

# A relevância dos princípios negociais no descumprimento do contrato

**Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**  
*Advogada no Paraná*  
*Doutora em Direito das Relações Sociais - PUCISP*  
*Professora permanente do Programa de Mestrado em*  
*Direito e Cidadania - UNIPAR*

**Iliane Rosa Pagliarini**  
*Advogada da Caixa no Paraná*  
*Mestranda em Direito Processual*  
*e Cidadania - UNIPAR*  
*Especialista em Direito Tributário - UNAMA*

## RESUMO

A trajetória evolutiva do contrato, considerada em perspectiva sucinta, ampara a análise referente às modificações mais significativas em relação aos pactos, influenciados pelos movimentos da descodificação, limites impostos à autonomia privada, abertura sistêmica, metodologia dos princípios e cláusulas gerais. Do conjunto transformador emerge a nova feição do contrato, redefinido pela própria complexidade das relações sociais de massa, competente e suficiente para enfrentar a expansão econômica e as mais variadas intermitências decorrentes da faticidade negocial. O descumprimento do contrato enfrenta o território das cláusulas complexas e pré-fixadas, calibradas pela proteção contra a abusividade, enfatizando a eficácia da boa-fé objetiva e da função social do contrato como assegurada pela nova hermenêutica negocial.

**Palavras-chave:** Contrato. Cláusulas Gerais. Boa-fé. Descumprimento do Contrato.

## ABSTRACT

The evolutionary trajectory of the contract, seen in brief perspective, seek refuge analysis regarding the most significant changes in relation to the pacts, influenced by movements of decoding, limits imposed on the private, systemic openness, principles and methodology of the general. Of all processors emerge feature of the new contract, redefined by the complexity of social relations of mass and competent enough to cope with economic expansion and the most varied intermitências arising from faticidade negotiations. The breach of contract faces the

**territory of complex clauses and pre-set, calibrated for protection against abuse, emphasizing the effectiveness of good faith objective and the social function of contract Hermeneutic as guaranteed by the new negotiations.**

**Keywords: Contract. General Clauses. Good faith. Breach of Contract.**

## **Introdução**

**O instituto do contrato vem sofrendo influências jurídicas, econômicas e sociais no curso da história. Com a Revolução Francesa são definidos os ideais liberais assegurando o direito de propriedade, a liberdade de contratação e plena autonomia da vontade.**

**Os eventos históricos demonstraram que o Estado, com as grandes crises ocorridas no mundo pós-guerra, não pode mais manter-se distante das relações negociais, pois a liberdade de contratação, por uma questão de sobrevivência da economia e da própria sociedade precisava ser contida. O Estado passa a agir em prol de políticas sociais e econômicas intervencionistas, passando por transformações e mudanças responsáveis pelo Estado Social.**

**Considerando as relações negociais, influenciadas pela globalização, pelo consumo de massa, pelas concessões de crédito, torna-se imprescindível analisar o instituto do contrato, seus modernos contornos e apreensão à luz dos preceitos constitucionais.**

**Com efeito, não se pode mais limitar a análise do contrato sob a ótica liberal arraigada à velha dogmática positivista e monista que não acompanhou as demandas sociais e econômicas da sociedade, de maneira que os problemas advindos da modernidade tais como as desigualdades sociais, a dominação econômica, cultural e tecnológica, o excesso de consumo e, por fim, o inadimplemento das obrigações contratuais, sejam efetivamente enfrentados de maneira que o homem e sua dignidade sejam constantemente observados.**

**Para compreensão da fase funcional pela qual passa o contrato, faz-se necessária uma abordagem sobre a queda do império das codificações, a abertura do sistema jurídico, os estatutos de direito privado, a ascensão dos princípios constitucionais, cláusulas gerais e sua consequente aplicação nas relações negociais.**

## **1 Contrato: da codificação às cláusulas gerais**

**O Código Civil Francês representa a primeira grande codificação civilista, refletindo a vitória da burguesia revolucionária e consoli-**

**dando seus ideais políticos, sociais e econômicos como expressão de repulsa aos privilégios assegurados somente à nobreza no antigo regime. A aquisição da propriedade privada passa a ser um direito, assegurando a livre autonomia para contratar e para adquirir bens livremente.**

**O contrato, naquele período, representa o ponto máximo do individualismo, possuindo total validade e sendo obrigatório.**

**O Código Civil brasileiro de 1916 absorveu a influência do Code, considerando negócio jurídico todo ato lícito, capaz de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, aplicando-se aos contratos as disposições gerais do negócio jurídico, inclusive as regras sobre a capacidade do agente, forma, objeto e os vícios da vontade.**

**O direito civil brasileiro recepcionava, então, como princípios gerais contratuais a autonomia da vontade, sendo que a análise do contrato concentra-se na manifestação da vontade entre as partes e no exame dos vícios de consentimento; na força obrigatória, pois o contrato válido e eficaz faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), decorrendo desse princípio a intangibilidade do contrato, uma vez que não se pode alterá-lo unilateralmente e o juiz não pode intervir em seu conteúdo; na relatividade, representando a regra geral de que o contrato somente afeta aos partícipes do negócio jurídico realizado.**

**O século XIX é marcado pelo predomínio das codificações, formando um sistema fechado e auto-suficiente na esfera civil. Destaca Tepedino<sup>1</sup> que a Escola da Exegese “levou às últimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa”, de maneira que o direito a ser reconhecido é somente aquele que está normatizado na codificação civil, não se reconhecendo qualquer norma que fosse hierarquicamente superior ao Código Civil em questões patrimoniais.**

**A concepção de unicidade do fenômeno jurídico está vinculada duplamente. Por primeiro, ao pensamento de que o único direito existente é aquele elaborado pelo Estado, ou seja, o direito positivo, derivado diretamente do ente estatal que possui o monopólio sobre sua criação, interpretação e aplicação ao caso concreto. Na sequência, as codificações representaram a unicidade do sistema de direito civil.**

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** (Trabalho apresentado no painel *Crise das Codificações*, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no *campus* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999). p.2.

**A eficácia e império do direito positivo se devem ao poder que o Estado possui de aplicá-lo de forma coercitiva. Nessa linha de entendimento, constata-se ser o Estado indispensável para existência do próprio direito, eis que o direito acreditado pela sociedade é somente aquele advindo do ente estatal, considerados com pequena relevância os costumes e às leis morais.**

**A consolidação do raciocínio de que o único direito existente é aquele posto pelo Estado é fruto da evolução do pensamento filosófico, do momento histórico em que a burguesia precisava de um Estado efetivamente forte e garantidor de seus interesses. Coelho ao comentar sobre a concepção monista e estatal do direito, destaca:**

**Quando a separação entre o direito e a moral foi elaborada pela filosofia à época do Iluminismo, teve o objetivo político de afirmar a liberdade individual perante o absolutismo, mas o efeito ideológico foi o de substituir a opressão escancarada de uma nobreza decadente pelo absolutismo de uma forma de controle social que interessava à dominação burguesa que se consolidava: a opressão de seu direito, a opressão de sua sociedade estatal, direito que deve ser aceito como a única realidade jurídica, e sociedade que deve ser vivida como a melhor, pois é dirigida pelo direito do Estado, o qual é Estado de direito.<sup>2</sup>**

**O modelo jurídico surgido na Europa no final do séc. XVI e início do séc. XVII, em decorrência de grandes transformações que vinham ocorrendo: alteração do modo de produção feudal para o sistema do comércio, acarretando alterações nas relações de trabalho, negociais e sociais, tendo em vista a forte ascensão da classe burguesa. Visava a legitimar os ideais da classe burguesa, bem como adequar o modo de produção ao sistema capitalista, surge, então, o liberalismo, refletindo uma nova compreensão filosófica para o momento histórico que se vivia. A filosofia de Thomas Hobbes e John Locke vem para fortalecer os ideais burgueses, defendendo-se um Estado forte, totalitário e contratualista.**

**Tal cenário somente começa a ser alterado na Europa no início do século XX, e no Brasil após a década de 30, quando o Estado, por premente necessidade, começa a intervir na economia e a restringir a autonomia privada.**

**O Código Civil deixa de representar a norma exclusiva sobre direito privado e, segundo Tepedino, passa a coexistir com a legislação especial que vem para "disciplinar as novas figuras emergen-**

<sup>2</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.414.

tes na realidade econômica e não previstas pelo codificador”, pois diante da realidade que se apresenta o Estado passa a ser “agente de promoção de valores e políticas públicas”<sup>3</sup> permitindo, dessa forma, o surgimento de diversos estatutos, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade entre outros.

Além de toda normatização esparsa, agregam-se, ainda, as normas supranacionais constituídas por tratados, pactos, regulamentos de mercados, convenções, fazendo surgir questões quanto à gradação hierárquica dessa pluralidade de fontes normativas.

Para Jayme existe atualmente uma cultura jurídica pós-moderna, que se caracteriza pelos fenômenos do pluralismo, da comunicação, da narrativa e do retorno aos sentimentos.<sup>4</sup>

Por óbvio, o pluralismo representa as múltiplas fontes normativas, que também trazem em seu contexto vários sujeitos a serem protegidos, como nos direitos coletivos ou individuais homogêneos, ou, ainda, por vezes, sujeitos indeterminados, como nos interesses difusos. Destaque-se que a multiplicidade pode ser dos agentes ativos, a quem se procura imputar a responsabilidade<sup>5</sup>. A comunicação está associada à valorização do direito como instrumento de comunicação e informação e a com a narrativa, reconhece-se a existência de normas que não criam deveres, mas que simplesmente descrevem valores. Por sua vez, pretende, com o fenômeno do retorno aos sentimentos, o resgate à dignidade e aos direitos humanos.

Poder-se-ia pensar, *a priori* que tais fenômenos são utópicos e que não se aplicam ao Direito Civil, em especial às relações negociais. Contudo, as premissas acima podem ser, e o são, desenvolvidas pelo legislador e pelo intérprete através da técnica das cláusulas gerais para acompanhar e evitar lacunas causadas no decorrer da evolução da sociedade e de suas formas de negociação.

## 1.1 Cláusulas contratuais gerais

O domínio da estruturação do Direito em codificações civis acaba por retratar um modelo social anterior a sua vigência. Por ser produto histórico de uma sociedade passada, não acompanha os avanços práticos das relações negociais, pois o mercado, com o passar dos anos foi desenvolvendo tipos contratuais não previstos na legislação. Nessa linha de raciocínio, pondera Cordeiro:

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.5.

<sup>4</sup> *Apud* TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.6-8.

<sup>5</sup> Nesse sentido há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor.

**No tocante às diversas figuras contratuais previstas no Código, a passagem do tempo deixou marcas importantes. Todavia, elas foram sendo ultrapassadas pela liberdade contratual. O mercado foi desenvolvendo tipos contratuais não previstos na lei e foi, ainda, associando múltiplas figuras contratuais, de modo a compor contratos mistos. No domínio da formação do contrato, os esquemas pandectísticos também foram dobrados pela prática. Isso sucedeu, porém, em moldes que o próprio sistema não comportava, inicialmente.<sup>6</sup>**

**Com razão o autor, pois efetivamente a autonomia da vontade aliada às novas demandas faz surgir tipos diferenciados de contratos, os quais não estão previstos expressamente pela norma civil, mas que não perdem a sua validade e eficácia, uma vez que as partes contratantes precisam solucionar seus pontuais problemas sem ter que esperar que o legislador lhes diga como agir para tanto.**

**A importância das cláusulas gerais já pode começar a ser compreendida, pois como dito acima, elas acompanham e evitam as lacunas causadas no decorrer da evolução da sociedade e de suas formas de negociação.**

**Em relação ao novo Código Civil brasileiro, Tepedino tece sua análise crítica quanto ao fato de o projeto ser da década de 70 e por reproduzir a mesma técnica legislativa do século passado:<sup>7</sup>**

**O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disso, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstalou, purificada, a técnica regulamentar.<sup>8</sup>**

**A atualidade demonstra o surgimento de um aumento extraordinário de negócios jurídicos de massas, instantâneos, necessitando ser assim concretizados pela rapidez exigida pelo desenvolvimento econômico, tecnológico e social.**

<sup>6</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.412.

<sup>7</sup> Em sentido contrário, entendendo que o novo Código Civil contempla as cláusulas gerais, COSTA, Judith Martins: O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, p.129-54).

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.9.

**Essa diversidade de esquemas negociais pode ser analisada em dois momentos: o primeiro, quando a liberdade de estipulação é limitada ao aceite ou recusa da proposta, inexistindo, portanto, discussões ou contrapropostas; o segundo momento se apresenta quando a própria liberdade de contratação passa a ser meramente teórica, sem que haja um efetivo pensar sobre uma possível relação jurídica e muito menos uma manifestação de vontade.<sup>9</sup>**

**A realidade demonstra que as ofertas negociais são destinadas às pessoas indeterminadas, as quais, se decidirem contratar deverão aderir aos termos préfixados e por meio da adesão, não havendo, portanto negociação individual de maneira que o sujeito interessado, apenas se manifestará pelo sim, ou pelo não. Se aceitar, recebe todos os termos contratuais, não podendo modificá-lo. Se discordar de alguma cláusula, o único manifesto que poderá fazer é não contratar.**

**Além da generalidade e da rigidez, pode-se destacar outras características referentes às cláusulas contratuais standartizadas, tais como a desigualdade entre as partes (superioridade econômica ou técnica em detrimento ao aderente); a complexidade representada pelas minúcias expressas no contrato; e a natureza formulária, pois geralmente constam em documentos escritos em que o aderente limita-se a especificar sua identificação. Apesar dos aspectos mencionados, Cordeiro, de forma competente, destaca a relevâncias das cláusulas préfixadas:**

**A manutenção efectiva de negociações pré-contratuais em todos os contratos iria provocar um retrocesso na actividade juridico-económica em geral. A quebra nos mais diversos sectores de actividade seria inimaginável, pois a rapidez e a normalização seriam postas em crise. Todos seriam prejudicados.<sup>10</sup>**

**As cláusulas predefinidas são formas de enfrentamento das necessidades da sociedade moderna que exigem rapidez nas relações negociais. Entretanto, deve ser reconhecido que tais cláusulas potencializam o abuso por parte do ente mais forte economica-**

<sup>9</sup> Para CORDEIRO, António Menezes., esse comportamento mecânico, sem um efetivo pensar, é denominado de comportamento concludente. O autor cita como exemplo: “à pessoa que penetre no cais do metropolitano, aplica-se, desde logo, o competente regime negocial: não cabe, em princípio indagar de qualquer vontade de celebrar o correspondente contrato de transporte” (2000, p.414). E por fim, conclui: “As pessoas podem pautar as suas condutas por hábitos, por actuações instintivas, porventura mesmo pelo acaso, sem que o Direito as obrigue a uma permanente vigilância jurídica” (2000, p.415).

<sup>10</sup> CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.418.

**mente, não podendo o Direito desconhecer esses problemas, próprios da rotina do trânsito jurídico.**

**Ao longo do século XX as questões atinentes às cláusulas contratuais gerais foram desenvolvidas no Direito Continental, sendo que sua evolução pode ser visualizada em quatro fases, conforme preleciona Cordeiro:**

**A primeira refere-se à aplicação das regras gerais às cláusulas contratuais gerais desconhecidas. “Apelava-se para a boa-fé, os bons costumes, o erro, o dolo etc, contudo, a utilização dessas regras aplicáveis às relações negociais comuns, era injusta e inconveniente, pois equivale a tratar de modo igual os que têm diferenças.”<sup>11</sup>**

**Na segunda fase, predomina a manifestação dos tribunais, buscando, através da jurisprudência, soluções adequadas ao caso concreto. “Embora as decisões tivessem fundamento nos princípios gerais, já reconheciam a existência de regras autônomas. Assim, pela manifestação jurisprudencial foram conquistadas a exclusão de cláusulas não cognoscíveis e a invalidação de cláusulas despropositadas”.<sup>12</sup>**

**A terceira, diz respeito a pequena referência legal, corresponde ao sistema italiano que no artigo 1341 do Código Civil de 1942,<sup>13</sup> expressa a ineficácia das cláusulas que são impossíveis de serem conhecidas pela parte aderente e que incentivam o conhecimento por parte do aderente das cláusulas que possam lhe ser prejudiciais.**

**Por fim, a quarta fase abordada por Cordeiro “refere-se ao regime legal completo, pelo qual a História demonstra que as questões referentes às cláusulas contratuais gerais devem ser enfrentadas com um corpo adequado de regras”, materializando-se nos diversos países através da tutela ao consumidor.<sup>14</sup>**

**No Brasil, o Código Civil de 1916 representou, conforme expressa Nalin a “espinha dorsal do sistema jurídico privado, trazendo um modelo absoluto de contrato fortemente vinculado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes,”<sup>15</sup> pois mesmo**

<sup>11</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. 2000, p.419.

<sup>12</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. 2000, p.419.

<sup>13</sup> “Embora a mais célebre cláusula geral, a da boa-fé objetiva, posta no parágrafo 242 do Código Civil Alemão seja datada no século passado, esta técnica difundiu-se na codificação que vem sendo levada a efeito, nos vários países da *civil law*, a partir do final dos anos 40. Esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas que vêm mudando a face do mundo desde o após-guerra iniciou-se, em alguns países da Europa, a” época das reformas nos Códigos Civis”, Exemplificativamente a Itália, em 1942, Portugal, em 1966, a Espanha, em 1976 e, mais recentemente, a Grécia”. (COSTA, Judith Martins, 2000, p.2, nota 13).

<sup>14</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. 2000, p.421-2.

<sup>15</sup> NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p.77.



que uma cláusula disposta no contrato fosse abusiva, não seria invalidada, uma vez que foi livremente contratada.

O novo Código Civil traz inovações que, embora não sejam renovadoras do pensamento contratual contemporâneo, se comparado com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, são importantes, em especial no que se refere à função social do contrato, à isonomia e à boa-fé a ser observada pelos contraentes antes, durante e após a contratação.

O enfoque das cláusulas gerais como técnica legislativa é trazido por Costa:

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado que queria a lei “*clara, uniforme e precisa*”, como na célebre dicção voltaireana foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana.<sup>16</sup>

Para a autora, os códigos civis mais recentes privilegiam a inclusão de normas que fogem ao padrão tradicional, eis que buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”.

Gagliano; Pamplona Filho, destacando a importância dos princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva, asseveram:

De fato, a grande contribuição da doutrina civil moderna foi trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos, que, posto não possam ser considerados novos, estavam esquecidos pelos civilistas.

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> COSTA, Judith Martins, 2000, p.1.

<sup>17</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos* (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2005. p.49.

**Observa-se que as cláusulas gerais por possuírem grande abertura semântica, não pretendem trazer respostas prontas para os problemas da realidade, pois o que se espera é que as soluções e interpretações sejam progressivamente construídas pela prática pontual de solução dos conflitos que se apresentarem.**

**As cláusulas gerais ampliam as possibilidades e poderes do julgador para apreciação do caso concreto. A superação do método lógico-dedutivo da subsunção permite ao magistrado, além da invocação da disciplina normativa codificada, buscar, através do diálogo das fontes, utilização de valores e padrões metajurídicos, um novo direito decorrente da hermenêutica contemporânea, definindo os parâmetros do que foi previsto de forma aberta pela cláusula geral.**

**O Código Civil, na contemporaneidade, para Costa, “não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”. Assim, sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos e sua linguagem, diferentemente dos códigos penais, “não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística.”<sup>18</sup> Finaliza a autora:**

**Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos mesmo os extra-jurídicos e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.<sup>19</sup>**

**Efetivamente, o atual Código Civil em seu Título V, Capítulo I, traz as disposições gerais sobre os contratos nos artigos 421 a 426, onde preceitua, além da função social do contrato e da boa-fé, sobre os contratos de adesão.<sup>20</sup>**

**Em síntese, as cláusulas gerais são condições de possibilidades para a efetivação de interpretação diferenciada pelo julgador na apreciação do caso concreto promovendo a ruptura definitiva em relação à unicidade das codificações pretéritas.**

<sup>18</sup> COSTA, Judith Martins. 2000, p.1.

<sup>19</sup> COSTA, Judith Martins. 2000, p.1.

<sup>20</sup> 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.

## 2 Do descumprimento do contrato: impactos econômico e social

A importância do contrato como instrumento de circulação de riquezas, expansão econômica, globalização e (des)inclusão social se faz perceber na medida em que, embora efetivem-se limitações, interferências do Estado, proteção ao consumidor, através dos anos o instituto se fortalece e consolida-se no meio negocial.

As formas de contratação estão cada vez mais modernas, e, mesmo a existência de cláusulas complexas, préfixadas, não compreendidas ou, até, desconhecidas, não representam obstáculos à contratação.

As declarações de vontades convergentes fazem do contrato um "processo formativo alongado, tornando-se necessário procurar o ponto de consenso entre os celebrantes, portadores de interesses opostos, os quais precisam ser harmonizados." <sup>21</sup>

Com efeito, a formação do negócio jurídico pode exigir complexas atividades preparatórias ou, ao contrário, formar-se plenamente por meio de um simples assentimento, ou ainda, materializar-se em uma ação do sujeito que deseja contratar (como a compra de produtos em máquinas, na qual somente deve-se colocar o dinheiro, o ato de entrar em um transporte coletivo etc). De uma forma ou outra, realizada a pactuação, o objetivo final é o cumprimento com o alcance dos efeitos pretendidos. Não raro, a praxis negocial demonstra que as facilidades para contratação não asseguram o cumprimento do pacto.

No setor do comércio, levantamento feito pelo SEBRAE de São Paulo, indica que as principais causas da inadimplência<sup>22</sup> pelos consumidores são: dificuldades financeiras pessoais que impossibilitam o cumprimento de obrigações; desemprego; falta de controle nos gastos; compras realizadas para terceiros; atraso no recebimento de salários; comprometimento da renda com outras despesas; re-

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.347.

<sup>22</sup> Uma pesquisa realizada pela Telecheque - empresa que reúne um dos maiores bancos de dados sobre inadimplência no país o maior problema dos brasileiros inadimplentes ainda continua sendo o **descontrole financeiro**, apontado por 29% dos pesquisados. Segundo a pesquisa - as razões da inadimplência: 1 - empréstimos de cheques - 13%; 2 - descontrole com as finanças - 29%; 3 - atraso salarial - 12%; 4 - desemprego - 9%. Perfil do consumidor inadimplente: 51% dos inadimplentes são mulheres; 41% casados; 66% têm idade entre 21 a 40 anos; 38% concluíram o Ensino Médio; 50% se tornaram inadimplentes com compras entre R\$ 50 e R\$ 200; Estados brasileiros que concentraram grande parte dos inadimplentes: São Paulo (20%), Rio de Janeiro (15%), Minas Gerais (12%), Rio Grande do Sul (7%) e Ceará (6%). In: <<http://www.acesa.com/negocios/arquivo/economia/2004/10/29-inadimplencia/>> Acesso em: 04.08.2008.

**dução da renda; doenças; uso do dinheiro com outras compras; e por fim, a má-fé.** <sup>23</sup>

A pesquisa do SEBRAE, ao indicar a má-fé como o último dos fatores, dentre as principais causas da inadimplência, desperta para a reflexão da boa-fé como parte do próprio ambiente negocial, permitindo o entendimento de que a má-fé representa fator de exceção. Sendo assim, a incidência da má-fé como fato determinante do não cumprimento do pacto está limitada na prática pela estatutura moral e ética tradicionais e próprias do trânsito negocial. A obtenção do crédito, a manutenção do crédito, o cadastro idôneo, indispensável para as compras a prazo, tão usual nesta quadratura negocial, revelam a necessidade da manutenção do *status* do bom contratante. O novo perfil das partes contratantes, quer no contrato individual, quer nos contratos coletivos e de massa, exige como parte integrante do negócio a idoneidade das partes e do próprio negócio.

A fidedignidade e a boa-fé das práticas comerciais foram transportadas e absorvidas pelo ambiente contratual. A efetividade da boa-fé chega, em certos seguimentos, a fundir-se com o próprio princípio da boa-fé objetiva.

No setor bancário conforme informações do Banco Central, a inadimplência caiu de 4,3% no final de 2007 para 4% em junho de 2008, sendo esta a menor taxa desde agosto de 2005, que foi de 3,9%. Para Cucolo (2008, p.1) parte desse movimento se deve a uma operação de securitização, "na qual uma instituição financeira vende uma parcela dos seus empréstimos inadimplentes para uma empresa que irá assumir essa cobrança,"<sup>24</sup> pois, "sem essa operação, a inadimplência estaria em 4,2%".

Os dados do Banco Central são contestados pela Associação Comercial de São Paulo (ACSP), para quem a inadimplência do brasileiro é praticamente o dobro da apontada pelos índices oficiais. Para o economista-chefe da ACSP, Marcel Solimeo "o crédito consignado está mascarando o real tamanho da inadimplência do consumidor", uma vez que a relativa estabilidade da inadimplência apontada pelos dados do BC não é resultado do aumento do nível de emprego, mas do efeito do crédito consignado, que responde pela maior parte dos recursos emprestados para pessoas físicas. <sup>25</sup>

<sup>23</sup> SEBRAE, 2008.

<sup>24</sup> SEBRAE, 2008.

<sup>25</sup> Na análise do economista Humberto Veiga, consultor para o sistema financeiro da Câmara dos Deputados, a linha de crédito com a taxa de inadimplência mais elevada hoje é a do cartão de crédito. Em maio, a inadimplência do cartão acima de 90 dias estava em 25,23%, ante 7,3% para a média da pessoa física e 23,5% no mesmo período do ano passado para o cartão de crédito, segundo o BC. In: Notícia:

**O descumprimento dos contratos é um fator concreto que atinge não somente as relações contratuais de consumo, mas também os contratos de importação, exportação, prestação de serviços, fornecimento de produtos, etc. A título ilustrativo, destaca-se a notícia veiculada na internet pelo jornal Gazeta Mercantil sobre a inobservância do contrato de fornecimento de biodiesel:**

**A Petrobras silenciou-se ontem ao ser questionada sobre qual o volume de biodiesel que encontra-se em seus estoques estratégicos. As distribuidoras afirmam que, desde o começo do ano, esses estoques estão sendo utilizados para cumprir a mistura obrigatória de 2% de biodiesel no diesel, pois a inadimplência na entrega do biocombustível não acabou. Mas, desde maio, o quadro vem se agravando e mais de 30% do consumo mensal estaria saindo desses estoques estratégicos, segundo o vice-presidente do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (Sindicom), Alísio Vaz. “Em julho a situação está pior e o descumprimento de contratos das usinas está ‘bem’ superior a 30%, diz Vaz. No ano passado, antes da entrada em vigor da mistura obrigatória, a inadimplência das usinas atingiu 55%. Na primeira semana de janeiro, também os primeiros sete dias do programa, o calote estava em 20% e a Petrobras detinha 25 milhões de litros em estoque, segundo informações da própria Petrobras concedidas à Gazeta Mercantil e publicadas no dia 9 de janeiro.”<sup>26</sup>**

**Interessante perceber a relevância do princípio da relatividade, o qual originariamente representava a regra geral de que o contrato somente afeta aos partícipes do negócio jurídico realizado, sendo que atualmente se verifica que um contrato padronizado que contenha alguma cláusula abusiva constitui em violação desfavorável que atinge toda a coletividade de pessoas que aderiram ao instrumento negocial.**

**Para Lisboa, as cláusulas abusivas atingem “todas as pessoas que são expostas a esse tipo de oferta ou publicidade para contratação (interesse difuso, nos moldes do art. 29, Lei 8.078/1990).”<sup>27</sup>**

---

Inadimplência ‘real’ é o dobro da ‘oficial’, diz ACSP.09 de julho de 2008 às 11:22, G1-Economia e Negócios. <[http://www.administradores.com.br/noticias/inadimplencia\\_real\\_e\\_o\\_dobro\\_da\\_oficial\\_diz\\_acsp/15878/](http://www.administradores.com.br/noticias/inadimplencia_real_e_o_dobro_da_oficial_diz_acsp/15878/)>. Acesso em: 04.08.2008.

<sup>26</sup> BATISTA, Fabiana. Inadimplência do biodiesel sobe e setor queima estoques. **Gazeta Mercantil**, 18/07/2008. Disponível em: <<http://www.biodieselbr.com/noticias/biodiesel/inadimplencia-biodiesel-sobe-setor-queima-estoques-18-07-08.htm>>. Acesso em: 04.08.2008.

<sup>27</sup> LISBOA, Roberto Senise. Dos contratos em geral. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et. al. (Org.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.465.

**O contrato descumprido afeta a coletividade com a elevação de preços dos produtos e serviços, com a alta dos juros bancários, com as exigências cada vez maiores de garantias contratuais, com o aumento de demandas judiciais e por fim, contribui para a sensação coletiva de insegurança.<sup>28</sup>**

**É nessa realidade do descumprimento dos pactos, formalizados tanto entre grandes corporações ou médios e pequenos contratantes, constata-se a necessidade de apreciação pelo julgador do conflito de interesses fundado nas bases da nova ordem contratual. Definitivamente, a exegese anterior interpretando do caso concreto feita sob a ótica do dogma da vontade e da força intangível do pacto, não responde e tão pouco soluciona os problemas advindos desse universo pós-moderno de negociação.**

**Assim, para atender o crescimento expressivo das demandas com implicações na esfera contratual, impõem-se o respeito à dignidade da pessoa contratante. O comando constitucional para a Ordem Econômica designa o contratante com pontualidade objetiva.**

**A previsão constitucional do artigo 170 da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do empresário, aquele da livre iniciativa, quicá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada. Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há no ordenamento jurídico pátrio similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como sujeito de titularidades, como defende Luiz Edson Fachin.<sup>29</sup>**

<sup>28</sup> Não é demais lembrar a crise ocorrida nos Estados Unidos da América causada pela inadimplência em massa dos contratos de financiamento imobiliários, que refletiu negativamente em vários setores da economia americana e por fim atingiu as economias de outros países.

<sup>29</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: **Argumentum** - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR. Volume 5. Marília: UNIMAR, 2005. p.86.

**Cabe reafirmar que no descumprimento do contrato na apreciação do caso concreto, o juízo de valor do magistrado que efetivamente aprecia e julga necessariamente as cláusulas gerais e os princípios constitucionais são âncoras hermenêuticas, indispensáveis para a solução dos conflitos contextualizados pelos padrões da complexidade das relações negociais.**

### **3 Aplicação das cláusulas gerais e dos princípios da nova ordem contratual**

**Na atualidade, os princípios representam a base sólida para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial. Aos princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato faz-se uma nova interpretação, agregando os princípios da ordem contratual vigente tais como a boa-fé objetiva, função social do contrato e a equidade.**

**As transformações ocorridas refletiram no contrato, exigindo o redimensionamento do instituto, que, segundo Lisboa “se revela como categoria jurídica com novos princípios e contornos”.<sup>30</sup>**

**Doutrina e jurisprudência consolidam a normatividade dos princípios, com ênfase especial no âmbito contratual, para os princípios da dignidade da pessoa, da solidariedade, da função social e boa-fé objetiva, sendo-lhes conferida “eficácia imediata nas relações de direito civil”, conforme assevera Tepedino.<sup>31</sup>**

**Pondere-se que tais princípios podem ser considerados cláusulas gerais<sup>32</sup> e que ao julgador na decidibilidade do conflito negocial caberá sopesar os efeitos e reflexos do contrato em relação à sociedade, ao meio ambiente, às relações de trabalho e outros. A invocação das cláusulas gerais, em circunstâncias que tais, reveste-se de funcionalidade própria das “metanormas”, como denominadas por Costa:**

**Na verdade, por nada regulamentarem de modo complexo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante mar-**

<sup>30</sup> LISBOA, Roberto Senise. 2000, p.76.

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.12.

<sup>32</sup> Nessa linha de entendimento manifestam-se Pablo Stolze e Roberto Pamplona Filho (2005, p.50): “(...) entendemos que a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada) sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal”.

**car dede logo esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social.<sup>33</sup>**

**As reflexões apontam para a importância e relevo do papel hermenêutico, desenhado a partir da relevância desempenhada pelas cláusulas gerais no âmbito do processo negocial. Descabem reflexões insustentáveis acerca da adoção das cláusulas gerais por serem conceitos abertos, capazes de gerarem insegurança jurídica de par com o poder discricionário do julgador. Trata-se, em verdade, de processo construtivo em constante atividade e renovação jurisprudencial, acrescidos da contribuição doutrinária qualificada, ampliando as possibilidades da nova interpretação.**

**Por derradeiro, o resgate dos princípios contratuais, incluídas nesta dimensão as cláusulas gerais, harmonizando para vincular as diretrizes fundamentais do Direito Civil ao texto constitucional.<sup>34</sup>**

### **3.1 O papel central da Constituição**

**No auge do liberalismo havia uma clara dicotomia entre o Direito público, o qual se entendia que era destinado a tratar sobre as questões referentes ao Estado, e o Direito privado, incumbido das relações privadas patrimoniais.**

**Numa época em que o individualismo era concebido isoladamente no espaço social e político e a sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.<sup>35</sup>**

**Essa separação entre o público e o privado objetivava garantir o ideal burguês de liberdade e autonomia da vontade, contudo, como demonstrou a História, foi necessário que o Estado passasse a intervir na economia e nas relações negociais privadas, na fase co-**

<sup>33</sup> COSTA, Judith Martins. 1999, p.299.

<sup>34</sup> Importante obra a respeito do tema é “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, de Claus-Wilhelm Canaris com tradução para o português feita em parceria pelos juristas Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, da Editora Almedina.

<sup>35</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.271.



nhecida como a do “Estado Social”, para garantir a existência de direitos sociais, econômicos e culturais.

Como bem destaca Ritt, “a valorização de princípios como o da dignidade da pessoa humana - que recebeu, inclusive, tutela constitucional, da igualdade (real) entre os sujeitos, da boa-fé objetiva, por meio da intervenção estatal”, foi fundamental para o desaparecimento da separação existente entre o Direito público e o privado, reconhecendo-se, pois, que “ambos os institutos visam a efetivação dos princípios constitucionais, notadamente a pessoa humana – dotada de dignidade e de necessidades – recebe destaque no vértice do ordenamento jurídico”.<sup>36</sup>

Os princípios constitucionais e as cláusulas gerais, conforme a própria natureza jurídica, têm aplicabilidade assegurada independentemente da origem da relação negocial, sejam elas de direito público ou de direito privado. Para Nalin<sup>37</sup>, a situação das relações negociais sensibiliza o julgador sobre a possibilidade de o julgador interpretar o contrato “não exclusivamente à luz do império do dogma da vontade”, mas “fazer a leitura constitucional do Direito Civil.”<sup>38</sup>

**Esta nova realidade contratual se distancia do individualismo e da grande valoração patrimonial que marcava o Código civil de 1916 e que ainda se encontra presente no atual Código civil, buscando adequar os contratos atuais aos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. É através desta nova visão dos contratos que se busca estabelecer o conceito de contrato pós-moderno. Contrato este que deve ser funcionalizado e permeado pela ótica solidarista da Carta Magna.<sup>39</sup>**

<sup>36</sup> RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A influência da constitucionalização do Direito privado nas relações contratuais.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/privado.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2008. p.8-9.

<sup>37</sup> NALIN, Paulo. 2001, p.124.

<sup>38</sup> “Num primeiro momento, cabe mencionar que, apesar de serem tratados como sinônimos, os conceitos de constitucionalização do Direito privado e de publicização do Direito Civil não são sinônimos. A segunda expressão é o processo de intervenção estatal, caracterizada também pelo dirigismo contratual, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, limitando a autonomia privada, a fim de proteger a parte hipossuficiente da relação, enquanto que a constitucionalização do Direito Civil é mais do que um critério hermenêutico, pois constitui-se na etapa mais importante do processo de transformação ou de mudanças de paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social” (LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil.* Disponível em: <<http://www.jus.com.br>. 2000>. Acesso em: 17.10. 2005, *apud* RITT, 2008, p.9).

<sup>39</sup> ZINN, Rafael Wainstein. **O contrato em perspectiva principiológica.** In: ARONE, Ricardo. (Organizador). Estudos de direito civil – constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. I p.88.

**Nesse sentido, os princípios aplicáveis aos contratos terão uma nova dimensão, eis que serão norteados pelas diretrizes constitucionais que primam pela dignidade da pessoa humana, pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.**

**Destaca-se que, do princípio da boa-fé objetiva e justiça contratual, derivam os princípios da transparência, confiança e equidade para concretizarem o objetivo constitucional de “um contrato solidário e socialmente justo.”<sup>40</sup> Para o autor, a vontade não é mais o fator preponderante do contrato, pois, agora, este espaço é da boa-fé contratual:**

**Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar, por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.<sup>41</sup>**

**A justiça contratual que se objetiva é a comutativa, de forma que cada contratante receba de forma equivalente o que entregou, afastando a abusividade de cláusulas contratuais, permitindo a revisão da avença visando manter o equilíbrio da contratação.**

**É nesse contexto de comutatividade contratual que o princípio da equidade, como fundamento da justiça contratual, deve permear o contrato, não sendo apenas um instrumento de supressão das lacunas da lei, pois o juiz deverá utilizar seu senso de equidade “quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguindo à lei, conduzem a consequências iníquas” (PERELMAN, 1996, p.163 *apud* NALIN, 2001, p.143).**

**Ainda, decorre do princípio da boa-fé objetiva a transparência, representada no dever de informação entre as partes da relação negocial. Na observância do princípio da transparência, as partes, sobretudo aquela que detém o poder econômico e que predispõe as cláusulas do contrato, deverão agir com lealdade, eliminando-se a linguagem que não seja clara, consagrando a confiança na relação negocial. Sobre a transparência e seu desdobramento, destaca Paulo Nalin:**

<sup>40</sup> NALIN, Paulo. 2001, p.137.

<sup>41</sup> NALIN, Paulo. 2001, p.138.

**E a confiança contratual nunca se fez tão importante, uma vez que cresce o desestímulo à leitura do instrumento previamente redigido, em face da incapacidade do aderente em alterá-lo, pois inexistente o poder de negociação. Do que adianta ler, se não posso modificá-lo? Assino-o e consumo o bem da vida! A confiança negocial há de ser garantida pelo respeito ao princípio da transparência (2001, p.147).**

**A informação, fator importante, não basta simplesmente constar do contrato, deve ser apresentada de forma clara e objetiva, possibilitando aos contratantes entender os termos, o objeto, as condições e os efeitos do que vai contratar. A importância da confiança, da transparência e da informação, avultam em significado frente à padronização dos contratos, considerando a supressão do iternegocial e a predisposição de cláusulas, inviabilizando a discussão do conteúdo do negócio jurídico, restando ao aderente a possibilidade de aceitar todas as disposições ou não contratar.**

**A despeito dos contratos de massa padronizados, cabe ressaltar que a autonomia da vontade passou por várias fases de redefinição, restando limitada pelo interesse público, pela dignidade da pessoa (contratante), pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva. “Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé”.<sup>42</sup>**

**O princípio da igualdade ganha novos contornos, pois a igualdade contratual no modelo clássico é eminentemente formal, havendo apenas um equilíbrio abstrato entre os contraentes. Assim, ante a real desigualdade econômica e social existente entre as partes, torna-se imperativo reconhecer que uma parte na relação negocial é mais forte que a outra, eis que detém as informações e o poder econômico. Diante desse quadro de efetiva desigualdade, agora reconhecida, efetiva-se a proteção do hipossuficiente (SENISE, 2000, p.85).**

**O princípio da obrigatoriedade, arraigado à força obrigatória dos contratos, no sentido de que faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), apregoava sua intangibilidade, uma vez que não se podia alterar unilateralmente o seu conteúdo e o Poder Judiciário não podia intervir em suas cláusulas. Não há como conceber tal princípio senão analisando-o à luz da justiça contratual, uma vez que as cláusulas abusivas podem e devem ser declaradas nulas, assim como ante o desequilíbrio das prestações, o contrato pode ser reajustado<sup>43</sup>.**

<sup>42</sup> NORONHA *apud* NALIN, Paulo. 2001, p.139.

<sup>43</sup> GHESTIN *apud* NALIN, Paulo. 2001: “só o contrato justo obriga” (p.144).

### 3.2 Eficácia processual das cláusulas gerais e dos princípios contratuais da pós-modernidade

A aplicação das cláusulas gerais remete, primeiramente, para a desvinculação do pensamento pretérito da técnica da subsunção, pois efetivamente por serem abertas, as cláusulas gerais não vêm previstas aos casos que deverão ser aplicadas.

Por sua vez, as partes que firmam um contrato e que por algum motivo tiverem de buscar as vias judiciais devem ter a consciência que a boa-fé objetiva e a função social do contrato são aplicáveis ao caso, no que couber, irradiando seu alcance para as partes<sup>44</sup>, não bastando a invocação das cláusulas gerais para obter a revisão do contrato ou a anulação de cláusulas ou, ainda, o sucesso na execução do contrato por tratar-se de matérias específicas.

A aplicação dos princípios e das cláusulas gerais deve ser o fundamento da decisão judicial quando a parte durante a instrução do processo comprovar que efetivamente agiu de boa-fé, que o contrato tornou-se excessivamente oneroso, que não detinha todas as informações necessárias, ou seja, deve demonstrar que os motivos do descumprimento são razoáveis, não bastando, reiterese, a mera alegação de que o contrato era de adesão ou que não foi cumprida a função social do contrato.

Segundo Costa,

Diferentemente das normas formadas através da técnica da casuística, na qual o critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez, a cláusula geral introduz no âmbito normativo um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas que não estão predeterminadas.<sup>45</sup>

Desta constatação conclui a autora: “a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis”.

<sup>44</sup> “Desta maneira, a relação contratual é observada como um “sistema interpessoal de coordenação”, complexo, direcionado à consecução de um fim, com deveres de prestação dos mais variados, via de regra previstos no instrumento do contrato (primários e secundários) ou decorrentes de lei (no caso dos secundários), e ainda integrada por deveres de conduta provenientes da necessária observância da cláusula geral da boa-fé, que neste caso atingem ambos os sujeitos da relação contratual”. (HENNEMANN, Alex. O contrato na pós-modernidade. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10516>>. Acesso em: 17.05.2008.

<sup>45</sup> COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

Na prática são observadas, cada vez mais, decisões que, embasadas na boa-fé objetiva, são favoráveis à revisão de contratos bancários, habitacionais e de fornecimento, a anulação de cláusulas que estipulam a cobrança de juros capitalizados mensalmente e o provimento de ações indenizatórias pelo descumprimento da proposta ofertada, como no caso de vendas ou aluguel de imóveis.

Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a boca da lei não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance. (...) Conquanto tenham estas cláusulas função primeiramente individualizadora conduzindo ao direito do caso têm, secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de instituições *"para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito"*. Assim, exemplificativamente, da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio*, e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial, em seu perfil atual.<sup>46</sup>

As decisões reiteradas, tomando por fundamento as cláusulas gerais e a dimensão da sua normatividade, destacam *"o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes"*.<sup>47</sup>

A frequente aplicação das cláusulas gerais pelos Tribunais reafirma tais paradigmas em bases concretas, renovando a interpretação dos pactos na busca das soluções dos problemas, independentemente da criação de novas leis em face de possibilidade da abertura sistêmica organizada através da nova técnica.

## Conclusão

No decorrer da História, verifica-se que o instituto do contrato acompanha, de forma peculiar, a evolução do pensamento filosófico e a evolução do Estado de cada época, muitas vezes, ficando estagnado em relação aos princípios gerais do contrato, advindos do Código Civil francês, tais como a autonomia da vontade, a sua força obrigatória e a relatividade, os quais representam a vitória dos ideais burgueses, centrada no individualismo, na liberdade e na propriedade, motivando, assim, o repensar de suas diretrizes.

<sup>46</sup> COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

<sup>47</sup> COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

**O Estado liberal define o perfil do contrato fundado na plenitude da liberdade negocial assegurada na autonomia privada ilimitada.**

**A intervenção estatal, determinada pelas necessidades de sobrevivência da própria economia, impõe como meio indispensável a limitação dos pactos.**

**As codificações civis oitocentistas limitam o direito privado, mantendo o apego ao dogma do positivismo monista e do sistema unitário, não admitindo outras normas além do Código Civil para reger as relações negociais.**

**A era das codificações, dos sistemas jurídicos fechados, o mito da unicidade, são desconstruídos e superados pela pluralidade aberta dos ordenamentos jurídicos pós-modernos.**

**A tradição do Direito Civil não mais corresponde às necessidades da sociedade pós-moderna, determinando as contratações de massa, as relações negociais internacionais, enfrentando os problemas da dominação econômica, política e cultural.**

**O contrato passou a ser instrumento não só de circulação de riquezas, mas de dominação, ficando evidente que as partes não são iguais na relação negocial, que a vontade nem sempre é a efetivamente expressada, fazendo surgir a exploração e a desigualdade.**

**O instituto do contrato na pós-modernidade absorve a orientação principiológica dominante, objetivando assegurar a dignidade da pessoa (os contratantes), a solidariedade, efetivando a adoção das cláusulas gerais.**

**O contrato assim concebido e segundo os princípios da boa-fé, da função social, da justiça contratual, deixa de ser intocável, adotando, como disciplina, a revisão das cláusulas contratuais, o equilíbrio negocial, a transparência, a lealdade, a informação clara e objetiva, na busca da igualdade material, voltado para a tutela do hipossuficiente, consoante a nova ordem contratual.**

**O descumprimento do contrato alcança as partes diretamente, estendendo efeitos e reflexos à coletividade.**

**A construção jurisprudencial assenta a eficácia das cláusulas gerais enquanto eixo hermenêutico indispensável à ensinabilidade negocial, revestida de complexidade dinâmica e recorrente dos avanços sociais.**

**O contrato, na pós-modernidade, tem evidenciada sua relevante condição de categoria jurídica vital, compondo as bases de sustentação do Estado Democrático de Direito, assegurando o desenvolvimento econômico, o crescimento econômico, garantindo a circulação de riquezas, atendendo as necessidades sociais onde avulta, em número cada vez maior, o plano das contratações individuais e coletivas de dimensões plurais.**

## Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BATISTA, Fabiana. Inadimplência do biodiesel sobe e setor queima estoques. **Gazeta Mercantil**, 18.07.2008. Disponível em: <<http://www.biodieselbr.com/noticias/biodiesel/inadimplencia-biodiesel-sobe-setor-queima-estoques-18-07-08.htm>>. Acesso em: 04.08.2008.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10/01/2002. **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: 20.05.2008.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 20.10.2008.
- CUCOLO, Eduardo. Inadimplência cai e bancos melhoram carteira de crédito no semestre. **Folha on line**, 29.07.2008, Brasília. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u427364.shtml>>. Acesso em: 04.08.2008.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *In*: **Argumentum** - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR. Volume 5. Marília: UNIMAR, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos** (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2005.
- HENNEMANN, Alex. O contrato na pós-modernidade. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1565, 14.10.2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10516>>. Acesso em: 17.05.2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**, autor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. Dos contratos em geral. *In*: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et. al. (Org.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A influência da constitucionalização do Direito privado nas relações contratuais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/privado.pdf>>. Acesso em: 08.12.2008.

SEBRAE/SP. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/principal/abrindo%20seu%20neg%C3%B3cio/produtos%20sebrae/artigos/listadeartigos/inadimplencia.aspx>>. Acesso em: 04.08.2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. (Trabalho apresentado no painel *Crise das Codificações*, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no *campus* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999).

ZINN, Rafael Wainstein. **O contrato em perspectiva principiológica**. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). Estudos de direito civil – constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. I.