

**DIREITO CONTRATUAL: DAS POSSIBILIDADES DE REVISÃO
CONTRATUAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

*CONTRACTUAL LAW: FROM CONTRACTUAL REVIEW
POSSIBILITIES TO THE DIGNITY OF HUMAN BEING*

Giovana Nascimento Deschamps *

Valmir Antônio Vargas **

Resumo: Este trabalho tem por objetivo apresentar ao meio acadêmico e aos operadores do Direito uma visão da evolução do direito contratual, examinar aspectos fáticos, influências axiológicas e alterações jurídicas que ao longo da história acabaram por ensejar a necessidade e maior facilidade jurídica de revisão e de resolução contratual. Estes objetivos por levarem em conta a importância dos contratos no cotidiano das pessoas permitem uma noção da dinâmica do Direito, tanto na relação fato, valor e norma, quanto na relação civil-constitucional e, além disso, pela relevância do estudo à compreensão da matéria constitucional, sobretudo, no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Contratual. Revisão Contratual. Cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Cláusula *Pacta Sunt Servanda*. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: The present work aims to present a view contractual law evolution to the academic community and Law operators, and also examining phatic aspects, axiological influences and legal alterations that point out the need and the better legal ease of contractual review and resolution along the history. Such objectives allow a notion of Law dynamics for taking into account the importance of contracts in day-to-day people's life, concerning the relation fact, value and rule, as well as in the civil-constitutional relation. Besides that, it is a relevant study for the understanding of constitutional subject related to the principle of human being dignity, overall.

Key words: Contractual Law. Contractual Review. *Rebus Sic Stantibus* Clause. *Pacta Sunt Servanda* Clause. Human Being Dignity.

* Graduação em Direito e em Administração de Empresas pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. <giovana.deschamps@terra.com.br>.

** Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutorando pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Coordenador do Colegiado do Curso de Direito e professor de Direito Empresarial da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogado. E-mail: vavargas@terra.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Na Idade Média, a evolução do direito contratual teve sensível desenvolvimento com o fortalecimento de um dos princípios do direito contratual que é o princípio da força obrigatória dos contratos. Partia-se, à época, do pressuposto de que as relações jurídicas advindas das convenções obrigacionais (contratos), desde que pactuadas de forma livre, podiam ser exigidas por tratar-se de atos complexos que compreendiam, além dos demais, o consentimento. Nesse contexto, destacaram-se duas cláusulas: a *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) e a *rebus sic stantibus* (manutenção das coisas no estado em que se encontram).

Posteriormente, no evoluir da história, por incidências fáticas de ordem econômica e social, em especial as de grande relevância como as revoluções e as guerras mundiais, o direito contratual experimentou alterações no seu desenvolvimento, mais significativas diante da abrangência de suas regras, tanto por incidir em uma maior quantidade de relações jurídicas quanto pela maior diversidade de objetos contratuais e, ainda, pela nocividade das consequências dos contratos, em particular, os de adesão que impulsionaram o apelo de socorro à dignidade da pessoa humana como impreterível a sua existência.

Assim é que este artigo, com todas as nuances atuais acrescidas pela nova visão civil-constitucional, pretende possibilitar aos que atuam na área jurídica e que estudam este assunto uma visão macro da evolução do direito contratual, apresentando aspectos fáticos, influências axiológicas e alterações jurídicas que acabaram por ensejar a necessidade e a maior facilidade jurídica da revisão e da resolução contratual.

Com esse escopo, no campo jurídico são apresentadas algumas das diversas formas através das quais se revestiu a dignidade da pessoa humana (hoje, princípio informador de todo o ordenamento jurídico), entre elas, as diferenças axiológicas relacionadas ao contrato do Código Civil brasileiro de 1916 em relação ao Código Civil brasileiro de 2002, indicados os princípios da nova ordem contratual e os princípios constitucionais conexos com essa mesma ordem, informando o *quanto* passou a ser facilitada a possibilidade de revisão contratual através desses princípios, e apontada a incidência implícita da boa-fé objetiva e da função social do contrato em súmulas dos tribunais.

2 ANTIGA CONCEPÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONTRATUAL (SÉCULO V ATÉ A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX)

Na Idade Média havia o modo de produção feudal num mercado bem restrito, pois o feudo era caracterizado pela “auto-suficiência econômica e pela ausência quase total do

comércio e de intercâmbios monetários. A produção era predominantemente agropastoril, voltada para a subsistência, e as trocas eram feitas com produtos, não com dinheiro” (Brasil Escola). A relação contratual mais utilizada era a do vassalo com o senhor feudal feita através de juramento de vassalagem e de fidelidade.

Foi nessa época que o contrato sofreu substancial evolução através do Direito Canônico, que pregava a obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas contratuais em função do consentimento partindo do pressuposto de que com o consentimento havia obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*). Catalan (2005, p. 49) comenta que o princípio da força obrigatória dos contratos foi muito respeitado no campo das obrigações, pois com a *inquisição e caça as bruxas* que relacionavam o descumprimento do contrato com a mentira, e, como na dogmática cristã mentir é pecar, “o faltante queimaria eternamente no fogo alimentado por Lúcifer”.

Assim, a dignidade da pessoa humana também estava atrelada a um ser superior, já que pelo cristianismo a idéia central era de que o homem foi criado por Deus de acordo com a imagem e semelhança *deste*, por conseqüência, atingir a dignidade do próximo era o mesmo que atingir ao criador (BERNARDO, 2006). Por isso, a solidariedade era considerada um dever moral, tinha a ver com caridade e fraternidade, e era imposta por meio da coerção (SANTOS, 2004, p. 109-110).

Destacaram-se como papel determinante para a exigência de cumprimento dos pactos, além da cláusula *pacta sunt servanda* que pregava o cumprimento dos pactos como norma cogente, também a cláusula *rebus sic stantibus* que previa a obrigatoriedade desde que condicionada à manutenção das condições existentes quando da conclusão do pacto.

Já na Idade Moderna, há o crescimento do comércio e acentua-se a substituição do sistema de produção feudal pelo modo de produção capitalista, tem-se ainda o Estado Absoluto (monarquia – poder divino dos reis). Logo, no intuito de libertar o Estado do absolutismo monárquico em 1789, eclodiu a Revolução Francesa com a ascensão burguesa, com a expansão do capitalismo e implantou-se o Estado Liberal (fase da pré-modernidade). (BARROSO, 2002).

Nesse período, particularmente nos séculos XVII e XVIII, com a passagem do absolutismo para o liberalismo, a dignidade da pessoa humana passou a ser compreendida, principalmente, através do pensamento de que a pessoa tinha o direito de agir conforme a sua própria razão, ou seja, como bem entendesse esse direito deveria ser respeitado inclusive pelo monarca, e do pensamento kantiano de que *o homem é um fim em si mesmo* (BERNARDO, 2006).

Prevaleceu durante o liberalismo o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme expõe Santos (1998). Segundo Reale, apareceu a concepção individualista pela qual o Estado devia exercer mínima influência na vida das pessoas, pois essas eram capazes de cuidar de si próprias sem necessitar de interferências, sendo que, se cada qual cuidasse dos seus interesses, o todo (o coletivo) estaria bem cuidado. Nessa fase, os direitos fundamentais eram apenas valores naturais (não codificados), serviam justamente para preservar a autonomia das pessoas em relação ao Estado e com base nisso a lei era interpretada.

Com o Estado Liberal, que afastou do poder a monarquia, ocorreu o advento do constitucionalismo e das grandes codificações, em especial, as dos códigos civis (Código Civil francês de 1804, e mais de um século depois, o Código Civil brasileiro de 1916). A Constituição limitava o Estado e o poder político, e, no plano infraconstitucional, era assegurada a autonomia aos indivíduos, sobretudo, a econômica. Esses códigos civis tinham como paradigma o homem com patrimônio adquirido e mantido sem a interferência do *Estado burguês*, o qual deixou de lado a grande maioria dos cidadãos. (LÔBO, 2007, p. 24, 36).

Bodin de Moraes (2000) anota que nesse contexto é possível perceber que as relações do direito privado com o direito público estavam claramente pré-definidas. E, ao citar Irti, a autora conclui que foi nesse cenário que surgiu o sentido de segurança jurídica, assim, expõe que:

A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas [...]. O 'mundo da segurança' é, portanto o 'mundo dos códigos', que consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX (BODIN DE MORAES, 2000, p. 47-63).

Segurança jurídica essa que, hoje, com a diversidade e agilidade das mutações sociais é cada vez mais difícil de os códigos sustentarem. Na codificação civil liberal prevalecia o patrimônio nas relações civis por serem a propriedade e o contrato seus principais institutos. É que por influência francesa – do Código Civil de 1804 –, impregnado pelos ideais revolucionários de 1789, a propriedade estava intimamente ligada ao contrato. O contrato e o poder de contratar eram considerados formas de manifestação da liberdade e, também, na prática, com a aplicação do direito positivo ao caso concreto, faziam circular a renda, disseminavam a riqueza ou a propriedade, pois quem tinha propriedade era rico (LOUREIRO, 2002, p. 31-32).

Para os franceses, na época, *liberdade e propriedade formavam um binômio indissolúvel*. Era *livre* perante o poder público quem tinha propriedade. Uma liberdade

simulada, já que o proprietário não podia de maneira livre dar destino à coisa, não possuía direito real em razão da propriedade. Uma das obras que continha essa concepção de liberdade e propriedade, que repercutiu através de seus idealizadores no *Code Napoleon*, foi escrita por Domat. Para esse autor, os homens eram na forma natural e jurídica diferentes, conforme a classe social a qual pertenciam. Com base nessa idéia é que foi criado o sistema do direito privado, ou seja, que em suas regras *as pessoas não passam de coisas*, sendo diferentes conforme o que de fato possuíam (LOUREIRO, 2002, p. 32-33).

Com o sentido absoluto empregado à cláusula *pacta sunt servanda*, a cláusula *rebus sic stantibus* foi esquecida nos sistemas jurídicos dos séculos XVIII e XIX (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 295). A revisão ou resolução de um contrato por força de acontecimentos supervenientes e imprevisíveis era considerada um absurdo ou, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 295), *uma verdadeira 'heresia jurídica'*.

Ocorre que, como ressalta Lôbo (2007, p. 26-28), o predomínio do patrimônio como valor maior evoluiu (atingindo inclusive o direito de família) ao ponto de deturpar a figura da pessoa humana nas relações jurídicas. Até porque, como ensina Enzo Roppo, citado por Venosa (2004, p. 381),

[...] num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de fato não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e, sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade.

Com a II Guerra Mundial, comprovado estava, de forma aterrorizadora, que o uso do ser humano como meio de conquista deveria ser banido, sobressaindo-se o pensamento de Kant de que *o homem é um fim em si mesmo*, não podendo nunca ser *coisificado* ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo, pois o homem não tem preço, e, sim, tem dignidade (BERNARDO, 2006).

Mas, já na primeira metade do século XX, a economia global sofreu grandes mudanças, mormente, com a I Guerra Mundial que causou “forte impacto nos contratos de longo prazo, celebrados antes do grande conflito” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 295). Exemplificando:

Imagine-se [...] quantas indústrias celebraram contratos para a extração e beneficiamento de carvão antes da guerra. Seria justo que tais contratos não fossem revistos após a deflagração do conflito? Poderiam os preços praticados permanecerem imodificáveis, nos mesmos parâmetros anteriores à guerra? (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 295).

Portanto, a guerra provocou um desequilíbrio em tais contratos. Ressalta-se, nesse aspecto, a lei francesa (Lei Failliot, de 1918) que permitiu a resolução contratual diante da onerosidade na execução dos contratos firmados antes da guerra. Houve, então, o *renascimento histórico* da teoria da imprevisão pela cláusula *rebus sic stantibus* (VENOSA, 2004, p. 481).

Nessa antiga concepção do direito civil (do século V até a primeira metade do século XX) vigiam com força total (como princípios absolutos) os seguintes princípios contratuais:

a) Princípio da força obrigatória do contrato, através do qual “o acordo de vontades faz lei entre as partes”. Assim, “o ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos” (VENOSA, 2004, p. 390). Ou seja, de acordo com a teoria clássica “uma vez aperfeiçoada a relação jurídica negocial, a mesma há de ser cumprida, não se admitindo a intervenção do poder judiciário para mitigação de quaisquer efeitos dela nascidos” (CATALAN, 2005, p. 50).

b) Princípio da autonomia da vontade, segundo o qual, especialmente para o liberalismo, a “vontade é a expressão da liberdade humana”, conforme Loureiro, citado por Catalan (2005, p. 46). Assim sendo, “ninguém estaria obrigado a contratar, senão mediante a manifestação livre e desimpedida de sua própria vontade”. Após o pacto, o Estado só poderia intervir para proteger a vontade já manifestada e não poderia modificar o que de forma livre foi convencionado pelas partes (CATALAN, 2005, p. 46).

c) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato - dispõe que “os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 46), isto é, seus efeitos não atingem terceiros estranhos à relação jurídica e esse é o sentido da relatividade porque não valem para todos de maneira indistinta.

3 FASE DE TRANSIÇÃO: COMEÇA A CONSTRUÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONTRATUAL

No início do século XX, surge o Estado Social (BARROSO, 2002). Esse modelo de Estado é caracterizado juridicamente pela inclusão na Constituição da organização da ordem econômica e social. Limita-se o poder político e econômico e tutelam-se os direitos das pessoas para além delas mesmas, compreendendo os direitos fundamentais necessários para uma vida digna. A doutrina do social apresentada pelos estudos constitucionais produziu a crença na socialidade, fazendo com que as pessoas passassem a exigir a possibilidade de adquirirem os bens e serviços produzidos pela estrutura econômica. Coube ao Estado o dever de assegurar a prevalência do interesse coletivo em relação ao interesse do individual para garantir essa possibilidade na busca da justiça social (LÔBO, 2007, p. 25).

A razão que na crença iluminista possuía poder quase absoluto, a partir do século XIX com Marx, nos séculos XIX e XX com Freud, sofre mudança no seu posicionamento. As conclusões a que chegaram esses pensadores provocaram profunda mudança *na compreensão do mundo*. A razão passou a dividir espaço com a ideologia e com o inconsciente, sendo que a autocrítica e o autoconhecimento encontram limites para superá-los. Mas, ainda assim, a razão não perdeu sua importância, persistindo através dela o desejo pelo conhecimento (busca de sentido para a vida) e a capacidade e competência para transformar (fazer as mudanças necessárias na vida). (BARROSO, 2002).

Para Barroso, nas décadas de 70 e 80, em diversos países, foram produzidas obras a começar pelo pensamento crítico, fruto da teoria crítica do direito que questionou o conhecimento jurídico produzido até então. Chegou a equiparar o direito a um *instrumento de dominação de classe*. Denunciou-se que “em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra”. Revela, ainda, que a dogmática do direito não pode se afastar da sociologia e da filosofia do direito como, também, de outras áreas do saber, pela importância e colaboração desses saberes ao universo jurídico. Uma de suas teses fundamentais é de que “o intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontra na lei”. Porém, no Brasil, essa teoria, embora tenha contribuído para a ciência, não produziu o sucesso obtido entre os franceses, americanos e alemães. É que, *além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional, havia aqui a ditadura militar*.

Segundo Theodoro Júnior (2004, p. 2), o Estado Social que jamais chegou ao Brasil trouxe como conseqüência “o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico, em graus que têm variado, com o tempo e com as regiões geográficas”.

A partir da segunda metade do século XX, no campo social concretiza-se a globalização com a formação de blocos econômicos e o progresso científico num contexto de muitas incertezas. De acordo com Bodin de Moraes (2000), as circunstâncias do progresso científico levaram a existência de um novo paradigma, o da pós-modernidade. A autora apresenta essas circunstâncias em três etapas, e a primeira delas é a

[...] constatação da impossibilidade de dominar as conseqüências da tecnologia [...]. A ciência baseia-se no princípio do possível/impossível, isto é, no princípio de que ‘tudo o que é possível será feito’, sendo ela incapaz de limitar a si mesma [...]. Os exemplos são da mais diversa ordem, mas bastará citar os avanços tecnológicos em relação à clonagem de seres humanos para que se perceba o alcance desta problemática (BODIN DE MORAES, 2000, p. 47-63).

A segunda é a ‘explosão de ignorância’, tamanha a quantidade de informação sem qualidade disponibilizada, sobretudo, pelo meio virtual. “À medida que crescem os horizontes do saber, cresce [também] o desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas” (BODIN DE MORAES, 2000).

A terceira circunstância consiste no fato de que o acúmulo do saber sobre o mundo “não aumentou a sabedoria da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza”. É que o racionalismo fez com que se deixasse de lado o estudo sobre religião, o misticismo, a literatura, a poesia, a política etc. Sendo assim, a aquisição de conhecimentos científicos e técnicos passou a servir apenas para a busca do poder e não para a busca da verdade científica (BODIN DE MORAES, 2000).

Mas, por outro lado, a mesma autora considera que a incerteza trouxe uma grande contribuição, isto é, a da solidariedade. Esta surgiu, pode-se dizer, quando a evolução da tecnologia permitiu ao homem a capacidade de provocar a sua própria destruição e a do planeta (BODIN DE MORAES, 2000). A solidariedade aparece como fato (e não mais como dever moral, imposta como apresentada no Direito Canônico), existente porque o homem se vê forçado a ser solidário pela necessidade de viver em sociedade, mas porque essas mesmas necessidades precisam ser satisfeitas através de “uma troca de serviços, facilitada pela própria diferença de aptidões” (SANTOS, 2004, p. 109-110).

Especialmente no Brasil, reconhece-se que o positivismo jurídico que vinha se desenvolvendo era ineficaz para os novos tempos. “A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade” (BARROSO, 2002). Também não é o caso de se voltar à concepção do puro jusnaturalismo (que defendia valores jurídicos fora ou acima do ordenamento), na qual alguns juristas buscavam o cientificismo.

Assim, começa a construção de uma nova concepção, não contrária, mas a partir do positivismo, incrementado por novos conhecimentos. Então, os valores previstos pela filosofia, que em verdade são “valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar”, foram introduzidos no Direito como princípios. Desse modo, como instrumentos jurídicos, poderiam ser mais eficazes, sendo inseridos na Constituição brasileira de 1988, de forma expressa ou, ainda, alguns, por interpretação extensiva, de forma implícita (BARROSO, 2002).

Esses princípios insertos na Constituição Federal brasileira representam a nova concepção do Direito Privado, isto é, a sua constitucionalização. Tem-se, assim, a constitucionalização do direito civil, a qual, juridicamente, é a “inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis” (LÔBO, 2007, p. 35). Ou seja, como o fundamento do direito civil ou os seus princípios foram inseridos na Constituição, tudo o que está no Código Civil, ou melhor, no ordenamento Civil, deve estar em consonância com a previsão constitucional.

A interpretação da norma civilista deve atender a esse critério de subordinação, pois, não é nada razoável, pelo contrário, é ilegal e ineficaz, tanto por ser essência como pela hierarquia estabelecida no sistema jurídico, deixar de atender a fonte inspiradora das normas infraconstitucionais, como, também, o foco existencial do ordenamento jurídico, que é o Estado Social.

Como assinala Nalin (2001, p. 31), isso parece óbvio, porém iniciamos o século XXI sem dar a devida importância aos princípios constitucionais, ao contrário, com um Código Civil de 1916 arraigado de individualismo na concepção do absolutismo da autonomia da vontade. E, mesmo com a sociedade mudada, passando do Liberal para o Social, a Constituição alterada, os códigos civis ainda continuaram na ideologia traduzindo o pensamento liberal, patrimonialista e individualista. E com a ideologia social estabelecida pela Magna Carta, o Código Civil com regras rígidas dificultava e prejudicava o desenvolvimento do direito civil.

No plano dos contratos, ante os avanços da tecnologia e a incidência de guerras e revoluções surgiu a necessidade de fazer com que o *individualismo liberal* cedesse lugar para o *intervencionismo do Estado*. A intervenção estatal, no meio jurídico, limitando a manifestação de vontade dos contratantes por meio de normas de ordem pública, denominou-se *dirigismo contratual, para que a liberdade volitiva, sem contenção, não se convertesse em abuso*, objetivando-se proteger os mais fracos. Prova disso foi a promulgação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro em 1990 (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 40-41).

A Constituição brasileira de 1988 impôs limites ao poder normativo e regulador do Estado em conformidade com os objetivos da República Federativa do Brasil e com os direitos fundamentais, sendo que nessa nova concepção, se comparada com a anterior denominada clássica, alargou-se a proteção a esses direitos. Hoje, os direitos fundamentais são invioláveis, eis que não podem sofrer interferência da ação estatal, também não o podem por ato privado, portanto, são oponíveis contra todos (*erga omnes*) (GEHLEN, 2002, p. 191-192). A Constituição brasileira trouxe princípios para regular a atividade econômica, como o

princípio da livre iniciativa, que garante a todos os sujeitos de direito liberdade para manifestarem suas vontades e comporem os seus interesses, mas dentro dos limites impostos pelo Estado (NALIN, 2001, p. 161-162).

Desse modo, conforme Gehlen (2002, p.184-185), há alterações na interpretação entre o direito privado e o direito constitucional, resultando na substituição da *incomunicabilidade pela complementaridade e dependência* entre esses ramos do direito.

E nesse processo de construção, diante das necessidades fáticas sociais, foi repensada a cláusula *pacta sunt servanda* cuja característica de obrigatoriedade era considerada a base do direito contratual. E ao ser repensada e relativizada, seu caráter absoluto foi alterado levando em consideração os princípios que embasam o direito contratual.

Ante as alterações sociais, econômicas e jurídicas que exigiam respostas compatíveis, os tribunais, com base na Constituição, na doutrina e na jurisprudência passaram a considerar implícita nos contratos a cláusula *rebus sic stantibus*, relativizando a cláusula *pacta sunt servanda*. Conforme Ruggiero, citado por Loureiro (2002, p. 258), durante séculos a teoria jurídica e a jurisprudência construíram o princípio através do qual se considerava implícita a cláusula *rebus sic stantibus* “nos contratos a longo termo e com sucessivas prestações periódicas”.

No Brasil, os princípios constitucionais que vêm contribuindo para essa mudança de paradigma e atingem o direito contratual são:

a) Princípio da dignidade da pessoa humana – pelo qual a dignidade está intrínseca na pessoa e é própria da pessoa humana. Mas, pelo fato do homem viver em sociedade, a dignidade da pessoa deve ser aumentada, no sentido de incorporar novas qualidades. O homem é um ser superior porque é racional e pode agir com liberdade. Portanto, existir é o bastante para que seja digno (NUNES, 2002). Nessa concepção personalista não há o predomínio do individual sobre o coletivo ou vice-versa, mas o reconhecimento de que existem direitos individuais e coletivos e que ambos, na medida do possível, devem ser respeitados. Ponderando-se, em cada caso concreto, a necessidade da predominância de um ou de outro. (SANTOS, 1998).

b) Princípio da razoabilidade - é “um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito” (GUERRA FILHO, 2003). Está associado à cláusula do devido processo legal. É “o juízo de valor executado pelo intérprete, na aplicação do princípio da igualdade” (NALIN, 2001, p. 49-50). Com isso, é possível concluir que “o princípio da razoabilidade determina a coerência do

sistema e que a falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade” (ZANCANER, 2001).

c) Princípio da proporcionalidade – é o que está diretamente ligado ao princípio da constitucionalidade. Na Constituição brasileira ele não está explícito, mas por ser parte integrante do Estado de Direito fica imposta a sua observação (SCHÄFER, 2001, p. 110-111). Segundo Canotilho, citado por Castro (2005, p. 86-87), esse princípio estabelece que o ato legislativo ou administrativo para estar de acordo com os preceitos constitucionais deve de maneira cumulativa atender: adequação dos meios, necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito. Para Guerra Filho (2003, p. 269), esse princípio

[...] determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial”, onde se acha insculpida a dignidade humana.

No Estado neoliberal do início do século XXI, segundo Barroso (2002), em resumo, há a ocorrência de: a) no plano internacional, a intensificação da globalização com a formação de grandes blocos econômicos e políticos, o que aumenta a circulação de pessoas, mercadorias e capitais, e, também, pelo desequilíbrio nas relações entre os países, o aumento da desigualdade mundial; b) na economia, destaca-se a rapidez no avanço da ciência e da tecnologia, sobretudo, envolvendo a informática e a engenharia genética; c) na área social, exige-se eficiência e, como consequência, a “escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser”. O Estado já não faz a sua parte, não promove as condições para a dignidade das pessoas; “na política, consoma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social”.

4 NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONTRATUAL

Passa, então, a ser predominante na doutrina e na jurisprudência a nova concepção a ser adotada pelo Direito Civil. Com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002 foram moldados os parâmetros e diretrizes da Constituição para atender a nova realidade social quanto aos “contornos da pessoa natural e jurídica, dos bens e dos fatos jurídicos” como, também, para impor uma nova compreensão dos contratos, da propriedade e da família (FARIAS, 2007, p. 13).

É que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso como direito fundamental e informador dos demais princípios, em especial no que tange aos contratos, influenciou vários outros princípios contratuais para dar-lhes uma amplitude constitucional (CUNHA, 2002, p. 260).

Em razão disso, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 32-35), as normas de direito privado passaram a proteger a pessoa sem que, com isso, precisassem prejudicar o patrimônio, o que no âmbito infraconstitucional reflete na efetiva aplicabilidade dos direitos da personalidade, ou seja, (“aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si em suas projeções sociais” e que estão dispostos nos arts. 11 ao 21 do Código Civil). Tartuce (2003) define-os como “qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícias, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça”.

Em verdade, o direito contratual sempre esteve na formalidade, através da hierarquia do sistema jurídico e através da interpretação de dispositivos constitucionais, abarcado pelo princípio da dignidade, mas como ressaltam Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 36-37), com o reconhecimento formal desses direitos da personalidade, essa imposição principiológica nunca esteve tão forte no sentido de que vem crescendo a sua aplicabilidade material sendo, portanto, inconcebível que se desrespeite o contratante, violando os seus direitos *a vida, imagem, privacidade, integridade física, a pretexto de se exigir determinada prestação*, eis que, acima de tudo, está a pessoa humana. Nesse contexto, no cumprimento do contrato, o princípio da autonomia privada e da livre-iniciativa tem lugar sim, desde que não atente contra a dignidade da pessoa humana, pois a Constituição adverte para a sobreposição de *fins superiores* em relação ao individual, regra fundamentada na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ao discorrerem sobre o princípio da dignidade, Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 38) concluem que qualquer investigação ou análise feita sobre o direito contratual deve utilizar-se também do princípio da proporcionalidade.

Destarte, o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe, porque não dispostos expressamente no Código Civil de 1916, novos princípios para o direito contratual, a saber:

a) Princípio da boa-fé objetiva. Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 75-79), por esse princípio, as partes na relação contratual possuem outros deveres, além do dever principal (de dar, fazer ou não fazer) que a doutrina classifica como: função interpretativa e de colmatação, a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e a função delimitadora de exercício de direitos subjetivos.

b) Princípio da função social do contrato. Segundo esse princípio, cabe ao contrato promover a distribuição de riquezas de forma eqüitativa, não sendo fonte de enriquecimento sem causa, nem de abuso de poder e, sim, instrumento da justiça social. Nesse sentido, deve direcionar a economia com base nos principais objetivos sociais constantes nos arts. 1º e 3º da Constituição, pois, ao transgredir o disposto nesses artigos, o contrato não estará cumprindo a sua função social, ainda que o seu objeto seja lícito (LOUREIRO, 2002, p. 52-53). É a função social com foco nos princípios da operabilidade e da socialidade. No Código Civil brasileiro, essa função social está caracterizada através de regras que reprimem os atos socialmente indesejados como, por exemplo, nos arts. 478 e 171, inciso II (SANTOS, 2004, p. 104-105).

c) Princípio do equilíbrio econômico. Consoante Lôbo, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 68):

[...] preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

E sendo assim, o Código Civil traz também a relativização dos princípios contratuais clássicos. Em referência à força obrigatória do contrato, continua a *decorrer desse princípio a intangibilidade do contrato, ninguém pode alterar unilateralmente o seu conteúdo, nem pode o juiz intervir nesse conteúdo*, essa é, portanto, a regra. Porém, há exceções, pela lei imposta que modifica parte da *substância desse princípio* (VENOSA, 2004, p. 391). Dessa forma, haverá alteração nas cláusulas contratuais ou a resolução do contrato em caso de ilicitude ou para assegurar a prevalência da ordem pública e da função social do contrato.

Quanto ao princípio da autonomia privada (evolução do princípio da autonomia da vontade), as partes continuam a ter liberdade para estipularem as cláusulas contratuais que serão respeitadas como *leis entre as partes*, desde que observem “que este não seja antijurídico, e ainda não produza efeitos anti-sociais”. A manifestação da vontade não deve lesionar a boa-fé e a função social do contrato (CATALAN, 2005, p. 47-48). Mas, também, a livre iniciativa das partes não pode ser neutralizada, nem mesmo pelo maior dos princípios do *novo* sistema contratual, o da função social do contrato (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p.39).

Já em relação ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tem-se que as disposições contratuais nem sempre interessam somente às partes. Os efeitos dos negócios jurídicos podem atingir pessoas que nele não dispuseram sua vontade. Há vários exemplos em que terceiros não participaram do negócio e podem estar a ele vinculados. (CATALAN, 2005, p. 52-54).

Portanto, é essencial para o contrato a livre expressão da vontade das partes, pois, “a liberdade jurídica transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência”. Por outro lado, essa liberdade jurídica não deve concentrar-se numa “perspectiva individualista (dogma da autonomia da vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico, mas em perspectiva coletiva” (NALIN, 2001, p. 169). Daí a busca do equilíbrio através da moderação do princípio da autonomia da vontade e dos demais princípios contratuais clássicos como, também, a necessidade do direito civil de se apoiar em outros princípios (e. g., o da boa fé, da função social e do equilíbrio econômico) nessa visão civil-constitucional exigida pelos avanços da modernidade. Assim, o Estado concede liberdades ao mesmo tempo em que impõe limitações a essas liberdades.

E, mais, como na modernidade os contratos *confeccionados* por ambos os contratantes – denominados paritários – tornaram-se inviáveis em certos negócios, ao dar margem aos contratos de adesão, surge a necessidade do uso de “mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da imprevisão” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 44).

A teoria da imprevisão é a *nova* concepção da antiga *rebus sic stantibus* que, no Código Civil de 2002, tem previsão expressa nos arts. 478, 479 e 480. Previsão essa que aumentou a possibilidade de revisão e até de resolução do contrato, ainda que a regra continue sendo a de que todo negócio pressupõe riscos, como consigna Loureiro (2002, p. 257). Apenas “a impossibilidade absoluta da prestação ou sua excessiva onerosidade libera o contratante”. Mas, a exceção à regra de que pode haver a revisão ou a resolução se ocorrerem “eventos supervenientes à formação do contrato, extraordinários e imprevisíveis pelas partes”, capazes de modificar para estes suas situações de tal forma que seja insuportável o desequilíbrio contratual (LOUREIRO, 2002, p. 258), agora, além de amparada pela interpretação dos princípios constitucionais, mormente do princípio da dignidade humana, está firme na doutrina e na jurisprudência assim como está codificada no direito civil.

E, para ressaltar a força dessa nova concepção civil, exsurge a efetiva aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato pelos tribunais, a incidência implícita da boa-fé objetiva e da função social em Súmulas dos Tribunais Superiores. É o caso da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que através desses princípios alterou o instituto da

hipoteca. Outro exemplo é o da Súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça que alterou a novação (TARTUCE, 2005). Trata-se, portanto, da efetividade dos princípios civis assegurados pela Constituição a combater “o enriquecimento sem causa, o locupletamento sem razão, a lesão subjetiva e a desproporção negocial” (TARTUCE, 2005).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes do Código Civil brasileiro de 2002, as normas constitucionais, apesar da supremacia, não recebiam dos intérpretes do direito a devida importância. O principal entrave técnico formal era o Código Civil de 1916 que dificultava na prática e em casos específicos a aplicação da justiça. Considerava-se como um sistema fechado, de regras rígidas, em que predominava o princípio da autonomia da vontade e o dever de cumprir o contrato na exata disposição de suas cláusulas.

Com as mudanças sociais, econômicas e jurídicas do século XX, esse sistema do Código Civil brasileiro de 1916 deixou de ser instrumento viável na busca de soluções para tamanha diversidade, especificidade e complexidade dos conflitos. Essas mudanças provocaram uma maior exposição, vulnerabilidade da pessoa humana, que necessitou receber a devida proteção, de acordo com sua primazia, não só da Constituição brasileira de 1988, que tem como princípio maior – a dignidade da pessoa humana –, mas também da norma infraconstitucional civilista, tanto por esta estar submetida à Constituição quanto pelo papel que lhe foi designado de defender os direitos da pessoa.

Quanto ao Código Civil de 2002, conclui-se que se trata de um diploma legal com um sistema aberto, mais dinâmico, orientador do intérprete e também com normas conexas com as normas constitucionais, o que amplia as condições de busca da justiça para o caso concreto.

No que se refere ao contrato, esse Código trouxe de forma expressa *novos* princípios, ou seja, o da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato ou da equivalência material e o da função social, além de estabelecer uma nova releitura dos já consagrados princípios da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos do contrato e de sua força obrigatória, reconhecendo-se, assim, a necessidade de submeter as normas e interpretações civilistas aos fundamentos de validade da Constituição (princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade). Esses princípios mudaram o paradigma contratual: sua eficácia não está mais subordinada apenas à vontade das partes, mas aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo essencial, portanto, a proteção dos direitos fundamentais não só pelo Estado, mas também pelos entes privados.

Com isso, a nova teoria jurídica contratual, pela exegese do Código Civil, eleva a cláusula *rebus sic stantibus* em relação à cláusula da *pacta sunt servanda*. Observa-se, também, que há a recepção da teoria da boa-fé objetiva pelos Tribunais Superiores, a exemplo das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, a de nº 308 referente à hipoteca e a de nº 286 que trata da novação nos contratos bancários, havendo na técnica melhores possibilidades de revisão contratual.

Na prática, porém, pode haver entraves, pois essa nova visão civil-constitucional exige do intérprete o conhecimento dos fundamentos constitucionais como, também, os usos e costumes que envolvem o caso concreto. Primeiro porque o Código possui cláusulas gerais e, segundo, porque diante da rapidez e das mutações sociais existem casos em que a lei civil é omissa e, por isso, o intérprete deve respaldar-se na Constituição e buscar os fundamentos da ponderação na análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 18 nov. 2007.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 8, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revistao8/Artigos/WesleyLousada.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 779, Fasc. Civ., p. 47-63, set. 2000.

BRASIL ESCOLA. História do feudalismo. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/feudalismo.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*. Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Nota prévia do coordenador. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Bahia: Jus Podivm, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. IV. t. 1.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. *Mundo Jurídico*, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto347.rtf>>. Acesso em: 18 nov. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo. Malheiros, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Bahia: Jus Podivm, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Saraivajur*, 21.05.2002. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=81>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 21 nov. 2007.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça. Flávio Tartuce, São Paulo, ano I, n. I, mai./ago. 2005. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_Funsocial.doc>. Acesso em: 25 out. 2007.

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito e Constituição. Flávio Tartuce, 2003. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/artigolenza.doc>>. Acesso em: 19 nov. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 18 nov. 2007.