

“PACTA SUNT SERVANDA” E A SUA APLICAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Mateus Silva Cidade (IC) e José Geraldo Romanello Bueno (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar o princípio contratual do “*pacta sunt servanda*” através de uma perspectiva histórica, e confrontá-lo com o atual cenário do direito civil brasileiro, com foco sempre nos contratos oriundos das relações de consumo, dentre eles os virtuais, conhecidos também como pactos de adesão. Com isso, buscamos analisar a maneira que um princípio basilar dos contratos sofreu tamanha alteração no tocante à sua aplicabilidade desde sua criação, bem como diagnosticar o avanço nas formas de celebração dos contratos com foco na realidade social atual. Portanto, o tema tratado é importante, pois a sociedade vive num contexto digital, cujo a maioria das relações são virtuais, sendo assim, essa situação reflete também nos vínculos contratuais. Dessa forma esse projeto visa comparar o “*pacta sunt servanda*” desde as circunstâncias em que foi criado, o que é importante para entender como se dá a aplicação desse princípio na atualidade. Objetivamos ainda compreender que não é possível afirmar que um contrato seja imutável e intangível como os civilistas romanos buscavam ao criarem o referido princípio, pois caso este fosse aplicado rigidamente em todos os fatos, além da possibilidade de prejudicar uma das partes, poderia colocar em risco outros princípios basilares dos contratos.

Palavras-chave: Contratos. Princípios. Contratos de adesão.

ABSTRACT

The present work has the objective of examining the contractual principle of “*pacta sunt servanda*” from a historical perspective, and confronting it with the current Brazilian civil law scenario, always focusing on contracts arising from consumer relations, among them virtual ones, also known as accession pacts. With this, we seek to analyze the way in which a basic principle of contracts has undergone such a change in its applicability since its inception, as well as to diagnose the advance in the forms of conclusion of the contracts focused on the current social reality. Therefore, the subject matter is important, since the society lives in a digital context, the majority of relationships are virtual, so this situation also reflects contractual links. In this way, this project aims to compare the “*pacta sunt servanda*” from the circumstances in which it was created, which is important to understand how the application of this principle occurs in the present time. We also intend to understand that it is not possible to affirm that a contract is immutable and intangible as the Roman civilians sought to create

the principle, because if it were rigidly applied in all the facts, besides the possibility of harming one of the parties, it could put at risk other basic principles of contracts.

Keywords: Contracts. Principles. Accession contracts.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade é dinâmica, com isso o direito deve acompanhar essa dinamicidade para que não surjam lacunas em toda a sua estrutura. Dessa forma, faz-se importante analisar o avanço que houve nas celebrações dos contratos, haja vista que a progressão tecnológica proporcionou novas maneiras de se contratar, fato que atingiu diretamente este princípio basilar dos vínculos contratuais, qual seja: "*pacta sunt servanda*", que em suma teve sua imperatividade reduzida.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

O ser humano é essencialmente sociável, entretanto o senso de sociedade precisa ser desenvolvido dentro da cultura através do ensino passado de geração a geração (CHAUÍ, 2013).

O Homem também é um ser gregário, ou seja, vive em sociedade para sobreviver e dado o crescimento das relações sociais, surgiu a necessidade de um mecanismo que mantivesse a ordem social, já que cada indivíduo buscava o seu "espaço" no Mundo.

Neste cenário apareceu o direito antes mesmo da escrita, tempo em que normalmente utilizava-se o costume como fonte de suas normas, ou seja, a tradição no conviver de determinada comunidade tornava-se regra a ser rigidamente seguida por seus atuais e principalmente os futuros participantes.

Essa constatação fica evidente quando se estuda a obra do mestre argentino Levaggi, o qual ensina que o direito com o sentido jurídico da atualidade sequer chegou a ciência dos gregos e romanos, e isto é interessante, haja vista que estes povos eram os mais avançados em conhecimento de suas épocas, ao ponto do direito brasileiro ser construído com base no direito romano. O mestre afirma ainda que o direito para tais povos constituía-se a partir dos "*mores*", definidos por Ulpiano como "*o tácito acordo do povo, arraigado por um largo costume*".

Os tais "*mores*" formavam-se através de condutas dos antepassados, realizadas em única vez, isto é, os antepassados foram divinizados porque tinham a bondade reconhecida por todos (a *boni mores*), de modo que as condutas deveriam ser respeitadas e seguida pela comunidade em geral.

Dessa forma, a justiça ou injustiça dos atos das demais gerações passaram a ser medidas segundo a conformidade ou desconformidade com os "*mores*". Ocorre que estes por não estarem grafados eram determinados em cada caso que se apresentava, quer dizer, casuisticamente, situação que propiciava extrema insegurança jurídica aos indivíduos.

Mas afinal, o que é direito? Kant, o filósofo prussiano, outrora disse que os juristas ainda não encontraram uma definição concreta para essa palavra, por outro lado, Dworkin, grande estudioso da filosofia do direito em determinado momento escreve uma tese na tentativa de conceituar este termo e pontua:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em Tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

Nesse sentido, a definição da palavra direito dada na obra “Teoria pura do direito” (KELSEN, 2014) encaixa-se perfeitamente com o ideal do Dworkin, vez que Kelsen define o direito simplesmente como ordens de conduta humana, assinalando ainda que a ordem é um sistema de normas cujo a unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.

Kelsen completa seu raciocínio afirmando sobre o fundamento de validade das normas que neste ponto há a necessidade lógica de pressupor a existência de uma norma fundamental que seria “a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”.

Dessa forma, segundo ele, a norma fundamental ordena que todos se conduzam de acordo com a norma positiva suprema do ordenamento e atribui validade a todas as normas decorrentes da manifestação de vontade do criador da referida norma suprema, assim, são essas ordens que regulam a ação humana em sociedade, às quais evitam abusos e garantem em certa medida a igualdade entre as pessoas.

A percepção do referido jurista implicava na existência de uma norma maior imposta por um legislador legítimo que vinculava todas as demais normas que fossem criadas posteriormente, sendo que estas só seriam válidas se observassem estritamente as vontades da lei soberana.

Desse modo, nota-se que Kelsen se refere ao direito como um conglomerado dessas normas que observam a lei maior e que possibilitam a igualdade entre as pessoas, o que implica dizer que em sua visão o direito visa extinguir a disparidade criada entre os homens, bem como impedir que existam fraudes em quaisquer de suas relações.

Percebe-se que o direito se trata de um “acordo” firmado entre os indivíduos pertencentes da mesma comunidade, ainda que, a aceitação por eles aconteça de forma impositiva e coercitiva, pois outrora o legislador legítimo representou toda essa comunidade em sua elaboração.

Isto posto, as normas que formam o conglomerado se subdividem em regras e princípios. As regras são um elemento constitutivo do direito, como se fossem as células do organismo jurídico, definindo-se assim uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória para se efetivar a paz social (REALE, 2014).

Melhor dizendo, quanto às regras, elas são normas a serem cumpridas, pois expressam deveres específicos de conduta, visto que foram constituídas pela sociedade com a intenção de regular todas as situações possíveis a fim de se impedir conflitos entre os indivíduos.

Já sobre os princípios, estes são valores genéricos que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam positivadas ou não (DINIZ, 2008), ou seja, os princípios servem para a efetivação da amplitude e aproveitamento do ordenamento jurídico como um todo, sendo que mesmo sem estar positivados exercem função imperativa.

Sundfeld (SUNDFELD, 1995) define princípios como as “*ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se*”. Porém, se vê com o lento e graduado processo de evolução doutrinária que os

princípios vão adquirindo caráter normativo, quer dizer, muitas vezes também impõe algo que se deva ou não fazer.

Sintetizando deontologicamente, em geral, tanto as regras quanto os princípios são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser (BRANCO, 2015).

Mateus Bertoncini (BERTONCINI, 2002), declara que inúmeras dificuldades surgiriam, caso o ordenamento jurídico fosse formado somente por regras ou apenas princípios: *“Um sistema só de regras geraria um ordenamento rígido e fechado, exigindo uma quantidade absurda de comandos para atender às necessidades naturalmente dinâmicas da sociedade”*.

Por outro lado, o Autor afirma também que: *“um ordenamento jurídico exclusivamente principiológico produziria insegurança, haja vista o elevado grau de abstração dos princípios, voltados de modo secundário à prescrição de comportamentos.”*

Não obstante, o direito Civil como todos os outros ramos do direito é formado por regras e princípios que o regula. Assim, vê-se que o direito Civil utilizando desse poder de regulamentar as relações civis, criou um instrumento chamado “contrato”, o qual foi instituído pelo Homem com o notório objetivo de evitar conflitos.

Segundo Caio Mário (PEREIRA, 2003), o contrato é: *“um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”*. Já Flávio Tartuce (TARTUCE, 2015), conceitua como: *“um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres”*.

Observa-se em consequência à análise de todo o desenvolvimento humano que as relações entre os indivíduos foram em sua grande maioria fundadas através de acordos uns para com os outros, e com isso, conseguiram manter em certa medida o padrão de convívio amigável ao influenciarem até mesmo de forma indireta no comportamento de todos.

Os acordos supramencionados são denominados de “contrato social”, ideal defendido pelos contratualistas, dentre eles *Rousseau*, o qual diz que através do contrato social os povos abrem mão da liberdade para viverem em grupo e, por conseguinte ocorre a detecção da importância de existência da relação contratual para o convívio harmônico em sociedade, ou melhor, vale dizer que o convívio em grupo fortaleceu a exigência e a importância dos contratos para manter o equilíbrio entre todos.

Assim, constata-se que os contratos em geral se desenvolveram segundo o aprimoramento da inteligência humana decorrente da convivência em conjunto, ou seja, desde os períodos mais remotos da humanidade o contrato vem sendo utilizado pelos

diversos grupos através de suas formas de se relacionarem para manterem o controle e respeito entre si.

O surgimento da agricultura, etapa em que o ser humano começou a valorizar certos espaços geográficos para o plantio de alimentos, trouxe a necessidade de que fossem estabelecidas precisas relações pactuadas de limites espaciais entre alguns grupos já que através da agricultura o homem passa a ser condicionado à ideia de propriedade.

Partindo dessas pontuações, resumindo tudo o que fora tratado até o presente, o direito apareceu na sociedade com a intenção de garantir a paridade entre as pessoas e o contrato de regular as relações baseados em normas.

Acontece que, em relação aos contratos deveriam ser levado em consideração a força de validade e cumprimento destes, ou seja, por mais que houvesse o acordo entre as partes não existia segurança quanto à sua satisfação da obrigação, provavelmente um dos motivos de tantos conflitos ocorridos nas sociedades antigas, porquanto o descumprimento do acordo acarretava disputas territoriais e até colocava em risco a própria vida, ao ponto que em certos períodos da história havia o caráter de castigo físico que levava à morte por inadimplemento de determinado acordo.

Sendo assim, somente com o passar do tempo e através da evolução histórico-social o contrato passa a ter maior vinculação jurídica e consequentemente poder coercitivo sobre as partes contratantes, inclusive originando novas modalidades de punições em se tratando de descumprimento contratual, haja vista que o contrato passou a fazer lei entre as partes com o intuito de promover a segurança jurídica e a respeitabilidade social.

Então, com base no raciocínio desenvolvido até aqui, compreende-se os reais motivos que levaram aos Romanos a criarem o princípio do *"pacta sunt servanda"*, conhecido por muitos como "a força obrigatória dos contratos", o qual deriva diretamente do princípio da autonomia da vontade.

Por autonomia da vontade entende-se que ninguém fica obrigado a contratar algo, pois todos têm total liberdade para escolher os termos e objetos de qualquer acordo, todavia, se a avença for válida e eficaz, deverá ser cumprida, ou seja, não podem ser mudadas à menos que haja concordância do outro contratante (GONÇALVES, 2015).

Partindo desse entendimento, o objetivo principal do *"pacta sunt servanda"* era estabelecer a segurança jurídica entre as relações contratuais, pois, em suma definia que os contratantes não poderiam aleatoriamente desistir ou rever o que havia sido pactuado.

O dicionário técnico jurídico de Deocleciano (GUIMARÃES, 2014) descreve tal princípio como um agente que busca o cumprimento obrigatório dos pactos celebrados pelas

partes, o que se metodicamente seguido, não aceitaria em regra a retratação ou desistência, às quais tornavam-se possíveis somente em casos extremamente excepcionais.

O mencionado princípio tem tanto poder no direito contratual ao ponto de também ser conhecido como o princípio da “força vinculante dos contratos”, ou seja, representa em essência a irreversibilidade da palavra empenhada pelas partes contratantes que se caracteriza pela impossibilidade de voltar atrás após a firmação e assinatura reconhecendo cada qual suas obrigações (GONÇALVES, 2015).

Conclui-se: o “*pacta sunt servanda*” preconiza que o acordado entre a partes tenha força de lei, fato que deveria constranger os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico firmado e sem poder ao menos discutir sobre eventuais situações que destoassem dos propósitos que levaram à realização do contrato (TARTUCE, 2015).

Dessa maneira, fica evidente que o referido princípio é um dos integrantes da base do direito contratual, pois a noção substancial dele é decorrente pelo fato das partes terem contratado entre si de forma voluntária e independente e, assim decidiram submeter suas vontades às restrições ao cumprimento do pactuado (VENOSA, 2010), portanto, não seria possível se arrepender posteriormente.

Reitera-se que desde a criação deste princípio buscava-se proporcionar estabilidade jurídica através da intangibilidade e imutabilidade nos negócios, existindo situações que chegaram ao ponto de coibirem até a intervenção judicial nos litígios envolvendo discussões contratuais, tal postura justificada no sentido que o contrato se trata de algo livre, bilateral e que a condição de paridade entre os negociantes era presumível.

Entendia-se por negócio jurídico livre o fato de as partes não estarem forçadas a firmar o contrato, dado que teriam total liberdade para assinar ou não o pacto em conformidade com suas convicções e necessidades. A bi ou plurilateralidade interpretava-se no sentido em que o negócio seria formulado por ao menos duas partes com interesses antagônicos. E por fim, levavam em consideração que todas as partes eram presumivelmente iguais em potencial, seja ele econômico, jurídico ou social.

Essa era a visão dos contratos, no entanto, sabe-se que a realidade fática atual é marcada pelo rápido avanço tecnológico vivido pela sociedade em geral e, isso tornou-se fundamental para processo de globalização.

Sobre a metodologia da globalização observa-se que está edificada nos novos processos tecnológicos, dentre eles a informática, a eletrônica, as telecomunicações e outros meios. Estas novas tecnologias estão tecendo uma nova organização do tempo e do espaço, que envolve capitais, pessoas e informações, possibilitando uma nova disposição do capitalismo em âmbito mundial.

-De acordo com Ianni (IANNI, 2000), a sociedade global:

Está articulada por emissões, ondas, mensagens, signos, símbolos, redes e alianças que tecem os lugares e as atividades, os campos e as cidades, as diferenças e as identidades, as nações e as nacionalidades. Esses são os meios pelos quais se desterritorializam mercados, tecnologias, capitais, mercadorias, ideias, decisões, práticas, expectativas e ilusões.

Pode-se notar, sentir e ver os impactos que a Internet está ocasionando na sociedade, pois esse “*é um processo simultaneamente civilizatório, já que desafia, rompe, subordina, mutila, destrói ou recria outras formas sociais de vida e trabalho, compreendendo modos de ser, pensar, agir, sentir e imaginar*” (IANNI, 2000).

O referido impacto é notório, visto que nos deparamos constantemente com situações em que as pessoas não precisam mais estarem presentes, pois conseguem se comunicar e até se verem de onde estiver, não precisam mais ir ao banco realizar transações, não necessitam mais ir às lojas escolher produtos, não querem mais ir aos restaurantes já que podem comprar e receber em suas residências. Fato é que as pessoas conseguem realizar praticamente todas as suas atividades à distância.

Neste diapasão, a sociedade tem buscado cada vez mais conforto, praticidade e agilidade em todas as esferas a que está inserida. Tal comportamento é propiciado indiscutivelmente conforme mencionado por intermédio de criações e invenções que facilitam o acesso aos bens de consumo e serviços.

Obviamente os contratos acompanharam essa “evolução”, ou seja, na maneira em que o mundo foi se tornando cada vez mais digital e virtual, os contratos seguiram a mesma lógica.

Observa-se que as relações humanas em decorrência de toda essa mudança brusca consequentemente se virtualizaram e isso atingiu aos contratos, pois, surgiram inúmeros sites de “compra e venda”, lojas virtuais, aplicativos dentre outros.

A real situação é que nos dias de hoje grande parte das relações sociais e dentre elas as contratuais são firmadas via internet, situação que forçou a elaboração e aplicação dos contratos virtuais em busca de garantir a segurança e praticidade à todos os usuários, sendo que, as suas assinaturas são realizadas com apenas poucos cliques.

Por outro lado, essa “nova” possibilidade contratual não retirou a essência dos contratos, que se configura pela: a vontade de contratar e a bi ou plurilateralidade, tampouco modificou os requisitos de validade previstos no artigo 104 do Código Civil de 2002, quais sejam: agentes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Acontece que no ato da celebração desses contratos, as partes não estão fisicamente presentes, portanto, não há como elaborar ou discutir quais cláusulas gostariam de colocar, retirar ou alterar, visto que de um lado está quem apresenta o contrato para ser assinado e de outro apenas quem assina o documento independentemente de estarem a quilômetros de distância, até mesmo em outro País.

Agora, trazendo para a relação de consumo, partindo do ponto que o sistema econômico adotado pelo Brasil é o capitalismo e que conseqüentemente há um empenho maior no incentivo à compra e venda, há uma constante desigualdade na relação entre fornecedores e consumidores.

Quando se fala de parte vulnerável, constata-se que nas relações conflituosas entre ambos, não há uma exata igualdade entre ambos, pois, o procedimento probatório privilegia a posição do fornecedor diante do consumidor.

Contudo, na intenção de se evitar a perpetuação desta concreta incompatibilidade, há a intervenção do Código de Defesa do Consumidor em relação ao procedimento, já que o consumidor obtém em regra o encargo de garantir a veracidade de suas alegações, porém, com a grande inferioridade de não possuir os meios de prova que estão em poder do fornecedor. Por conseguinte, visto que o consumidor não detém os referidos instrumentos probatórios, fica manifestamente por si só configurado o desequilíbrio na relação processual.

À vista disso, o CDC aparece como uma norma que ampara e protege aos consumidores, com o intuito de regulamentar as relações consumeristas de modo a distribuir devidamente as responsabilidades exclusivas do fornecedor e do comprador através da criação de procedimentos, prazos e penalidades.

Já no tocante aos contratos virtuais, estes são intitulados de “contratos de adesão” em concordância com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei nº 8.078 de 1990. Sabe-se que estes contratos são assim chamados por serem elaborados unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços sem que o consumidor possa discutir o conteúdo de suas cláusulas, restando apenas a opção de aderir-lo ou não.

É isso o que define o “*caput*” do artigo 54 do CDC:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Na prática, a situação ora mencionada impossibilita uma das partes de alterar as respectivas cláusulas contratuais, a parte frágil da relação, uma vez que são preexistentes e

impostas pela outra sob pena do usuário não concretizar o negócio jurídico que desejava em caso discordância com o disposto.

Melhor dizendo, não há negociação nos termos do contrato, dado que o fornecedor elabora o contrato como um todo e o consumidor representando a parte vulnerável (hipossuficiente) pode apenas aceitar as cláusulas ou não, sendo que o ato de o aceitar é efetivado através de sua adesão ao contrato.

Segundo o site do PROCON/SP com base no último artigo supramencionado, o contrato de adesão é aquele redigido somente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo e, há que se falar em suma todos os contratos celebrados digitalmente seguem essa linha, pois o consumidor é sempre obrigado a “clicar” no termo de adesão ou privacidade para que se possa prosseguir na página virtual e também em sua intenção de adquirir.

Contudo, no dispositivo do CDC anteriormente citado traz nos parágrafos algumas limitações quanto aos fornecedores no ato de elaboração dos contratos de adesão, vejamos:

[...] § 3º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º - As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Muitos consumidores ao se depararem com esse artigo da lei, após simples ou leiga leitura podem concluir de maneira equivocada que se aderirem ao contrato tendo ciência de que este possuía cláusulas que implicariam em limitação ou abusividade de seu direito, não poderiam reclamar posteriormente, dado que as cláusulas estavam em fonte tamanho doze e em destaque, até porque como já vimos, o contrato faria lei entre as partes e pelo o consumidor escolher aderir-lo, só restaria aceitá-lo tal como foi assinado.

Na realidade há muitos que pensam dessa forma, porém este posicionamento é absolutamente desapropriado. Em que pese o consumidor tenha aderido conscientemente a determinado contrato que possuía cláusulas abusivas ou limitativas de seu direito, tais cláusulas são necessariamente nulas. É o que estabelece o artigo 51 do CDC:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o

fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Entende-se em conformidade com o disposto no artigo 54, parágrafo quarto do CDC que o contrato de adesão pode conter normalmente cláusulas que limitam o direito do consumidor, entretanto, estas cláusulas não podem ser abusivas sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito, ou seja, totalmente inválidas.

Além disso, o parágrafo quarto do artigo 51 do CDC prevê a possibilidade de que o consumidor ao observar determinada cláusula e considerá-la abusiva possua a faculdade de solicitar ao Ministério Público que ajuíze a ação para declará-la nula.

Além disso, a competência para ingressar com a referida ação judicial também se estende a qualquer entidade constituída há mais de um ano, desde que se volte à defesa de consumidores e que efetivamente os representem.

Importante salientar que mesmo reconhecida a abusividade de uma cláusula contratual, o contrato não será invalidado como um todo. Tal fato deve-se ao parágrafo segundo do artigo 51 do CDC dispor que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida todo o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Isso significa que a cláusula abusiva será excluída, porém caberá ao juiz rever o contrato, buscando sua conservação e distribuindo equitativamente os direitos e deveres entre as partes a fim de manter a harmonia social.

Desta forma, observa-se que o legislador do Código de Defesa do Consumidor procurou manter a dificuldade para se romper o contrato unilateralmente pelo consumidor e sim, tão somente, estabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes.

Para tanto, o legislador tratou de impedir que estes contratos possuam cláusulas abusivas que possam prejudicar o consumidor e ao mesmo tempo, em observância ao princípio da boa-fé, evitar que o contrato seja integralmente rescindido por conta de determinada cláusula que posteriormente poderá ser ajustada por intermédio do judiciário, fazendo com que haja um equilíbrio contratual sem que nenhuma das partes seja lesada.

Isto posto, percebe-se conforme já explanado inicialmente que o princípio do “*pacta sunt servanda*” surgiu objetivando garantir que os contratos fossem estritamente cumpridos independentemente do conteúdo das cláusulas constantes no instrumento, haja vista que os contratantes eram capazes, assinavam de forma voluntária e independente, reconhecendo dessa forma a submissão de suas vontades ao adimplemento do acordado.

Mas com o passar dos tempos os estudiosos e legisladores perceberam que nos contratos poderiam haver cláusulas que seriam altamente prejudiciais a uma das partes e completamente favorável à outra, e, caso esse princípio continuasse sendo aplicado com a

intensidade que assim o era, poderia ser que se distanciasse do ideal do senso de justiça, isto é, dar a cada um apenas aquilo que lhe é seu.

Além do mais, embora o “*pacta sunt servanda*” seja um princípio fundamental das avenças, há outros princípios que podem ser violados com a aplicação severa deste último, como é o caso da função social do contrato, a boa-fé, o princípio do equilíbrio econômico ou da justiça contratual entre outros.

Sabe-se que a função social dos contratos é prevista no Código Civil de 2002 em seu artigo 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Esse dispositivo determina que o acordo deva ter alguma serventia para a sociedade, de forma que os interesses dos contratantes se adequem ao interesse da coletividade (DINIZ, 2015), ou seja, não se pode mais interpretar os contratos somente de acordo com o que foi assinado pelas partes, mas sim levando em consideração toda a realidade social que as envolvem.

Um dos motivos determinantes desse mandamento é resultante da Constituição Federal de 1988, a qual, trata nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, sobre o direito de propriedade que “*atenderá a sua função social*”. A realização da função social da propriedade se dará apenas se igual princípio for estendido aos contratos, cujo a conclusão e o exercício não interessam somente às partes que contratam, mas também à toda a coletividade.

Essa colocação dos pactos em um plano transindividual leva muitos intérpretes a temer que, com isso, haja uma redução de garantia para aqueles que firmam seus contratos pautados no entendimento de que os direitos e deveres neles acordados serão amplamente respeitados por ambas as partes.

O que a “função social do contrato” estabelece é que este não pode ser transformado em um instrumento para a prática de atividades abusivas, que causem dano à outra parte ou até mesmo a terceiros, sabendo que nos termos do Art. 187 do Código Civil de 2002: “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Assim, não há como se sustentar que o contrato deva atender tão unicamente às vontades das dos contratantes que o estipulam, porque o pactuado, por sua própria finalidade, exerce sua função social que é inerente ao poder de negociar, uma das fontes do direito, ao lado da lei, dos costumes e da jurisprudência.

O ato de contratação é correspondente ao valor da livre iniciativa definida no Inciso IV do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático

do direito. Dessa maneira, é normal que se atribua ao contrato uma função social, com o objetivo de que o acordo seja adimplido em benefício dos contratantes e sem contender com o interesse público.

Como se nota, a atribuição de função social ao contrato não visa impedir que as pessoas naturais ou jurídicas o concluam de forma livre, tendo em vista a realização dos mais diversos valores que não são medidos monetariamente. O que se exige é somente que o pacto das vontades não se afirme em detrimento da coletividade.

Portanto, observa-se que a intenção do contrato não é unicamente garantir a segurança jurídica entre os contratantes, mas sim atender a todos os interesses da pessoa humana em geral, cumprindo dessa forma a sua função social (TARTUCE, 2015).

Se não bastasse, o “*pacta sunt servanda*” se aplicado de forma desmedida poderá conflitar também com o princípio da boa-fé objetiva, o qual está previsto no artigo 422 do Código Civil de 2002: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

A partir do CDC de 1990, a boa-fé foi consagrada no conjunto de direito privado brasileiro como um dos princípios fundamentais das relações de consumo, bem como cláusula geral para o controle de cláusulas abusivas.

Entende Gonçalves (GONÇALVES, 2005) que o princípio da boa-fé obriga as partes a se comportarem de maneira correta não somente durante as tratativas, mas também durante a formulação e o cumprimento do contrato.

Segundo ele, este princípio tem como principal aspecto a probidade, que pode ser definida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de honrar todos os deveres que são dados ou cometidos à pessoa.

Já Maria Helena Diniz (DINIZ, 2015) defende que a procedência da boa-fé é caracterizada pelo esclarecimento dos fatos e conteúdo das cláusulas, o equilíbrio nas prestações, o respeito ao outro contratante, a manutenção da confiança depositada, a cooperação mútua, a contenção do enriquecimento indevido, a não divulgação de informações sigilosas, entre outros tantos.

Portanto, é uma previsão que objetiva o comportamento fiel de honestidade entre os contratantes, sendo que se torna incompatível com quaisquer condutas abusivas, visto ter a intenção de criar na relação contratual a confiança necessária e o equilíbrio nas distribuições dos riscos e encargos.

Continua Miguel Reale (REALE, 2003) afirmando que a boa-fé é o protótipo da eticidade, a qual não existe sem a intenção ou o objetivo de garantir a fidelidade ou lealdade

ao que se concretizou. Logo, observa-se as intenções dos agentes, já que a atividade ética é caracterizada pela sinceridade e probidade daqueles que dela faz parte em face do que se pode esperar que seja executado e contratado sem defeitos ou tergiversações. Diz ainda que:

[...] a boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam.

Em vista disso, ao firmar-se um contrato se espera primordialmente a boa-fé entre as partes, todavia, possa ser que um dos contratantes aja no objetivo de lesar ao outro. Neste caso, se aplicado o “*pacta sunt servanda*” em sua literalidade, o referido negócio celebrado não poderia ser desfeito ou alterado, uma vez que ambos os participantes haveriam assinado de forma livre e voluntária.

Com isso, apura-se que a natureza jurídica do “*pacta sunt servanda*” não foi alterada desde a sua criação, porém houve flexibilização quanto a veemência e imperatividade de sua aplicação.

Essa elasticidade se dá pois primordialmente conforme já exposto, o contrato deveria ser estritamente cumprido independentemente das cláusulas que o compunha, o que fazia com que fosse praticamente impossível modifica-las ou revê-las, no entanto, hoje com o entendimento de que a heterotutela é a melhor maneira de solução de conflitos, ou seja, investindo um terceiro que é o Estado de poder jurisdicional para pacificar os litígios, tornou-se possível alterar e até anular cláusulas que forem abusivas, isso sem falar da possibilidade de anulação de todo o contrato quando forem extremamente prejudiciais à outra parte.

Portanto, ao se tornar comum a prática da criação dos contratos de adesão, enfraqueceu-se o princípio do “*pacta sunt servanda*”, pois aqui não se fala mais do acerto prévio firmado entre as partes, já que a liberdade de estipulação das cláusulas está sendo em certa medida restringida. Assim, não poderia se forçar uma das partes a cumprir fielmente as cláusulas que sejam desfavoráveis à ela, como por exemplo, no caso de abusividades.

Na intenção de proteger a parte hipossuficiente desse negócio jurídico celebrado, vem o artigo 47 do CDC/90 tratar sobre a forma de interpretação das cláusulas. Vejamos: “*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*”

Tem-se também o inciso V do artigo 6º que se refere a cláusulas que se referem a prestações desproporcionais e também no tocante a revisão:

São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor veda cláusulas que sejam desproporcionais ou que onerem excessivamente o consumidor. Com efeito, posto que tais cláusulas são colocadas em um contrato tutelado à luz do direito do consumidor, são declaradas nulas e, não há que se falar no princípio do “*pacta sunt servanda*”, uma vez que este é relativizado por força de lei.

Não sendo o bastante, a referida previsão legal desta norma é interpretada pelo Judiciário no mesmo sentido, qual seja, o de relativizar o princípio em questão, na presença de o elemento finalístico desta lei, isto é, a proteção absoluta do consumidor.

Dessa forma, havendo cláusulas consideradas abusivas em contratos que a compreendam as relações consumeristas, estas devem ser declaradas nulas pelo poder judiciário sem que o consumidor se incumba de suportar qualquer ônus, ou seja, observa-se que em que pese exista o princípio da força vinculante dos contratos, tal princípio deve ser aplicado em sua literalidade quanto ao fornecedor de produtos ou serviços e, relativizado quanto à proteção do comprador.

Segue abaixo o entendimento maciço dos Tribunais das mais variadas regiões no que tange a relativização do “*pacta sunt servanda*” na atualidade:

1- AÇÃO CONSIGNATÓRIA C/C REVISIONAL. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. 1. O princípio do pacta sunt servanda não é absoluto, sendo assente na doutrina e jurisprudência a possibilidade de flexibilização desse postulado a fim de permitir a revisão judicial do contrato, para assegurar o equilíbrio entre as partes da relação negocial, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Todavia, a intervenção do judiciário deve estar justificada na demonstração cabal do desequilíbrio contratual. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PRÉVIO AJUSTE. SÚMULA 541 DO STJ. SIMPLES INDICAÇÃO DOS ÍNDICES. 2. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para caracterizar a pactuação da capitalização mensal. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE DIREITO. 4. Mostra-se desnecessária a realização de perícia contábil se a discussão envolve questões exclusivamente de direito, como a revisão de cláusulas contratuais a fim de perquirir acerca de sua ilegalidade ou abusividade. (AP 0007138-35.2016.827.0000, Rel. Des. HELVÉCIO MAIA, 4ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 22/06/2016).

(TJ-TO - APL: 00071383520168270000, Relator: HELVECIO DE BRITO MAIA NETO)

2- *PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - REVISÃO DE CONTRATO - TEORIA DA IMPREVISÃO - PACTA SUNT SERVANDA - RELATIVIDADE - SENTENÇA CASSADA. - Não é somente a teoria da imprevisão que autoriza a revisão dos contratos, uma vez que a abusividade, em aplicação do CDC, não admite ao Judiciário negar a sua extirpação. - É direito do consumidor a revisão pelo Poder Judiciário das cláusulas abusivas, uma vez que o princípio do pacta sunt servanda é dotado de relatividade.*

(TJ-MG - AC: 10702130212815001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 09/10/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/10/2013).

3- *REVISÃO DE CONTRATO. UPC. INPC. PACTA SUNT SERVANDA. I - DEVE-SE OBSERVAR O PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA, MANTENDO-SE AS CLÁUSULAS LIVREMENTE PACTUADAS, QUANDO NÃO HÁ PROVA NOS AUTOS DE QUE ESTAS REPRESENTEM ONEROSIDADE EXCESSIVA. II - APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.*

(TJ-DF - APL: 538920520078070001 DF 0053892-05.2007.807.0001, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Data de Julgamento: 18/05/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 31/05/2012, DJ-e Pág. 107).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória em certa proporção a retirada da força obrigatória dos contratos, pois no início buscava-se que as cláusulas e contratos fossem imutáveis e intangíveis, inexistindo até a possibilidade de apreciação em respectiva ação de revisão.

Todavia, a Lei 8.078/90 vem efetivar a titularidade do judiciário em poder interferir nos casos de abusividades e descompassos nas relações jurídicas, dentre elas mais claramente nos contratos de adesão.

Portanto, no contexto atual da sociedade nota-se que este princípio do “*pacta sunt servanda*” que é tão importante para o direito civil perdeu muita força, pois hoje é possível e se faz necessário que haja a possibilidade de alteração do contrato celebrado, desde que seja prejudicial a uma das partes.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. Manual prático dos contratos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. As Normas Constitucionais: Modalidades de normas constitucionais - Regras e Princípios. In: BRANCO, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. III. São Paulo: Forense, 2003. .

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. O conceito de Direito. 2006. Disponível em: <<https://www.direito.ufg.br/n/694-artigo-o-conceito-de-direito>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CHAUÍ, Marinela. O Ser Humano É um Ser Social. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013. 152 p.

DINIZ, Maria Helena. Conceitos jurídicos fundamentais: Princípios gerais do direito. In: DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 30.

_____, Maria Helena. Princípios fundamentais do direito contratual. In: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 3: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EDUCAÇÃO, Colunista Portal -. Globalização e internet. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/informatica/globalizacao-e-internet/29134>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Princípios fundamentais do direito contratual. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. In memoriam. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF - Apelação Cível : APL 538920520078070001 DF 0053892-05.2007.807.0001. 2012. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21835478/apelacao-ci-vel-apl-538920520078070001-df-0053892-0520078070001-tjdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível : AC 10702130212815001 MG. 2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117707109/apelacao-civel-ac-10702130212815001-mg>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70051316537 RS. 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22856745/apelacao-civel-ac-70051316537-rs-tjrs>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Tocantins TJ-TO - Apelação : APL 00071383520168270000. 2016. Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374347332/apelacao-apl-71383520168270000>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

KELSEN, Hans. A ordem jurídica: O direito: ordem de conduta humana. In: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MACIEL, Cristiano. A ideia de contratualismo contida na obra de Jean Jacques Rousseau: Teoria Política. Disponível em: <<https://macielcf.jusbrasil.com.br/artigos/135319320/a-ideia-de-contratualismo-contida-na-obra-de-jean-jacques-rousseau>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

PROCON. 005 - O que é contrato de adesão? Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/dpe_respostas.asp?id=17&resposta=33>. Acesso em: 07 mar. 2017.

REALE, Miguel. Função Social Do Contrato. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____, Miguel. Da Estrutura da Norma Jurídica: Das normas jurídicas em geral. In: REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Miguel. Um Artigo-Chave do Código Civil. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

SANTANA, Daniel Mendes de. Os contratos de adesão e as cláusulas abusivas: O grande fluxo de relações envolvendo consumidores e fornecedores fez com que surgissem os chamados contratos de adesão.. 2012. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/artigo/os-contratos-de-adeso-e-as-clausulas-abusivas>>. Acesso em: 06 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. Princípios contratuais no Código Civil de 2002: Princípio da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda). In: TARTUCE, Flávio. Manual de Direito civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____, Flávio. Princípios contratuais no Código Civil de 2002: Princípio da função social dos contratos. In: TARTUCE, Flávio. Manual de Direito civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Princípio gerais do direito contratual. Contrato de adesão. Novas manifestações contratuais.: Força obrigatória dos contratos. In: VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

_____, Flávio. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2008, p. 397.

WIKIPEDIA. História do direito. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_do_direito>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Validade da norma jurídica. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Validade_da_norma_jur%C3%ADdica>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Contatos: mateus.cidade@mackenzista.com.br e jose.bueno@mackenzie.br