

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS EM TORNO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Aloísio Surgik

Universidade Federal do Paraná, Tuiuti do Paraná, do Contestado, e PUCPR

“Desde a década de 80, as taxas de crescimento caíram e houve uma sequência de crises, enquanto a concentração da riqueza avançava. Por fim, o sistema neoliberal devorou a si mesmo”
(Th. Palley, economista estadunidense, responsável pelo Projeto Economia para Sociedades Abertas Democráticas, “Vozes Críticas” - Revista Carta Capital, S. Paulo, 17-dezembro-2008, p. 38).

Resumo: O estudo tem por objetivo esclarecer a origem histórica do princípio *pacta sunt servanda*, ressaltando-se alguns equívocos doutrinários, inclusive quanto à sua interpretação. Examinam-se os pactos e os contratos no Direito romano clássico, ressaltando-se a ocorrência de interpolações no período pós-clássico, com indicação de alguns critérios para detectá-las. Segue-se um exame sobre a liberdade contratual e suas raízes históricas. Após percorrer o tema pelos avanços da legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras, conclui-se com acerbas críticas sobre seus desdobramentos políticos e econômicos na atualidade.

Palavras-chaves: Direito romano, Direito canônico, História, Política e Economia.

Abstract: The study aims to clarify the historical origin of the principle *pacta sunt servanda* (pacts must be met), emphasizing some doctrinal misunderstandings, including as to its interpretation. It examines the covenants and agreements in classical Roman law, emphasizing the occurrence of interpolations in the post-classical, with some indication of criteria for detecting them. The following is an examination of freedom of contract and its historical roots. After cross the theme for the progress of legislation, doctrine and Brazilian jurisprudence, concludes with bitter criticism of their political and economic developments in the news.

Keywords: Roman law, canon law, history, politics and economics.

I. INTRODUÇÃO

Poderia parecer estranho citar um economista logo no início de um trabalho de Direito Romano. Porém, partindo do pressuposto de que Política e Direito são indissociáveis historicamente, é claro que o estudo do direito das obrigações, em que se insere o sistema contratual, pressupõe também, necessariamente, a consideração sobre suas relações econômicas. De mais a mais, seria inútil estudar o Direito Romano sem trazer suas lições para a atualidade.

O objetivo do presente trabalho é tecer algumas considerações críticas acerca desse fato, focalizando especificamente o propalado princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), particularmente do ponto de vista de sua origem e evolução histórica e, sobretudo, quanto a alguns equívocos, hoje, no tocante a sua interpretação.

Inicialmente, convém lembrar que nem toda expressão em voga na terminologia jurídica atual encontra sua origem no Direito Romano, só pelo fato de aparecer escrita em Latim. Daí a necessidade de uma análise atenta sobre as profundas transformações sofridas pelo Direito Romano, principalmente em sua transição da República para o Império e mais especificamente no final do Baixo Império por obra do imperador Justiniano. Neste sentido, é fundamental insistir na necessidade de um retorno ao ingente esforço empreendido pela doutrina romanista do final do século XIX e início do século XX acerca do problema das interpolações, especialmente no tocante ao *Digesto* de Justiniano.

Por outro lado, é necessário contrapor ao princípio *pacta sunt seruanda* a famosa cláusula *rebus sic stantibus* (permanecendo as coisas assim como estão), dois temas correlatos, ambos de origem posterior ao Direito Romano.

II. DESFAZENDO EQUÍVOCOS

É comum hoje em dia atribuir-se equivocadamente ao Direito Romano a origem do *pacta sunt seruanda*¹, elevado ao pedestal de princípio jurídico. No entanto, há mais de quatro décadas, a doutrina civilista brasileira, em parte, já se posicionava diferentemente com relação a esta questão, ao abordar o tema concomitantemente com a *cláusula rebus sic stantibus*.

Assim, Paulo Carneiro Maia, por exemplo, concentrando sua atenção particularmente na cláusula *rebus sic stantibus*², forneceu-nos interessantes informações acerca do *pacta sunt seruanda*, ao abordar especialmente a cláusula *rebus sic stantibus*. Anteriormente, José Rodrigues Viera Netto já havia ressaltado o aspecto “humanizante” desse *pacta sunt seruanda* na tese com que conquistou a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná³. Digno de menção é ainda a obra de Caio Mário da Silva Pereira⁴, que desempenhou importante papel na contribuição para este tema.

Entretanto, em retrospectiva histórica mais remota, a pesquisa leva-nos até Andrea Alciato, a quem podemos provavelmente atribuir o mérito da primeira determinação da cláusula *rebus sic stantibus*, ao estabelecer a dicotomia entre “*actu dependente ex uoluntate unius*” (ato dependente da vontade de um) e “*actu descendente ex uoluntate duorum*” (ato proveniente da vontade de dois)⁵.

Para os atos unilaterais, como, por exemplo, nas disposições de última vontade, na nomeação de tutor ou na escolha de procurador, Alciato admitia larga aplicação da referida cláusula, sempre que viesse a se modificar o estado de coisas em que tivesse sido feita a disposição. Já para os atos bilaterais, ao contrário, só se admitia a cláusula quando houvesse razão especial, principalmente se sobreviesse fato imprevisto e estranho ao conteúdo do contrato.

A investigação histórica, no intuito de conhecer as raízes referentes ao tema, contou também com a contribuição importante, na Itália, de Giuseppe Osti⁶. Mostrou-nos ele fontes filosóficas de onde extraiu os primeiros traços nos domínios da filosofia estoica, passando dos filósofos aos canonistas, às pregações de Santo Agostinho nas soluções que alicerçaram o pensamento de Tomás de Aquino e outras informações.

Não tardou que outros estudiosos do Direito Canônico dessem incremento ao tema, como Graciano -o monge que esteve recluso num convento em Bolonha, onde ensinou Direito- através de seus cânones que formam a coleção *Decretum Graciani*⁷.

¹ Um simples acesso à internet é suficiente para percebermos que atualmente é muito comum atribuir-se origem romana ao *pacta sunt seruanda*. Veja-se, entre outros, K.M. DE ARAÚJO, *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>. Acesso em 03/01/2009; S. RODRIGUES DE SOUSA, *Teoria da imprevisão e a revisão contratual em razão da crise americana*. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=950. Acesso em 03 jan.2009; N. ZUNINO NETO, *Pacta sunt seruanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem*. <http://jusvi.com/artigos/31>. Acesso em 03/01/2009; e M.A. ALVES, *Dirigismo contratual e função social do contrato*. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=857.

² P. CARNEIRO MAIA, *Da cláusula “rebus sic stantibus”*, São Paulo, Saraiva, 1959.

³ J.R. VIEIRA NETTO, *O risco e a imprevisão*, Curitiba, Editora Littero-técnica, 1956.

⁴ C.M. SILVA PEREIRA, *Lesão nos contratos bilaterais*, Rio de Janeiro, Forense, 1949.

⁵ A. ALCIATO, *Opera omnia*, t. 4, Basilea 1582, coluna 774.

⁶ G. OSTI, “La cosiddetta clausola *rebus sic stantibus* nell suo sviluppo storico”, *Riv. di dir. civile* 4,4-6 (1912) 9 ss.

⁷ P. CARNEIRO MAIA, “Cláusula ‘*rebus sic stantibus*’”, *Enciclopédia Saraiva do Direito XV* (São Paulo 1977) p. 125. Sobre o *Decretum Graciani*, A. SURGIK, *Compêndio de Direito Processual Canônico*, Curitiba, Ed. Livro é Cultura, 1988, pp. 15 ss..

Convém lembrar que o tema, passado pelo crivo dos canonistas, mereceu também a atenção dos pós-glosadores (Escola Bartolista), surgidos no século XIII, inspirados também no Direito Canônico, com possível apoio na obra de Justiniano.

Com relação especificamente à cláusula *rebus sic stantibus*, embora aparentemente tenha origem no *Digeto*⁸ (em dois fragmentos -um de Africano e outro de Nerácio-, não nos parece que seja romana. Ao contrário, concordamos com a opinião do saudoso Professor Paulo Carneiro Maia em sua citada monografia:

“Tais textos, entretanto, não obedecem a princípio constante. Não ensejam, enfim, a construção jurídica de aplicação geral. Contêm eles, quando muito, soluções para casos concretos, repassadas do espírito de equidade. A reflexão sobre o conteúdo dos fragmentos particularizados, o sentido dos conceitos clássicos que informam o direito romano -já escandidos pelos juristas- corrobora o juízo que não é novo nem original, de que a cláusula *rebus sic stantibus*, parece não assentar sua construção sistemática nas fontes jurídicas romanas”⁹.

Quanto ao *pacta sunt servanda*, mantemos também a mesma opinião, no sentido de que não é de origem romana.

A propósito, o verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito, de cuja Comissão de Redação fizemos parte, encontra-se assim redigida: “PACTA SUNT SERVANDA, v. Cláusula ‘*rebus sic stantibus*’: Locução latina que significa ‘os pactos hão de se cumprir’. Tal máxima jurídica foi estabelecida pelo direito canônico, com caráter espiritualista: *Pacta quantum cunque nuda, servanda sunt*. Pelo princípio, entende-se que os pactos obrigam os contraentes, quaisquer que sejam as circunstâncias em que tenham que ser cumpridos, muito embora atualmente sua rigidez seja atenuada por meio da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, e da teoria da imprevisão”.

É oportuno, pois, discorrer brevemente sobre o sentido romano clássico dos pactos e dos contratos.

III. OS PACTOS E OS CONTRATOS NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

Seguimos neste passo, em linhas gerais, as explicações do Professor Alfredo Di Pietro, em suas notas à edição das *Institutas* de Gaio, por ele traduzidas ao castelhano¹⁰.

“Os romanos falam da *conuentio* como de um termo geral, em virtude do qual duas ou mais pessoas entram em acordo sobre um ponto comum”¹¹. Por outro lado, o *contractus* é uma noção mais específica, porquanto consiste num acordo de vontades tendente a criar obrigações, que tem um nome civil e está protegido por uma ação (D.2,14,7,1) e são estas características que distinguem em seu conjunto o contrato romano do contrato moderno.

⁸ Eis os discutíveis textos: D.12,4,8: Neratius lib 2. *Membranarum. Quod Seruius in libro de dotibus scribit si inter eas personas quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut si diuortium intercesserit prius, quam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio: donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos affinitas quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio datur, cum sic detur, tamquam in dotem peruenturum, quandiu peruenire potest, repetitio eius non est; D.46,3,38: Africanus lib. 7. *Quaestionum. Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait ut demum recte Titio solui dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit cum stipulatio interponeretur caeterum siue in adoptionem, siue in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel seruus factus sit, non recte ei solui dicendum, tacite enim inesse haec conuentio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.**

⁹ P. CARNEIRO MAIA, *ob.cit.*, n. 12, p. 44 s..

¹⁰ A. DI PIETRO, *Gaius. Institutas*, La Plata, Ediciones Libreria Juridica, 1975, p. 209 ss..

¹¹ Cf. D.2,14,1,3.

Por sua vez, existe nos textos o vocábulo *pactum*, cujo significado não é muito claro. Em princípio, define o acordo tendente a promover a tramitação de uma ação. Por isso, na Lei das XII Tábuas¹² e na citação do próprio Gaio em D.2,4,22,1, significa algo assim como *transação*; esta noção de pacto é a que corresponde ao *nudum pactum*, que, diferentemente do contrato, não dá direito a ações, porém tão somente a exceções¹³ e cujo exemplo típico é o *pactum de non petendo* – pelo qual se podia interpor uma *exceptio pacti conuenti* para conseguir o trancamento da ação do credor reclamante da dívida, que estivesse comprometido pelo pacto de não a exigir.

Entretanto, logo surgiram outros pactos, que resultaram já confirmados pelo *ius ciuile*, tais como o *pactum dotale*¹⁴, o de *doação*¹⁵ e certos pactos *de usura*¹⁶ ou já confirmados pelo pretor, tais como o pacto *de hipoteca*¹⁷, o *de constituta pecunia* e o pacto *de juramento*¹⁸, também se agregaram aos contratos *-pacta adiecta-* os quais podiam ser ou agregados no começo, por ocasião da celebração (*in continenti*) ou logo depois da formalização (*ex interuallo*)¹⁹, como era o caso, por exemplo, do pacto dos *mutuários*²⁰ ou o que permitia fazer ao devedor pagamentos parciais²¹.

Desta forma, à idéia inicial do *pactum* como equivalente de transação (o vocábulo deriva etimologicamente de *pax*)²² e atuando como oposto ao contrato, formou uma outra idéia que o vinculou a este por sua natureza, sobretudo dentro da ideia dos juristas bizantinos, que acentuaram no pacto a ideia de *consensus* e de *uoluntas*²³.

As características dos contratos *reales* do Direito Romano eram no sentido de que não bastava o mero *consensus* para que eles se realizassem, mas era necessária a entrega da coisa. Assim, no caso do mútuo se exigia a *mutui datio*, entendendo-se por esta denominação o ato de dar do verbo latino *dare*, isto é, a entrega da coisa. Isto significa que o mutuante devia transmitir a propriedade da coisa, como diríamos hoje, para que começasse a surtir efeito este contrato.

No tempo da Lei das XII Tábuas, conforme explica Moreira Alves²⁴, *pactum*, como ocorre nos verbos *pascere* e *pacisci*, traz em si a ideia de celebração de paz, e pode ser conceituado como o acordo de vontades que visa a extinguir um vínculo jurídico entre as partes, para eliminar a pretensão de uma delas contra a outra. Assim, por exemplo, na hipótese de *membrum ruptum*, se, entre a vítima e o ofensor, houvesse um *pactum*, o ofensor, indenizando a vítima, afastava de si a aplicação da pena de talião. Portanto, nessa época, o *pactum* não tinha eficácia positiva, isto é, não fazia surgir entre as partes uma relação obrigacional, mas apenas, eficácia negativa, ou seja, extinguia um vínculo jurídico existente entre elas.

No direito romano clássico, o pretor, de início, e coerente com o princípio que vinha da Lei das XII Tábuas, continuou a reconhecer apenas eficácia negativa ao *pactum*: por ele, as partes não podiam criar, entre si, relação obrigacional nova, mas, sim, acordar na renúncia, total ou parcial, de uma delas mover contra a outra a ação decorrente da relação jurídica ante-

¹² 1,6 e 7; P. F. GIRARD, *Textes de Droit Romain*, 4ª, Paris 1913, p. 12.

¹³ Cf. D.2,14,7,4.

¹⁴ C.5,11 5.

¹⁵ C.8,54[531],35,5.

¹⁶ D.22,1,34 ss; D.22,2,7; C 4,32,12; Nov. 136, cap. 4.

¹⁷ D.2,14,17 2.

¹⁸ I. 4,6,11.

¹⁹ Cf. D.2,14,7,5.

²⁰ D.46,1,71.

²¹ D.22,1,41,1.

²² D.2,14,1; Festus, *de verb.*, “*pacionem*”.

²³ A. DI PIETRO, *ob. cit.*, p. 210.

²⁴ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 6 ed., 2000, p. 195.

rior. E se, não obstante tudo isso, a parte renunciante intentasse a *actio* contra a outra, o pretor concedia a esta a *exceptio pacti conuenti* (exceção de pacto), que a livrava da condenação pelo juiz popular. Portanto, para sancionar o pacto, bastava a concessão desse meio de defesa indireta que era a *exceptio*²⁵.

No direito justinianeu, o panorama modificou-se por completo: “os juristas bizantinos, ao invés de considerarem – como os clássicos – que a obrigação nasce do elemento objetivo (*forma* ou *datio rei*), e não de acordo de vontade, entendem que é deste que resulta a obrigação; o acordo de vontade, de mero pressuposto de fato dos contratos, passa a ser seu elemento juridicamente relevante. Por isso, Teófilo, na *Paraphrasis Institutionum* (III, 14, 2), define o *contrato* com palavras semelhantes às empregadas pelos juristas clássicos ao conceituarem o *pacto*”²⁶.

Daí a grande importância do estudo das interpolações existentes na obra de Justiniano, pois só assim poderemos perceber as profundas alterações sofridas pelo Direito Romano, com sérias repercussões na atualidade.

No caso do tema ora em apreço, tem razão José Carlos Moreira Alves em sua ponderação ao referir-se aos pactos nus e pactos vestidos (*pacta nuda* e *pacta uestita*):

“Se examinarmos o *Corpus Iuris Ciuilis*, sem a preocupação de se procurar descobrir - pelo estudo das interpolações- a evolução histórica da teoria dos pactos, verificar-se-á que, nele, as convenções, sem forma, que não se enquadram entre os contratos típicos ou entre os contratos inominados, se designam genericamente, pelas expressões *pacta*, *pactiones*, *pacta conuenta*. Por outro lado, como essas convenções, em regra, não geram -ao contrário do que ocorre com os contratos- obrigações, tendo em vista que não são sancionadas por *actiones*, os textos as denominam também *pacta nuda* ou *pactiones nudae* (pactos nus, isto é, pactos desprovidos de ação)”²⁷.

IV. O PROBLEMA DAS INTERPOLAÇÕES

Examinando-se as Constituições que Justiniano promulgou quando foi concebido o empreendimento da compilação (*Haec quae necessário, Deo Auctore*) e aquelas por ocasião das compilações já realizadas (*Summa Reipublicae, Tanta, Corde*), verifica-se que ele mesmo determinou, nas primeiras, que fossem feitas as adaptações necessárias do antigo direito para sua vigência a partir do século VI e, nas segundas, confirmou terem sido feitas tais adaptações.

Portanto, as comissões encarregadas de elaborar o *Codex*, o *Digesto* e as *Institutiones*, chefiadas por Triboniano, introduziram profundas modificações nos textos originais, não só dos jurisconsultos clássicos como das próprias Constituições imperiais. Houve acréscimos, supressões e substituições de palavras e até de períodos inteiros. Estas alterações são denominadas “interpolações” ou “tribonianismos”²⁸.

Muitos estudiosos empreenderam investigações sobre essas interpolações, a ponto de o jurista alemão Kalb ter publicado um livro sugestivamente intitulado: *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten* (A Caça das interpolações no *Digesto*), em 1897.

Nas próprias palavras do imperador Justiniano, evidencia-se a existência de interpolações, ao afirmar textualmente:

²⁵ *Idem*, p. 196.

²⁶ *Idem*, p. 197.

²⁷ *Idem*, p. 198.

²⁸ Cf. S.A.B. MEIRA, “Interpolações”, *Enciclopédia Saraiva do Direito* 45 (São Paulo 1977) 437 ss..

“Desejamos que, se encontrardes nos antigos livros alguma coisa que deva ser eliminada, supérflua ou imperfeita, tenhais o cuidado, depois de haverdes suprimido as inutilidades e suprido as lacunas, de apresentar a obra como um conjunto harmonioso e perfeito. Observai também que nas velhas leis e nas velhas Constituições que os antigos compilaram em seus livros, encontrareis algo inconveniente, o que deveis reformar e colocar em boa ordem, de forma que o que tiverdes colecionado e redigido é que será considerado perfeito e melhor, como se se tratasse da própria redação original; e ninguém ouse, ao fazer comparação com a obra de que foi extraído, considerar imperfeito o texto”²⁹.

Encontramos ainda, e também na tradução de Sílvio Meira, a seguinte afirmação do próprio Justiniano:

“Tivemos tal respeito pela antiguidade que não ousamos deixar em silêncio os nomes dos jurisconsultos: cada um dos jurisconsultos teve o seu nome conservado nos fragmentos do *Digesto*. Quanto a nós, nada mais fizemos do que acrescentar ou suprimir, onde fosse necessário, ou corrigir da melhor maneira possível, quando houvesse nas leis alguma coisa supérflua, imperfeita ou mal localizada, e dispor tudo em boa ordem. E em muitos casos semelhantes ou contrários, colocamos a regra que nos parecia mais justa e em lugar de todas as outras e a mesma autoridade legislativa foi concedida a todos os textos, de forma que tudo o que ali está escrito deve ser considerado como de nossa autoria e elaborado por nossa vontade; e que ninguém ouse comparar o texto antigo e as modificações por nós introduzidas, pois elas são numerosas e importantes e foram introduzidas com um fim útil. É de tal forma verdadeiro que, mesmo se a Constituição imperial é citada nos livros antigos, nós não a poupamos, mas a julgamos digna de ser melhorada e corrigida, em suma, tendo abandonado os nomes antigos, sancionamos, com as nossas reformas, o que estava de acordo com a realidade e as necessidades de nossa época”.

Diante da evidência de tais fatos, que comprovam as profundas alterações introduzidas nos textos romanos clássicos, por obra dos compiladores de Justiniano, muitos estudiosos se empenharam na investigação em torno dessas interpolações, em diversos países da Europa.

Assim, entre os humanistas franceses, destacaram-se Cujácio (*Cujas*), no século XVI, assim como Antônio Fabvre, também entre o século XVI e início do século XVII, e ainda, igualmente no século XVI, Bodoudoin e Hotomann.

Nesta mesma época, destacou-se por sua grande fama o jurisconsulto português Antônio Gouveia, plenamente integrado na escola humanista da França, onde viveu.

Já no século XVII, destacou-se na dedicação ao estudo dos “tribonianismos” o jurista alemão Wissenbach.

Porém, as maiores expressões nessa linha de investigações apareceram em final do século XIX, destacando-se os alemães Gradenwitz, autor de *Interpolationen in den Pandecten*, publicado em 1887, e Otto Lenel, que escreveu *Palingenesia Iuris Ciuilis*, em dois volumes, obra editada em 1889, podendo ainda ser citado, no século XIX, o francês Appleton, com sua obra *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, publicada em 1895³⁰.

A Otto Lenel³¹ e ao francês Louis Jousserandot³², devemos também a reconstituição do Edito Perpétuo de Sálvio Juliano, obras de grande importância para o estudo do direito romano clássico, particularmente do direito pretoriano, em confronto com o direito romano pósclássico.

²⁹ Constituição *Deo Auctore de Conceptione Digestorum*.

³⁰ Cf. S.A.B. MEIRA, *ob cit.*, p. 438.

³¹ O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, Paris 1901 (Trad. Frédéric Peltier).

³² L. JOUSSERANDOT, *L'Édit perpétuel restitué et commenté*, Paris 1883.

V. CRITÉRIOS PARA A ANÁLISE DAS FONTES

A pesquisa das interpolações tem obedecido a diversos processos ou critérios.

Poderíamos chamar de critério “textual” aquele decorrente de um confronto de textos em que se localizam os acréscimos ou supressões. Entretanto, pelo fato de este processo nem sempre oferecer bons resultados, torna-se necessário avançar na análise, buscando compreender o conteúdo, a essência dos textos confrontados em seu conjunto, para não se cometer a falha da interpretação literal.

Diz-se processo “sistemático” o processo de investigação da origem histórica dos institutos estudados e a sua localização no tempo. Por exemplo, um determinado texto, atribuído a um jurisconsulto romano clássico pode considerar-se interpolado se o seu sentido não corresponder à época em que ele viveu.

Por sua vez, se o mesmo jurisconsulto evidenciar afirmações contraditórias opostas, irreconciliáveis, conceitos que se repelem, é possível que uma dessas afirmações seja resultado de interpolação, tendo o texto original passado por alguma alteração, quer através de algum acréscimo, quer por uma omissão qualquer. Neste caso, o processo para a descoberta de tais alterações é chamado “lógico”. E se a discrepância não chega a ser total, mas apenas em alguns aspetos que requerem uma pesquisa jurídica, o critério para essa descoberta chama-se “lógico-jurídico”.

Existe ainda o processo “filológico”, consistente no aprofundamento do estudo acerca das alterações da linguagem através dos séculos. Assim, é sabido que o estilo bizantino é muito discrepante do clássico romano.

O critério “legislativo” é assim denominado o que consiste em analisar a doutrina do *Digesto* a partir de preceitos legais extraídos de constituições imperiais e incorporados em textos dos jurisconsultos romanos clássicos³³.

Especial destaque merece João de Castro Mendes, da Faculdade de Direito de Lisboa, por ter feito uma excelente síntese de todos esses critérios³⁴.

Às vezes, convém aliar um processo a outro, o “textual” ao “filológico”, o “sistemático” ao “histórico” e ao “legislativo”, o “lógico” ao “lógico-jurídico”, uma vez que um critério isoladamente pode resultar falho.

Emílio Albertario, que também prestou grande contribuição para o estudo das interpolações, assim classificou os critérios: 1) textual; 2) histórico; 3) lógico; 4) lógico-jurídico; 5) legislativo; 6) sistemático ou metodológico; 7) filológico; 8) exegetico; e 9) diplomático. Entende-se como “diplomático” o que torna evidente a interpolação nos erros provenientes de cópias³⁵.

Exemplos de interpolações, certamente encontramos em número incalculável. Um simples exame sobre as Institutas de Gaio em confronto com as de Justiniano ou com o *Digesto* já abre um grande caminho. O caso das obrigações já é um exemplo, como veremos a seguir:

Gai.1,48: *Sequitur de iure personarum alia diuisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt quaedam alieno iure subiectae sunt* (Segue-se outra divisão do direito das pessoas. De fato, certas pessoas são autônomas (*sui iuris*), outras estão submetidas ao direito alheio (*alieni iuris*). O mesmo texto aparece ligeiramente interpolado em D.1,6,1 pr.: *De iure personarum alia divisio sequitur: quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iure subiecti sunt*. Verificamos que a alteração do texto, neste caso, limita-se apenas a substituir a conjunção do

³³ Cf. S.A.B. MEIRA, *ob. cit.*, p. 442.

³⁴ J. DE CASTRO MENDES, *História do direito romano*, Lisboa, s/data, p. 497.

³⁵ E. ALBERTARIO, E. *Introdizione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 54.

Latim *nam* (que significa: porque, pois, de fato, com efeito) pela forma pós-clássica *quod*, conservando o mesmo sentido na tradução.

Poderíamos dizer que se trata aqui de uma interpolação meramente “textual”, sem maiores consequências.

Porém, no texto a seguir, a questão já é mais complexa:

Gai. 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur, uel ex delicto* (“Agora, passemos às obrigações, cuja divisão fundamental se reduz a duas espécies, pois toda obrigação nasce ou de um contrato ou de um delito”).

Curiosamente, no *Digesto* de Justiniano, este texto aparece interpolado, sob suposta fundamentação em outra obra atribuída a Gaio (“*Aureorum*”), nos seguintes termos:

Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex uariis causarum figuris (As obrigações nascem ou do contrato, ou do malefício, ou pelo próprio direito de várias figuras de causas)³⁶.

Como se vê, no primeiro fragmento, extraído das Institutas de Gaio, a afirmação é no sentido de serem fontes das obrigações tão somente o contrato e o delito, enquanto no segundo fragmento, incorporado ao *Digesto* e extraído do livro “*Aureorum*”, atribui-se a Gaio a afirmativa da existência de outras fontes de obrigações (*ex uariis causarum figuris*), além do contrato e do delito.

Conforme já expusemos em outra ocasião³⁷, nas Institutas de Gaio, com muita frequência, um tema é ligado a outro mediante fórmulas cômodas, sem esclarecimento da ligação conceitual ou da razão pela qual tal matéria é abordada nesta ou naquela ordem. Por exemplo, da exposição acerca dos direitos hereditários, passa-se abruptamente para o campo das obrigações, simplesmente com as seguintes palavras: *Nunc transeamus ad obligationes* (agora, passemos às obrigações). Ademais, é de se ressaltar que, nas reproduções mais fiéis do manuscrito de Verona, nem todas estas palavras (*nunc transeamus ad obligationes*) se encontram presentes, tendo havido acréscimos de algumas por ocasião das subseqüentes leituras, em que se recorreu às Institutas de Justiniano como subsídio. De fato, se examinarmos a edição de Dubois³⁸, veremos que a expressão *nunc transeamus* não existe, o que dá margem a suposições de que Gaio teria proferido menos palavras para ligar um tema a outro, passando diretamente ao assunto: *Ad obligationes* (Às obrigações).

Nas Institutas de Justiniano (3,13 pr.), encontramos uma definição de obrigação: *obligatio est iuris uinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae, secundum nostrae ciuitatis iure* (a obrigação é o vínculo jurídico que nos força à necessidade de pagar algo segundo o direito da nossa cidade).

Trata-se aqui do antigo *nexum*, que aparece na Lei das XII Tábuas³⁹ vinculado à *mancipatio* e representa sob seu aspecto ativo *-creditum-* o chamado pela doutrina posterior, a partir dos Glosadores e Pós-Glosadores, direito pessoal, em contraposição ao direito real, ao qual Gaio já havia feito referência de certa forma⁴⁰. Porém, essas denominações não são romanas, já que os juristas romanos falavam somente das ações (*actiones in rem; actiones in personam*)⁴¹.

³⁶ D.44,7.

³⁷ A. SURGIK, *Gens Gothorum. As raízes bárbaras do legalismo dogmático*, Curitiba, Livro é Cultura, 2004, p. 16.

³⁸ E. DUBOIS, *Institutes de Gaius*, Paris 1881.

³⁹ XII Tab. 6,1. P.F. GIRARD, *Textes, cit.*, p. 15: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (Se alguém cumprir a solenidade do *nexum* e do *mancipium*, que a suas palavras sejam a expressão do direito).

⁴⁰ Gaio 2,1-96.

⁴¹ Cf. A. DI PIETRO, *ob. cit.*, p. 209.

O grande número de interpolações descobertas pelos romanistas motivou-os a partir para o vasto campo da investigação de suas origens históricas.

As três principais realizações do imperador Justiniano -o *Codex*, o *Digesto* e as *Institutiones*- apresentam em seu conjunto um traço comum que as distingue das Novelas. São um misto de direito romano e direito bizantino⁴². Há direito clássico puro ao lado de outras introduções introduzidas por Triboniano e seus auxiliares. Quais as origens dessas alterações? Seriam elas uma criação original dos jurisconsultos, advogados e professores escolhidos pelo imperador para a apresentação da obra segundo suas imposições?

Certamente, aprofundando a essência da obra e separando um a um seus elementos constitutivos, podemos constatar que as interpolações descobertas pelos estudiosos não tem todas elas a mesma origem, sendo algumas anteriores a Justiniano, outras contemporâneas a ele e outras ainda posteriores.

De fato, algumas interpolações e glosas já existiam antes nos textos que foram recolhidos pelas comissões nomeadas por Justiniano; outras ocorreram depois. Porém, a imensa maioria foi realizada pelas comissões dirigidas por Triboniano em obediência à política de Justiniano, e aquelas que lhe foram posteriores, em grande parte sofreram sua influência.

VI. A LIBERDADE CONTRATUAL E SUAS RAÍZES HISTÓRICAS

No estudo do *pacta sunt servanda*, é necessário levar em consideração a mudança de sentido que sofreu o *pactum* do direito romano clássico em seu deslocamento histórico para o regime imperial e depois para a Idade Média através principalmente dos canonistas.

Em pesquisa realizada acerca das raízes históricas da liberdade contratual pelo Professor Tammo Wallinga, da Erasmus School of Law, Rotterdam/Universidade de Amsterdã⁴³, vimos confirmado o que já afirmávamos há tempo⁴⁴, isto é, que a *uoluntas* (vontade), enquanto no direito romano clássico, em qualquer relação jurídica, considerava *quid actum est*, ou seja, avaliava a vontade objetivamente, através de sua manifestação oral ou escrita, já na época de Justiniano, o intérprete devia, ao invés, considerar *quid senserit*, qual a vontade do agente. Em outras palavras, devia perscrutar antes de tudo sua vontade efetiva.

Isso se explica pelo ambiente teológico da época, em que o elemento vontade, na perscrutação do pecado, era levado ao extremo, considerando-se a estreita ligação política de Justiniano com a Igreja.

É evidente que essa prática, imbuída da dogmática religiosa, transfundiu-se para as relações jurídicas, com profundas repercussões até hoje, desembocando na concepção dogmática do Direito.

Convém ressaltar que, da evolução histórica do conceito de liberdade contratual, chegamos a entender paralelamente o verdadeiro sentido da autonomia da vontade, que acabou por culminar historicamente como dogma, sobretudo do século XIX até os nossos dias.

Considerando-se que o século XIX foi o século do chamado Movimento Codificador Moderno, a partir do Código Civil francês de 1808, que serviu de modelo aos demais códigos civis promulgados ao longo dos anos subsequentes, facilmente podemos entender o significado da autonomia da vontade, erigida então ao pedestal dogmático, em ligação estreita com o pensamento e a prática do individualismo liberal burguês.

⁴² S.A.B. MEIRA, *ob. cit.*, p. 441.

⁴³ T. WALLINGA, Textos distribuídos aos congressistas durante o XI Congresso Internacional e XIV Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, em Lisboa, nos dias 4, 5 e 6 de fevereiro de 2009.

⁴⁴ A. SURGIK, *ob. cit.*, p. 96.

Retroagindo historicamente a partir de Justiniano, ainda encontramos no *Digesto* um texto do jurisconsulto Paulo⁴⁵ que se pode considerar genuinamente romano, no sentido de que o simples *pactum* não gerava obrigação, mas tão somente exceção.

Porém, a partir da Idade Média, por influência religiosa, o *pactum* já se desloca claramente para o sentido de contrato, em virtude do juramento.

Assim, no *Decretum Gratiani*, encontramos clara confirmação a este respeito:

Entre o juramento e a palavra dos fieis não deve haver diferença alguma. A causa deste juramento é, que qualquer um que jure, jura que é verdade o que diz. E por isso o Senhor não quer que haja distância alguma entre nosso juramento e falar, porque como convém que não haja perfídia no juramento, assim em nossas palavras não deve haver mentira alguma tão pouco, porque ambas, o perjúrio e a mentira, são castigadas pela pena do juízo divino, como a Escritura diz “uma boca mentirosa dá morte à alma”⁴⁶. Assim, qualquer um que diz a verdade, jura, porque está escrito “a testemunha não mente”⁴⁷ (*Inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentia. Iuramentum huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod uerum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam uult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam conuenit esse perfidiam, ita quoque in uerbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, diuini iudicii pena damnatur, dicente scriptura “os quod mentitur occidit animam”. Quisquis ergo uerum loquitur, iurat, quia scriptum est “Testis Fidelis non mentitur”*⁴⁸).

Já entre os Glosadores, com fundamento em Graciano, aparece com mais evidência a identificação entre os pactos e os contratos, no sentido de que por meras palavras nuas alguém pode obrigar-se, independentemente de estipulação:

Videtur, quod aliquis obligatur nudis uerbis, licet non intercessit stipulatio, ut extr. de test. Iudicante 22 q. 5 iuramenti et infra e. q. 5 quia Ioannes. Quod uerum est. Et potest dici, quod competit actio ex nuda promissione, scilicet condictio ex canone illo infra 22 q. 2 iuramenti (Parece que alguém se obriga por palavras nuas, ainda que não tenha havido uma estipulação, como em 22 q. 5 c. e 12 q. 2). O que é verdade. E pode-se dizer que se dispõe de uma ação com base em uma promessa simples, quer dizer, a condictio baseada em C. 22 q. 5 c. 12⁴⁹.

Especial destaque merece Accursius, falecido em 1263, que, em sua Glosa ao texto do *Digesto*, 2,14,7,5, até parece mostrar-se estimulado a defender uma espécie de pudor diante dos pactos nus, enumerando de seis a nove modos com que procura vesti-los:

... Et not. Quod pactum sex modis uestitur. 1. Re, ut in mutuo, & similibus: ut Institut. quibus modis re contr. oblig. In princip. & per totum. 2. Item uerbis: ut Institut. de uerb. oblig. in princip. 3. Item litteris: ut post biennium in chirographo: ut Institut. de lit. ob. 4. Item consensu: ut Institut. de doob. Ex consensu. 5. Item cohaerentia contractus: ut hic. 6. Item rei interuentu: ut in contractibus innominatis: ut eod. § sed & si in alium... 7. Possunt addi duo modi, scilicet rei principio: ut de pollicit. J. § j. 8. Item legis auxilio, quod potest dici in omni pacto, quod actionem parit: ut dixi proxim. §. 9. Item secundum quosdam uestitur iureiurando: ut de operib. Lib. L. ut iurisiurandi (E nota que o pacto é vestido de seis maneiras. 1.

⁴⁵ D.2,4,4: *Sed cum nulla subest causa, propter conuentionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (Entretanto, quando não existe causa alguma, consta que não pode constituir-se obrigação com base na convenção; portanto, o simples pacto não gera obrigação, mas exceção).

⁴⁶ Sabedoria 1,11.

⁴⁷ Provérbios 14,5.

⁴⁸ C. 22 q. 5 c. 12. Cf. T. WALLINGA, *Textos, cit.*, 3.

⁴⁹ J. TEUTONICUS, (1180?-1252), *Glossa promiserint ad Decretum Gratiani C.12 q. 2 c. 66 (1216-1217)*. Cf. T. WALLINGA, Texto 4. Sobre a forma de citação do *Decretum Gratiani*, A. SURGIK, *Compêndio de Direito Processual Canônico, cit.*, p. 31.

Transferindo uma coisa, como no mútuo e em outros casos semelhantes, como em *Inst.* 3,14.2. Também com palavras, como em *Inst.* 3,15.3. Também por escrito, como depois de dois anos de um quirógrafo, conforme *Inst.* 3,21. 4. E ainda por consenso, como em *Inst.* 3.22.5. Ademais, pela relação com um contrato, como aqui. 6. Além do mais, porque intervém uma coisa, como nos contratos inominados, conforme acima, em D.2,14,7,2. ... 7. Podem ser acrescentadas ainda duas maneiras, ou seja, por começar com um coisa, como adiante, em D.50,12,1, 1.8. Além disso, com a ajuda da lei, o que pode ocorrer em caso de pacto simples que gera uma ação: como foi dito acima no parágrafo mais próximo. 9. Além do mais, segundo alguns, podem vestir-se através de um juramento, como abaixo, em D.38,1,7)⁵⁰.

VII. DESDOBRAMENTOS HISTÓRICOS

Na medida em que o conceito romano de *pactum* passou a identificar-se com o conceito de contrato, isto é, quanto mais os pactos nus se tornaram vestidos, mais se intensificou o dogma da autonomia da vontade.

De Accursius, entre outros juristas medievais, podemos passar a Arnoldus Vinnius, já da época renascentista (1588-1657):

Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo et simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quae stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatae et utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non disposite, ut loquuntur, Nec serio, sed vel narrative, vel per jocum et aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio nascatur (...) (Consta que pelo uso já foi recebido há muito, que inclusive com base em um pacto nu e simples se dá uma ação, de maneira que a força de um pacto hoje em dia é a mesma que de uma estipulação. Tão só nos lembramos de que é necessário distinguir as promessas sérias, pensadas e úteis das inconsideradas, temerárias e inúteis, quando alguém – como dizem – pronuncia algo sem ordem nem seriedade, mas que, seja por contar algo, seja por enganar ou fazendo outra coisa, para que das primeiras, não das últimas nasçam uma obrigação e uma ação)⁵¹.

Na mesma proporção, porém, em que o *pacta sunt servanda* produziu um forte impacto ao identificar o pacto com o contrato, desenvolveu-se naturalmente a cláusula *rebus sic stantibus*, por imperativo óbvio do próprio bom senso, pois seria realmente absurda a exigência do cumprimento de qualquer obrigação, na hipótese de as circunstâncias se modificarem profundamente por ocasião da sua execução.

Trata-se de dois temas correlatos (*pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*). O primeiro para preservar a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a segurança jurídica, tal como tem sido o entendimento liberal burguês. O segundo visa a “proteger o bem comum, o equilíbrio contratual, a igualdade entre as partes e a certeza de que o interesse particular não predominará sobre o social”⁵².

Exatamente por isso, é impossível hoje falar de *pacta sunt servanda* ou de *rebus sic stantibus* sem considerar a teoria da imprevisão que tem merecido ultimamente a maior atenção por parte dos estudiosos.

Nesta linha de evolução, a doutrina e a legislação brasileira avançam significativamente, entre outras razões, levando em conta que grande parte dos contratos atualmente é o dos chamados *contratos de adesão*, em que uma parte estipula previamente as cláusulas (predisponen-

⁵¹ A. VINNIUS, *In IV libros Institutionum commentaries, ad Inst.* 3,14,2 n. 11. T. WALLINGA, Texto 16.

⁵² N. ZUNINO NETO, *ob. cit. ut supra*.

te) e a outra (aderente) simplesmente as aceita, sem qualquer possibilidade de as modificar, como seria de sua vontade.

É evidente que tal limitação fere o próprio princípio da liberdade contratual, uma vez que a parte economicamente mais forte domina em relação à outra, obrigando o aderente a admitir disposições que lhe são prejudiciais, em face da necessidade de sobrevivência financeira.

Isso ocorre com muita frequência nos contratos bancários, a ponto de já ter provocado a reação do Poder Judiciário: "... as empresas que contratam com os bancos não o fazem numa situação de igualdade, mas em verdadeiros contratos de adesão, em nítida inferioridade. É preciso recompor o equilíbrio"⁵³.

VIII. AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É inegável que, de um tempo para cá, a legislação brasileira também teve um avanço muito importante nesta questão.

Não só a Constituição de 1988, mas de um modo muito especial o Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, vem desempenhando papel decisivo nesta evolução.

A primeira abre um grande leque em defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos de cidadania em seu artigo 5º; a segunda, além de dispor sobre as cláusulas abusivas dos contratos (artigo 51), traz no artigo 47 o princípio da interpretação pró-consumidor.

Eis o texto do art. 47: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

No que diz respeito especificamente à proteção ao efetivo equilíbrio contratual numa relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é claro em outro artigo:

Art. 6º: "São direitos básicos do consumidor:

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

Verifica-se, pois, que a lei brasileira mais recente reforça a teoria da lesão, impedindo a continuação dos abusos que vinham camuflados pela presumida intangibilidade da vontade contratual do *pacta sunt servanda*.

Trata-se de uma nova concepção do contrato, em que o dogma da autonomia da vontade deixa de ser o núcleo central, surgindo em seu lugar o elemento básico da sociedade: o interesse social.

Ademais, a grande transformação que veio também a ocorrer, esta através do novo Código Civil brasileiro (Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), para relativizar os antigos dogmas da autonomia da vontade e do direito absoluto de propriedade, foi o princípio da boa-fé objetiva:

Art. 113: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração".

Todavia, não obstante tais avanços, que são importantes, o novo Código Civil brasileiro de 2002, em grande parte, assenta-se ainda num contexto que não o atual, é um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, predominantemente de patrimônio imobiliário...

"Código coerente com o sentido do individualismo jurídico, ou seja, um tipo cuja preocupação é a de dar conta do indivíduo, ou ainda, do sujeito de direito..., do sujeito que contrata,

⁵³ Revista dos Tribunais 629/253.

que se obriga, que vai adimplir com as obrigações assumidas, que pode estar em mora, que vai responder pela mora na *perpetuatio obligationis*, enfim, com todas as consequências das obrigações, o sujeito que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar num projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte...”⁵⁴.

IX. AVANÇOS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

As críticas acima apontadas evidenciam-se como importantes avanços na doutrina brasileira, que certamente haverão de suscitar mais avanços na futura legislação.

A questão que se coloca é a de saber que vem ocorrendo mudanças práticas e efetivas nas bases que sustentam o Estado e a sociedade, especialmente no campo dos contratos.

“Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva de probidade e de boa fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes de informar relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, num País vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostando qualquer intenção legislativa”⁵⁵.

Cada vez mais, a doutrina civilista brasileira inclina-se a fortalecer a “teoria da imprevisão”, com a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de que, alteradas as circunstâncias, a execução da obrigação contratual não pode ser exigível nas mesmas condições pactuadas anteriormente, o que leva a uma idéia de exigibilidade diversa por ocasião da execução.

Pode-se, portanto, definir assim a cláusula *rebus sic stantibus*: “cláusula que permite a revisão das condições do contrato de execução diferida ou sucessiva se ocorrer em relação ao momento da celebração mudança imprevista, razoavelmente imprevisível e imputável às partes nas circunstâncias em torno da execução do contrato que causem desproporção excessiva na relação das partes, de modo que uma aufera vantagem exagerada em detrimento da desvantagem da outra”.

Em termos de comparação entre o atual Código Civil brasileiro e o anterior, que não pode ser subestimado, levando-se em conta a grande influência que ainda exerce no pensamento jurídico brasileiro, é de se considerar que, sob o ponto de vista filosófico, o Código de Bevilacqua era filho do positivismo dominante na intelectualidade do sul do país (Rio de Janeiro e São Paulo) e herdeiro, também, da Escola do Recife, de inclinação evolucionista, consagrava os princípios do liberalismo e do individualismo, principalmente em matéria contratual e de propriedade. Clóvis Bevilacqua era positivista, inclinado para o empirismo evolucionista e, no campo do direito, profundo admirador de R. Von Jhering, J. Kohler e H. Post⁵⁶.

Em face disso, o novo Código Civil brasileiro ainda é de cunho eminentemente patrimonialista. Na sua parte geral, consagra a categoria negócio jurídico (arts. 104 e seguintes), no que se distancia do Código de 1916, que havia seguido a figura mais genérica do ato jurídico.

Ora, já Orlando Gomes combatia energeticamente essa postura:

⁵⁴ L.E. FACHIN, *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 2ª, Rio de Janeiro-São Paulo, RENOVAR, 2003, p. 29.

⁵⁵ *Idem*, p. 331.

⁵⁶ S. MEIRA, *Clóvis Bevilacqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, Ed. Universidade Federal do Ceará, 1990, p. 245, cit. por F. AMARAL, “O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma justificativo-decisório”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STUDIA IURIDICA* 90 (2007) p. 38.

[...] tanto do ponto de vista teórico como prático, político como técnico, a conservação da categoria negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reentronizá-lo numa parte geral do Código Civil, hoje despropositada, não passa de vã tentativa de salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não sejam crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir⁵⁷.

De fato, a categoria negócio jurídico, uma das fórmulas mais refinadas de elaboração teórica da ciência jurídica, bem como sua respectiva dogmática, estão a merecer profunda revisão crítica, pois desde sua entronização como instrumento máximo de realização da autonomia privada pela Pandectística alemã no texto do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), já são passados mais de cem anos. Tem razão, pois, Leonardo de Andrade Mattietto, ao sustentar, com apoio em Scalsi⁵⁸ e Reale Júnior⁵⁹:

Na época da “crise dos fundamentos”, o negócio jurídico não deve ser mistificado, enquanto o sistema jurídico se vê pressionado pela complexidade social e pelos desafios tecnológicos, e notadamente entre tutela da pessoa e exigências do mercado.

Evidentemente, embora o mercado pretenda impor as suas escolhas ao legislador e ao juiz, a aceitação do mercado como princípio diretivo da ordem jurídica é uma idéia inadmissível. Não o mercado, mas a pessoa é o valor de vértice do sistema jurídico. Como expressão de uma lógica econômica e patrimonial, o mercado deve ficar em posição subordinada e funcionalizada ao respeito pela dignidade da pessoa humana e pelas situações jurídicas não-patrimoniais (Constituição de 1988, art. 1º, III).

O princípio da autonomia privada, com as suas variantes de autodeterminação e autovinculação, cedeu lugar a um novo direito obrigacional, que acolhe no seu próprio âmago os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva⁶⁰.

Acontece que vivemos hoje uma profunda crise, extensiva aos mais diversos setores da sociedade, inclusive ao campo do direito, como é voz praticamente unânime. Qual seria a causa dessa chamada “crise do direito”?

Eis a explicação do Professor Francisco Amaral⁶¹:

“O pensamento jurídico está em crise porque em crise estão as teorias jurídicas formais e racionalistas do pensamento sistemático, dominante na modernidade, principalmente no século XIX, o século das codificações. Era a época da racionalidade teórica, expressa no trabalho de construção do direito como ciência, com seus conceitos, suas regras abstratas e gerais, raciocínio lógico-dedutivo, e também na crença na superioridade absoluta da lei e na plenitude do sistema jurídico, tudo isso a traduzir uma concepção formalista e positivista do direito, típica do chamado paradigma da modernidade. Esse paradigma, no sentido de modelo ou visão do mundo, forma de entender e explicar a realidade, defendia o primado da razão teórica e analítica no pensamento jurídico, com os resultados que lhe são inerentes, a norma como ponto de partida, o direito como um sistema de normas, e o pensamento jurídico intencionalmente referido a normas, com o objetivo de sua aplicação”.

⁵⁷ O. GOMES, “Autonomia privada e negócio jurídico. Reveses”, *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 89.

⁵⁸ V. SCALSI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 35.

⁵⁹ M. REALE JÚNIOR, “Função social e boa-fé na valorização dos contratos”, *Questões atuais de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 125.

⁶⁰ L. DE A. MATTIETTO, “O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil”, *Diálogos sobre direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. RENOVAR, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002, p. 31.

⁶¹ F. DOS S. AMARAL NETO, “Os princípios jurídicos do direito obrigacional brasileiro”, *Roma e América. Diritto romano comune* (2007) p. 166.

Diante deste quadro, a rigidez do *pacta sunt servanda* deve ser hoje afastada, para que o dogma da autonomia da vontade ceda espaço à realização de direitos fundamentais em defesa da dignidade da pessoa humana, tais como os direitos à vida, à saúde e à liberdade de pensamento e locomoção.

Felizmente, até certo ponto, a jurisprudência brasileira já vem respondendo às exigências da sociedade contemporânea neste sentido⁶². Porém, é necessário avançar mais.

Conhecer a função social do contrato supõe entender que os interesses da sociedade devem sobrepor-se aos interesses individuais, sem que isso signifique a anulação da pessoa humana. O Código Civil brasileiro já reconhece expressamente, em seu art. 421, que “a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato”.

É importante voltarmos a atenção às grandes lições romanas, principalmente na experiência pretoriana, ao aplicar admiravelmente o princípio da equidade, esse critério interpretativo que consiste em adequar o direito ao caso concreto e não necessariamente à lei, para chegar à solução justa. É um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realizar a igualdade material. É, antes e acima de tudo, um critério de decisão que leva em conta a singularidade de cada caso,⁶³ apresentando-se sob a forma de cláusula geral, no sentido de enunciado de conteúdo variável, a precisar em cada caso, conforme esclarece Amaral:

A equidade tem função interpretativa, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade para realizar o direito do caso concreto. Tem função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente em matéria contratual, e tem função quantificadora, no caso de ser critério de fixação do valor de uma indenização. Pode ainda ter função supletiva, como na hipótese de compromisso arbitral, quando as partes a elegem como critério de solução. No Código civil brasileiro registram-se diversas referências a esse princípio, quase todas no campo das obrigações⁶⁴.

⁶² “*Habeas corpus. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regras de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida*” (STJ, 4ª Turma, Habeas Corpus nº 12447-DF, Rel. Min. Ruy Rosado, D.J. de 12.02.2001). Cf. L. DE A. MATTIETTO, *ob. cit.*, p. 34. Sobre o tema, vid. A. SURGIK, “*Da fiducia cum creditore ao contrato de alienação fiduciária em garantia*”, *Autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*, Fortaleza-Ceará-Brasil, 2002, pp. 681 ss.. Especificamente sobre o direito à saúde, vid. a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “*Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido*” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 158728-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, D.J. de 17.05.1999). A propósito deste tema, vid. A. SURGIK, “*Reféns de planos de saúde*”, *Didata – Informativo do SINPES – Sindicato dos Professores de Ensino Superior 3º Grau de Curitiba e Região Metropolitana* 22, VI (Out-Dez/2008) p. 16.

⁶³ J. DE. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Equidade”, *Enciclopédia Saraiva do Direito* 32 (São Paulo 1989) pp. 594 ss..

⁶⁴ Cf. F. DOS S. AMARAL NETO, “Os princípios jurídicos”, *ob. cit.*, p. 181.

Pode-se perceber que o Código Civil brasileiro ensaiou, por assim dizer, uma volta ao direito romano clássico, embora, lembrando Pontes de Miranda⁶⁵: seja necessário reconhecer que “a equidade continua sendo uma noção ambígua, senão equívoca, com que os juízes se sentem mais embaraçados do que auxiliados, mas a sua admissibilidade em dois importantes códigos, o civil e o de processo civil, dá vida e utilidade a esse conceito a que historicamente sempre se recorre quando esgotados se acham os meios de interpretação e de criação do direito, embora raríssimo seja o recurso a esse princípio nos tribunais brasileiros”⁶⁶.

Seja como for, vários são os casos em que, no direito civil brasileiro, recorre-se à equidade: a) quando a lei assim determina (CPC, art. 127), conforme dispõe o Código Civil nos artigos 413 (cláusula penal), 479 (onerosidade excessiva), 944 (responsabilidade civil), parágrafo único do art. 953 (valor da indenização), 156 (estado de perigo); b) quando as partes assim o convencionam (compromisso arbitral); c) quando o juiz tem de decidir com base em cláusulas gerais e com fundamento no princípio da concretude⁶⁷.

X. À GUIA DE CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, retornemos ao ponto de partida deste estudo, para voltarmos a atenção ao trinômio Política-Economia-Direito.

Poucas palavras bastam, já que os fatos falam por si mesmos.

O que muito se viu e ouviu no Brasil ultimamente, até da boca de radialistas e comentaristas econômicos de plantão, foi o uso abusivo e a instrumentalização do *pacta sunt servanda* para justificar a perpetuação de contratos lesivos aos interesses da sociedade, principalmente em processos de privatização de serviços públicos que assolam o país (já conhecidos como “privataria”), essa política predatória do patrimônio público que se alastra como praga, muitas vezes mais em proveito de interesses privados e em detrimento do interesse público, não obstante a carga tributária “pornográfica” que já onera os cidadãos.

E eis que a revista Carta Capital, de onde extraímos a citação de abertura do presente trabalho, em seu Nº 518, de 22 de outubro de 2008, estampa na capa:

LÁ VAI O OUTRO MURO

BERLIM 1989: sobressai o socialismo real.

NOVA YORK 2008: fracassa o capitalismo neoliberal.

A fé cega no deus mercado havia desmoronado. O mundo capitalista adotava medidas “socialistas” na tentativa de salvar o capitalismo agonizante, obrigando a sociedade a pagar os prejuízos, na velha tática da capitalização dos lucros e socialização das perdas.

Porém, passados poucos anos, a mesma revista, em Editorial de 18 de janeiro de 2012, avalia:

“No final de 2008 pareceu que o segundo muro havia ruído 19 anos após a queda do primeiro em Berlim (...). Enganaram-se os esperançosos analistas, apressados. O célebre *wall* resistiu e o mercado prosseguiu no comando, perdão, o Mercado, deus último e famigerado (...). É do conhecimento até do mundo mineral que conseguimos globalizar a desgraça e aprofundar os desequilíbrios entre ricos e pobres (...). A constatação inevitável nos leva a validar a tese de que a riqueza foi transferida para algumas corporações e seus mandachuvas. São eles os donos do mundo” (Mino Carta, “Democracia e Capitalismo. A hora trágica da incompatibilidade”, *Carta Capital*, Nº 680, p. 18).

⁶⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, Forense, Rio de Janeiro, p. 350 ss..

⁶⁶ F. DOS S. AMARAL NETO, *ob. cit.*, p. 182.

⁶⁷ *Idem*, p. 183.

É necessário dizer mais? É necessário, sim, reagir veementemente, a fim de resgatar a autenticidade dos valores humanos, com base numa sociedade mais justa e democrática, que assegure primordialmente o direito à vida, à liberdade de pensamento e de locomoção.

As distorções do princípio *pacta sunt servanda* que hoje se manifestam com frequência e de forma escandalosa, por exemplo, em contratos de pedágios, firmados entre empresas concessionárias de rodovias e governantes inescrupulosos, sugerem-nos uma profunda reflexão crítica sobre a gigantesca amplitude da corrupção que domina em geral o mundo capitalista da atualidade, cada vez mais ávido de se apropriar do patrimônio público pela imposição de uma política agressivamente privatizante.

É oportuno, pois, nessa profunda crise de valores em que vivemos, resgatar o verdadeiro sentido ético das lições romanas, apoiando o grande movimento mundial de contestação, iniciado em Nova York, conhecido como *Occupy Wall Street* e já espalhado pelo mundo por 2.600 cidades, inclusive Frankfurt, coração financeiro da Alemanha.

O acampamento do *Occupy Frankfurt*, montado desde 15 de outubro de 2011 em frente à sede do Banco Central Europeu ostenta uma das mais organizadas formas de manifestação popular, ao contrário de Nova York e muitas cidades estadunidenses, como Oakland, Boston e Washington, em que manifestantes são agredidos e presos, em cenas de verdadeiras batalhas urbanas.

“O grande símbolo do Euro, moeda oficial de 17 dos 27 países que compõem a União Européia, convive agora com barracas, faixas e cartazes. Segundo um dos organizadores do *Occupy Frankfurt*, a idéia central do movimento é contestar o predomínio do sistema financeiro sobre a vida das pessoas e países, sendo o movimento formado por pessoas com diferentes ideologias, mas que em comum objetivam estabelecer limites para o poder do capitalismo, dinheiro, bancos, mercados e governos” (vid. Informativo APUFPR-SSIND/nº 70/Fevereiro 2012, Curitiba, p. 10).

Eis o panorama do mundo contemporâneo em que devemos engajar-nos na busca da igualdade de todos perante o direito, em defesa da dignidade da pessoa humana.

