

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 1

JUL / SET 2014

Doutrina Nacional / Gustavo Tepedino / Luiz Edson Fachin / Paulo Lôbo
/ Anderson Schreiber / Paulo Nalin / Rodrigo Toscano de Brito

Doutrina Estrangeira / Gerardo Villanacci

Jurisprudência Comentada / Marília Pedroso Xavier / William Soares
Pugliese

Pareceres / Judith Martins-Costa

Atualidades / Bruno Lewicki

Resenha / Carlos Nelson Konder

Vídeos e Áudios / Caio Mário da Silva Pereira

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS NO BRASIL: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA E APLICADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM VISTA DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS¹

**The binding force of contracts in Brazil: a contemporary vision applied in the light
of superior court of law's justice in view of social principles of contracts**

Paulo Nalin

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor pela Universität Basel (Universidade da Basileia-Suíça). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Integrante e Coordenador de Eixo do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico (UFPR/UERJ). Associado: Instituto de Direito Privado (IDP), Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Instituto de Direito Civil (IDC), Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro (IDCLB). Advogado e árbitro.

Resumo: O presente texto busca estabelecer um diálogo entre o clássico princípio contratual do *pacta sunt servanda* e os princípios sociais da moderna teoria dos contratos. Pretende responder em que medida e alcance pode se entender como obrigatório um contrato diante de princípios ou valores sociais como a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato e a boa-fé. Como critério de pesquisa, lançou-se mão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive para demonstrar como a Corte responde a tal diálogo e se dos seus julgados pode-se extrair uma linha jurisprudencial uniforme.

Palavras-chave: contrato; princípios contratuais; *pacta sunt servanda*; função social do contrato; dignidade da pessoa humana; boa-fé; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Abstract: This paper seeks to establish a dialogue between the classical contractual principle of *pacta sunt servanda* and social principles of the modern theory of contracts. Aims to answer to how the contract can bind the parties and to what extent and scope it

¹ O presente trabalho foi pensado e desenhado para operadores do direito do *common law*, contando com uma versão em inglês.

can be understood as mandatory before a contract principles or social values such as human dignity, the social function of the contract and good faith. As the search criteria, it employed the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça (STJ), including to demonstrate how the Court responds to this dialogue and if one can extract a uniform line of jurisprudence.

Key-words: contract; contractual principles; *pacta sunt servanda*; social function of the contract; human dignity; good faith; jurisprudence; Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Sumário: Introdução – 1. A força obrigatória dos contratos como princípio clássico e estruturante do sistema contratual brasileiro – 2. Os princípios sociais da Constituição de 1988 – 3. O impacto do Código de Defesa do Consumidor e a lógica contratual do final do séc. XX – 4. A força obrigatória e a sua relativização à luz do CC de 2002: ponto e contraponto – 5. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a obrigatoriedade dos contratos e os princípios sociais do Código Civil brasileiro – 6. Notas conclusivas.

Introdução

O presente trabalho é destinado ao conhecimento essencial e panorâmico do **princípio da força obrigatória dos contratos**, também conhecido como **princípio da intangibilidade dos contratos** e no ambiente do *civil law* europeu continental como *pacta sunt servanda*.

A análise será contextualizada no Brasil ao longo de aproximados 110 anos, entre o Século XX e início do corrente Século XXI. E apesar de o trabalho não ter uma proposta histórica, utilizar-se-á uma cronologia identificada com quatro marcos legislativos de substancial importância para a compreensão do versado princípio: o Código Civil de 1916 (CC-16), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR), o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) e o Código Civil de 2002 (CC-02), em vigor.

A opção por relacionar o desenvolvimento do princípio em questão a marcos legislativos contempla em si um paradoxo, qual seja, nenhum dos textos legais mencionados, notadamente aqueles de natureza essencial privada (CC-16, CDC e CC-02), estabilizou o princípio em suas bases estruturais, embora seja ele indispensável para a operacionalização do direito contratual brasileiro. Em outros termos, o direito infraconstitucional Brasileiro não regulamentou, na sua fonte positiva, o princípio da

força obrigatória dos contratos, sendo, portanto, princípio abstrato, embora isso não lhe subtraia força ou minimize a sua eficácia nas relações contratuais.

De outro giro, o *pacta sunt servanda* é corolário lógico da autonomia privada e da liberdade contratual, que também compõem a constelação principiológica brasileira, sendo a autonomia privada assentada no próprio texto constitucional (arts. 170, *caput*, CR²) e a liberdade contratual (na dicção da lei seria “a liberdade de contratar”) prevista pelo CC-02 (art. 421 CC-02). Também serão apresentadas algumas perspectivas elementares sobre tais princípios, já que constituem premissas ideológicas e dogmáticas sobre a obrigatoriedade dos contratos.

Após percorrer as sendas do Direito positivo e da doutrina brasileira mais refinada, será analisada a recepção do princípio na sua forma contemporânea pelo Superior Tribunal de Justiça, que por atribuição de competência constitucional oferece a última palavra sobre o tema, quando posto a julgamento.

1. A força obrigatória dos contratos como princípio clássico e estruturante do sistema contratual brasileiro

A força obrigatória dos contratos encontra nas premissas ideológicas da Revolução Francesa a sua base dogmática, já que o Código Civil Francês de 1804 (*Code*) incorporou liberdade, igualdade³ e solidariedade em sua estrutura. Por sua vez, servindo o *Code* de grande referencial teórico para a Modernidade contratual⁴, não poderia ele deixar de lançar luzes para todos os povos do cenário europeu-continental sob influência política, militar, econômica e cultural da França liberal.

Com efeito, o Brasil colonial recebeu as influências da onda liberal que emanavam da metrópole portuguesa que, não obstante uma inegável aliança britânica,

² 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:*

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

⁴ Entendo que a modernidade contractual iniciou com a Revolução Francesa, pois com ela consolidou-se a reputação com o modelo contractual do medievo, a qual o iluminismo-rationista tratou de modificar. Sob o ponto de vista estrutural, o contrato é o mesmo desde o *Code* (*acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos*). Com a pós-modernidade (que se inicia no espaço Europeu do entre Guerras) o contrato passa a ser observado não só a partir da sua estrutura, mas também em vista da sua função (*Vide*, sobre o tema, o nosso *O conceito pós-moderno de contrato: em busca da sua formulação da perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006).

especialmente ao longo do Séc. XIX, jamais se afastou das linhas jurídico-culturais francesas. Tanto é assim que precedeu ao Código Civil de Seabra (1867) a ideia de ser adotado, simplesmente, o próprio *Code*, em solo português⁵.

Não obstante a originalidade dos códigos civis do séc. XIX, dentre os quais o próprio Código Civil de Seabra e dentre todos, o mais notável, o Código Civil alemão (BGB), nenhum deles teve a capacidade de romper com a ideologia liberal que justificava a própria concepção de um modelo legal codificado, aos moldes do código civil francês. Paradoxalmente, a ideologia que subjaz da concepção de código, único e totalizante (uma síntese legal que se propõe a esgotar o fato social), é o reflexo do espírito liberal que contemporaneamente não mais se apresenta nos Estados que adotaram e segurem empregando o próprio modelo codificado, tal qual o Brasil.

Retomando a linha da formação do Direito Civil brasileiro, fruto de amplos estudos, sucessivas comissões e codificadores do Séc. XIX, vem a tona o Código Civil Brasileiro de 1916 (5/1/1916), por força do trabalho codificador de Clóvis Beviláqua que em 1899 foi contratado pela jovem República Brasileira para codificar o Direito Civil nacional.

Naturalmente, por se tratar de um Código Civil que encerrava o Séc. XIX, antes de ser um trampolim para o Séc. XX, acabou por reproduzir toda a carga ideológica liberal daquele século, nele se encontrando as premissas da igualdade e da liberdade, tal qual no *Code*.

Na corriqueira esteira do envelhecimento de todos os códigos, observa-se o fenômeno da descodificação e da recodificação do Direito Civil Brasileiro, culminando tal processo no Projeto de Código Civil de 1975, o qual acabou por ser promulgado em 10 de janeiro de 2002, com *vacatio legis* de doze meses. É nesse momento que nos encontramos na base infraconstitucional e cujo texto legal será o objeto central destas breves páginas.

Embora sejam legítimas e firmes as críticas que se levantaram contra a recodificação do Direito Civil brasileiro, ao menos por meio de um modelo do tipo francês, em verdade a orientação metodológica do CC-02 se baseia nas premissas da

⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005, t. 1, p. 123.

socialidade e da *concreção*, abrindo campo para a atividade construtiva da jurisprudência⁶, a justificar a metodologia aqui eleita.

Ademais, a proposta do codificador era a de substituir a concepção individualista do sujeito de direito pelo conceito de pessoa humana, além de compreender o CC-02 como *lei básica, mas não global*⁷ do Direito Privado brasileiro.

A rotação do atual CC-02 em favor da socialidade, da pessoa humana e do reconhecimento da sua condição de “lei básica, mas não geral”, traz consequência diretas para a reconstrução do princípio da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos, pois a vontade negocial, antes dogmática e intangível mesmo ao juiz que se submetia à vontade da partes, sede espaço à alteridade negocial e ao valor maior da pessoa humana: mitiga-se o papel da vontade negocial para ganhar em dimensão o valor da pessoa humana, na figura do contratante e dos seus interesses patrimonial e existencial. A relação obrigacional, nesta toada, passa a ser uma situação jurídica complexa⁸ (patrimonial e existencial) fundada na cooperação entre contratantes. Essa é a mensagem que nos é transmitida pela função social (art. 421⁹ CC-02) do contrato e pela boa-fé objetiva (arts. 113¹⁰ e 422¹¹ CC-02).

A questão central é saber em que medida o contrato ainda é obrigatório, em vista da reconfiguração da liberdade contratual e do seu princípio consequente, a força obrigatória do contrato, por conta desse novo modelo social do contrato brasileiro. E mais, do ponto de vista metodológico, o CC-02 inovou ao incorporar o Direito de Empresas em seu texto (arts. 966 a 1195) e por extensão os contrato então ditos comerciais (empresariais) também foram inseridos no novo código. Consequentemente, uma segunda provocação se apresenta: os contratos empresariais recebem do legislador

⁶ *Exposição de motivos do supervisor e da comissão revisora e elaboradora do código civil*, p. 29-30.

⁷ *Idem*, p. 27.

⁸ NALIN, Paulo; XAVIER, Marília Pedros; XAVIER, Luciana Pedroso. A obrigação como processo: releitura essencial trinta anos após. *Dialogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 299-322.

⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

¹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

brasileiro a mesma valoração que os contratos civis, de modo a serem eles interpretados, qualificados e integrados à luz de valores e princípios sociais, ou teriam eles uma lógica própria?

Todavia, antes de se investigar tais questões, e uma vez rapidamente percorrida a história da codificação civil brasileira, há de se concluir que a força obrigatória dos contratos figura como um dos princípios clássicos do Direito Brasileiro, ao lado do princípios do consensualismo e da relatividade dos efeitos do contrato, todas figuras decorrentes da liberdade contratual e antes dela, numa escala hierarquizada e abstrata de valores, da vontade dogmática e, por fim, da liberdade política enquanto direito subjetivo constitucional ou fundamental (art. 5, *caput*, CR¹²).

Na fonte do CC-16 não se localizava um artigo expresso de lei a consagrar a força obrigatória dos contratos, uma vez que a própria concepção de obrigação contratual ou de contrato com efeitos intangíveis era uma das bases essenciais daquele código. À luz das codificações civis do séc. XIX, dentre as quais a brasileira, liberdade de contratar significava o exercício da autonomia da vontade contratual para definir *quando, como e com quem* contratar e, por extensão, o direito de por fim ao contrato, na hipótese de inadimplemento e da verificação do termo final do negócio. Por consequência, exercitada livremente a vontade negocial, o contrato se tornava obrigatório, intangível às partes que poderiam, no entanto, modificá-lo somente por meio de um outro acordo, por meio de um renovado novo exercício de autonomia privada. O contrato poderia ser distratado bilateralmente, portanto, mais uma vez, emergindo a sua resolução da vontade contratual. Por consequência desse viés voluntarista, o juiz não poderia interferir na vontade negocial e nos efeitos jurídicos extraídos do querer das partes, a não ser se a vontade tivesse sido manifestada de modo viciado, sendo esta a gênese da teoria dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação).

Assim sendo, a intangibilidade contratual seguia uma linha dogmática e absoluta, por força da qual nem as partes, unilateralmente, nem o Estado (na figura do juiz), poderiam alterar os efeitos contratuais que vinham a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas patrimoniais: *pacta sunt servanda!*

Similar metodologia legislativa foi empregada pelo CC-02. Com efeito, atual Código Civil brasileiro não versa sobre a força obrigatória dos contratos de modo

¹² 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:

expresso, porque se espera que o contrato cumpra o seu papel sócio-econômico de circulação atributiva de riquezas em exercício de liberdade contratual. Portanto, o contrato (*rectius*, seu efeito) continua sendo obrigatório no Brasil, a despeito dos novos valores e princípios sociais que o submetem, com os quais se estabelece o diálogo entre o velho e o novo direito contratual.

Tais princípios assim denominados de sociais têm em vista a negociação pré-contratual, o fechamento do contrato e seu cumprimento de modo equânime, sendo esta a grande diretiva que apresenta a boa-fé contratual (CC art. 422). O contrato no Brasil deve ser um instrumento cooperativo e não de exploração e destruição da outra parte, em vista do seu cumprimento a qualquer preço. A boa-fé atua conjuntamente e não contrariamente ao cumprimento contratual, sendo esta uma mensagem desenvolvida inclusive no sistema do *common law*, tal qual observa R. SUMMERS: “[...] *good faith (among other things) helps to particularise its meaning and thus enforce what may be the unspecified ‘inner logic’ of the transaction or arrangement.*”¹³.

Brevemente, pode-se correlacionar a boa-fé brasileira com a teoria de FARNSWORTH, uma vez que este autor teoriza o princípio como um “[...] *standard that has honesty and fairness at its core and that is imposed on every party contract.*”¹⁴ Ou seja, a boa-fé como um standard ético contratual que impõe deveres de cooperação é a definição mais sintética possível para o princípio em tratamento, perspectiva esta compartilhada entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*.

A modificação apresentada pelo CC-02 em face do CC-16 está no reconhecimento de que o contrato poderá ter seus efeitos econômicos mitigados pelo juiz, perdendo a liberdade contratual o seu caráter dogmático e absoluto. Tal modificação operacionalizada pelo juiz ocorrerá por meio da revisão do preço ou por meio da resolução do contrato, por causa da excessiva onerosidade que atinge a prestação ou a base contratual. Retomando o quadro da boa-fé, ela também serve de fundamento para tais modificações da base econômica do contrato, pois somente será justo o contrato equânime.

¹³ SUMMERS, Robert S. The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account. In: ZIMMERMANN, Reinhard e WHITTAKER, Simon. *Good faith in european contract law*. Cambridge: Cambridge, 2000, p. 136.

¹⁴ FARNSWORTH, E. Allan. *Farnsworth on contracts*. Boston: Little, Brown and Company, 1990, v 2, p. 335.

Estruturalmente posto, o CC-02 trabalha somente com as exceções à força obrigatória dos contratos o que em si é um reconhecimento do princípio enquanto regra. É um princípio abstrato de caráter deontológico, portanto. Evidentemente que o juiz também poderá extinguir o contrato quando constatada a invalidade do negócio como um todo e não puder ser ele parcialmente preservado, mas tal aspecto foge da presente abordagem.

De modo transversal, e sempre em vista da atribuição do juiz, o contrato poderá ter seus efeitos modificados, quando nulo for o arranjo negocial e puder o juiz da causa modificar a sua natureza, no sentido de preservá-lo (art. 170 CC-02¹⁵), o que também vem a ser uma consequência da mitigação do princípio em análise, pois as partes obterão efeito diverso do pretendido, de certa forma compreendido como um ato de autonomia privada, contudo, do juiz. Trata-se, neste artigo de lei, da incorporação do princípio da conversão essencial do negócio jurídico ou do princípio da conservação dos negócios jurídicos, por força do qual será a discricionariedade do juiz que ditará os efeitos do contrato, que serão necessariamente diversos do contrato que se evitou invalidar.

Observe-se, entretanto, que se um lado o juiz brasileiro pode alterar os efeitos do contrato, com base em ruptura da sua base econômica e numa tentativa de preservar o contrato, mesmo que posto em outra roupagem negocial, sob outro viés a força obrigatória se mantém tal qual na sua remota origem clássica, ou seja, em relação aos contratantes, os quais não podem alterar o negócios contratual por vontade unilateral.

2. Os princípios sociais da Constituição Brasileira de 1988

Pouco sentido faria passar os olhos no CC-02 sem compreender a lógica da nova contratualística brasileira, fundada em valores sociais que dialogam com princípios da ordem econômica. A dinâmica que se apresenta ao debate tem como fundamento a Constituição da República de 1988¹⁶, a qual serve de fonte normativa ao Direito Privado nacional. Diversamente de outros modelos constitucionais que se destinam à regulação das políticas e das práticas do Estado, a Constituição brasileira também regula uma extensão fatia do Direito Privado brasileiro, dentre eles o direito

¹⁵ Art. 170. *Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.*

¹⁶ Sobre o tema o nosso *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 213-240.

proprietário, sucessório e contratual, embora o faça de modo principiológico. Por consequência, percorrer o diálogo normativo brasileiro civil-constitucional é um pressuposto para se entender a sistemática contratual brasileira.

Os movimentos econômicos, sociais e políticos que marcaram o Séc. XX¹⁷, sobretudo no cenário europeu, produziram forte impacto no Brasil, repercutindo no sistema legal interno.

Se fosse possível localizar em um ou dois eventos de complexas naturezas as mutações que provocaram a descodificação e a recodificação civil brasileira, arriscar-se-ia afirmar que a discreta mas sempre crescente presença da mão invisível do mercado e os extremos dos regimes de esquerda e direita produziram uma síntese social-política-econômica brasileira que festeja a superação do racionalismo absoluto¹⁸, compreendendo um homem relativo ao seu tempo e espaço, inserido em um contexto meta-individual, sem contudo desconsiderar a sua personalidade.

Talvez esse pequeno recorte opinativo traduza o sentido e o alcance que a vigente Constituição brasileira pretende com os arts. 1, III e IV, e 3, I e III, na sua base republicada:

I – Dos Princípios Fundamentais

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

III- a dignidade da pessoa humana;

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

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretation economica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, [sd], p 13-30.

¹⁸ A vontade dogmática é o símbolo acabado do racionalismo: a vontade determinante da vida do homem permite-lhe correr os próprios riscos.

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Uma vez adotada a concepção de sistema jurídico e absolutamente superado qualquer espírito dicotômico entre o Direito Público e o Direito Privado, por força do qual a Constituição encontra papel central e unificador no diálogo das fontes jurídicas, compreende-se que o valor da sociabilidade constitucional implica a função social do contrato e o princípio da dignidade da pessoa humana e, dentre outras consequência, a boa-fé contratual, na sua vertente objetiva, a qual impõe condutas contatuais conforme a boa-fé e de modo *probo*¹⁹.

A contratualidade privada passa a ter uma perspectiva que compartilha o sistema de livre iniciativa com valores sociais da justiça social e do pleno emprego, além do respeito à função social da propriedade (art. 170 CR). No campo dos contratos, o mesmo artigo constitucional enaltece que a ordem econômica está fundada na defesa do consumidor e na redução das desigualdades regionais e sociais.

Em síntese, encontra-se no Brasil um necessário diálogo entre a livre iniciativa de mercado e os valores sociais. Por consequência, sustentar posições radicais e extremas, seja em favor dos interesses do mercado, seja em favor dos anseios sociais, é iniciativa fadada ao fracasso, já que assim procedendo o intérprete terá uma visão parcial do complexo sistema jurídico nacional.

Para o presente trabalho importa destacar o grande esforço que o constituinte de 1998 teve em alinhar as forças sociais e de mercado, mesmo que o texto final da Constituição possa ser tecnicamente criticado pela sua assimetria legislativa e extensão exagerada. E apesar de um pleno equilíbrio entre os operadores de mercado ser um projeto ideológico do passado, soterrado desde a queda do Muro de Berlim, não escapa a um Estado Brasileiro que se autoproclama *Social de Direito* obrar no sentido de repersonalizar o Direito Privado e isto se faz através da mutação da função do contrato.

Assim sendo, não surpreende que o a Constituição de 1988 lance as bases para a proteção do consumidor, já que até 1988 não havia no Brasil qualquer tutela para o operador vulnerável do mercado. Até a edição do CDC, todos os contratos era interpretados à luz do CC-16, o que importava em julgamentos contaminados pelo princípio da igualdade formal dos contratantes e no exercício livre da vontade. E assim

¹⁹ NALIN, Paulo. Princípios do direito contractual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justice contratual, igualdade. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore [coord.]. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-144.

se operando o Direito, a lei socorria invariavelmente ao predisponente das cláusulas contratuais, livre que se encontrava para fixar os mais abusivos conteúdos negociais.

Por isso, deu-se grande passo na busca por um novo paradigma contratual quando a Constituição de 1988 determinou que em cento e vinte dias da sua promulgação seria elaborado o Código de Defesa do Consumidor, cuja importância operacional do mercado será adiante abordada.

3. O impacto do Código de Defesa do Consumidor e a lógica contratual do final do séc. XX

Quid dit contractuel dit just! Exaltavam os tratadistas franceses desde o Código Napoleônico, já que somente o homem livre (o cidadão nascido da Revolução) pode contratar: livre para concretizar a circulação atributiva proprietária e constituir em favor do burguês emergente um direito proprietário que antes da Revolução era privilégio da aristocracia e das concessões da Monarquia.

Uma vez livre e igual o homem (que passou a ser cidadão) realizava o exercício contratual que superava os próprios efeitos do negócio, que seria a constituição de uma nova situação jurídica em sua esfera individual; ia além pois contratar tinha os ares do poder político consagrador dos princípios revolucionários.

Toda essa lógica, ao mesmo tempo privada e política, encontrava um espaço (Europa Liberal) e um tempo (Séc. XIX) adequados aos seus propósitos e ao desenho de uma economia agropastorial, um momento no qual as relações contratuais eram de fato e de direito interprivadas (*vis a vis*), anterior à lógica massificada de mercado. É claro que todo esse quadro cedeu com a Revolução Industrial, embora o modelo liberal de contrato tenha servido *à la carte* aos novos detentores do poder econômico (os burgueses do *fin de siecle XIX*), que usavam o mesmo instrumento que os alçou à condição de detentores do mercado para dar vazão aos produtos industrializados em grande escala. O contrato liberal, que passou a ser revestido da forma de adesão, se utilizava da premissa, agora superada, da igualdade formal entre contratantes, para consagrar a liberdade de contratar e proclamar: só contrata porque quer; por querer livremente, o contrato é obrigatório ... *pacta sunt servanda*.

No Brasil, tal fenômeno somente foi percebido após a Década de 30 (Séc. XX) e a tentativa governamental de equalização das relações de trabalho. Para atingir tal fim, e sem poder modificar o CC-16 em sua estrutura, sob pena de torná-lo uma

consolidação, produziu-se a primeira grande fratura do CC-16, dele se retirando uma parte contratual especial, destinada à locação de mão obra, para se erigir a Consolidação das Lei do Trabalho, a regulamentar o contrato de trabalho e com ela uma jurisdição especial do trabalho. Em que pese o tema das relações laborais não ser aplicável ao presente estudo, deseja-se com ele marcar o tempo em que já se fazia necessária a revisão dos pilares da igualdade formal e da liberdade plena encampados pelo Código de Civil de 1916, razão do início mais evidente da descodificação do CC-16.

O segundo marco legislativo que feriu de morte a lógica contratual liberal, a qual era muito bem representada pelo CC-16, veio com o CDC, em 1990.

Além de o CDC reconhecer uma nova categoria contratual (o contrato de consumo), seja para produtos, seja para serviços; além de o novo código consumerista ter adotado uma metodologia sincrética de regras materiais e processuais, arranjadas em técnica de cláusulas gerais; e, por último, ter incorporado princípios regentes da nova contratualista brasileira (transparência, confiança, equidade), nucleados na boa-fé objetiva, o que mais impressiona no CDC é o reconhecimento legal da vulnerabilidade de uma das partes do contrato e a adoção de instrumentos materiais e processuais para a equalização da relação jurídica contratual concretamente analisada.

Com efeito, ideologicamente, rompeu-se com a premissa da igualdade formal das partes, implementando o CDC um sistema de igualdade material. E do ponto de vista da teoria contratual, o novo código do consumidor lançou as bases para um novo conceito de justiça contratual, baseado na equidade negocial.

Nesse ponto, destaca-se a mutação do conceito de justiça contratual, o qual, à luz do então ainda vigente CC-16 era o *pacta sunt servanda* (contrato justo, é contrato cumprido), para a justiça fundada na equidade, ou seja no equilíbrio das parcelas e obrigações do contrato, pois só o contrato equilibrado é justo. De outro vértice, em nenhum momento o CDC afasta do cenário principiológico Brasileiro o *pacta sunt servanda*, mas estabelece que obrigatório será o contrato equilibrado, sob pena de revisão dos seus termos, *ex vi* do art. 6º, V:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

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

Inaugurava-se na fonte legislativa nacional um novo capítulo da contratualística privada, tanto que logo após a vigência do CDC²⁰ observou-se uma ampla tentativa de migração dos sujeitos de direito não alcançados pela nova lei, conquanto partes em relações contratuais civis e comerciais²¹, para o seio do CDC. Em termos mais singelos, os sujeitos não consumidores (*s.s.*) e por consequência excluídos do alcance do CDC buscaram ser judicialmente por ele tutelados, pois a justiça contratual proposta pelo novo código era muitos mais moderada e adequada ao final do Séc. XX do que aquela do CC-16, similar a do Código Comercial brasileiro (1850).

4. A força obrigatória e a sua relativização à luz do CC de 2002: ponto e contraponto

Desde 1975 agitava-se a civilística nacional em torno de um novo Código Civil, sendo o Projeto de Código Civil uma peça jurídica fruto do acúmulo do saber jurídicos civil-comercial-filosófico até os anos 60, do Séc. XX. Retomado o Projeto, e sob a batuta do Supervisor da Comissão de Codificação, o jus-filosofo Miguel Reale, passou ele por intensos debates e modificações no Senado e na Câmara dos Deputados, sob a coordenação do Senador Josafá Marinho e do Deputado Ricardo Fiuza, respectivamente, culminando com o vigente texto, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

No que concerne ao Livro dos Direito das Obrigações (art. 233 *usque* 1.195), estruturalmente ele é o maior dentre os demais Livros do Código Civil, até mesmo porque incorporou praticamente todo o Direito de Empresas e todos os contratos típicos comerciais (agora empresariais) na sua fonte positiva. Em grande linhas, o Direito Privada Brasileiro hoje se encontra unificado. Ainda no contexto da sua estrutura, o CC não se distanciou substancialmente do CC-16, em que pese a introdução pontual de alguns temas, tal qual a assunção de dívida, cujo instituto, entretanto, já era conhecido e estudado por meio da cessão de crédito.

Mas, então, o que se apresenta de novo no atual Código Civil Brasileiro, em particular no Livro das Obrigações? Três pontos merecem destaque: (i) o emprego de cláusulas gerais em campos nevrálgicos da codificação, enquanto nova técnica legislativa; (ii) a funcionalização social da propriedade e do contrato; (iii) a consagração

²⁰ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, com *vacatio legis* de 180 dias.

²¹ O Código Comercial Brasileiro ainda estava em vigor na sua parte contratual em 1990.

do princípio da boa-fé como princípio concreto e geral dos negócios jurídicos e, logo, dos contratos.

O emprego das cláusulas gerais é crucial para compreender o novo Direito Civil nacional, pois a técnica pressupõe uma redação de artigo de lei dotada de um ou mais conceitos indeterminados e a ausência de sugestão sancionatória. Compete ao juiz, diante do caso concreto, preencher tal moldura, conceituando o instituto jurídico e definindo a sanção à hipótese, que será negativa ou positiva (*premia*, segundo N. Bobbio). Afasta-se da técnica da casuística do *dado A, deve ser B*, cuja descrição da hipótese e da sanção (sempre negativa ou de censura) era obra do legislador. Exemplifica-se com um dos artigos mais emblemáticos do CC-02:

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

Rapidamente esmiuçando o artigo em comento, surgem as seguintes indagações:

i. Qual é o atual conceito de liberdade contratual, uma vez que historicamente este princípio implicava a escolha, livre e igual, do objeto do contrato, do parceiro contratual e do próprio interesse em celebrar o contrato?

ii. Qual é a racionalidade que se obtém da função social do contrato, já que o legislador do CC-02 em nenhum momento alude à razão (função) econômica do contrato, ao regular a sua função social?

iii. Quais seriam os limites impostos pela função social do contrato à liberdade contratual?

iv. Qual é o sentido e o alcance de tal funcionalização social diante de contratos com funções econômicas distintas, como os de consumo, civis e empresariais?

v. Por fim, mas não menos relevante, qual é a sanção ao operador do contrato que desafia a função social do contrato?

A tentativa de se responder a essas indagações pressupõe uma escolha metodológica que neste trabalho se pautará pelas decisões do Superior Tribunal de

Justiça, mais adiante investigadas, e que laboram com a função social do contrato em cotejo com a obrigatoriedade contratual.

Um necessário alerta, contudo, se mostra necessário ao leitor, relativo ao papel desenvolvido pela jurisprudência no Brasil. Sabe-se que o Brasil é um país do sistema civil law, cujo ápice da pirâmide normativa é, desde 1988, ocupado pela Constituição da República Federativa do Brasil e, hierarquicamente posto, em nível inferior ou infraconstitucional, o Código Civil de 2002.

Assim, é necessário entender que a jurisprudência no Brasil, e que explica as categorias jurídicas versadas neste texto, não tem força obrigatória perante as partes de um contrato e sequer perante juízes de primeiro grau de jurisdição, muito embora sejam acórdãos extraídos do acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual constitucionalmente detém a última palavra sobre o Direito Civil. Portanto, o papel exercido pela jurisprudência brasileira é de unificação do entendimento interpretativo da lei, mesmo que dela não se obtenha uma força imperativa, tal qual a lei. Por outro lado, a jurisprudência brasileira do STJ vem ganhando cada vez mais espaço e força como instrumento de decisão em cortes inferiores, sendo, de fato, indispensável a sua análise.

Retomando as questões supra, arrisca-se alguma explicação.

Inicialmente, o juiz, ao se deparar com um conceito indeterminado procurará esclarecimento e preenchimento da moldura legal de formar interna ao próprio CC-02 ou fora dele, observando-se nesta metodologia a razão de ser da ideia de sistema jurídico. O caminho recomendado ao magistrado é que na sua pesquisa observe os valores e princípios constitucionais, já que a funcionalização social de institutos privado não é matéria a ser resolvida somente à luz da estrutura do código. Além do mais, em se tratando de cláusulas gerais, não existem soluções prontas, sendo necessário lançar um olhar muito particular para cada caso concreto.

Outro aspecto, a função social do contrato não desqualifica a função econômica do contrato, em que pese exigir das partes um respeito a efeitos jurídicos do contrato que serão internos à própria relação jurídica negocial (o respeito ao outro contratante, em seus planos material e existencial, por força da boa-fé e de seus sub-princípios) e externos à relação, pois, via de regra, poder-se-á observar terceiros atingidos pelos efeitos do contrato, sobretudo em contratos corporativos, empresariais ou que atinjam o mercado relevante.

Em terceiro plano, qual é sanção prevista pelo CC-02 na hipótese de violação da função social do contrato? A resposta mais adequada, ainda que sujeita a reparos, uma vez abstrata, extrai-se do sistema sancionatório do Código Civil, que se pauta pelas regras de invalidade (nulidade, anulabilidade, ineficácia), embora no caso ela seja de nulidade virtual, pela redução do negócio jurídico (preserva-se uma parte dele, ao se invalidar outra ilegal – art. 184 CC) e através das perdas e danos. Abstratamente, não se tem como apontar a melhor solução decisória, já que se está diante de uma cláusula geral dirigida ao juiz e ao caso concreto. Caberá a parte atingida e ao seu advogado endereçar ao juiz o pedido (*remedy*) mais adequado à patologia do contrato.

Evidentemente que qualquer dessas consequências poderá aniquilar ou mitigar a força obrigatória do contrato, devendo estar muito atento o operador jurídico para os efeitos sociais do contrato, no Brasil. Isso porque, não seria equivocado impor, como condição da eficácia patrimonial pretendida pelos contratantes, a observância a interesses sociais das próprias partes e de terceiros e tal perspectiva é absolutamente pitoresca do Direito brasileiro.

O princípio da boa-fé também merece um recorte a parte no novo Código Civil brasileiro, pois ela estabeleceu uma nova lógica operacional às relações obrigacionais, fundada na cooperação. O CC-02, diversamente do CC-16, positivou o princípio da boa-fé em seu texto, como regra geral das relações contratuais, nos termos do art. 422:

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

Com a brevidade que este texto permite, cumpre destacar as funções²² da boa-fé em linha de reequilíbrio entre as partes, o que impõe limites à livre iniciativa e a adequação das bases econômicas do contrato em circunstâncias imprevisíveis e de excepcional onerosidade²³. A função em comento se apresenta retratada pelo no CC-02 em dois artigos:

²² Dentre as possíveis funções da boa-fé destacam-se: a função interpretativa dos negócios jurídicos (contratos, inclusive); a função de criação de deveres jurídicos anexos, laterais ou correlatos; a função corretiva da base econômica do contrato; a função revisional ou extintivas de cláusulas consideradas iníquas.

²³ Comparativamente, a leitura do art. 437º do Código Civil português²³ não deixa dúvida de que a pretensão revisional encontra a sua base no princípio da boa-fé, muito embora no Direito Brasileiro tal

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

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

Da leitura comprada dos dois artigos de lei, algumas conclusões simétricas e outras assimétricas são observadas:

i. Os artigos em comento têm finalidades distintas, quais sejam, o art. 317 destina somente à revisão do preço, para a manutenção do contrato de longa duração; de outro lado, o art. 478 se destina à resolução do contrato.

ii. A imprevisibilidade é um componente comum em ambos os artigos, mas não se pode deixar enganar que o sistema obrigacional brasileiro estaria apoiado numa visão subjetivista do contrato, até mesmo porque o art. 422 CC-02 impõe dos contratantes condutas probas, o que em *ultima ratio* significa posturas prudentes e ajuizadas. A imprevisibilidade é um requisito revisional ou resolutorio sem real prestígio na atual lógica do sistema, refletindo uma cultura francesa subjetiva do contrato que nem mesmo em França é mais empregada.

iii. O art. 478 CC-02 deveria ser a regra jurídica nuclear do equilíbrio contratual. Inclusive ele é dotado de um integral Seção (Seção IV), do Capítulo II, da Extinção do Contrato. Por sua vez, o art. 317 CC-02 foi projetado para ter menor alcance, uma vez inserido nas regras de pagamento, somente. Contudo, até mesmo por força da larga experiência do CDC, que antecede o vigente Código Civil em mais de

princípio não esteja expressamente associado. Vejamos: “1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente ou princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”

uma década, a revisão contratual passou a ser mais bem aceita pela jurisprudência nacional, sendo excepcionalíssima a resolução do contrato, por ônus excessivo. Com efeito, o art. 317 CC-02 passou a ocupar o papel projetado para o art. 478 CC-02, preferindo-se a revisão à resolução do contrato.

iv. Os requisitos do art. 478 CC-02, que são absolutamente simulares ao art. 1.467 do Código Civil Italiano²⁴, se mostram quase intransponíveis de serem demonstrados em juízo, sobretudo porque impõe ao demandante a investigação e a prova de elementos subjetivos, a prova de fatos extraordinário e imprevisíveis (para ambos os contratantes) e, por fim, demonstrar a vantagem econômica do credor em desfavor do devedor.

v. O art. 317 CC-02 passou a ser a chave da revisão obrigacional brasileira, embora a proposta do legislador tenha sido de menor alcance, também em homenagem ao princípio da conservação do contratos e, por consequência, da sua função social.

vi. De qualquer sorte, a revisão ou a resolução do contrato têm como filtro a jurisprudência brasileira, a qual impõe maior rigor de aplicação nas relações empresariais e, por consequência, maior eficácia à autonomia privada dos contratantes.

Observa-se, sob outro giro, que o Código Civil não adotou expressamente a possibilidade de a boa-fé determinar e conduzir a revisão contratual como um todo (não só de cláusulas econômicas, por exemplo) e, tampouco, permite que o juiz invalide cláusulas contratuais iníquas, a não ser que ela estipule a renúncia

²⁴ Art. 1.467. *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione pu domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'Articolo 1458 (att. 168).*

La risoluzione non pu essere domandata se la sopravvenuta onerosit rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale domandata la risoluzione pu evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do contrato²⁵. Portanto, nas relações formadas por contratos de adesão, nulas serão as cláusulas contrária à causa do contrato²⁶.

Entretanto, tais efeitos podem ser extraídos do citado art. 422 do CC-02, por meio de decisão judicial, a qual, ao invalidar uma cláusula de conteúdo econômico, por exemplo, que estabeleça um índice de correção monetária reputado ilegal pelos tribunais brasileiros²⁷, acaba esta mesma decisão por eleger um outro índice ou critério de atualização monetária. Assim, observa-se uma *revisão contratual indireta*, posto que o legislador nacional não previu tal hipótese de modo expresso no CC-02.

Em contraponto, é relevante salientar que o Código Civil segue sendo a lei dos contratantes com equivalência de poder de barganha, tanto que é regra geral em face de leis especiais, como o CDC que pressupõem a desigualdade entre os contratantes. Assim sendo, o CC-02 mantém em sua base ideológica a igualdade formal entre partes, embora relativizada pelos demais princípios que o ilustram, como a boa-fé.

5. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a obrigatoriedade dos contratos e os princípios sociais do Código Civil brasileiro

Tendo em vista os fins a que se destina este breve trabalho, o qual objetiva realizar um sobrevoo pelo direito contratual privado brasileiro, especialmente traçando um paralelo entre princípios sociais da contratualista nacional face ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, optou-se pela análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça como critério de legitimação deste “novo direito contratual”.

Outra metodologia de aferição deste novo sistema contratual Brasileiro poderia ter sido empregada, como a evolução positiva do Direito Privado, desde a Constituição de 1988 ou a comparação doutrinária nacional sobre a função social do contrato, numa linha temporal. Porém, o olhar jurisprudencial sobre o tema parece

²⁵ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

²⁶ A título de exemplo, a súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): *O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado*.

²⁷ **STJ Súmula nº 176** (23/10/1996 - DJ 06.11.1996): *É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID-CETIP*.

despertar maior curiosidade a projetar alguma segurança ao operador do mercado a partir da previsibilidade das decisões, embora o Brasil não se vincule ao sistema jurídico da *stare decisis*.

Naturalmente não se pretende esgotar toda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na presente análise, mas sim apresentar uma amostragem das 3^a, 4^a e 1^a Turmas do STJ, que vem a ser o tribunal superior competente para julgar o tema sob enfoque.

Para tanto, elegeram-se cinco acórdãos, num recorte temporal de 2007 até 2012, visando, como isto, cobrir a linha de pensamento jurisprudencial do STJ sobre a obrigatoriedade contratual em paralelo com os princípios sociais apresentados pelo Código Civil e também pela Constituição da República.

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. (REsp. 783404-GO – Min. Nancy Andrighi – 3 Turma - 28/06/07)

Salvo melhor análise, este foi o primeiro acórdão do STJ que apreciou a material da revisão contratual e da onerosidade excessiva em vista do princípio da função social do contrato.

No presente caso, discutiu-se a pretensão revisional do preço de venda do soja em negócio aleatório, formalizado por meio de compra e venda futura (art. 459 do CC-02). O vendedor pretendia a elevação do preço pago no passado, pois quando da entrega presente do soja, o mercado se lhe mostrava mais favorável.

O STJ negou a pretensão revisional, em síntese, sob o argumento da previsibilidade do preço futuro do soja. Além disso, externou posicionamento no sentido de que a função primária do contrato seria a econômica e não a social, mormente em se tratando de relação jurídica empresarial.

O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade.

Não se deve admitir que a função social do contrato, princípio aberto que é, seja utilizada como pretexto para manter duas sociedades empresárias ligadas por vínculo contratual durante um longo e indefinido período. Na hipótese vertente a medida liminar foi deferida aos 18.08.2003, e, por isto, há mais de 5 anos as partes estão obrigadas a estarem contratadas. (Resp. 972.436-BA – Min. Nancy Andrighi – 3 Turma - 17/03/09)

No presente caso, sustentou-se que a rescisão de um contrato de longa duração, sem justa causa, mas por força da verificação do termo final do contrato, confrontaria com a função social do contrato e o princípio da conservação do negócio.

O STJ julgou a validade e a eficácia do exercício potestativo resolutório, embora imotivado, confirmando com isso a liberdade de contratar, cujo princípio também proporciona ao contratante o exercício do direito à ruptura da avença, verificado o inadimplemento (*lato sensu*) ou a verificação do termo final. Com efeito, o argumento da função social do contrato não impede a ruptura contratual, enaltecendo-se, assim, a liberdade de contratar em linha negativa (o direito de não contratar ou não se manter na posição de contratante).

VII. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

VIII. Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial, com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos. (REsp1158815-RJ – Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO – 3 Turma - 07/02/12)

Trata-se de debate sobre o valor do prêmio em contrato de seguro coletivo.

Entendeu o STJ que nos contrato empresarias há de prevalecer os princípios clássicos da contratualidade, sem embargo dos valores sociais do contrato, pois a autonomia privada sobrepõe-se, na seara do Direito Privado empresarial, aos princípios sociais.

2. A cláusula contratual que estipula o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, não implica em violação ao princípio da

função social do contrato, pois não estabelece desequilíbrio social e, tampouco, impede o acesso dos indivíduos a ele vinculados, seja diretamente, seja indiretamente, ao trabalho ou ao desenvolvimento pessoal. (REsp. 1.127.247-DF – Min. Felipe Salomão – 4 Turma - 04/03/10).

No corrente acórdão verifica-se uma mudança de entendimento do STJ, pois, pela primeira vez, o Tribunal estabeleceu uma preocupação social a um contrato de natureza entre empresários. Observe-se que os efeitos do contrato sob análise tocavam a terceiros trabalhadores, os quais se encontravam impedidos de serem contratados, pelo prazo de cento e vinte dias, por conta de cláusula contratual, sob pena de multa imposta ao empregador.

A cláusula da multa foi julgada válida, já que os trabalhadores (terceiros à relação contratual) não estavam impedidos de trabalhar, embora o contratante se submetesse à multa, na hipótese de violação.

É um acórdão de transição ideológica e de compreensão de que o contrato pode, não raramente, atingir terceiros em seus interesses patrimonial e existencial, já que o direito ao trabalho é reputado um direito constitucional (subjetivo) ou fundamental.

Vale dar destaque as normas insertas nos arts. 421 e 422 do CC, as quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1 da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro.” (AgRg no REsp 1272995/RS - AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2011/0197420-7 – Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – 1 Turma - 07/02/2012)

O acórdão sob análise se encontra ideologicamente e funcionalmente no outro extremo daquele inicialmente analisado, já que impõe à instituição financiador da educação a redução de multa (cláusula penal moratória) pelo atraso no pagamento do financiamento, ao argumento de que a multa de 10% seria incompatível com a finalidade social do contrato de ensino.

Observe-se, contudo, que o contrato julgado se estabelece entre fornecedor de crédito e estudante, não sendo, por consequência, um contrato interempresarial. O contrato em comento não é reputado de consumo, segundo

entendimento consolidado da 1^A. Turma do STJ, aplicando-se, porém, os princípios da dignidade da pessoa humana (CR) e a função social do contrato (CC-02).

Ainda nesse quadrante, oportuno destacar que o tema foi posto em julgamento de modo excepcional pela 1^a Turma do STJ, uma vez que a sua competência de julgamento é a do Direito Público, embora a dignidade da pessoa humana e a função social do contrato sejam matérias de ordem pública, conforme as fontes constitucional (art. 1^o, inc. III²⁸) e civil (art. 2.035, parágrafo único²⁹) Brasileiras.

6. Notas conclusivas

Ante o exposto ao longo do texto, algumas conclusões se apresentam necessárias.

Inicialmente, mostra-se inegável o giro legal dos princípios contratuais privados nacionais, sob influência inicial da Constituição da República de 1988, passando pelo Código de Defesa do Consumidor e por fim pelo novo Código Civil Brasileiro.

Pode-se afirmar, em grandes linhas, que o direito contratual Brasileiro se apresenta mais social com o atual Código Civil (2002) do que na vigência do Código Civil de 1916, importando esta rotação em favor do viés social do contrato em consequências hermenêuticas, estruturais e funcionais sem precedentes no Direito Privado.

Especialmente no que toca ao princípio da força obrigatória dos contratos, este sofreu notável mitigação, deixando de ostentar no Brasil a natureza dogmática e liberal, histórica e ideológica que originariamente o caracterizou, além de agir em coordenação com demais princípios clássicos e contemporâneos, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

²⁸ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

²⁹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

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

Em verdade, a mitigação do princípio da força obrigatória não é uma novidade, nem mesmo para os operadores do Direito Empresarial, afetos que estão a institutos de revisão negocial como a cláusula *hardship*. Ou seja, a mitigação Brasileira da força obrigatória dos contratos não coloca o país numa condição, por assim dizer, exótica, no cenário dos contratos internacionais e nacionais, em que pese a originalidade da função social do contrato.

De qualquer modo, o que se revela, a partir do entendimento jurisprudencial construído pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo de mais de dez anos de codificação civil é a inexistência de uniformidade entre as 1^ª., 3^ª. e 4^ª. Turmas, embora se possa perceber uma linha de pensamentos mais favorável à liberdade de contratar e por consequência da obrigatoriedade contratual na 3^ª. Turma em comparação às demais.

Seguindo na análise dos julgados do STJ, percebe-se a grande importância que o Tribunal emprega à condição econômica do contratante (empresário, “civil” ou consumidor), traçando uma linha divisória entre contratos empresariais ou de lucro e contratos existenciais, de modo a calibrar os novos valores sociais do contrato em vista da vulnerabilidade maior ou menor dos contratantes.

A partir dessa sub-classificação contratual (contratos empresariais ou existenciais), o STJ julga com ênfase aos princípios da autonomia privada, se empresariais, ou com maior observância aos princípios sociais se o contrato é daqueles existências (civil e de consumo). O CC-02 não apresenta essa sub-classificação contratual, sendo ela uma construção doutrinária brasileira que objetiva adaptar a lei ao fenômeno contratual, que se mostra cada vez mais multifacetado.

A plasticidade do conceito de contrato possivelmente impedirá que o STJ defina, com precisão e uniformidade, o papel e o alcance da força obrigatória dos contratos vista à luz de princípios sociais. Sob outro viés, afigura cada vez mais definida a posição do STJ em divisar contratos empresariais e contratos existenciais, aplicando de forma modulada a função social dos contratos e a boa-fé na medida da maior ou da menor vulnerabilidade dos contratantes.