper com o contrato de longa data sem argumentos exponenciais afetando o princípio da boa-fé objetiva contra a proteção da confiança entre o locador para o locatário, já que suas atitudes não revelavam o pedido de resilição contratual, mas sim a perpetuação da locação.

No que tange aos estudos do *supressio*, o Tribunal Gaúcho julgou acórdão que ora se apresenta a seguir.

A lide se instalou sobre contrato de prestação de serviços de manutenção de empilhadeiras. No decorrer do contrato, a locadora cobrou valor inferior e, no encerramento do contrato, exigiu do locador o pagamento das diferenças de todos os meses.

Por ter a empresa locadora não exercido o seu direito no decorrer do período, o Tribunal Gaúcho entendeu estar precluso o direito pelo *supressio* e a afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DE EMPILHADEIRAS. SUPRESSIO. COBRANÇA DE DIFERENÇA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSIO. Hipótese dos autos em que as partes celebraram contrato de prestação de serviços de manutenção de empilhadeiras, vindo o credor, após o recebimento de aviso prévio de encerramento

---

<sup>283</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Idem, p.217-219.

do contrato, a cobrar valor inferior ao contratado, pelo prazo de 16 meses, o que possibilitou a continuidade da contratação. Caso em que a cobrança retroativa da diferença dos valores contratuais não é mais possível em razão da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (*supressio*), pois frustraria uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.<sup>284</sup>

Vale lembrar que os fenômenos *supressio* e *surrectio* não necessariamente ocorrerão conjuntamente, podendo acontecer uma, sem ocorrer a outra, como também, ocorrer as duas simultaneamente.

Abaixo se colaciona decisão proferida pelo Tribunal Mineiro que aplicou os dois fenômenos acima estudados.

Resumidamente o proprietário do bem imóvel ingressou com a manutenção da posse contra o que residia. O fato de o proprietário anterior ter falecido não autoriza os herdeiros ao pedido de manutenção da posse, tendo em vista que não houve oposição à posse por parte dos respectivos herdeiros, mas sim a inércia de manifestação de seu direito.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - DIREITO DE PROPRIEDADE - IRRELEVÂNCIA - POSSE ANTERIOR - ESBULHO CARACTERIZADO - AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE - SUPRESSIO - SURRECTIO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - As ações possessórias têm como objetivo discutir, tão somente, o direito de posse, sendo irrelevante, portanto, as alegações de direito de propriedade, conforme previsto no § 2º do artigo 1210 do Código Civil. - O instituto da *supressio* e da *surrectio*, respectivamente, ocorre quando a ausência do exercício de um direito com o passar do tempo enseja a impossibilidade do seu exercício tardiamente, sob pena de desrespeito ao princípio da boa-fé, ao passo que, paralelamente, o exercício contínuo de determinados atos faz nascer um direito. - Assim, a inércia do anterior proprietário do imóvel, e a posterior falta de oposição à posse por parte dos herdeiros respectivos, proíbe a pretensão de desocupar aquele que reside em parte do imóvel há mais de vinte anos, de boa-fé, eis que cria para ele um direito subjetivo de continuar na posse direta de tal bem. - Recursos não providos. Sentença mantida.<sup>285</sup>

Neste último caso, o que houve foi a perda de direito da parte autora

<sup>284</sup> TJ-RS - AC: 70055142103 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 01/08/2013, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2013.

<sup>285</sup> TJ-MG - AC: 10081120011861001 MG, Relator: Mariângela Meyer, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/08/2014.

(proprietário do imóvel) pela inércia de exercer o direito de posse do imóvel (*supressio*) e, de outro, o direito da parte ré em manter-se no imóvel diante de já residir continuamente a mais de vinte anos (*surrectio*).

Diante disso, sobre a função interpretativa ou de colmatação, o aplicador da norma terá de analisar o caso concreto. Utilizar-se-á a função integradora da boa-fé e sobrepesar a conduta ética e leal dos contratantes para decidir o que é mais justo e adequado naquela situação.

#### 4.2 FUNÇÃO CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS

O princípio da boa-fé objetiva também proporciona importante função criadora de proteção dos direitos contratuais.

Vale repisar, uma vez mais, que o estudo convergente do princípio da boa-fé revela que ele não é fático, mas sim jurídico-normativo.

Por lógica, impossível classificar todos os deveres de proteção a qual emana da função que ora se estuda; contudo, a doutrina mais elaborada apresenta os deveres mais comuns dos contratantes: o de lealdade e confiança recíproca entre eles; a assistência e a informação necessária; o sigilo ou confiabilidade daquilo que fora pactuado, o dever de colaboração; o dever de agir com equidade; o dever de probidade, o dever de respeito.

Todos os citados derivam da força normativa da boa-fé objetiva.

Fato é, pelos exemplos acima mencionados, que se verifica a importância da função de proteção para as relações jurídicas.

Dado a essa magnitude, a I Jornada de Direito Civil<sup>286</sup> aprovou enunciado nº 24 que define que a violação dos deveres de proteção constitui inadimplemento contratual independentemente de culpa.

A decisão que abaixo se colaciona e se destaca corrobora os estudos do dever de lealdade e de informação, conexos à boa-fé objetiva.

Em síntese, a apelante sustentou que não houve relação comercial com a apelada e que o protesto do título seria indevido por falta de lastro comercial. Contudo, os julgadores entenderam que, mesmo que o sócio tenha criado outra

---

<sup>286</sup> Enunciado 24 do Conselho Federal de Justiça, I Jornada de Direito Civil, dias 11 a 13 de Setembro de 2002: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

empresa, conforme e-mails entre os titulares comerciais, comprovou-se a existência da relação comercial entre eles e, face a isso, faltou por parte da apelante informar a apelada sobre tais mudanças comerciais, vindo a afetar diretamente a boa-fé objetiva.

APELAÇÃO CÍVEL nº: 0026640-18.2013.8.08.0024 APTE.: CONNECTRONIC COMÉRCIO E INFORMÁTICA LTDA. APDA.: ULTRACON TELECOMUNICAÇÕES LTDA-ME. JUIZ: DR. MARCELO PIMENTEL RELATORA: DES<sup>a</sup>. ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA A C Ó R D Ã O EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO DE TÍTULO SEM LASTRO COMERCIAL. CONJUNTURA QUE A PRIORI GERA DANO MORAL. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR NO CASO CONCRETO. PROTESTO REALIZADO EM NOME DE EMPRESA QUE GUARDA MÚLTIPLOS PONTOS DE CONTATO COM A APELANTE. ERRO JUSTIFICÁVEL PELA APARÊNCIA. POSSIBILIDADE DE A APELANTE INFORMAR À APELADA SOBRE O EQUÍVOCO NA EMISSÃO DO BOLETO AO INVÉS DE AGUARDAR O PROTESTO. INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE LEALDADE E INFORMAÇÃO. 1. O protesto de título sem lastro comercial, a priori, gera para o ofensor a obrigação de reparar os danos de alma daí advindos, cujo valor deve ser fixado de acordo com a gravidade da lesão e a extensão do dano. 2. O protesto de título promovido pela apelada, apesar de equivocado, não configura ilícito cível. As sociedades Connectronic Comércio e Informática Ltda. e Connectronic Serviços Ltda., embora dotadas cada qual de personalidade jurídica própria, pertencem aos mesmos sócios e possuem estabelecimento comercial no mesmo endereço. Ademais, usam idênticos nome fantasia e logotipo, o que acarreta, pela teoria da aparência, ainda mais atabalhoamento para eventuais credores. **3. A função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção da boa-fé objetiva congloba os deveres de lealdade e de informação, dirigidos à ambas as partes da relação contratual, seja na fase pré-contratual, durante a avença ou até mesmo *post pactum finitum*, nos moldes do art. 422 do Código Civil.** 4. Em fidelidade ao compromisso assumido e pela obrigação de comunicar à outra parte sobre as circunstâncias do negócio, melhor seria que a apelante tivesse informado à apelada sobre o equívoco na emissão do boleto tão logo o recebeu, ao invés de aguardar o protesto do mesmo para, só então, arvorar-se contra tal fato perante o Estado-juiz. 5. Recurso improvido. ACORDA a egrégia Quarta Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, conhecer da apelação e, no mérito, negar-lhe provimento. Vitória/ES, 15 de dezembro de 2014. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADORA RELATORA <sup>287</sup>

<sup>287</sup> TJ-ES - APL: 00266401820138080024, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 15/12/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/01/2015

Por complemento ao estudo, o parágrafo segundo do artigo 167<sup>288</sup> do Código Civil, que ressalva os direitos do terceiro de boa-fé face aos atos praticados pelos contratantes no tocante ao negócio nulo, aduz-se que, embora o negócio seja nulo para os contratantes, ao terceiro, estando de boa-fé, seus direitos estariam resguardados.

Como se verifica no artigo 167, caput, a simulação gera, em regra, a nulidade absoluta do negócio jurídico; contudo, a nulidade absoluta que envolve ordem pública

Finalizando, os deveres de proteção mencionados, ainda que juridicamente existentes, são “invisíveis”, valendo-se sempre da intenção e conduta do sujeito de direito.

Reitera-se também que os deveres de proteção, por óbvio, não podem ser considerados como um rol taxativo, a depender de cada caso e as proteções necessárias para o sucesso do pacto contratual.

Inicialmente se cita o dever de informação que, além de ser uma imposição moral, como também jurídica, a necessidade de informar à parte todas as alterações que possam ocorrer durante o curso contratual e que acabam por atingir direito da outra parte pelo fato de não ter sido informado adequadamente ou, não ter informado.

O acórdão abaixo exarado pelo relator Dr. Milton Carvalho da 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que apreciaram apelação proposta pelo locador. A Câmara manteve a sentença proferida em primeira instância que condenou o locador do imóvel à indenização por danos materiais e morais pelo fato de não ter alertado os locatários de que o imóvel era passivo de enchente, afetando o princípio da boa-fé objetiva no tocante ao dever de informação.

**LOCAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.** Enchente na rua onde se localiza o imóvel. Locadores que violaram a boa-fé objetiva no tocante ao dever de informação. Inadimplemento contratual apto a amparar a resolução. Livre locomoção inviabilizada e risco à saúde, em razão da enchente. Dano moral configurado. Verba indenizatória mantida em R\$3.000,00, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Enchente que não chegou a invadir

---

<sup>288</sup> 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.

o imóvel e aluguéis módicos. Sentença mantida. Recursos desprovidos.<sup>289</sup>

Apresenta-se a seguir decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que analisou Recurso Especial contra acórdão do Tribunal de Justiça Gaúcho.

A ação proposta por correntista bancário que solicitou cópias dos contratos e documentos de abertura de conta corrente por ele assinado. A decisão do Egrégio foi de manter o posicionamento do Tribunal Gaúcho que confirmou a condenação de primeira instância à apresentação dos documentos por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva no tocante ao dever de exibição de documentos e o dever de informação.

Recurso especial. Processual civil. Instituição bancária. Exibição de documentos. Custo de localização e reprodução dos documentos. Ônus do pagamento. O dever de informação e, por conseguinte, o de exibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face ao princípio da boa-fé objetiva. Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação<sup>290</sup>

O acórdão abaixo, exarado pelo relator Desembargador Clarindo Favoretto da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que apreciou apelações do Autor e Réu. A Câmara entendeu que o banco possui o direito de, na renovação contratual, optar pela manutenção do valor de limite disponibilizado para o cliente; contudo, deve o banco informar o correntista da possível alteração de limite antes da sua implantação objetivando a boa-fé e o dever de informar.

Responsabilidade civil. Resilição unilateral de contrato de cheque especial. Ausência de prévia informação ao correntista. Dever de indenizar, conquanto tenha o cliente dado causa ao emitir cheques acima do limite estabelecido. Dano moral. Critério para sua fixação. Falha no serviço do banco ao deixar de comunicar ao correntista do cancelamento do limite do cheque especial, não lhe oferecendo oportunidade para eventual sustação dos cheques que se

---

<sup>289</sup> TJ-SP - APL: 00018310320118260001 SP 0001831-03.2011.8.26.0001, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 17/03/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 17/03/2017

<sup>290</sup> STJ, REsp 330.261/SC (2001/0080819-0), DJ, 8-4-2002, p. 212, JBCC, 200/116, RSTJ, 154/350, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6-12-2001, 3.ª Turma.

encontravam em circulação. Fato ensejador de dano moral, pois que atingiu a honra do correntista. Registro negativo nos cadastros do SERASA. Inobservância da regra contida no artigo 43, § 2.º, do CDC, que determina a comunicação, por escrito, ao consumidor, da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo. Recurso do autor, em parte, provido. Improvido o do banco<sup>291</sup>

O acórdão, que segue exarado pelo relator Ministro J.J. Costa Carvalho da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que apreciou apelação proposta pelo franqueador e confirmaram a condenação de primeiro grau sobre o aumento do percentual de royalties sem a prévia comunicação para o franqueado sobre o risco de ofender o princípio da boa-fé objetiva na obrigação de informar o franqueado sobre tais alterações contratuais que, até aquele momento, não era de conhecimento do franqueado.

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. QUEBRA CONTRATUAL PELO FRANQUEADOR. DEVOLUÇÃO DOS ROYALTIES. PEDIDO PROCEDENTE. 1. Numa operação de franchising bem estruturada, a circular de oferta da franquia é elaborada por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente, dentre muitas outras, as informações relativas à remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties). 2. A mesma exigência – informação clara e por escrito - subsiste na hipótese de renovação ou alteração do contrato. 3. Com o descumprimento das disposições contratuais pela franqueadora - que aumentou o percentual dos royalties - houve prejuízos suportados pela franqueada, o que gera à franqueadora o dever de restituir tais parcelas, devidamente corrigidas e acrescidas de juros moratórios.<sup>292</sup>

O que se verifica, por meio das decisões colacionadas sobre o tema e os estudos doutrinários, é que a ofensa da boa-fé objetiva reside na inobservância do dever da informação entre os contratantes que não prestaram devidamente a tempo, ou prestada tardiamente, culminou em prejuízo para a outra parte.

Já o dever de confidencialidade é regra inerente a todo e qualquer contrato, especialmente os contratos firmados de grandes negócios comerciais e que envolvem cifras de grande expressão.

Sabendo disso, os contratos possuem carga de informações sigilosas que devem ser preservadas pelas partes pactuantes, sendo assim, a sua quebra resulta

---

<sup>291</sup> TJRS, Ap. Cív. 70002976298, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 13-12-2001, 5.ª Câmara Cível

<sup>292</sup> TJ-DF - APC: 20110111997900, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/05/2015.

abalo exponencial para a outra parte.

A proteção dessas informações se torna um dever que, mesmo não tendo sido mencionado no contrato, é parte integrante da boa-fé objetiva e, caso o sigilo seja desrespeitado, proporciona a parte que foi afetada o direito de reparação.

Em um determinado contrato firmado entre as empresas OLIVEIRA e TIGÓ, para fornecimento de ração de pássaros, não se consignou cláusula no sentido de que as partes contratantes não poderiam, durante a vigência do contrato, ou mesmo após, divulgar dados ou informações uma da outra. Ora, ainda que não haja estipulação nesse sentido, é forçoso convir que a boa-fé impõe que se observe o dever de sigilo ou confidencialidade entre ambas.<sup>293</sup>

Ainda, na IV Jornada de Direito Civil, que aconteceu na cidade de Brasília/DF, foi proferido o enunciado 363<sup>294</sup> que descreve que os princípios da probidade e os princípios da confiança devem ser considerados de ordem pública e, como tal, a lesão não se sujeita ao estudo da culpa ou dolo.

No dever da assistência, comumente conhecido como dever de cooperação, utiliza-se a máxima contratualística de que os contratos existem e se vinculam às partes com o objetivo de se concretizar num determinado momento temporal.

Para isso, os contratantes têm o dever de colaborar para o sucesso do contrato e o fim que a ele se destinou.

E, conseqüentemente, cria-se a necessidade da parte em não criar obstáculos um para o outro.

O dever de cooperação, de outra forma, se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé. A cooperação é encarada, no mais, em um duplo sentido, apesar de sua natural tendência de favorecimento ao devedor, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade.<sup>295</sup>

No julgado abaixo, o apelante (empresa distribuidora de gás GLP) ajuizou ação de rescisão contratual pelo fato de que os apelados, por terem assinado

<sup>293</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.119.

<sup>294</sup> Enunciado 363 do Conselho Federal de Justiça, IV Jornada de Direito Civil, dias 25 a 27 de Outubro de 2006. 363 – Art. 422. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.

<sup>295</sup> Paulo Roberto Nalin, *Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual*, in *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, coord. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 198.

contrato de fornecimento de produtos, uso de marca, cessão de equipamentos e outros pactos, não poderiam vender botijões de gás de outra marca, o que, acabaram fazendo, ferindo a boa-fé objetiva nos termos estudados.

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATOS COLIGADOS. RESCISÃO DO CONTRATO. PREFIXAÇÃO DE ALUGUEL PELA NÃO DEVOLUÇÃO DOS BENS ENTREGUES EM COMODATO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA COOPERAÇÃO, DA LEALDADE E DA EQUIDADE. DULTY TO MITIGATE THE LESS. VERIFICADOS. AFASTAMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL NO CASO CONCRETO. COMPENSAÇÃO ENTRE AS VERBAS HONORÁRIAS. POSSIBILIDADE. PROVERAM EM PARTE O APELO.<sup>296</sup>

No tocante ao dever de lealdade e confiança recíproca entre os contratantes numa relação contratual se torna fator primordial a qualquer obrigação inicialmente pactuada.

A palavra lealdade remete ao comportamento das pessoas em serem sinceras, francas e agirem com honestidade e serem fiéis naquilo que pactuaram.

Já a palavra confiança remete aos valores morais e éticos da pessoa e sua boa fama, que inspire transparência nos relacionamentos contratuais. O dever de confiança está intimamente ligado ao cumprimento fiel naquilo que foi pactuado, os compromissos assumidos.

Como se verifica, os deveres de lealdade e confiança recíproca são deveres anexos gerais a toda e qualquer relação contratual. Não sendo assim, os contratos não teriam a necessidade de respeitar os pactos e os princípios norteadores da honra contratual, superando as obrigações parcelares implícitas à boa-fé objetiva, abordam-se a seguir as funções delimitadoras dos exercícios de direitos subjetivos aos contratos.

#### 4.3 FUNÇÃO DELIMITADORA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS

Compreendida as análises que antecederam, finalmente se analisa a seguir a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos da boa-fé objetiva.

Neste, tem como finalidade evitar o abuso excessivo de direitos subjetivos

---

<sup>296</sup> Apelação Cível Nº 70056664618, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 24/10/2013.

dos contraentes. Ressalta-se que hoje com a adoção da função social e demais institutos que tem o condão de preservar o bem coletivo, não mais se admite o abuso de uma das partes contra a outra, mormente, estar-se-ia afetando também a toda a sociedade.

Pondera-se aqui a tirania das cláusulas abusivas que assolam os contratos como um todo.

Como exemplo, pode-se citar a impossibilidade da aplicação de normas que onera excessivamente uma das partes, violando a função social do contrato e a boa-fé dos contratantes por ser ela totalmente abusiva.

A propósito, o próprio Código Civil no Artigo 187<sup>297</sup> faz menção à necessidade de contenção da vontade subjetiva.

[...] analisando o art. 187 do CC/2002, conclui-se não ser imprescindível, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.<sup>298</sup>

Em repisar de palavras, a limitação de direitos subjetivos transfere para a boa-fé objetiva o poder de interferir e impedir o abuso da autonomia da vontade realizada pelos contratantes, atingindo até a função social do contrato.

Como dito em outro momento, a dogmática inicial da autonomia da vontade e os pactos firmados representam papel de controle e, por isso, todos os contratos firmados deverão respeitar a atribuição normativa que reside hoje que é a função social dos contratos.

O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a "ilicitude", ou melhor a antijuridicidade *sui generis* no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

<sup>298</sup> GAGLIANO, Paulo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.467.

<sup>299</sup> DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e outros. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.252.

Essa função delimitadora, trazida pelo Código Civil vigente, está ombreada pelo preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, por obrigar que os contratos possuam a necessidade de amparo mais social e justo, combatendo de outro norte a prevalência dos direitos pessoais em detrimento de terceiros.

Assim, a função de controle da boa-fé objetiva visa combater a desproporcionalidade entre os sujeitos de direito na relação contratual, fazendo que não exista benefício de uma das partes em detrimento da outra.

Condomínio edilício – Edificação em área comum – Prova dos autos a revelar que a autora adquiriu a sua unidade com o acréscimo atualmente existente há mais de quinze anos e dela passou a usufruir, sem oposição de quem quer que seja – Ausência de prejuízo aos demais condôminos, uma vez que o acesso à área somente seria possível pelo unidade da autora – Princípio da boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos não exercidos por longo período de tempo ("*supressio*") – Ação julgada improcedente – Recurso da ré provido.<sup>300</sup>

O que verdadeiramente se busca é a humanização nas relações contratuais, sem, evidentemente, perder o objetivo de desenvolvimento econômico e a função social dos contratos.

Como foi informado, as mudanças dos paradigmas foram transformadas ao longo do tempo devido à globalização e à evolução econômica.

O Estado Social de direito amparado na Carta Constitucional torna referência nos contratos contra o Estado Liberal de direito.

Com a quebra dos conceitos liberais, a boa-fé na pós-modernidade se faz presente. Este é o novo modelo de contrato, rompem-se com os modelos tradicionais amparado na normatização da dignidade da pessoa humana definida na Constituição Federal, em detrimento às vontades pessoais do sujeito de direito.

Com a Constituição, os contratos receberam carga normativa de direitos sociais e, assim, todo e qualquer contrato deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato.

Hoje, os contratos não são vinculados apenas pela liberdade de contratar e a sua autonomia privada. Entrelaçam-se com outros valores e devem ser respeitados. Valores estes os da boa-fé contratual.

---

<sup>300</sup> TJ-SP - APL: 00092395120128260505 SP 0009239-51.2012.8.26.0505, Relator: Augusto Rezende, Data de Julgamento: 10/11/2015, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/11/2015.

A função da boa-fé se torna mola propulsora de garantia dos direitos dos contratantes, aliando-se a isto a função interpretativa, devendo o operador do direito amparado pela ética jurídica, procurar o preenchimento de eventuais imperfeições que a ele foram postas para análise; pela função criadora dos deveres jurídicos por meio do comportamento dos contratantes nos tratos contratuais e a função delimitadora da boa-fé como função de controle dos direitos dos contratantes em criar mecanismos de controle contra a tirania das cláusulas abusivas do contratante que pretende pelo pacto prejudicar, em primeiro, a outra parte e, posteriormente, a sociedade em geral.

## 5 A MASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

A globalização e o sistema capitalista vêm refletindo nas relações contratuais, particularmente nas relações de consumo, já que, oportunamente, os contratos são os meios para a circulação de riquezas e a preservação dos direitos sociais.

Com a evolução social e capitalista uma nova roupagem nas relações comerciais entre fornecedores e consumidores foi gradualmente se materializando, fazendo jus a nova era do sistema contratual.

Com isso, eclodiu a necessidade de consumo e das contratações serem mais dinâmicas e mais eficientes, surgindo assim, os contratos de massa.

Dito isto, hoje não é mais possível vivenciar a relação consumerista sem a existência do contrato de massa, sendo indispensáveis para a concretização das relações comerciais.

Alinne Arquette Leite Novais<sup>301</sup> menciona que os contratos de massa foram assim denominados por Raymond Saleilles, no ano de 1901, decorrente, sobretudo, da Revolução Industrial.

No Brasil, os contratos de massa estão tipificados no Código de Defesa do Consumidor pela Lei 8.078/1990 mais precisamente no Artigo 54, como também no Código Civil de 2002 nos Artigos 423 e 424 que colacionamos abaixo.

Art. 54 da Lei 8.078/1990.

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

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

§ 5º (Vetado).

O Código Civil, como também no Código de Defesa do Consumidor, os

---

<sup>301</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.98.

dispositivos referenciam a proteção da parte hipossuficiente da relação contratual, ou seja, o aderente no contrato de relação de consumo pelo fato de descrever que deverá ser adotada interpretação mais favorável para o aderente, como também as cláusulas que determinam renúncia antecipada do aderente serão consideradas nulas.

Artigos da Lei 10.106/2002

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Já o Código Consumerista colacionado acima conceitua apenas a forma de vínculo contratual, sendo realizada de maneira unilateral como bem define Cláudia Lima Marques.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente para o parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne *varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. [...] Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo.<sup>302</sup>

Pode-se dizer que o contrato de massa se trata de negócio jurídico tanto bilateral como plurilateral, que consiste apenas a uma das partes a decidir previamente os termos que farão parte do contrato a ser firmado.

Dessa maneira, a outra parte apenas irá anuir com o conteúdo já produzido e as cláusulas anteriormente formuladas não podem ser modificadas pela parte que apenas concordou.

Maria Helena Diniz conceitua o contrato de massa.

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra [...]. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e

---

<sup>302</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.58.

condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...], aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.<sup>303</sup>

Como foi mencionado por Maria Helena Diniz, uma das partes apenas aceita os dizeres contratuais; dessa maneira, uma restrição à autonomia da vontade do contratante, devido a sua uniformidade, generalidade e rigidez contratual.

Roppo descreve que, independentemente do tipo de contrato, a vontade individual sempre existirá e, não existindo, também inexistirá o contrato. Para o autor, a vontade individual foi se reestruturando no curso da evolução social, assim como os contratos para a sociedade.

Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma << essência >> do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos (sic) das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo- o que é duvidoso- que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma <<essência>> histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.<sup>304</sup>

Esta também é confirmada por Humberto Theodoro Júnior quando trata da autonomia da vontade restringida nos contratos de massa.

Um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia de vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados 'contratos de adesão', ou seja, daqueles em que a notória superioridade econômica e jurídica de uma das partes leva à imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ou não aderir ao contrato, como um todo. Às vezes nem mesmo a abstenção do contratante mais fraco é possível, pela essencialidade dos serviços e bens ou pelo monopólio detido em mãos do outro contratante.<sup>305</sup>

Carlos Roberto Gonçalves segue nesta mesma linha de entendimento ao tratar que a autonomia da vontade está restrita pela impossibilidade de a parte

---

<sup>303</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.367.

<sup>304</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p.347-348.

<sup>305</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p.26.

aderente convencionar as cláusulas no contrato de adesão.

[...] uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. [...] Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes – o que evidencia o seu caráter institucional.<sup>306</sup>

Contudo, o autor informa que mesmo que o a autonomia da vontade sofreu restrição pelas características existentes no contrato de adesão, contudo, “prevalece o entendimento de que a aceitação das cláusulas, ainda que preestabelecidas, lhe assegura aquele caráter”.<sup>307</sup>

A autonomia, como regra geral dos contratos que preceituam a possibilidade de os contratantes estabelecerem prazos e fixarem obrigações no contrato, ficando eles obrigados a cumprimento do contrato, não se aplica nos contratos de massa, como bem observa Luís Antônio Rizzatto Nunes.

No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar *pacta sunt servanda* de adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo.<sup>308</sup>

A restrição da autonomia da vontade existente nos contratos de adesão é o ponto que difere dos contratos tradicionais denominados paritários, pois possibilita às partes convencionarem livremente os termos contratuais e de modo igualitário, pensamento este não aceito por César Fiuza.

A doutrina vem empregando tradicionalmente o termo paritário, em vez de negociável. Não concordo, porém. Paritário é o que se forma por elementos pares para estabelecer igualdade. A expressão contrato paritário deixa a entender, erroneamente, que os contratos de adesão seriam leoninos, por conferir a uma das partes vantagem exagerada, em prejuízo da outra.<sup>309</sup>

Para o autor, empregar a ideia de contratos de adesão não são paritários traz a lógica de que as convenções realizadas entre as partes deveriam ser consideradas

---

<sup>306</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contrato e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.100.

<sup>307</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p.100.

<sup>308</sup> NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.673.

<sup>309</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.469.

leoninas.

Embora haja restrição do aderente para convencionar os termos contratuais, sua vontade fica preservada no momento de aderir, vez que, aderindo, concordou com todas as regras contratuais definidas, ou seja, consentindo e aceitando as regras contratuais postas no contrato de adesão.

Assim, sua vontade pessoal se exterioriza, atingindo a validade do contrato de adesão, posto que, não havendo a vontade do aderente, o contrato não se materializa no mundo jurídico e também não cria direitos e exige obrigações das partes. Este é o entendimento de Maria Helena Diniz ao exemplificar a vontade do aderente nos contratos de massa.

Às vezes será imprescindível seguir determinada forma de manifestação de vontade ao se praticar ato negocial dirigido à aquisição, ao resguardo, à modificação ou extinção de relações jurídicas. O princípio geral é que a declaração de vontade independe de forma especial (CC, art. 107), sendo suficiente que se manifeste de modo a tornar conhecida a intenção do declarante, dentro dos limites em que seus direitos podem ser exercidos. Apenas, excepcionalmente, a lei vem a exigir determinada forma, cuja inobservância invalidará o negócio.<sup>310</sup>

Posto isto, sempre que o ordenamento jurídico não proibir determinada forma de contratar e de manifestar a vontade de contratar as partes estão livres para realizar o negócio jurídico. Contudo, existindo lei determinando forma, esta deverá ser seguida sob pena do contrato ser nulo.

Além da manifestação por adesão do contraente, que não estabelece nenhuma cláusula, apenas se vincula ao contrato pré-definido, Cláudia Lima Marques ressalta que os contratos de massa possuem características essenciais.

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.<sup>311</sup>

A manifestação do aderente possui característica necessária para que o contrato de adesão se perfeça. A autonomia da vontade do aderente, embora

---

<sup>310</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.129.

<sup>311</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.60. 4ª edição.

restrita em apenas concordar ou não concordar, é o consentimento necessário para o aperfeiçoamento da relação contratual de massa.

Lembrando que a vontade do aderente deve ser livre para ser válido, se assim não for, o contrato celebrado nestes moldes está carregado de ilegalidade na forma de constituição jurídica.

Sobre a liberdade do aderente, Carlos Roberto Gonçalves apresenta a necessidade da vontade livre e espontânea.

O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa [...] <sup>312</sup>

Como se extrai das palavras do autor, o consentimento deve ser livre e espontâneo e a manifestação pode ser tácita ou expressa, podendo ser um como o outro, a depender da lei na exigência de uma das formas.

Os contratos de massa geralmente são realizados entre grandes empresas a um número indeterminado de pessoas. Empresas estas podendo ser públicas ou de serviços de utilidade pública, como exemplo, fornecimento de água, gás GLP e energia elétrica, como também de empresas privadas, a exemplo, tevê por assinatura e pacotes de serviços de telefonia celular.

Sobre o descompasso econômico entre as partes contratantes Cristiano Heineck Schmitt define que a esse desnível e com a limitação da vontade do aderente, até mesmo para a sua própria proteção, caberá então à Lei criar proteções quanto à celebração dos negócios jurídicos.

O desnível de poder econômico passou a exigir uma reação legislativa que restringisse a possibilidade de somente um dos contratantes estabelecer o conteúdo do contrato limitando, assim, a autonomia da vontade, como forma até mesmo de se tentar reduzir a uma injusta miséria da maioria, em prol da riqueza de poucos, minimizando ou impedindo revoltas e movimentos sociais de reflexos inimagináveis. O liberalismo na economia trazia consigo o voluntarismo no direito. Cabia agora à lei proteger a vontade criadora das partes e os efeitos pretendidos por elas quando da celebração

---

<sup>312</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contrato e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.100.

do negócio jurídico.<sup>313</sup>

Desta maneira, os contratos de adesão normalmente estão ligados à relação de consumo, embora haja negócios que não possuem tal característica consumerista.<sup>314</sup>

Percebe-se claramente que nos dias atuais, em que se busca a produção em escala com a maior quantidade de produtos em menor tempo, sobrepondo a análise de custos com o objetivo de atingir o maior número de consumidores, a intervenção do Estado para garantir a qualidade do produto ofertado, além do controle econômico por meio dos órgãos de defesa do consumidor para o equilíbrio do contrato.

Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente (...). Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia de vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores.<sup>315</sup>

Miguel Reale complementa sobre a intervenção do Estado nos contratos de massa com o objetivo de preservar o interesse geral dos consumidores contra os grupos organizados de produção e circulação de bens e serviços.

O Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos súditos, deve ser sempre uma síntese dos interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares. Se considerarmos, por exemplo, os vários grupos organizados para a produção e circulação das riquezas, necessário é reconhecer que o Estado não se confunde, nem pode se confundir, com nenhum deles, em particular, porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem comum o qual, nessa hipótese se identifica como o “interesse geral dos consumidores”. A autoridade do Estado deve manifestar-se no sentido da generalidade

---

<sup>313</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.58.

<sup>314</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p.14.

<sup>315</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.27.

daqueles interesses, representando a totalidade do povo.<sup>316</sup>

É o Estado que deve proteger, preservar e intervir quando a ordem social e econômica está ameaçada. Protegendo os direitos dos hipossuficientes e o resguardo da Carta Constitucional sobre monopólio das grandes organizações na formação de cartel e monopólio econômico.

Outro elemento que está presente nos contratos de adesão é a ausência da fase pré-contratual, vez que o aderente não participa na construção das disposições contratuais, apenas aceitando o que foi estabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e sim, a sua predisposição unilateral, restando ou outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.<sup>317</sup>

Observa-se assim que os contratos de massa ficam exclusivamente na confecção dos termos contratuais a apenas uma das partes, que, no caso, o lado mais forte da relação consumerista e ao aderente resta apenas aceitar, compelido a discutir ou modificar o teor do contrato.

Esta é a característica do contrato de massa que, embora possua a bilateralidade é constituído de maneira unilateral, apenas facultando a uma das partes aderir ou não os termos que lhe são apresentados.

## 5.1 BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE MASSA

O Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que o Estado deve garantir o atendimento das necessidades dos consumidores em se tratando da dignidade da pessoa, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por

---

<sup>316</sup> REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.327.

<sup>317</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Idem*, p.59.

objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.<sup>318</sup>

Da leitura do Artigo fica claro que o Código Consumerista consagrou o princípio da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor precisa receber a harmonia e o equilíbrio da função econômica com base na boa-fé das relações entre consumidores e fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de ordem pública, que começou a vigorar em 11 de setembro de 1990, através de disposição constitucional, com a finalidade de dar proteção e assegurar os direitos dos consumidores, e por se tratar de lei, nem mesmo o acordo entre as partes pode contrariá-la. A lei estabelece direitos e obrigações dos consumidores e fornecedores com a finalidade de dar maior equilíbrio nas relações contratuais de consumo, evitando assim, que os consumidores considerados, a parte mais frágil, sofram qualquer tipo de dano ou prejuízo, e que fiquem a mercê, sem direito a defesa.<sup>319</sup>

A explicação para tanta proteção legal é o fato de que o consumidor acaba se submetendo aos controles dos fornecedores de mercadorias, considerados titulares dos bens de produção. Dessa maneira, pelo fato de o consumidor não possuir condições técnicas sobre os produtos adquiridos ou serviços prestados o que Código objetivou foi a facilitação das provas em sua defesa pelo fato da sua vulnerabilidade em consegui-las.

Pode-se notar também que o legislador não se preocupou apenas com a

---

<sup>318</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>319</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.222.

lesividade dos consumidores, mas também de todos os fatores que fomentam a relação de consumo no tocante ao desenvolvimento econômico e tecnológico, vez que, se todos os produtos postos no mercado atingir os anseios dos consumidores de forma satisfatória, o desenvolvimento mercadológico evolui. E, quando não atingir, o Estado intervém para a justa adequação do produto, o amparo ao consumidor, sendo protetor dos princípios Constitucionais.

O Código Consumerista consagra o valor da ética, verdade e correção nos contratos de consumo como preconiza Cláudia Lima Marques.

A grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas específicas impondo o respeito à boa-fé na formação e na execução dos contratos de consumo, confirmando o princípio da boa-fé como um princípio geral do direito brasileiro, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor (artigo 4º, III, do CDC), como cláusula geral para a definição do que é abuso contratual (artigo 51, IV do CDC), como instrumento legal para a realização da harmonia e eqüidade das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro (artigo 4º, I e II, do CDC) e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade (artigo 4º, III, do CDC combinado com artigo 5º, XXXII, e artigo 170, *caput* e inc. V, da Constituição Federal.<sup>320</sup>

O julgado que segue proferido pela 12ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento da apelação proposta pelo Banco Itaú S.A. por ter encerrado de maneira unilateral a conta corrente do autor, ora apelado, em ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

VOTO Nº 24341 OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. Encerramento unilateral de conta bancária sem notificação prévia do correntista. Prática abusiva. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Art. 39, IX, do CDC. Conta destinada ao recebimento de pensão alimentícia. Dano moral in re ipsa. Quantum reparatório fixado em R\$ 6.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso não provido.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor: parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.31, p. 134, jul./set. 1999.

<sup>321</sup> TJ-SP - APL: 10001732720168260008 SP 1000173-27.2016.8.26.0008, Relator: Tasso Duarte de Melo, Data de Julgamento: 13/06/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/06/2017

Rizzatto Nunes estabelece que a boa-fé objetiva é dever das partes de agir conforme parâmetros de lealdade para se estabelecer equilíbrio nas relações de consumo. Uma ação sem abuso pautada na função do contrato.

[...] a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, a grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo [...] A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um standard, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor. Deste modo, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão à ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.<sup>322</sup>

Recente julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que confirmou decisão de primeiro grau, confirmando o dano moral aplicado pelo juízo a quo e majorando os honorários advocatícios ao patamar de vinte por cento. A decisão ampara-se pela ofensa do princípio da boa-fé na relação de consumo. A apelante Unimed, empresa detentora do plano de saúde, rescindiu de maneira unilateral o plano da autora consubstanciada na cláusula contratual que autoriza a rescisão desmotivada, totalmente contrária aos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.

PLANO DE SAÚDE COLETIVO. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ. OFENSA AO CDC E À LEI Nº 9.656/98. PRECEDENTES. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.<sup>323</sup>

A 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná decidiu manter entendimento de primeiro grau. Em síntese, a Unimed de Curitiba-PR se recusava a cobrir gastos com o aparelho de neuronavegador para o cooperado por ofender o princípio da boa-fé objetiva e ao dever mínimo de cobertura da cooperativa de saúde.

---

<sup>322</sup> NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.177.

<sup>323</sup> TJ-SP - APL: 10069524720168260606 SP 1006952-47.2016.8.26.0606, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 17/05/2017, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/05/2017.

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - RECUSA DE COBERTURA DE "NEURONAVEGADOR", AMPARADA NA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS) - ABUSIVIDADE - RELAÇÃO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA, QUE TRAZ APENAS A REFERÊNCIA BÁSICA DOS PROCEDIMENTOS MÍNIMOS A SEREM ASSEGURADOS - APARELHO NECESSÁRIO À CIRURGIA DE "NEURINOMA DO ACÚSTICO", COBERTA PELO PLANO - OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 51, IV, e § 1º, II, DO CDC - DEVER DE COBERTURA - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1 - As Resoluções da Agência Nacional de Saúde estabelecem os procedimentos e eventos de saúde que constituem referência básica de cobertura obrigatória, nos termos do art. 4º, III, da Lei 9.961/00, e não de exclusão obrigatória, como pretende a operadora. 2 - A negativa de cobertura de aparelho necessário ao bom termo da cirurgia do autor, idoso, portador de tumores intracranianos, prescrito por médico credenciado que lhe assiste, fere o princípio da boa-fé, equidade e razoabilidade, além de afrontar a finalidade básica do contrato, qual seja, a preservação da saúde do beneficiário, colocando-o em posição de extrema desvantagem, desrespeitando, assim, os comandos normativos do artigo 51, IV, e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>324</sup>

Ampla é a Jurisprudência acerca da boa-fé objetiva na relação consumerista. Embora legalmente reconhecida pela Constituição Federal, como também no Código de Defesa do Consumidor, as empresas que fornecem produtos e serviços para a sociedade infringem constantemente esse regramento.

Nada mais necessário o amparo judicial como forma de controle da abusividade dos grandes empreendedores em detrimento dos consumidores hipossuficientes na relação.

A boa-fé objetiva nas relações de consumo, ainda que o inciso I do Artigo 4º, é de essencial observância dentro do ordenamento jurídico e à luz da Constituição Federal já com hipótese normativa da dignidade da pessoa humana não poder deixar de ser protegido devido a sua hipossuficiência contra abusos da parte fornecedora de produtos e serviços.

---

<sup>324</sup> TJ-PR - APL: 14992519 PR 1499251-9 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 04/08/2016, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1871 25/08/2016.

## 5.2 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu Artigo 6, inciso IV, a proteção contra a prática de atos e confecção de cláusulas abusivas ou impostas nos contratos de adesão.

Nesta esteira, importante analisar como se pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor quanto às cláusulas abusivas, conforme contemplada no Artigo 51, inciso IV, em que estabelece que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito quando colocar o consumidor em desvantagem exagerada ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade contratual.

A propósito, o Código do Consumidor não conceituou expressamente o que seria cláusula abusiva, valendo-se assim dos estudos doutrinários a respeito do tema.

Cláudia Lima Marques define que as cláusulas abusivas são vantagens contratuais formadas apenas por uma das partes, quebrando o equilíbrio contratual e ofendendo os direitos de terceiros na relação.

A concepção e a redação unilateral pelo fornecedor do conteúdo do contrato, como convida à elaboração de cláusulas que primem pela unilateralidade dos direitos que assegura, garantindo vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, quebrando o equilíbrio do contrato e enfraquecendo ainda mais a posição contratual do consumidor. São as chamadas cláusulas abusivas, as quais incluídas em contratos de adesão ou em condições gerais dos contratos vão ser oferecidas à aceitação pelos consumidores.<sup>325</sup>

Desta forma, o controle das cláusulas contratuais de consumo, o nexos de causalidade existente entre a boa-fé e a vontade dos contratantes se tornam relevantes para a aplicação das forças do Estado como controle da abusividade contratual.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira conceitua a aplicação jurisdicional em usar a razoabilidade na busca do equilíbrio contratual, objetivando o controle das diferenças entre as partes contratantes.

A razoabilidade significa o juízo de valor executado pelo intérprete,

---

<sup>325</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.147.

na aplicação do princípio da igualdade. Devendo, portanto, o juiz privilegiar os dispositivos legais, que não violem referido princípio, pois lhe compete a atuação concreta do princípio da igualdade no direito privado. Tem ele o dever de considerar a razoabilidade das diferenças, observando que o idêntico exige o tratamento igual de situações iguais e tratamento diferenciado de situações diversas.<sup>326</sup>

A abusividade é um tema de discussão permanente devido a sua aproximação do campo da ilicitude que recai sobre o ato praticado, vez que “[...] o ato ilícito é aquele desconforme ao direito, que provoca uma reação negativa do ordenamento jurídico, que viola direito ou causa prejuízo à terceiro (dano), fazendo nascer a correspondente obrigação de reparar”.<sup>327</sup>

Cláudio Belmonte explica que a cláusula abusiva consiste na opressão realizada pelo fornecedor contra o consumidor face ao seu poder de influência nos contratos de adesão em detrimento ao consumidor hipossuficiente.

Assim, o ponto fulcral da caracterização da abusividade consiste na existência de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem contratual exagerada em relação ao fornecedor, independentemente de essa situação ter sido gerada em face do dispar poder econômico entre as partes, ou do uso de condições gerais, ou, ainda, pelo simples fato de se estar utilizando contratos por adesão.<sup>328</sup>

Nas palavras de Antônio Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa, existindo qualquer cláusula abusiva que se contraponha aos dizeres normativos, onerando de maneira excessiva uma das partes contratantes estaria caracterizado a abusividade no contrato passivo de sanção.

Inicialmente, cumpre destacar que a caracterização de qualquer cláusula abusiva, nos termos da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento a Lei 8.078/90 exige a má-fé, o dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da

---

<sup>326</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Principiologia contratual: dos princípios liberais ao estado social*. Disponível em: < [https://www.diritto.it/pdf\\_archive/28626.pdf](https://www.diritto.it/pdf_archive/28626.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017, p.14-15

<sup>327</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.769.

<sup>328</sup> BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.141.

cláusula.<sup>329</sup>

Leonardo de Medeiros Garcia explana que as cláusulas abusivas não serão analisadas à conduta do fornecedor em constituir determinada cláusula com o objetivo prejudicar terceiros, tendo o legislador ponderado para a boa-fé objetiva e a justiça contratual e, apenas existindo o desequilíbrio, passivo estaria o contrato de sofrer a interferência do Estado.

Em razão da boa-fé objetiva, a abusividade das cláusulas abusivas não é aferida subjetivamente, ou seja, não se infere se o fornecedor, ao estipular as cláusulas contratuais, tinha o conhecimento de que eram abusivas frente ao Código Consumerista. No intuito de proteger essa categoria vulnerável, denominada consumidor, o legislador privilegiou valores superiores ao dogma da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*), como a boa-fé objetiva e a justiça contratual, permitindo que o poder judiciário tenha condições de aferir, objetivamente, quando estará ocorrendo um desequilíbrio entre as partes, possibilitando, assim, um efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo.<sup>330</sup>

Embora o trabalho tem por objetivo estudar as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, elas podem ser aplicadas em todo e qualquer tipo de contrato pelo fato que o aderente no contrato de massa não possuir a liberdade de convencionar, apenas de aderir. Portanto, a finalidade da intervenção legal sobre os contratos é realizar o controle do equilíbrio contratual entre as partes, que não existiria sem maior amparo ao aderente.

Estabelece o Código Civil no seu Artigo 424 que as cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão são consideradas nulas de pleno direito aquelas que estipular a renúncia antecipada do direito do aderente.

As cláusulas abusivas desequilibram a relação contratual, extinguindo ou reduzindo direitos e, por este motivo, compromete a equidade contratual devendo ser amparada pela intervenção do Estado.

Para Eros Cordeiro, as cláusulas abusivas constituem fontes autorizadas de revisão contratual em detrimento ao esvaziamento da autonomia do contratante na relação consumerista em detrimento aos princípios da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>329</sup> BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.292.

<sup>330</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Salvador: Juspodivm, 2014, p.311.

Com efeito, o fenômeno das cláusulas abusivas nasce com o esvaziamento axiológico do princípio da autonomia privada característico da sociedade de massas, cuja consequência em termos contratuais é a redução unilateral das obrigações do contratante mais forte ou majoração das atribuídas ao mais fraco.<sup>331</sup>

De outra maneira não será, se reconhecida a existência da cláusula abusiva no contrato poderá ser invocada por qualquer interessado, principalmente pelo Ministério Público, como também, ser reconhecida de ofício pelo juiz conforme estabelece o Artigo 168 do Código Civil.

Também esta é a posição trazida por Cláudia Lima Marques.

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.<sup>332</sup>

Em decisão proferida pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento da apelação proposta pela construtora de ter retido sessenta por cento do valor pago pelo consumidor, devidamente contratada, ferindo cláusula contratual, revitalizando o princípio do *pacta sunt servanda*.

Embora tenha acordado, o Tribunal entendeu que o percentual supera a normalidade, ofendendo o princípio da boa-fé e considerando esta cláusula abusiva à luz da Constituição e o Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, que se submete ao código consumerista, possuindo cláusula que retém parte expressiva de valores já pagos pelo promitente comprador fere a Súmula 543 do STJ<sup>333</sup>, que prevê a devolução integral dos valores e não a sua proporcionalidade.

---

<sup>331</sup> CORDEIRO, Eros B. M. *Da revisão dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.243.

<sup>332</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2002, p.693.

<sup>333</sup> Súmula nº 543 do STJ - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

RESCISÃO CONTRATUAL. Contrato particular de compra e venda de imóvel. Cláusula contratual rescisória abusiva. Majoração do percentual a ser restituído. CDC. Súmula 543 do STJ. Recurso desprovido.<sup>334</sup>

A 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista também considera cláusula abusiva à cobrança de serviços de terceiros em arrendamento mercantil sem ter convencionado anteriormente com contratante e definido o que seria serviços de terceiros no contrato de arrendamento entre a instituição financeira e o arrendante, já que todos os serviços bancários já estão previstos na taxa administrativa do contrato firmado. *In casu*, o Tribunal negou o apelo proposto pela instituição financeira, além de obrigar a devolução dos valores cobrados sobre esta rubrica.

Cobrança de serviços de terceiros em arrendamento mercantil, sem especificação. Impossibilidade. Cláusula abusiva (CDC, 51, IV). Devolução ao consumidor bem determinada. Sucumbência recíproca mantida. Apelo improvido.<sup>335</sup>

O contrato, por assim dizer, para ser possível a existência da função social nos moldes Constitucionais, respeitando os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana se faz necessário o enfrentamento do afastamento de cláusulas injustas e desequilibradas que, por sinal, devem ser revistas para seu justo equilíbrio contratual.

Esses são os ensinamentos de Eros Cordeiro.

Desse modo, a revisão dos contratos tem seu espectro aumentado, não se encaixando em nenhum dos pressupostos comumente colocados nas teorias que buscaram explicá-la (existência de fato posterior, imprevisibilidade, perseguição exclusiva de equilíbrio contratual de acordo com a intenção das partes). O contrato é revisado de maneira a facilitar a instrumentalidade do bem essencial à dignidade humana dos contratantes, por força da incidência direta do princípio da dignidade humana. A autonomia privada, então, é condicionada aos interesses existenciais, prevalentes por força da Carta Magna.<sup>336</sup>

A cláusula abusiva é nula, sendo uma cláusula que não produz efeitos

<sup>334</sup> TJ-SP - APL: 10796882920168260100 SP 1079688-29.2016.8.26.0100, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 25/04/2017, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2017

<sup>335</sup> TJ-SP - APL: 00081344620128260438 SP 0008134-46.2012.8.26.0438, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 07/12/2016, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

<sup>336</sup> CORDEIRO, Eros B. M. *Da revisão dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.183.

jurídicos desde a sua confecção contratual, podendo, a qualquer tempo, valer-se do judiciário para discutir a referida nulidade contratual e, assim, emitindo decisão apenas declarando a existência de determinada cláusula abusiva.

[...] Não há que falar em cláusula abusiva que se possa validar: ela sempre nasce nula, ou melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre. [...] O princípio é o de que a nulidade é absoluta da cláusula abusiva, de acordo com as disposições do CDC, cuja matéria é de ordem pública e interesse social (art. 1º). E, quer se considere a decisão judicial que reconheça a nulidade como “meramente declaratória”, que como “desconstitutiva”, a ação é imprescritível.<sup>337</sup>

Vale ressaltar que o Judiciário, reconhecendo a existência da cláusula abusiva existente em determinado contrato, considerará a cláusula nula de pleno direito, ou seja, ineficaz para as partes contratantes, como também, para a sociedade em respeito à função social do contrato pelo fato de que o direito Brasileiro adotou o princípio da conservação do contrato, mantendo-se a vontade das partes e excluindo-se aquilo que afeta a sua validade.

A nulidade da cláusula abusiva não invalida todo o contrato, permanecendo este na parte remanescente, quando for possível. O direito brasileiro adota o princípio da conservação do negócio jurídico, notadamente nessas hipóteses. O princípio da conservação serve também para a nulidade parcial da cláusula, quando for possível dar sentido útil a parte restante dela. Invalida-se a cláusula apenas na parte incompatível com o equilíbrio contratual.<sup>338</sup>

Desta maneira, o contrato de adesão que violar a boa-fé objetiva por existir cláusula abusiva, afetando o equilíbrio ou até a função social do contrato, deve ser declarada nula de pleno direito pelo Estado, por meio da intervenção jurisdicional, objetivando a invalidação da mesma qualquer tempo.

### 5.3 O PRINCÍPIO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O princípio da onerosidade excessiva possibilita que os contratantes recorram ao judiciário para conseguir alterar os pactos convencionados em determinadas

---

<sup>337</sup> NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.657-661.

<sup>338</sup> LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.137-138.

situações.

O referido princípio, também conhecido como a teoria da imprevisão, está previsto no Art. 6, inciso V do Código de Defesa do Consumidor que define a possibilidade de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais daquelas que foram inicialmente pactuadas ou, a revisão, em razão de fatos que ocorreram de maneira superveniente e, por existir nos fatos, tornaram excessivamente onerosas as obrigações originalmente assumidas.

O elemento para a modificação do contrato perante o Código de Defesa do Consumidor é o fato que, para o consumidor, sem a existência da extraordinariedade e imprevisibilidade do ocorrido, tornando-se mais gravosa a obrigação por ele assumida inicialmente já seria objeto do pedido, como bem lembra Cláudia Lima Marques.

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato.<sup>339</sup>

Corroborando com o mesmo entendimento Celso Marcelo de Oliveira que o direito a revisão do contrato basta apenas a existência da onerosidade excessiva em fato superveniente que tornou impossível o cumprimento da avença pelo consumidor.

Para que o consumidor tenha direito à revisão do contrato, basta que haja onerosidade excessiva para ele, em decorrência de fato superveniente. Não há necessidade de que esses fatos sejam extraordinários nem que sejam imprevisíveis.<sup>340</sup>

A onerosidade excessiva para Orlando Gomes acontece “quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu”.<sup>341</sup>

Arnaldo Rizzardo exemplifica que a revisão é possível quando ocorrer determinada situação não prevista culminando em desequilíbrio contratual entre as

---

<sup>339</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.413.

<sup>340</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito do consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2010, p.183.

<sup>341</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.180.

partes.

[...] corresponde ao princípio que admite a revisão dos contratos em certas circunstâncias especiais, como na ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornam a prestação de uma das partes sumamente onerosas.<sup>342</sup>

Importante mencionar que a onerosidade excessiva acarreta a extinção da obrigação pactuada, não a resolução do contrato, que poderá ser evitada se as partes tiverem interesse na sua permanência, alterando as cláusulas que se tornaram abusivas, procurando a equidade contratual.

No julgado a seguir, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que o plano de saúde agiu de maneira contrária ao princípio da onerosidade excessiva em agravar a mensalidade paga pelos consumidores que completavam 60 anos.

Para os julgadores, o plano de saúde agiu em contrariedade aos dispositivos normativos no que tange à boa-fé objetiva em detrimento ao desrespeito não só pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também pelo Estatuto do Idoso que reprime atitudes discriminatórias desse tipo.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO CONTRATUAL. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA. 59 ANOS. PERCENTUAL ELEVADO. APLICAÇÃO DO CDC E DO ESTATUTO DO IDOSO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. A ANTECIPAÇÃO DOS REAJUSTES EXCESSIVOS PARA BENEFICIÁRIOS PRÉSTES A COMPLETAR 60 ANOS CONSUBSTANCIA BURLA À LEGISLAÇÃO PROTETIVA, MALFERINDO O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, BEM COMO O ESTATUTO CONSUMERISTA. A REPETIÇÃO DE INDÉBITO DEVERÁ ABRANGER APENAS OS TRÊS ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.<sup>343</sup>

Como descreve Roppo, a onerosidade excessiva é uma das três causas possíveis de resolução contratual.

A resolução do contrato, em geral, pode acontecer por três causas: quando a prestação devida por uma parte se torna impossível, quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente

---

<sup>342</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.139.

<sup>343</sup> TJ-RS - AC: 70051721876 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 10/07/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/07/2014

onerosa e quando a prestação devida por um dos contraentes não foi (exatamente) cumprida.<sup>344</sup>

A onerosidade excessiva legalmente reconhecida perde a sua validade e eficácia jurídica sendo ela uma exceção entre as partes.

A ação por resolução baseado neste princípio tem como fundamento o desequilíbrio da obrigação contratual inicialmente feita por existir fato superveniente, extraordinário e não previsto que obsta o cumprimento de uma parte para a outra.

Para tanto, não existe uma medida capaz de gerar tal conclusão. Caberá ao juiz ao analisar o caso concreto, se determinado fato superveniente que surgiu no decurso do contrato pactuado se tornou excessiva, não podendo ser adimplida pela parte requerente.

Portanto, em se tratando de relação de consumo, o direito de rever ou modificar o contrato de massa está em detrimento a existência de fato superveniente e que ocorra onerosidade em excesso para a parte adimplir.

#### 5.4 O PRINCÍPIO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Dos estudos contratuais, chega-se ao ápice da vontade das partes, ou seja, a satisfação do contrato por meio da efetividade do adimplemento.

Contudo, nem sempre o contrato se desenvolve uma ótica perfeita. No seu lapso temporal, várias são as barreiras a serem enfrentadas pelos contratantes, que, diversas vezes, tendem a esbarrar em problemas alheios a sua vontade, ocasionando o inadimplemento contratual.

Como já mencionado no desenvolvimento deste trabalho, as vontades e anseios das partes alinhados à função social e aos deveres inerentes às forças contratuais levam os contratantes a perfazer um longo caminho até a sua efetividade contratual.

Para uma análise mais profunda do último tema proposto, requer a sua desconstituição ou se pode dizer até uma dilaceração técnica, para, após, uma reconstrução lógica e adequada para o bom entendimento sobre o adimplemento substancial.

Em primeiro, necessário estudar sobre a fonte de obrigação pactuada pelos

---

<sup>344</sup> ROPPO, Enzo. Ibidem, 2009, p.254.

contratantes e seu desenvolvimento normal nos moldes de efetivação das vontades inicialmente acertadas.

Como já referenciado, o contrato é fonte de obrigação e que gera vínculos jurídicos entre as partes e, pela função social, atingindo *a posteriori*, a sociedade.

Nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, verifica-se a obrigação como elo entre os sujeitos de direito e sua repercussão social.

A palavra obrigação tem para nós, agora, um sentido técnico e restrito, que se cultiva desde as origens da especialização jurídica, guardado nos tratados e conservado nas legislações. Não alude o Código a deveres outros, ainda que juridicamente exigíveis. Tendo em vista uma ocupação própria e específica, devendo o hermeneuta reportar-se, mais do que em outros setores, ao Direito Romano. Quando, pois cogitamos de definir aqui obrigação, é este o propósito que nos anima. E ao desenvolvermos a sua dogmática não nos podemos esquecer daquela observação de Saleilles, a propósito desta parte do projeto de Código Civil alemão, e que sempre calha bem em qualquer obra sobre o assunto: de todo o Direito Civil são as obrigações que maior cunho guardam de elaboração científica, e maior expressão ideal da lógica jurídica apresentam no direito moderno, prestando maior fidelidade ao Direito romano, pois o direito obrigacional em decorrência de seu caráter especulativo, a obra prima da legislação romana. O recurso à etimologia é bom subsídio: obrigação, do latim ob + ligatio, contém uma idéia de vinculação, de liame 3 de cerceamento da liberdade de ação em benefício de pessoa determinada ou determinável. Sem cogitar, por exemplo, de sua fonte ou de sua causa genitrix, vislumbramos na obrigação uma norma de submissão, que tanto pode ser autodeterminada, quando é o próprio agente que escolhe dada conduta, como pode provir de uma hetero determinação, quando o agente a sofre em consequência ou como efeito de uma norma que a dita. Num ou noutro caso, uma pessoa denominada sujeito passivo ou devedor, está adstrita uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa que se diz sujeito ativo ou credor, a qual adquire a faculdade de exigir o seu cumprimento.<sup>345</sup>

O cumprimento da obrigação pactuada nem sempre está se referindo ao pagamento em espécie pela parte devedora, mas sim deve ser entendido como cumprimento de obrigações pactuadas: fazer, não fazer, entregar coisa, quitar e, guardar são exemplos de cumprimento obrigacional.

Pagamento é, tecnicamente falando, uma expressão ambígua. Em Sentido estrito, refere-se ao cumprimento de obrigação pecuniária. Nele, pagamento é a entrega ao sujeito ativo de dinheiro, com preciso objetivo de ser cumprida (adimplida) a obrigação existente

---

<sup>345</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.3-4.

entre ele e o sujeito passivo. Na linguagem cotidiana, normalmente se emprega a palavra apenas nesta acepção. Em sentido largo, pagamento significa o cumprimento de obrigação de qualquer modalidade. Aqui, não se restringe ao adimplemento de obrigação pecuniária, mas ao dar, fazer ou não fazer a que corresponde a expressão.<sup>346</sup>

Complementa o entendimento Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho exemplificando que a palavra “pagamento” não se refere apenas à quitação financeira, mas também à quitação de qualquer avença que inicialmente foi convencionada.

Por isso, o termo pagamento, diferentemente do que a linguagem comum nos sugere, não apenas a entrega de uma soma em dinheiro, mas poderá também traduzir, em sentido mais amplo, o cumprimento voluntário de qualquer espécie de obrigação. Assim, nesse sentido, paga não apenas aquele que entrega a quantia em dinheiro (obrigação de dar), mas também o indivíduo que realiza uma atividade (obrigação de fazer) ou simplesmente, se abstém de um determinado comportamento (obrigação de não fazer).<sup>347</sup>

Evidentemente, o caminho a ser trilhado pelos sujeitos contratuais é, de um lado, a obrigação e, do outro, o seu cumprimento. Temporariamente se pactuou determinado fim que chegará a um resultado esperado, ou seja, a satisfação de ambas as partes.

O desfecho natural da obrigação é o seu cumprimento. De sua própria noção conceitual, como vínculo jurídico atando temporariamente os dois sujeitos, decorre a existência de uma operação inversa, pela qual os vinculados se desatam. A isto se dá o nome de ‘solutio’, vocábulo que herdamos – solução- e nos dá a ideia de estar o vínculo desfeito e o credor satisfeito. Paralelamente se emprega, com o mesmo sentido que ato liberatório, e com muito maior frequência, a palavra pagamento, que no rigor da técnica jurídica significa o cumprimento voluntário da obrigação, seja quando o próprio devedor lhe toma a iniciativa, seja quando atende à solicitação do credor, sede que não o faça compelido.<sup>348</sup>

Diante disso, é possível afirmar que o pagamento é o adimplemento voluntário de determinada obrigação inicialmente acordada na forma e no tempo do

---

<sup>346</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.104.

<sup>347</sup> GAGLIANO, Paulo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.107.

<sup>348</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.167.

contrato. É o momento oportuno que o devedor possui para adimplir com a sua obrigação. E, assim, satisfazer a vontade do credor e encerrando-se, ou, como citado, desatando-se os “laços” entre as partes envolvidas.

Esse seria o desenvolvimento racional e esperado no decurso contratual, o que, invariavelmente, não ocorre desta maneira.

Se o adimplemento é o sucesso que se espera na relação contratual, o inadimplemento é algo que se abomina. O inadimplemento seria o “outro lado da moeda” do adimplemento. Sendo assim, o inadimplemento seria a não satisfação do devedor na relação contratual. E, isso acontecendo, não se finda a relação ora pactuada. Oportunamente, Caio Mário da Silva Pereira define com clareza o inadimplemento, em todas as suas formas.

Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certo ou incerto, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu cumprimento, tal como se constitui seu objeto, o que envolve o poder do credor, a que o devedor se submete pela própria força do ‘iuris vinculum’. Quando se impossibilita a prestação, duas hipóteses podem ocorrer: ou a impossibilidade é imputável ao sujeito passivo, e resulta pura e simplesmente a extinção da obrigação sem outras consequências; ou o devedor é responsável pelo não cumprimento, e então cabe ao credor exercer sobre o patrimônio do devedor o poder de suprir a ausência da prestação direta ou indiretamente.<sup>349</sup>

Fábio Ulhoa Coelho exemplifica que o inadimplemento é uma obrigação não cumprida ao tempo pactuado, podendo ser ela voluntária ou involuntária.

O inadimplemento verifica-se sempre que a obrigação não é cumprida no vencimento. Ele é também referido pela expressão inexecução e pode ser voluntária (decorrente da vontade do sujeito da obrigação) ou involuntária (causado por fatos estranhos a esta vontade).<sup>350</sup>

Importante ressaltar que o Código Civil traz no Artigo 389 e 395 a mora do devedor. Resumidamente, os dispositivos trazem a possibilidade de o credor receber do devedor perdas e danos, adicionados a este, atualização monetária legal e a possibilidade de recebimento dos prejuízos que a mora deu causa.

---

<sup>349</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Ibidem*, 2007, p.323.

<sup>350</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.167.

Já o parágrafo único do Artigo 395 do Código Civil traz a possibilidade do credor, pela mora do devedor, não querer mais receber pela inutilidade e exigir a satisfação pelas perdas e danos que sofreu.

Os referidos dispositivos contemplam o inadimplemento absoluto e relativo das obrigações pactuadas. No primeiro, o adimplemento não é mais possível ser cumprida pelo devedor e, por este motivo, a obrigação será resolvida em perdas e danos com os acréscimos que a lei permite. Já o inadimplemento relativo, ao devedor, além de ter de honrar com a avença combinada, serão acrescidos juros e correções monetárias.

O inadimplemento absoluto acontece quando há um retardo no cumprimento da obrigação e, pelo fato de o devedor ter atrasado, o credor não mais tem interesse do recebimento, tornando-se inútil, podendo ele rejeitar e, ainda, exigir o pagamento de perdas e danos pelo ocorrido.

A consequência do inadimplemento da obrigação é, assim, o dever de reparar o prejuízo. De modo que, se a prestação não foi cumprida, nem puder sê-lo, proveitosamente, para o credor, apura-se qual o dano que este experimentou, impondo-se ao inadimplente o dever de indenizá-lo.<sup>351</sup>

Judith Martins-Costa, ao interpretar o parágrafo único do Artigo 395 do Código Civil, destaca que a mora, no lapso temporal, pode se transformar em inadimplemento absoluto, resolvendo-se o contrato não pela mora, mas pela conversão da mora em inadimplemento absoluto.

Contudo, se a prestação se tornar inútil ao credor, a mora se transformará em inadimplemento definitivo (absoluto), possibilitando a resolução do contrato, sempre com o pagamento de perdas e danos. A resolução, porém, não é efeito da mora, mas do inadimplemento definitivo; portanto, para acionar a ação resolutória não basta a mora: requer-se a sua transformação em inadimplemento definitivo, mais o exercício do poder formativo de resolver<sup>352</sup>

Vale dizer que o inadimplemento difere da mora, vez que na mora o credor ainda quer o cumprimento da obrigação pela vontade de ver a satisfeita o acordo

---

<sup>351</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.235.

<sup>352</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.352.

inicialmente pactuado. Acrescida, evidente, de juros e atualizações monetárias devido ao atraso do adimplemento da data previamente convencionada.

A mora produz dois efeitos principais: de um lado, obriga o devedor a responder pelos prejuízos causados (art. 395) mais as obrigações acessórias no mesmo texto consignadas (juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado).<sup>353</sup>

Pode-se entender então que o inadimplemento é a falta de cumprimento da obrigação assumida pela parte dentro do prazo combinado, ou, mesmo tendo cumprido, não realizou da forma inicialmente combinada.

Ressalta-se, porém, que o inadimplemento da obrigação contratual pode residir quando o devedor deixa de cumprir com a sua obrigação de maneira voluntária (culposo) como também, deixa de cumprir por motivos alheios a sua vontade (caso fortuito ou força maior).

De tal forma, dada a sua dinâmica essencial, a relação obrigacional obedece a um ciclo que encerra com a sua extinção, que se dá, geralmente, por meio do pagamento.

Entretanto, pode ocorrer que a obrigação não seja cumprida, em razão de atuação culposa ou de fato não imputável ao devedor.

Se o descumprimento decorreu de desídia, negligência ou, mais gravemente, por dolo do devedor, estaremos diante de uma situação de inadimplemento culposo da obrigação, que determinará o conseqüente dever de indenizar a parte prejudicada.

Por outro lado, se a inexecução obrigacional decorreu de fato não imputável ao devedor, enquadrável na categoria de caso fortuito ou força maior, configurar-se-á o inadimplemento fortuito da obrigação, sem conseqüências indenizatórias para qualquer das partes.<sup>354</sup>

Embora de grande importância o estudo da conduta do agente e as análises de caso fortuito e força maior, restringem-se os estudos somente ao inadimplemento contratual como forma de esclarecimentos sobre o estudo da teoria do adimplemento substancial do contrato.

Como menciona Maria Helena Diniz, o inadimplemento é a regra esperada nos contratos, sendo o inadimplemento a sua exceção, tornando-se como uma patologia no sistema contratual.

---

<sup>353</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Idem, p.351.

<sup>354</sup> GAGLIANO, Paulo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.265.

O adimplemento da obrigação é a regra, e o inadimplemento, a exceção, por ser uma patologia no direito obrigacional, que representa um rompimento da harmonia social, capaz de provocar a reação do credor [...]. Ter-se-á o adimplemento da obrigação quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntaria ou involuntariamente.<sup>355</sup>

As obrigações que as partes assumiram nos termos contratuais, em regra, devem ser respeitadas em obediência a presunção que o contrato faz lei entre as partes. Ademais, o compromisso assumido entre as partes também atinge hoje a função social do contrato e, por isso, deve ser cumprido em respeito à economia e ao controle efetivo do bem social.

Os pactos devem ser cumpridos. Se a palavra empenhada na sociedade deve ser cumprida sob o prisma moral, a palavra inserida em um negócio jurídico deve ser cumprida sob o prisma da paz social e credibilidade do Estado. [...] Entretanto, o descumprimento de uma obrigação (e como descumprimento englobamos todas as formas de mau cumprimento, inadimplemento) gera uma verdadeira crise na avença, no contrato, que o direito procura resolver da melhor maneira possível.<sup>356</sup>

Em resumo, as obrigações são entrelaçadas pelas partes e se desatam no momento do adimplemento, extinguindo e finalizando o pacto inicial. Entretanto, quando existir a figura do inadimplemento, quer por culpa do devedor, quer por algum fato externo que obstou o adimplemento, nasce para o credor a possibilidade de ressarcimento, dentro dos parâmetros aqui delimitados.

Partindo então do pressuposto que houve um contrato e que o devedor não honrou com a avença, desenvolvem-se a partir disso os estudos da teoria do adimplemento substancial do contrato.

O Código Civil vigente não apresenta a teoria do adimplemento substancial de maneira expressa. Essa teoria foi desenvolvida pela doutrina e a jurisprudência que se apoia nos princípios da boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A doutrina e a jurisprudência definem que a teoria do adimplemento substancial é aplicada quando se analisa a essência da obrigação pactuada em análise daquilo que o devedor já cumpriu em detrimento do que deixou de cumprir.

---

<sup>355</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.218.

<sup>356</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato*. São Paulo: Atlas, 2011, p.311-312.

Contrato – Rescisão e reintegração de posse – Teoria do adimplemento substancial. A teoria do adimplemento substancial, que tem lastro, especialmente, no princípio da boa-fé objetiva, visa a limitar o exercício de direitos subjetivos, interferindo na amplitude e no alcance dos deveres contratuais. Com base nela, afasta-se a recusa da prestação que signifique um puro arbítrio ou capricho, aproximando-se a situação ao abuso de direito. Sua aplicação apenas se justifica, porém, no caso em que se vislumbra solvabilidade da parte devedora, pois não seria legal nem justo que se impusesse ao credor a subsistência do contrato sem que tivesse chance de receber o crédito restante, o que resultaria enriquecimento do devedor às suas custas. Ação procedente. Recurso da autora provido. Recurso da ré improvido.<sup>357</sup>

Se, da análise, a inadimplência do devedor foi superficial e mesmo o pagamento sendo parcial, mas que os anseios do credor foram atendidos, revelando-se assim ínfimo a parte não adimplida, possibilita-se nesta análise o uso da referida teoria.

Pela interpretação do artigo 475<sup>358</sup> do Código Civil, a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial pelo fato de possibilitar a resolução do contrato em caso de inadimplemento, contudo, não está definido qual seria o modo de inadimplemento que o instituto autoriza a resolução.

Entretanto, a boa-fé objetiva limita o direito da resolução contratual quando se verifica a abusividade da parte que desejar a finalização do contrato através dos termos resolutórios, já que a resolução seria por uma parte ínfima não cumprida, gerando assim um desbalanceamento da função contratual.

De outra parte, o Artigo 395 já mencionado estabelece a possibilidade do credor receber perdas e danos ao invés da conclusão dos valores pendentes.

Nesse paralelo, o Conselho Federal de Justiça editou enunciado nº 361<sup>359</sup> e nº 371<sup>360</sup> que reforça a ideia da teoria do adimplemento substancial nas esferas jurídicas e da perpetuação do contrato com apelo da função social do contrato e a

---

<sup>357</sup> TJ-SP - APL: 00314784220078260564 SP 0031478-42.2007.8.26.0564, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 27/04/2015, 15ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 04/05/2015.

<sup>358</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>359</sup> Enunciado 361 do Conselho Federal de Justiça, IV Jornada de Direito Civil, dias 25 a 27 de Outubro de 2006: Arts. 421, 422 e 475. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

<sup>360</sup> Enunciado 371 do Conselho Federal de Justiça, IV Jornada de Direito Civil, dias 25 a 27 de Outubro de 2006: A mora do segurado; sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.

boa-fé objetiva.

A análise central do adimplemento substancial reside na tratativa de comparações entre a parte que já foi adimplido com a parte não quitada.

Desta análise, se a conclusão for que o grau de cumprimento é superior ao não cumprido e, neste, sendo residual, pode-se evitar a resolução contratual por ofensa a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Diante disso, o efeito seria o afastamento da resolução contratual por ter atingido a função social e a declaração de exoneração da dívida pendente pelo devedor para resguardar a forma contratual, como também o direito do credor em exigir o cumprimento residual por vias ordinárias.

Como exemplo de exoneração de dívida, segue abaixo decisão do Superior Tribunal de Justiça que analisou agravo de recurso especial e obrigou o Sistema Financeiro de Habitação a abster-se da cobrança residual sobre o bem inicialmente hipotecado pelo fato que o mutuário cumpriu com as duas condições para a liquidação de 100% da dívida conforme estabelece a Lei n. 10.150/2000, qual seja, que o contrato tenha sido celebrado antes de 31.12.1987 e que possua cláusula de cobertura do FCVS.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO COM COBERTURA PELO FCVS. LEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO. LEI Nº 10.150/2000. NOVAÇÃO ENTRE A ENTIDADE FINANCEIRA E A UNIÃO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. Este Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de que o cessionário é parte legítima para pleitear em juízo a revisão e a quitação do mútuo habitacional, ainda que não tenha havido anuência da instituição financeira, pois a cessão, no caso, ocorreu antes de 25/10/1996. 2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há somente dois requisitos legais para a liquidação antecipada do contrato de mútuo, com desconto integral do saldo devedor, quais sejam, a previsão de cobertura do débito remanescente pelo FCVS e a celebração do pacto antes de 31/12/1987. Ambos foram atendidos na espécie. 3. Reiterada jurisprudência deste Sodalício assevera que a Súmula 83/STJ é aplicável também nos casos em que o recurso especial está amparado na alínea a do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>361</sup>

Vale ressaltar que, embora seja ínfima a parte não adimplida pelo devedor,

---

<sup>361</sup> STJ - AgRg no REsp: 1406861 RS 2013/0322013-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/05/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2014.

não é possível utilizar a teoria do adimplemento substancial quando houver a perda do interesse do credor, como se observa do artigo 395 do código civil que menciona a mora por parte do devedor se torna inútil para o credor e, ocorrendo isso, o credor poderá rejeitar a aplicação da teoria, e que o devedor o satisfaça através de perdas e danos.

Diariamente a teoria do adimplemento substancial se solidifica no direito pátrio pelo fato de sua argumentação possuir elementos de significativa importância.

No julgado a seguir, o judiciário paulista reconheceu o adimplemento substancial a partir dos princípios da boa-fé, da função social alinhado ao princípio da dignidade da pessoa humana e da justa operação mercadológica; contudo, não reconhece que a parte inadimplida seja considerada quitada, valendo-se o credor das vias ordinárias de cobrança para satisfação desta parte.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. BOA-FÉ OBJETIVA. Se é ínfimo o inadimplemento da devedora que equivale ao quase cumprimento contratual, é preferível a manutenção do contrato, remetendo-se o credor às vias ordinárias de cobrança, em adoção à teoria do adimplemento substancial. Sentença mantida. Recurso desprovido.<sup>362</sup>

Para ser possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial, necessário identificar o que a jurisprudência está entendendo como algo ínfimo e de pouca importância para o credor.

Diante disso, as jurisprudências determinam que, para ser possível o uso da teoria do adimplemento substancial, o percentual mais adequado seria que já houvesse adimplido algo superior a noventa por cento da dívida total. E, a partir disso, caberia a análise caso a caso.

Por outro lado, não atingindo esses patamares, não é possível a aplicação da teoria, vindo a sucumbir o contrato inicial.

Para tanto, a Jurisprudência Paulista vem entendendo que só se torna possível o adimplemento substancial quando os índices de adimplemento superem noventa por cento da obrigação.

#### RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE

---

<sup>362</sup> TJ-SP - APL: 10014157020168260218 SP 1001415-70.2016.8.26.0218, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 06/04/2017, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/04/2017.

POSSE. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. Insurgência contra sentença de improcedência. Sentença mantida. Tendo sido efetuado o pagamento de mais de 90% das parcelas do preço, inviável a rescisão contratual por falta de pagamento. Aplicação da teoria do adimplemento substancial. Recurso desprovido.<sup>363</sup>

Embora se mencionou que a Jurisprudência Paulista tem entendido que o adimplemento substancial propõe um percentual de noventa por cento, o Tribunal Gaúcho tem entendido que dada ao volume de parcelas e o percentual aplicado, oitenta por cento do montante já caracterizaria o adimplemento substancial.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL CARACTERIZADO. Considerando que o devedor quitou mais de 80% das prestações contratadas, resta caracterizado o adimplemento substancial do contrato. Entendimento assente do STJ e desta Corte. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70068823186, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Julgado em 25/08/2016).<sup>364</sup>

Já o Tribunal do Distrito Federal entende que o percentual de setenta e cinco por cento já satisfaz o interesse do credor e ampara a teoria do adimplemento substancial.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. 1. Se a ação de busca e apreensão foi manejada quando o comprador já havia honrado com 85% do valor do contrato de alienação fiduciária de veículo, é apropriado aplicar-se a teoria do adimplemento substancial, em face da desproporcionalidade de medida de tamanho rigor diante da fase adiantada de cumprimento contratual. 2. Recurso conhecido e desprovido.<sup>365</sup>

Embora expressiva Jurisprudência que vem admitindo a teoria do adimplemento substancial, apresenta-se a seguir julgados dos Tribunais que não admitiram a aplicabilidade da referida teoria por não ter atingido o percentual capaz

<sup>363</sup> TJ-SP - APL: 10060481720158260071 SP 1006048-17.2015.8.26.0071, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 08/03/2017, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/03/2017.

<sup>364</sup> TJ-RS - AC: 70068823186 RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Data de Julgamento: 25/08/2016, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2016.

<sup>365</sup> TJ-DF 20160310027812 0002724-40.2016.8.07.0003, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 20/07/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/07/2016 . Pág.: 253/270.

de criar o entendimento dos julgadores que o credor já havia satisfeito o seu crédito, mesmo que parcialmente.

O julgado a seguir do Tribunal Paulista que não reconheceu o pedido do réu sobre o adimplemento substancial, vez que, embora adimplido parte, o percentual estava aquém da satisfação do autor, ainda, que a teoria do adimplemento substancial sobre alienação fiduciária possui regramento específico.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MEDIDA LIMINAR. PLEITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. INADMISSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. A invocação da teoria do adimplemento substancial, cujo acolhimento encontra acolhida na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, não encontra razão de ser na hipótese em exame, diante da constatação de que o réu cumpriu o equivalente a 80,6% do contrato, o que se revela insuficiente para identificar o benefício ao demandado. Se isso não bastasse, deve-se observar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça passou a adotar a orientação de que é incompatível, no âmbito da alienação fiduciária, que tem regramento específico, a aplicação da teoria do adimplemento substancial.<sup>366</sup>

A seguir, o julgado do Tribunal do Distrito Federal que entendeu não ter havido naquele caso o pagamento que ampare a tese do adimplemento substancial do contrato. O percentual adimplido pelo devedor neste caso foi de 90% do total da dívida.

Ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente. Adimplemento substancial. 1 - A teoria do adimplemento substancial tem lugar quando o devedor cumpre parte substancial da obrigação assumida. 2 - Ainda que pague 43 das 48 parcelas, não há cumprimento de parte substancial da obrigação. Não se aplica a teoria do adimplemento substancial. 3 - Agravo provido.<sup>367</sup>

O julgado do Tribunal Gaúcho não reconheceu o adimplemento substancial pelo fato que o devedor tinha adimplido apenas setenta por cento das obrigações inicialmente contratadas.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E

<sup>366</sup> TJ-SP - APL: 20687104820178260000 SP 2068710-48.2017.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 09/05/2017, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2017.

<sup>367</sup> TJ-DF 20160020388053 0041228-27.2016.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 30/11/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/12/2016 . Pág.: 624/665.

APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL  
 CARACTERIZADO. Considerando que o devedor quitou mais de 70% das prestações contratadas, resta caracterizado o adimplemento substancial do contrato no caso concreto. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069710630, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Julgado em 25/08/2016).<sup>368</sup>

Na mesma análise, o Tribunal Mineiro não aceitou a tese apresentada pelo devedor que, embora tendo comprovado que oitenta por cento das parcelas inicialmente pactuadas estavam cumpridas, informa que houve pagamento de outras mais, tendo extraviado os referidos boletos pagos, o que, seria prova dele e não da instituição credora.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA - RESTITUIÇÃO DOS VALORES JÁ PAGOS - IMPOSSIBILIDADE. - O apelante alega que pagou 80% do valor financiado, porém tal isso não passa de meras alegações, já que em momento algum o apelante comprova que de fato quitou 80% do valor. - Nos moldes do art. 333, CPC cabe ao réu, provar a quitação das parcelas, o que não foi feito em momento algum. - No tocante ao pedido de restituição dos valores já pagos, também não é possível acolher tal pretensão, já que a parte apelante não comprovou quais parcelas já foram pagas.<sup>369</sup>

A seguir, julgado proferido pelo Tribunal da Paraíba que também não aceitou o pedido do devedor na comprovação de setenta por cento das parcelas adimplidas, suscitar a teoria do adimplemento substancial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. Consoante jurisprudência consolidada no âmbito das nossas Cortes de Justiça, para o acolhimento do adimplemento substancial devem-se estar adimplidas mais de 80% das parcelas contratadas. No caso concreto, verificou-se o adimplemento de apenas 70% das parcelas, assim sendo, não caracterizando o adimplemento substancial. Recurso conhecido e desprovido à unanimidade.<sup>370</sup>

<sup>368</sup> TJ-RS - AC: 70069710630 RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Data de Julgamento: 25/08/2016, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2016.

<sup>369</sup> TJ-MG - AC: 10151130033351001 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 06/10/2016, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2016.

<sup>370</sup> TJ-PA - AI: 00093620620168140000 BELÉM, Relator: EZILDA PASTANA MUTRAN, Data de Julgamento: 03/10/2016, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 06/10/2016.

Como visto, os Tribunais admitem a tese da teoria do adimplemento substancial do contrato, desde que a parte adimplida se torne ínfima no conjunto total da dívida pactuada, contudo, reconhecido pelo judiciário, não afasta a possibilidade do credor em procurar as vias ordinárias para satisfazer seu crédito pendente, mesmo que ínfimo.

Oportuno agora trazer o estudo sobre o adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar em julgado passado (02/04/2001) entendeu ser possível a aplicação da teoria nos contratos de alienação fiduciária conforme colacionado abaixo.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.<sup>371</sup>

Contudo, a 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça em recente julgado (16/03/2017) pacificou entendimento sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação de bens móveis por possuir disciplina especial nos termos do Decreto-Lei nº911/69. Esta foi a decisão do relator Ministro Sr. Marco Buzzi no julgamento do Resp de nº 1.622.555/MG que ora se colaciona apenas a parte que estabelece esse novo entendimento Jurisprudencial.

[...] 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que

---

<sup>371</sup> STJ - REsp: 272739 MG 2000/0082405-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.04.2001 p. 299 JBCC vol. 200 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 398.

pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. [...] 4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). [...] 4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas, mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido.<sup>372</sup>

O Superior Tribunal, após a análise do Resp de nº 1.622.555/MG, entendeu não ser correta a aplicação do adimplemento substancial sobre bem em fidúcia por existir regramento próprio.

Entendeu também que a busca e apreensão requerida sobre o bem em fidúcia não tem o objetivo de retirar o bem do devedor com o objetivo de não mais devolver, mas sim forçá-lo ao pagamento das parcelas vencidas, mesmo que ínfimas, sendo este o correto e justo a ser feito nestes casos, não sendo imputado ao credor a necessidade de buscar outras vias judiciais para o recebimento das avenças não quitadas, sendo justa o amparo nestes modos e a garantia do desenvolvimento econômico, já que utilizar o adimplemento substancial nestes modelos de contratos comprometeria o Sistema Econômico Nacional.

Como se verificou, o Superior Tribunal de Justiça possuía opiniões distintas

---

<sup>372</sup> STJ - REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017.

nas turmas recursais no tocante ao adimplemento substancial do contrato sobre bens alienados em fidúcia. Hoje, pacificou seu entendimento após recente decisão prolatada pela casa.

Apesar da Jurisprudência Nacional admitir a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial quando não se efetivou toda a obrigação contratual, notou-se também que há distorções de percentuais aplicados por cada Tribunal, devido, talvez, à região e ao entendimento de cada julgador.

O que se extrai é o critério adotado em todos os julgados baseados nas evidências econômicas e seus reflexos sociais do contrato.

O fundamento principal da aplicação da teoria ora estudada é o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé e da função social do contrato. Princípios estes regentes hoje nas funções contratuais.

Após os estudos do adimplemento substancial, da possibilidade de uso, bem como das restrições apontadas pelos julgados colacionados, critica-se o uso da técnica puramente econômica de alguns Tribunais, que determinam a aplicação (ou não) da teoria do adimplemento substancial sobre fração ínfima adimplida em detrimento ao total que deveria ter cumprido e, por causas alheia a sua vontade, restou não cumprido.

Ressalta-se também que o uso indiscriminado da aplicação da teoria ora estudada descompassaria o instituto, criando assim insegurança jurídica pelo fato de se estabelecer um entendimento que não se torna necessário adimplir o contrato na sua integralidade.

A teoria do adimplemento substancial deverá ser usada na análise do caso concreto, aferindo o conjunto probatório, o motivo do inadimplemento do devedor e sobrepesando a função social do contrato e a boa-fé dos contraentes. A análise da satisfação do credor é de crucial importância em atenção à impossibilidade do pagamento ínfimo ainda a ser cumprido pelo devedor, gerando assim a satisfação de ambos e a perpetuação do contrato primitivo.

De tudo que foi estudado no que tange à aplicação da teoria do adimplemento substancial decorre da norma Constitucional em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e a função do contrato.

Os Tribunais, apoiados no apelo Constitucional e na análise casuística para deferir o uso da teoria, a exemplo, seria justo e digno determinado Tribunal reconhecer a possibilidade do credor resgatar determinado bem deixado em garantia

para satisfazer um direito ínfimo de crédito em detrimento de deixar, por vezes, o devedor sem o veículo para o trabalho comprometendo o sustento da família, ou a retomada de determinado bem móvel e deixando família sem um lar para morar, são estas as premissas necessárias que os julgadores deverão de ter para a aplicação da teoria em detrimento ao pacto firmado.

## CONCLUSÃO

A evolução dos contratos firmados desde o século XIX até os dias atuais sofreu abrupta transformação, revelada não só nas alterações sociais, mas também nas alterações legais. Tais positivamente consubstanciaram na mitigação da autonomia da vontade em detrimento à dignidade da pessoa humana e à segurança jurídica. A liberdade de contratar individual para o resguardo da sociedade extrapola as fronteiras do contrato.

Das análises do presente trabalho, que visou expor as modificações da autonomia da vontade em detrimento à função social do contrato, à intervenção do Estado, à boa-fé objetiva e ao crescente entendimento jurisprudencial sobre o adimplemento substancial do contrato, revelou que, embora houvesse restrições dos direitos subjetivos dos contratantes, restou preservado dentro da ótica de justiça e pacificação social.

O contrato no modelo primitivo liberalismo que entendia como um acordo de vontades entre as partes, fazendo valer como lei, deixa de existir com o surgimento das sociedades de massa, desdobramento do processo de industrialização que culminou no surgimento da intervenção estatal para a equalização dos conflitos sociais e o estreitamento das desigualdades entre eles.

A modernidade, a globalização, o aumento populacional e as diferenças sociais entre as classes resultaram na crise da teoria contratual clássica, culminando numa nova ótica de conceitos.

Destacam-se, dessa nova ótica, a autonomia privada que reconhece juridicamente o direito de realizar livremente seus negócios à luz dos preceitos normativos; a justiça contratual amparada na função social do contrato atuando como mecanismo legal, e o poder interventista nos contratos para equilibrar os interesses e evitar as desigualdades econômicas, privilegiando a relação contratual, principalmente pelos holofotes do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil, suas fontes de deveres e as limitações dos direitos explanados no trabalho.

Os elementos sociais, advindos pela Carta Constitucional e, posteriormente, no Código Civil, resultados da pós-revolução industrial, restaram por intensificar a aproximação do Estado na intervenção dos contratos, com o objetivo de garantir os anseios da coletividade e o reequilíbrio do descompasso social.

O Estado, como interventor na relação contratual, protetor das desigualdades entre as partes, proporcionou a inversão da ideologia do liberalismo, havendo a partir disso a preponderância do público em detrimento a vontade privada.

O princípio da liberdade, ora mitigado pelo sistema legal, não tem sua existência exteriorizada apenas e tão somente em direitos, mas também em deveres contratuais. E adiante, os princípios da função social, por meio da sua nova concepção, tem a obrigação de preservar a igualdade das partes, objetivando a colaboração entre os contratantes e a necessidade de desenvolvimento econômico e justiça distributiva.

Em razão dos efeitos dos pactos contratuais, nascem os deveres oriundos da boa-fé objetiva que tem como função proteger a confiança dos contratantes, e de que o contrato se desenvolverá de acordo com as cláusulas inicialmente estabelecidas.

A ofensa aos deveres anexos da boa-fé objetiva, fraudando a confiança do pacto firmado, pode ensejar a resolução contratual, como também a reparação financeira, a depender da análise fático-jurídico, a sua gravidade e a vontade dos contratantes em quererem manter-se ou não em contrato.

Os princípios jurídicos atualmente são reconhecidos como fontes de hermenêuticas supletivas que auxiliam na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais com o objetivo de regular comportamentos e impulsionando o desenvolvimento do direito.

A técnica que vem sendo utilizada pelo judiciário na possibilidade do adimplemento substancial do contrato, no sentido de veicularem as cláusulas gerais à casuística apresentada, propicia o ingresso de fatos fora do sistema jurídico, porém que podem ser introduzidos por meio da atuação jurisdicional, devendo ser analisadas as circunstâncias fáticas e os valores no caso concreto.

Com isso, e sem querer esgotar o tema proposto, procurou-se trazer o posicionamento jurisdicional sobre a análise do adimplemento substancial do contrato e as divergências sobre a proporcionalidade daquilo que já havia quitado em relação daquilo que ainda haveria ser pago, não se fez uma crítica sobre a impossibilidade do uso de percentual adimplido, mas sim uma justa análise caso-a-caso em detrimento da boa-fé e da função social do contrato.

Em conclusão final, a regra é que os contratos se desenvolvam e que se findem como esperado pelos contratantes e, caso haja interferências para o seu

regular trâmite, que se busque o justo equilíbrio entre as partes, equilíbrio este pautado na função social e no interesse econômico, fontes maiores do interesse de todos, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito, o abuso de direito, como também o desvio dos fins contratuais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Marcelo, Paulo Vicente e. *Direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Forense, 2011.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 83, Dialética, 2002.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- \_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*, 1ª Tuma, AgRg no REsp 838127/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/02/2009.
- \_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*, 3ª. Turma, AgRg no REsp nº 807.052/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/04/2006, p. DJ 15/05/2006.
- \_\_\_\_\_. *LEI No 8.955*, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil - contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, Eros B. M. *Da revisão dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil*. São Paulo: Método, 2007.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e outros. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na constituição de 1.988*. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil. Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

\_\_\_\_\_. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRER, W. M. H.; RIBEIRO, M. F. . *MANUAL DE METODOLOGIA DA PESQUISA JURÍDICA CIENTÍFICA: orientações quanto a elaboração e apresentação gráfica do projeto de pesquisa e da dissertação*. 2. ed. MARÍLIA: Arte & Ciência, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social do contrato a equivalência material no contexto negocial contemporâneo*. Publicado na revista italiana *Diritto & Diritti* (Qualis B4 - ISSN 1127-8579 - Direttore Francesco Brugaletta), em 30-12-2010, acesso: [www.diritto.it/docs/30839](http://www.diritto.it/docs/30839).

\_\_\_\_\_. *Principiologia contratual: dos princípios liberais ao estado social*. Disponível em: < [https://www.diritto.it/pdf\\_archive/28626.pdf](https://www.diritto.it/pdf_archive/28626.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>>.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 2, n. 1. Disponível em: <[http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara\\_Ferreira\\_Teoria\\_Critica\\_Negocio\\_Juridico.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negocio_Juridico.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Negócio jurídico e jurisdição arbitral: modulação da autonomia da vontade e da autonomia privada. In: *XI SIMPÓSIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E VII ENCONTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIMAR*, 2015, MARÍLIA. MESTRADO EM DIREITO. MARÍLIA: UNIMAR, 2015.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, Cesar. *Direito civil – curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Paulo Stolze. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de Direito Civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Salvador: Juspodivm, 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: contrato e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações: parte especial*. São Paulo, Saraiva, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do direito civil no século XXI*: Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário

Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LESSA, Célia. *O estado do bem-estar social na era da razão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 141, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil*. São Paulo: Revista de direito do consumidor. n.42, abril-junho, 2002.

\_\_\_\_\_. *Revista de direito do consumidor - 42*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-Junho, 2002.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais dos contratos*. São Paulo: Revista trimestral de direito civil. v.16, out-dez, 2003.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Teresa Ancona; Coordenador FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier latin, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das obrigações*

*contratuais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 4ª edição.

\_\_\_\_\_. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas*. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor: parecer. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.31, p. 134, jul./set. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). Disponível em:<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49203> Acesso em 20 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em:<<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>> Acesso em 20 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Reflexão sobre o princípio da função social dos contratos*. São Paulo: Revista direitoGV, vol.01, p.41. maio de 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo:

Saraiva, 2003.

MORAES, Ridendo Castigat. *O Mercador de Veneza – William Shakespeare*. São Paulo: EBookBrasil.com, 2000.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. São Paulo: Leud, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito do consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2010.

NALIN, Paulo Roberto, Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual. In: *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, coord. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Contratos; Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos; Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Instituições do Direito Civil. Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

REALE, Miguel. *A função social do contrato*. 2003. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 05 Jul.2017

\_\_\_\_\_. *O projeto do código civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Dos contrato em geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. E outros. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STF. *ADIn n. 2.591-DF*, voto do Ministro Joaquim Barbosa.

STJ - *AgRg no REsp: 1406861 RS 2013/0322013-6*, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/05/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2014.

\_\_\_\_\_. *AgRg no REsp: 807052 RS 2006/0002553-0*, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.05.2006.

\_\_\_\_\_. *Resp: 1202514-RS, 2010/0123990-7*, Relator: Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/06/2011, 3ª Turma de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2011

\_\_\_\_\_. *REsp: 1231373 MT 2010/0223606-0*, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2017

\_\_\_\_\_. *REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8*, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017.

\_\_\_\_\_. *REsp: 272739 MG 2000/0082405-4*, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.04.2001 p. 299 JBCC vol. 200 p. 126 RSTJ vol. 150.

\_\_\_\_\_. *REsp 1.325.862-PR*, 4ª Turma, j. 05-09-2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

\_\_\_\_\_. *REsp 330.261/SC (2001/0080819-0)*, DJ, 8-4-2002, p. 212, JBCC, 200/116, RSTJ, 154/350, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6-12-2001, 3ª Turma.

\_\_\_\_\_. *REsp 758.518/PR*, rel. ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

\_\_\_\_\_. *Súmula 308 do STJ*: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

\_\_\_\_\_. *Súmula nº 543 do STJ* - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo

promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Gen, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional na empresa*. São Paulo: Método, 2013.

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

\_\_\_\_\_. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf> Acesso 20 mai. 2017.

TJ-DF - APC: 20110111997900, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/05/2015.

\_\_\_\_\_. APC: 20130111132646 DF 0029456-69.2013.8.07.0001, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 21/01/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/02/2015.

\_\_\_\_\_. 20150510040786 0004048-93.2015.8.07.0005, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 05/04/2017, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/05/2017 .

\_\_\_\_\_. 20160020388053 0041228-27.2016.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 30/11/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/12/2016 .

\_\_\_\_\_. 20160110157796 0005247-31.2016.8.07.0001, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 24/05/2017, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/06/2017 .

\_\_\_\_\_. 20160310027812 0002724-40.2016.8.07.0003, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 20/07/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/07/2016 . Pág.: 253/270.

TJ-ES - APL: 00266401820138080024, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 15/12/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/01/2015

TJ-MG - AC: 10081120011861001 MG, Relator: Mariângela Meyer, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/08/2014

\_\_\_\_\_. AC: 10151130033351001 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 06/10/2016, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2016.

\_\_\_\_\_. Remessa Necessária-Cv: 10000170053953001 MG, Relator: Judimar Biber, Data de Julgamento: 02/05/0017, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/05/2017

TJ-PA - AI: 00093620620168140000 BELÉM, Relator: EZILDA PASTANA MUTRAN, Data de Julgamento: 03/10/2016, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 06/10/2016.

TJ-PR - 16ª C.Cível - AC - 1326730-0 - Guarapuava - Rel.: LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - Unânime - - J. 06.05.2015

\_\_\_\_\_. APL: 14679579 PR 1467957-9 (Acórdão), Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 08/02/2017, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1973 17/02/2017

\_\_\_\_\_. APL: 14992519 PR 1499251-9 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 04/08/2016, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1871 25/08/2016

TJ-RJ - APL: 01135034020138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 17 VARA CIVEL, Relator: SÔNIA DE FÁTIMA DIAS, Data de Julgamento: 20/07/2016, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 22/07/2016.

TJ-RS - AC: 70051721876 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 10/07/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/07/2014

\_\_\_\_\_. AC: 70055142103 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 01/08/2013, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/08/2013

\_\_\_\_\_. AC: 70056664618, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 24/10/2013.

\_\_\_\_\_. AC: 70059105403 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 29/05/2014, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2014

\_\_\_\_\_. AC: 70068823186 RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Data de Julgamento: 25/08/2016, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2016.

\_\_\_\_\_. AC: 70069710630 RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Data de Julgamento: 25/08/2016, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2016.

\_\_\_\_\_. AC: 70073763419 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 28/06/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/07/2017

\_\_\_\_\_. *Ap. Cív.* 70002976298, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 13-12-2001, 5.<sup>a</sup> Câmara Cível.

TJ-SP - *APL*: 20687104820178260000 SP 2068710-48.2017.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 09/05/2017, 31<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2017.

\_\_\_\_\_. *APL*: 00018310320118260001 SP 0001831-03.2011.8.26.0001, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 17/03/2017, 27<sup>a</sup> Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 17/03/2017

\_\_\_\_\_. *APL*: 00081344620128260438 SP 0008134-46.2012.8.26.0438, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 07/12/2016, 34<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

\_\_\_\_\_. *APL*: 00092395120128260505 SP 0009239-51.2012.8.26.0505, Relator: Augusto Rezende, Data de Julgamento: 10/11/2015, 1<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/11/2015.

\_\_\_\_\_. *APL*: 00110036620108260562 SP 0011003-66.2010.8.26.0562, Relator: Azuma Nishi, Data de Julgamento: 04/08/2016, 25<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2016

\_\_\_\_\_. *APL*: 00166980520108260011 SP 0016698-05.2010.8.26.0011, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 19/05/2016, 24<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/06/2016.

\_\_\_\_\_. *APL*: 00166980520108260011 SP 0016698-05.2010.8.26.0011, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 19/05/2016, 24<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/06/2016

\_\_\_\_\_. *APL: 00314784220078260564* SP 0031478-42.2007.8.26.0564, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 27/04/2015, 15ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 04/05/2015.

\_\_\_\_\_. *APL: 01571103920128260100* SP 0157110-39.2012.8.26.0100, Relator: Lino Machado, Data de Julgamento: 10/05/2017, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/05/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 10001732720168260008* SP 1000173-27.2016.8.26.0008, Relator: Tasso Duarte de Melo, Data de Julgamento: 13/06/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/06/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 10014157020168260218* SP 1001415-70.2016.8.26.0218, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 06/04/2017, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/04/2017.

\_\_\_\_\_. *APL: 10044685520138260609* SP 1004468-55.2013.8.26.0609, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 06/12/2016, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

\_\_\_\_\_. *APL: 10060481720158260071* SP 1006048-17.2015.8.26.0071, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 08/03/2017, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/03/2017.

\_\_\_\_\_. *APL: 10069524720168260606* SP 1006952-47.2016.8.26.0606, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 17/05/2017, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/05/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 10099297520158260564* SP 1009929-75.2015.8.26.0564, Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 29/11/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2016

\_\_\_\_\_. *APL: 10107948720148260482* SP 1010794-87.2014.8.26.0482, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 07/12/2016, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/12/2016

\_\_\_\_\_. *APL: 10138957220148260114* SP 1013895-72.2014.8.26.0114, Relator: Carmen Lucia da Silva, Data de Julgamento: 09/02/2017, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 10162765120158260071* SP 1016276-51.2015.8.26.0071, Relator: Jacob Valente, Data de Julgamento: 30/03/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 10333451220158260002* SP 1033345-12.2015.8.26.0002, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 09/12/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/12/2015

\_\_\_\_\_. *APL: 10796882920168260100* SP 1079688-29.2016.8.26.0100, Relator: Rômolo Russo, Data de Julgamento: 25/04/2017, 7ª Câmara de Direito Privado,

Data de Publicação: 25/04/2017

\_\_\_\_\_. *APL: 40046682920138260506* SP 4004668-29.2013.8.26.0506, Relator: Azuma Nishi, Data de Julgamento: 03/04/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 04/04/2017

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato*. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANA, Marco Aurélio. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEFFORT, Francisco Carlos. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese de doutorado. UFRGS. 2006.