



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

FLÁVIO FRANÇA DALTRO

**OS MOTIVOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DO CONTRATO**

Salvador
2009

FLÁVIO FRANÇA DALTRO

**OS MOTIVOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DO CONTRATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Washington Luiz da Trindade

Salvador
2009

D158m Daltro, Flávio França.

Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato
/ Flávio França Daltro. Salvador: F.F. DALTRO, 2009.

110 p.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
(UFBA), 2009.

Orientador: Prof. Washington Luiz da Trindade

1. Direito contratual 2. Contratos – função social 3. Direito civil
I. Trindade, Washington Luiz II. Título

CDU 347.44

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIO FRANÇA DALTRO

OS MOTIVOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Washington Luiz da Trindade – Orientador

Salvador, de de 2009

Dedico esse trabalho a Deus, em Ti confio, pois nos dias de adversidade tem me sustentado.

A minha mãe, irmão e irmãs, pelo apoio que tem me dado nas horas difíceis.

A todos aqueles que de alguma forma contribuem na minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Washington Luiz da Trindade pela orientação e pelas suas grandiosas aulas que muito colaboram para a minha dissertação.

Ao mestre Rodolfo Pamplona Filho pela ajuda incondicional e compreensão.

Ao colega Tiago Freitas pelo incentivo e incansável obstinação pelo conhecimento.

A minha mãe, pela sabedoria que tem demonstrado ao longo da vida na educação de seus filhos.

Não to mandei eu? Esforça-te, e tem bom ânimo; não pasmes, nem te espantes: porque o Senhor teu Deus é contigo, por onde quer que andares. (Josué 1:9).

RESUMO

O presente trabalho tem grande relevância curricular não só pela obrigação exigida para a conclusão do Mestrado em Direito Privado no programa de Pós-Graduação, mas, sobretudo, pela reflexão de um tema que exige a releitura dos institutos clássicos do Direito Civil. A funcionalização dos direitos subjetivos abriu caminhos para se encarar o direito não somente a partir de seu enfoque científico, mas busca adequar-se a uma nova realidade com o objetivo de realizar um projeto de acordo com a hierarquia de valores construído pelo ordenamento jurídico. A proposta deste estudo científico é apresentar os motivos jurídico- econômicos da função social do contrato através das transformações econômicas e sociais que acabaram por operar uma transformação no Direito Privado, em especial , nos contratos. Dessa forma, partir-se para fazer uma leitura doutrinária atual a respeito dos princípios clássicos e novos do direito contratual a fim de reconhecer a sua atual moldura. E aí, necessário se faz reconstruir a evolução do Direito Privado com a construção de novos paradigmas revelado na travessia do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse sentido, buscar-se-á análise do princípio da função social do contrato bem como apresentar as tentativas de delimitação conceitual trazida pela doutrina. Cumpre, também, verificar a eficácia da função social do contrato e a superação da idéia de mera limitação negativa à autonomia privada. Por fim, buscar-se-á demonstrar que o art. 421 do Código Civil impõe limites à liberdade de contratar frente ao princípio da função social do contrato levando ao operador do Direito ao interpretar as cláusulas contratuais sob a égide de valores sociais que o ordenamento jurídico instituiu.

Palavras-chave: Direito Civil; Função social do contrato do contrato.

ABSTRACT

The present work has great curricular relevance not only as the obligation demanded for the conclusion of the Master's degree in private law in the program of postgraduation but, especially, for the reflection of a subject that demands the rereading of the classic institutes of the Civil law. The functionalisation of the subjective rights opened ways in order the law was faced not only from his scientific approach, but intends to be adapted to a new reality with the objective to carry out a project in accordance with the valuable hierarchy built by the legal order. The proposal of this scientific study is bring out the social and economic transformations what operated a transformation again in the private law, in special, in the contracts. In this form, it starts to do an actual doctrinaire reading about the classic and new principles of the contractual right in order to recognize his current frame. And then, it's necessary to make a rebuild the evolution of the private law with the construction of new paradigms revealed in the journey of the Liberal State for the Social State. In this sense, it will seek an analysis of the principle of the social function of the contract as well as to present the attempts of conceptual delimitation brought by the doctrine. It suits, also, to check the efficiency of the social function of the contract and the overcoming of the idea of mere negative limitation to the private autonomy. Finally, it will seek to demonstrate that art. 421 of the Civil Code imposes limits to the freedom of contracting in front of the principle of the social function of the contract leading to an operator of the law while interpreting the contractual clauses under the aegis of social values that the legal order sets up.

Key-words: Private law; social function of the contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CONTRATO NO TEMPO: DA TEORIA CLÁSSICA AO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL	14
2.1 O CONTRATO E A EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO	14
2.2 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A FORMAÇÃO DE NOVOS PARADIGMA	17
2.3 O DIREITO FRENTE ÀS TRANSFORMAÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS	20
2.4 O CONTRATO NA TRAVESSIA DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL	22
2.5 O SISTEMA CLÁSSICO DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	30
3 O MODELO DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO	36
3.1 O PROCESSO DE CODIFICAÇÃO NO BRASIL	36
3.2 O CÓDIGO DE 2002 E SUAS DIRETRIZES FUNDAMENTAIS	38
3.2.1 A expressão do culturalismo de Miguel Reale	38
3.2.1 O princípio da operabilidade	40
3.2.2 O princípio da eticidade	42
3.2.3 O princípio da socialidade	43
3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL	44
3.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	47
4 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL	53
4.1 PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA	53
4.1.1 Autonomia privada e autonomia da vontade	53
4.1.2 Autonomia privada: conceito e abrangência	56
4.1.3 Limites à liberdade de contratar	59
4.2 O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA	61
4.3 O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO	65
4.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	67

4.4.1 A boa-fé como instrumento hermenêutico integrativo do contrato	70
4.4.2 A boa-fé como norma de criação dos deveres jurídicos	72
4.4.3 A boa-fé como norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos	74
5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	78
5.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MERO COROLÁRIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	78
5.2 O CONCEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	82
5.3 A EFICÁCIA INTERNA E EXTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	85
5.4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL	88
5.5 A INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO À LUZ DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL	90
6 OS MOTIVOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	94
6.1 PANORAMA DOS MODELOS POLÍTICO-ECONÔMICOS DO ESTADO NUMA PERSPECTIVA HISTÓRICA.	94
6.2 MODELO ECONÔMICO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	96
6.3O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A PROPRIEDADE PRIVADA NA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL	98
6.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	101
7 CONCLUSÕES	103
REFERÊNCIAS	106

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto o estudo dos motivos jurídico-econômicos da função social dos contratos. Daí parte da premissa que o atendimento da função social no campo do Direito Civil não constitui espécie de ação afirmativa em virtude da qual os interesses do contratante mais fraco devam sempre merecer maior proteção, reconhecendo que a finalidade do contrato não deve ser distorcida no interesse de uma das partes e em detrimento da outra.

Entretanto, para a compreensão da real extensão da função social do contrato deve-se ter uma visão sistemática tomando por base os valores constitucionais e a filosofia da nova lei civil.

Por certo, o contrato continua a ser um instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica, constituindo-se no melhor meio de circulação de riquezas na sociedade.

Nesse sentido, reconhecendo a inegável influência do fator econômico na formação do Direito, necessário se faz observar as transformações econômicas e sociais que acabaram por trazer uma nova filosofia de vida refletindo o pensamento dominante em dado momento. Não se podendo esquecer que o contrato fora o instituto jurídico que melhor se adaptou a essas transformações.

Nesse contexto, o primeiro capítulo desse trabalho parte para a evolução histórica do contrato retratando o conceito romanista apresentado pela doutrina, reconhecendo-se que o conceito moderno do contrato não se deve reportar ao Direito Romano. Após apresentar a delimitação conceitual trazida pela doutrina moderna percorre o caminho das transformações sociais e econômicas que levaram a formação de novos paradigmas.

Nessa trilha, verifica-se que a passagem do feudalismo para o capitalismo refletiu as transformações de pensamento, onde nota-se a passagem do teocentrismo medieval para o antropocentrismo.

Tal mudança de pensamento levou as transformações no plano político, científico, econômico e social exigindo-se frente a essas mudanças novas regras jurídicas que viessem a atender a essa nova sociedade.

A vitória do capitalismo liberal conduziu o sistema jurídico privado a assentar-se sobre uma pressuposta igualdade formal. Nessa perspectiva, o contrato representava o melhor instrumento de circulação de riqueza na sociedade baseado no modelo de produção capitalista, possibilitando o acesso da burguesia à propriedade. O contrato, na visão clássica, tinha na vontade das partes a fonte exclusiva da relação contratual.

O Estado Liberal baseado no modelo jurídico que tinha como pressuposto a igualdade formal logo revelaria a sua incapacidade de refletir a realidade concreta da sociedade. O traço característico das sociedades capitalistas são as desigualdades fruto da concentração de riquezas na mão de poucos, o que acabaria por demonstrar que a liberdade contratual passa a sofrer limitações impostas pelo predomínio de grupos econômicos.

Nesse aspecto, a crise do sistema capitalista que teve o seu ápice com a primeira guerra mundial acabou por demonstrar a necessidade do Estado intervir na atividade econômica impondo alguns objetivos a serem perseguidos. Esse acontecimento aponta a travessia do Estado Liberal para o Estado Social

O Estado Social veio com o objetivo de superar as contradições próprias de ordem liberal e atender as exigências de uma nova sociedade, o que culminou com o abandono da concepção absoluta do direito subjetivo do indivíduo que passou a sofrer limitação. Nessa senda, houve a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

No segundo capítulo buscar-se-á demonstrar a sistematização do Direito Civil brasileiro iniciando com o processo de codificação e a conjuntura econômica e social que permite a sua compreensão. Em seguida, traz as peculiaridades do Código de 1916 até chegar ao novo Código Civil que releva a influência decisiva de Miguel Reale no processo de sua elaboração.

Nesse sentido, a influência de Miguel Reale se faz presente nas diretrizes de operabilidade, eticidade e socialidade que acabam por trazer aos institutos tradicionais do direito uma nova dinâmica.

Sustenta-se que o grande marco do novo Código foi a revisão dos direitos e deveres dos cinco personagens do Direito Privado tradicional: O proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Por outro lado, inegável é o processo de constitucionalização do Direito Civil onde cada vez mais se percebe a interação no sentido de complementaridade entre o Direito Público e Privado.

Ademais, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil e acaba por irradiar-se por todo o ordenamento na busca de sua garantia e promoção, o que conduziu a funcionalização dos direitos subjetivos.

No capítulo terceiro apresentar-se-á a exposição dos princípios clássicos do direito contratual e sua coexistência com os chamados novos princípios operam uma releitura dos contratos. Assim, parte-se para uma análise do princípio da autonomia privada e a sua compreensão face a nova realidade, reconhecendo que a vontade das partes já não é fonte exclusiva das relações contratuais. Em seguida, demonstrar-se-á que o princípio de força obrigatória e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato sofrem uma mudança substancial face a reformulação principiológica, sem contudo implicar o seu fim.

Por fim, O princípio da boa-fé que no campo obrigacional estabelece um padrão de comportamento pelo qual as partes ajustam o seu comportamento àquele pretendido para uma pessoa honesta e leal. Nesse sentido, a doutrina tem apontado três funções distintas para a boa-fé objetiva numa relação contratual, quais sejam: 1) como instrumento hermenêutico integrativo do contrato; 2) como norma de criação de deveres jurídicos; e 3) como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

No capítulo quarto buscar-se-á demonstrar que o princípio da função social do contrato insere-se no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos sendo corolários dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade. Nesse sentido, o princípio da função social operou uma reformulação nos institutos clássicos e irradiou-se por todo o sistema privado.

Em seguida, mostra-se a delimitação conceitual trazida pela doutrina, bem como a sua dificuldade em abordar a sua dimensão operativa. A outro giro, verifica-se que a eficácia da função social do contrato se projeta entre as partes contratantes (eficácia interna) e para além das partes contratantes (eficácia externa) superando a idéia de mera limitação negativa à autonomia privada.

Por fim, busca-se a compreensão do princípio da função social do contrato como princípio e cláusula geral.

No quinto capítulo buscar-se-á demonstrar que o art. 421 do Código Civil impõe limites à liberdade de contratar frente ao princípio da função social do contrato levando o operador do direito a interpretar as cláusulas contratuais sob a égide de valores sociais que o ordenamento jurídico institui. Nesse ponto, a função social na letra do referido dispositivo é uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual que pode e deve restringir o exercício da autonomia privada quando esta se mostre incompatível com as exigências da socialidade.

No sexto capítulo sempre tomando como bússola o dado constitucional, o trabalho busca identificar os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato. Nesse enfoque, apresenta-se os modelos econômicos do Estado numa perceptiva histórica até chegar a análise do modelo econômico brasileiro. Em conclusão, buscar-se-á verificar os fundamentos jurídicos da função social do contrato circulação.

2 O CONTRATO NO TEMPO: DA TEORIA CLÁSSICA AO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL

2.1 O CONTRATO E A EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO

No Direito Romano segundo José Cretella Junior¹ o contrato é o acordo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, seguido de formalidades e produzindo efeitos jurídicos sobre os contratantes. Assim, não era suficiente o acordo para criar a obrigação contratual. Aponta José Cretella Júnior à fórmula aplicável ao acordo de vontades, no direito romano, para que surjam as obrigações: Contrato=pacto + formas.

Numa análise mais detida sobre o Direito Romano, Clóvis Beviláqua² nota a distinção que os romanos faziam para a convenção, o pacto e o contrato. Segundo asseverou o mestre, a convenção era um termo geral, o gênero, dentro do qual se incluíam as espécies: pacto e contrato. O pacto era uma convenção incapaz de produzir, em rigor, força juridicamente vinculante, por lhe faltar a sanção da lei civil. Porém, se a convenção fosse reconhecida pelo Direito Civil, dando-lhe uma forma atribuindo-lhe efeitos obrigatórios e munindo-a de uma sanção sancionadora, a convenção era um contrato, cuja função de vincular é bem claramente indicada pelo vocábulo – *contractus* (de *contrahere* - unir).

O Direito Romano era essencialmente formalista e isso foi o reflexo dos hábitos culturais do povo romano não só no direito, como na religião, na política. Porém, com o tempo esses rigores do formalismo foram atenuados na medida em que aumentavam a quantidade de negócios em Roma.

Na análise de Antunes Varela³ o conceito romanista (de *contractus*) retratava a situação da pessoa que contraía uma obrigação inicialmente através das palavras solenes e dos gestos rituais que caracterizavam os atos jurídicos mais importantes (como *nexum* e a *stipulation*) mais tarde mediante a entrega real ou simbólica de

¹ CRETELLA Junior, J. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 13. ed. Ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.247.

² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 6.ed. Revista e atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, p.152.

³ VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p.214.

determinadas coisas, a marcar o momento culminante da perfeição do ato. Para ele, o contrato era fundamentalmente o vínculo contraído, reconhecendo, no entanto, que só num período posterior (do direito pretoriano) se começou a admitir, a título excepcional, que o vínculo obrigacional pudesse também ser contraído (*contractus*) pelo simples consentimento das partes através do *pactum*.

Contudo, não é no Direito Romano que se deve buscar o conceito moderno do contrato, pois o sistema contratual romano assentava-se no acordo de vontades revestidas das formalidades prescritas pelo direito para elevar-se a categoria de contratos.

Em comentário sobre o assunto, Roberto de Ruggiero⁴ reconhece que o sistema contratual moderno se opõe ao sistema romano na medida em que não conhece tipos definidos e fixos de convenções obrigatórias: indefinidas e mutáveis quer tenham quer não um nome próprio, são todas quantos na infinita variedade das necessidades humanas e das trocas possam ser os acordos entre duas ou mais pessoas destinadas a ligar um a pessoa à outra e a fazer adquirir para aquela uma razão creditória para com esta .

Na formação do novo conceito não se pode esquecer as correntes de pensamento, que influenciaram segundo alguns doutrinadores, de forma decisiva o atual conceito. Em primeiro lugar, o pensamento canonista que valorizava o dever de fidelidade à palavra dada consubstanciando na velha máxima *pacta sunt servanda*, realçando o valor do pacto realizado e obrigando os contratantes a cumprir independente das circunstâncias o que fora avençado. Em segundo lugar, a contribuição doutrinária da escola jusracionalista do Direito Natural e do iluminismo que colocaram a liberdade individual no centro ideológico de todo o sistema jurídico.

O contrato é empregado hoje para designar todo negócio jurídico que se forma mediante concurso de vontades. Em um sentido mais restrito afirma-se como acordo de vontades produtivos de efeitos negociais.

O professor Orlando Gomes⁵ define o contrato como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam, compondo-se de declarações convergentes de vontades

⁴ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Ary do Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, p.240.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.17.

emitidas pelas partes para a sua formação e sendo essencial para a perfeição em primeiro lugar, a existência de duas declarações, cada uma das quais considerada individualmente e em segundo lugar, uma coincidência de fundo entre as duas declarações.

Para Antunes Varela ⁶diz-se contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro) contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer um a composição unitária de interesses. Para ele, o seu elemento fundamental é o mútuo consenso, pois se as declarações de vontade das partes, apesar de opostas, não se ajustarem uma a outra, não há contrato.

Na observação de Eduardo Espinola⁷ as transformações do contrato salientadas pela doutrina moderna não se exercem quanto à existência de seus elementos essenciais: o consentimento, o conteúdo ou objeto e a força obrigatória querida pelos declarantes e reconhecida pela ordem jurídica, que são permanentes. Mas, sim, em relação à influência das concepções filosóficas e dos fenômenos econômicos sobre a compreensão e conjugação desses elementos.

Na busca de um conceito mais amplificado para atender as novas diretrizes do Direito Privado o prof.Rodolfo Pamplona Filho⁸ define o contrato como um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva auto disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das próprias vontades.

É clarividente que o contrato é um dos institutos jurídicos que mais se adaptou as transformações econômicas e sociais decorrente nas sociedades ganhando contornos próprios e refletindo o pensamento dominante em dado momento. A outro giro, definir um conceito ao contrato não é uma tarefa fácil, uma vez que a realidade se apresenta cada vez mais confusa e é confusamente percebida levando ao jurista que se arrisca a conceituar uma missão penosa.

⁶ VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p.212.

⁷ ESPINOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquistista, 1956, p.8.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** contratos. V. IV, tomo 1. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11.

É certo que o contrato é um instrumento para a circulação de riquezas e o fator econômico exerce uma influência decisiva para construir a sua nova moldura. A história do Direito demonstra a importância do econômico na formação do Direito. Na afirmação de Machado Neto⁹ a história do Direito é um inesgotável manancial de exemplos comprobatórios dessa inegável e profunda interferência criadora do econômico sobre o direito.

2.2 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A FORMAÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS

A Era moderna caracterizou-se pela passagem do feudalismo para o capitalismo e a marca desse período de transição são as várias transformações e rupturas violentas decorrente do novo pensamento, então, reinante. O homem, preterido na Idade Média por Deus, passou a ser o centro das atenções dos pensadores e homens da Ciência. Passou-se do teocentrismo medieval para o antropocentrismo - foi o primeiro passo para o individualismo.

No plano político, a centralização política administrativa foi fundamental para a formação dos Estados nacionais, a centralização monárquica e ao aumento dos territórios submetidos diretamente à autoridade do Rei acelerou esse processo.

Na economia, a abundância do ouro e prata representava a riqueza de um país, sendo necessário o desenvolvimento do comércio para a acumulação do capital. Logo, o mercantilismo foi uma política de nacionalismo econômico e era essencial ao fortalecimento do poder real. Essa política econômica fora aos pouco difundida na Europa Ocidental assumindo nos diversos Estados caracteres próprios. Outra marca dessa política econômica ocorreu, no século XVII, com a busca das colônias como mercados consumidores para a exportação de manufaturas metropolitanas e fontes de produtos tropicais e metais preciosos.

No campo científico, as descobertas científicas revelam o novo pensar iniciando a época do racionalismo, o homem moderno não mais se satisfaz com explicações

⁹ NETO, A L Machado. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.105.

teológicas e metafísicas. Essa ruptura deveu-se muito a Francis Bacon ,René Descartes e Issac Newton.

Na era moderna a riqueza das pessoas passou a ser a riqueza móvel-Dinheiro e isso representou uma profunda mudança na estrutura social já que a burguesia mercantil passou a acumular riquezas e a buscar uma posição compatível com sua força econômico-social que vinha representado.

John Kenneth Galbraith¹⁰ em análise sobre as transformações de poder gerado pelo aparecimento do capitalismo compreende que o capitalismo mercantil teve a sua fonte de poder na propriedade, muito embora esta já não fosse a terra, mas sim o capital, em especial, bens para a venda e a prata e o ouro para adquirir. Para ele, a propriedade, que era a principal fonte do poder mercantil, consistia no capital disponível- bens a serem transportados ou para venda- assim como nos navios que os levavam aos mercados e aos lugares de transação onde eram vendidos.

Destaca John Kenneth Galbraith que o conjunto de toda a propriedade da classe mercantil era a fonte do seu poder compensatório, asseverando que com ele obtinha a submissão dos fornecedores e servos e também, ocasionalmente, dos senhores feudais que manifestamente tendiam a precisar do dinheiro. De resto, a propriedade passou a conferir aos mercadores um prestígio social. Ressalta o autor, que a organização do Estado juntamente com a propriedade constituíram uma fonte de poder a serviço do capitalismo mercantil sendo considerado um ato de virtude pública.¹¹

Esse período é conhecido como pré-capitalista marcado pela transição do antigo regime para um sistema capitalista de produção.

No campo social, a burguesia em meados do século VXIII passa a reclamar o seu espaço, uma vez que as idéias emergiam e as discussões giravam em torno da liberdade, do progresso e do homem. O iluminismo vem a preparar esse ambiente revolucionário na medida em que as contestações ocorrem em todos os níveis. No econômico opunham-se a intervenção do Estado na economia baseado na idéia de

¹⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **A anatomia do poder**. Tradução Maria Manuela Cardoso da Silva. Lisboa: edições 70, 2007, p.130-131.

¹¹ Para John Kenneth Galbraith o poder compensatório é um instrumento para exercer o poder na medida em que oferece ao indivíduo uma recompensa ou pagamento suficientemente vantajoso ou agradável de modo que ele renúncia às suas preferências para procurar a recompensa, ou melhor, o poder compensatório ganha a submissão com a promessa ou a realidade dos benefícios. (GALBRAITH, John Kenneth. *Op. cit.*, 2007, p.31-32.).

que a economia se faz por si mesma, sendo regidas por lei natural. No político ideológico rejeitava-se o direito divino do reis e a religião do Estado, pregando-se a soberania do povo, a separação dos poderes do governo. Destacavam-se pelas fortes críticas ao antigo regime os pensadores o inglês Locke e os franceses Montesquieu, Voltaire e Jean-Jacques Rousseau.

Essa inquietação decorrente da necessidade de se buscar um novo modelo que viesse a atender a nova estrutura social culminou nas conquistas da burguesia através das Revoluções Liberais que resultaram na formação dos Estados Liberais no final do século XVIII e prolongando-se pelo século XIX.

Foi na França, que ocorreu o mais universal acontecimento histórico – a Revolução Francesa, o povo liberado pela burguesia desencadeou processo de ruptura com o passado. Tal fato decorreu em razão das fortes contradições existente, pois as velhas instituições do Antigo Regime se chocavam com o desenvolvimento do capitalismo emergente.

A revolução industrial é outro marco determinante para o novo sistema econômico coincide com o início do capitalismo fundamentando-se na propriedade privada dos meios de produção pela burguesia que teria total liberdade econômica para produzir, vender e investir. A indústria regulava as demais atividades econômicas e funcionava na livre-concorrência, a economia subordinava-se as leis naturais. São as concepções teóricas do *laissez faire*. As revoluções liberais significaram no plano político jurídico o que a revolução industrial estava sendo no plano econômico-social.

Em estudo sobre essas transformações de poder, John Kenneth Galbraith nota que com a revolução industrial o empresário passou a ser uma figura-chave na cena econômica. Segundo ele, o capitalismo industrial devia a sua força ao acesso que tinha às três fontes de poder- à propriedade na fábrica, maquinaria e capital de muito trabalho; a uma forma muito avançada de organização unindo os trabalhadores à firma industrial e à personalidade empresarial. Não se podendo esquecer, que o Estado passou a ser um grande simpatizante das necessidades e desejos dos industriais, sendo, em verdade, uma extensão de seu braço.

Adverte Georges Ripert que o capitalismo não se caracteriza somente por suas instituições, mas por um estado de espírito representado pela busca do lucro

ilimitado. Para ele, “cada homem toma como ideal de vida o que é fim da atividade do empresário: conservar os capitais adquiridos, produzir novos, aumentar sem cessar a riqueza e encontrar felicidade nessa Riqueza”¹².

A busca do homem moderno pelo poder é realizado através do acúmulo de capital. “As novas formas de riqueza não comportam sentimento afetivo para a coisa que possuímos. A agitação da vida moderna não encontra a satisfação na posse pacífica dos bens.”¹³ Por outro lado, as idéias capitalistas não estimulam uma sociedade igualitária.

2.3 O DIREITO FRENTE ÀS TRANSFORMAÇÕES SÓCIOECONÔMICAS

A economia capitalista estabeleceu-se em uma sociedade onde já existia suas instituições e regras, necessitando, assim para se estabelecer, modificar o que existia e, para vencer, criar o que não existia. As regras jurídicas não são unicamente ditadas pelo desejo de assegurar o bom funcionamento da economia. São leis de Estado, resultante de forças diversas que agem sobre o poder legislativo.¹⁴

Na França, a ruptura com a antiga ordem pode se datar do ano de 1789 com a revolução que permitiu a criação de um novo regime. Afirma-se a liberdade do comércio e da indústria. A propriedade individual, livre e sagrada que vai permitir a criação de uma nova ordem.

É bom que se reconheça que a revolução industrial trouxe um novo quadro na vida econômica criando um ambiente favorável a revolução política que faria nascer um novo regime político e jurídico.

A outro giro, não se pode imaginar que essas transformações na França decorreriam de forma imediata. No plano jurídico é um processo contínuo e nunca acabado marcado pela busca de encontrar regras jurídicas capazes de ensejar e assegurar o bom funcionamento da empresa capitalista.

¹² RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: RED livros, 2002, p.359.

¹³ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁴ *Ibidem, p.23.*

Segundo Georges Ripert¹⁵, o Código Civil Francês de 1804 refletiu o direito da sociedade moderna nascida da revolução, mas é, todavia o direito da exploração rural no século XVIII. Para ele, os redatores do Código não pensaram na indústria nascente tendo como objeto de sua preocupação a propriedade imobiliária, libertada do domínio senhorial. O contrato de que fixam as regras são os contratos que nosso direito antigo herdara de Roma; a venda e a locação são dos imóveis, a sociedade obedece à moda antiga, a locação de serviço dos operários é assimilada à dos empregados domésticos. De resto, todo que tocava a vida dos negócios, o Código reportava aos usos do comércio.

O triunfo do capitalismo liberal assentou-se no plano jurídico sobre uma pressuposta igualdade formal possibilitando a ampla liberdade contratual e, por via de consequência, o acesso da burguesia à propriedade. Porém, não se pode olvidar que os interesses privados atuais de formas desordenadas e a livre concorrência não fora suficiente para regular os mercados.

O sistema jurídico privado sustentou-se centrado na pressuposta igualdade formal de um sistema pretensamente neutro destinado a um ser impessoal o que serviu de pilar, no domínio econômico, o laissez-fazer da Escola Liberal.

Lembra Maria Cristina Cereser Pezzela¹⁶ que o moderno, na perspectiva jurídica, inicia quando se alteram duas ligações: a do Estado com o direito e a do indivíduo com o direito. Ressalvando que o indivíduo é um indivíduo novo, liberado da opressão da comunidade, sobretudo tendo-se em conta a mais opressiva comunidade que é a Igreja.

“O tempo histórico revela marcos jurídicos de cada época”¹⁷. A captação dessa realidade permite compreender as origens e transformações dos institutos jurídicos nesse caminhar constante e não linear.

Na era moderna o direito aparece como ordenação racional desenvolve-se o pensamento jurídico com certa neutralidade o que contribui para o tratamento sistemático do direito. Sobretudo, esboça-se uma teoria de regulação genérica e

¹⁵ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: RED livros, 2002, p.30.

¹⁶ PEZZELA, Maria Cristina Cereser, Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.41.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do Patrimônio mínimo**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.28.

abstrata de comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos.

Esse pensamento decorreu da necessidade de construir um modelo que regulasse o novo modo de viver, levando ao jurista moderno a buscar um sistema normativo com o objetivo de promover a paz do bem estar social.

Essas transformações decorrentes do novo estilo de vida pautadas numa visão antropocêntrica conduziram o jurista moderno a enfrentar a nova realidade. Por outro lado, se fez necessário a criação de um sistema jurídico que legitimasse e adaptasse as mudanças provenientes dessa nova sociedade.

2.4 O CONTRATO NA TRAVESSIA DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Indubitavelmente, o contrato é um dos institutos jurídicos que nas interfere na atividade econômica de uma sociedade baseada num modelo capitalista de produção. É o melhor instrumento para a circulação de riquezas. Nessas perspectivas, assentar-se o modelo jurídico sobre uma pressuposta igualdade formal era essencial para o fortalecimento e crescimento econômico possibilitando o acúmulo de capital pela burguesia.

O contrato, na visão clássica, representava, no século XIX, exatamente o instrumento de afirmação econômica do estamento social então ascendente. O dogma da vontade era força motriz das relações contratuais afirmando-se como conceito absoluto.

Nesse modelo clássico do contrato, a ideológica da liberdade negocial revelava-se pela tríplice e intocável prerrogativa de escolher contratar, o que contratar e com quem contratar. Esse modelo jurídico vinha a legitimar o interesse da classe capitalista.

Conforme Enzo Roppo¹⁸ essa liberdade contratual permite a abstrata possibilidade de desenvolver a livre iniciativa, igualdade para todos (sob o aspecto formal) e, de outro lado, configura um instrumento funcionalizado para operar o modo de produção capitalista.

No Estado Liberal a vontade das partes é fonte exclusiva da relação contratual. O papel do Estado é apenas garantidor havendo uma relutância em se intrometer nas relações privadas, pois se acreditava na acomodação dos interesses privados decorrentes da livre iniciativa. O pensamento reinante baseava-se na concepção de que a satisfação dos interesses individuais muitas vezes promove o interesse da sociedade.

Como bem lembra Ana Prata¹⁹, o interesse público é entendido apenas como garantidor do exercício dos interesses privados e na realização desses interesses o contrato representava o equilíbrio de interesses contraditórios, ressaltando que o pressuposto para cumprimento dessa função era a colocação dos sujeitos que contratam numa rigorosa situação de igualdade e de liberdade. Segundo ela, a igualdade e liberdade não eram mais do que formais, pois do livre jogo de forças individuais resultaria o seu preenchimento substancial e nesse processo não podia o Estado se intrometer-se sem correr o risco de falsear todo o sistema.

Os valores liberais da burguesia retratavam um indivíduo absoluto liberto das amarras sociais-estamentais do antigo regime, exaltava-se a liberdade individual considerando toda a intervenção estatal arbitrária. A ideologia liberal individualista se dirige a um indivíduo considerado de forma abstrata. A vontade como fonte do contrato em conexão com a regra de igualdade dos contratantes levam tanto o legislador como o juiz a não intervir naquilo que fora pactuado pelos contratantes.

Tereza Negreiros²⁰ entende que a crença na intrínseca justiça do mecanismo contratual reflete no postulado enunciado por Kant: “Quando alguém decide alguma coisa a respeito de outro é sempre possível que este faça aquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio.”

¹⁸ ENZO Roppo *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: Os novos princípios contratuais. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Professor A gostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo), p.21.

¹⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p.27.

²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.26.

Nesse contexto, o indivíduo tem ampla liberdade para contratar, é soberano na sua vontade de autodeterminar-se segundo os seus próprios interesses. Contudo, a construção do direito baseado na formulação de conceitos jurídicos abstratos e universalizantes não foram capazes de refletir a realidade concreta que se formava no desenvolvimento de uma sociedade capitalista. As desigualdades econômicas se revelavam e o princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu a indiferença da ordem jurídica pela situação das partes no contrato.

Léon Duguit²¹ em crítica a doutrina individualista por se basear em conceitos universalizantes sem conexão com a realidade reconhece que a igualdade absoluta de todos os homens, revela-se contrário aos fatos, pois os homens, muito longe de serem iguais, são de fato essencialmente diferentes uns dos outros, e essas diferenças acentuam-se tanto mais quanto mais civilizados forem as sociedades.

O sistema capitalista não tardou a revelar as distorções provenientes de uma sociedade desigual, uma vez que o espírito do capitalismo é a dominação realizada pelo acúmulo de capital. O mercado baseado na livre concorrência foi gradualmente substituído pelo monopólio levando as grandes indústrias a formarem cartéis o que impedia a redução de preços. Tal conjuntura possibilitou a concentração de riquezas na mão de poucos homens mostrando a outra face do capitalismo. Nas relações de trabalho, as condições das classes trabalhadoras resultante da industrialização capitalista evidenciavam a exploração da força de trabalho com jornadas de trabalho esgotantes (de sol a sol), salários de fome no limite de subsistência física do trabalhador, que permitisse a reprodução na força de trabalho condições laborais precárias e ambientes nocivos e insalubres; exploração qualificado do trabalho feminino e dos menores (as chamadas médias forças) relativamente aos quais as miseráveis condições gerais se agravavam.²²

A propósito, John Kennet Galbraith²³ observou que nos estabelecimentos industriais, os salários dos trabalhadores eram diminutos em comparação com o ordenado do empregador, sendo imperioso reconhecer que o sistema tratava os participantes de forma radicalmente diferente e o contraste era acentuado pelo fato

²¹ DUGUIT, Leon. **Fundamento do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Ed, 2005, p.16.

²² PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do Trabalho e ideologia**. Tradução Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p.24.

²³ GALBRAITH, John Kenneth. **A anatomia do poder**. Tradução Maria Manuela Cardoso da Silva. Lisboa: edições 70, 2007, p.149.

de o capital industrial viver razoavelmente próximo de seus trabalhadores, o que tornava visível a desigualdade, a diferença de padrões de vida.

Apona o escritor a obra de Herbert Spencer (1820-1903) como o derradeiro argumento para o capitalismo industrial-a teoria de Darwin na ordem social- seu princípio determinante era a sobrevivência do mais apto. O Darwinismo social justifica os grandes capitalistas industriais tal com eram, porque eram biologicamente superiores, os pobres eram pobres porque eram inferiores. Assim , a riqueza era a recompensa dos que eram intrinsecamente melhores, o esforço para lá chegar revelava e desenvolvia igualmente essa superioridade. A pobreza do pobre era agora vista como socialmente boa, contribuía para a eutanásia do elemento mais fraco da sociedade.

Por certo, a desigualdade social era fruto da concentração econômica gerada pelas diferenças de poder que criavam tensões sociais decorrentes de interesses antagônicos e que marcam a contestação ideológica das teorias liberais.

Em conseqüência dessas distorções sociais e em face da neutralidade do modelo jurídico baseado na igualdade formal, a liberdade contratual dos indivíduos passou a sofrer limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos transformando-se a liberdade contratual numa liberdade dos mais fortes imporem a sua vontade aos mais fracos. “A liberdade contratual do direito converte-se. portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos facetos sociais, em servidão”.²⁴

Esse abuso no exercício da liberdade de contratar decorrente das desigualdades econômicas e a indiferença dos legisladores para impedir estipulações onerosas e vexatórias conduziram a crise dos contratos afirmando-se que a noção clássica deixara de corresponder à realidade.

A preponderância da vontade de um dos contratantes, em muitos contratos, leva a sua formação decorrer de pura adesão, ou seja, uma parte aceita as condições proposta pelo outro contratante. Adere, em suma, a uma situação jurídica que encontra definida em todos os seus termos.

²⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: Os novos princípios contratuais. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Professor A gostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo), p.24.

Esse traço característico do contrato de adesão em que permite que o seu conteúdo seja previamente estabelecido por um dos contratantes elimina a discussão que se desenvolveria na formação do contrato levando a uma deformação da estrutura do contrato.

Não se pode esquecer que os contratos de adesão dinamizam a atividade econômica, pois facilitam a circulação de bens e serviços em uma sociedade massificada. Por outro lado, o reconhecimento do legislador que em muitos contratos as pessoas são forçadas a contratar aderindo à vontade imposta pela superioridade do outro contratante leva-o a intervir elaborando normas imperativas com o objetivo de impedir cláusulas contratuais arbitrárias. Tal intervenção se dá com a regulamentação legal do contrato.

As desigualdades sociais decorrente da sociedade capitalista levaram a mudança no pensamento jurídico na medida em que se reconhece que a o exercício da liberdade individual sofre limitações e que em muitos contratos a força obrigatória do contrato pode ser contida pelo juiz revelando a relativização dos princípios clássicos do contrato.

A mudança no pensamento jurídico decorreu da crise do capitalismo marcado pela primeira guerra mundial que trouxe a artificialidade da igualdade de direitos em face ao poder econômico e social dos grupos de ditar as regras econômicas e contratuais blindados sobre o pressuposto de uma igualdade jurídica.

Assiste-se a quebra da harmonia da sociedade liberal, o liberalismo econômico estimulando o progresso e assegurando o equilíbrio dos mercados não impedem as crises.

Para Raymond Aron “a guerra 1914 originou-se da briga entre os Estados capitalistas (os Estados ou seus banqueiros e empresários), incapazes de partilharem pacificamente as riquezas do mundo todo” ²⁵. Aponta como conseqüência da guerra a desagregação dos impérios europeus, que conduziram ao fim à era das colônias e ao reinado do velho continente antecipando o declínio das grandes potencias européias. Em síntese sobre esse momento histórico, Raymond

²⁵ ARON, Raymond. *Les dernières annes du siècle*. Tradução Heloísa de Melo Martins Costa. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.S.A, 1987, p.35.

Aron assevera que os homens, por não saberem a história que fazem ignoram as conseqüências de seus atos.

Por certo, a economia de guerra fez com que o estado interviesse na economia para regular o mercado. A liberdade individual passa a sofrer restrições ante a nova realidade social admitindo-se a intervenção judicial, em caráter de exceção, no conteúdo de alguns contratos.

A relação contratual, em alguns países, em face da recessão causada pela guerra, levou para um dos contratantes uma onerosidade excessiva. Na França, essas distorções na relação contratual levaram o Conselho de Estado a admitir a revisão nos contratos de concessão de serviços públicos.

A doutrina aponta a lei Failliot de 21 de maio de 1918, como marco decisivo na evolução do pensamento jurídico ao estabelecer, ainda que de modo tímido o princípio da revisão, ao dispor que os contratos mercantis estipulados antes de 1 de Agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que lhe pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração. Com efeito, a lei Failliot levou a relativização do princípio de força obrigatória dos contratos.

O dirigismo econômico passa ser fundamental para a sobrevivência do Estado. Era necessário o legislador adotar medidas para a regulação do mercado. “O que antes se fazia sob o signo da liberdade, far-se-á de agora em diante por uma coordenação preestabelecida e porque se apurou que a liberdade engendravam a desordem e a crise”.²⁶

Discorrendo em trabalho monográfico sobre o instituto da Lesão, o jurista Aderbal da Cunha Gonçalves²⁷ assinala que o direito evolui em sua nova marcha encaminha-se para o lado dos mais fracos, dos deserdados da fortuna, dos humildes e oprimidos, ajustando-se melhor ao sentido democrático da época em que vive, na sua vocação

²⁶ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: RED livros, 2002, p.245.

²⁷ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Instituto da Lesão**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade da Bahia para concorrer a Docência de Direito Civil. Salvador, S.A Artes Gráficas, 1949, p.22.

política de amparo aos pobres e socialmente débeis, concretizada na sua paixão pela justiça.

Nesse senda, a economia capitalista passa a sofrer fortes intervenções legislativas na medida em que o política volve-se na proteção do mais fraco na busca da justiça.

A pretexto de impedir abusos de vontades imperiosas, protege-se os hiposuficiente economicamente apoiado na idéia de que os fracos têm direito de ser protegidos pelos poderes públicos em razão de sua própria fraqueza, a intervenção legal sacrificou o princípio de igualdade diante da lei.

A técnica jurídica que legitimava o Estado liberal não refletia mais a realidade social agravada pela crise do capitalismo. A transformação da economia capitalista se faz sentir cada vez mais no meio social levando-se a buscar na sociedade moderna o individuo e a coletividade responsável. "A economia moderna estrutura-se na colaboração harmoniosa do individuo e do grupo, mediante a qual resulta o pleno desenvolvimento da organização econômica."²⁸

Essa nova ordem econômica traz ao direito uma ação modificadora com a criação de novas leis e concepções de direito para atender aos reclamos da sociedade. Essas novas necessidades levaram no campo jurídico ao surgimento de novos institutos ou no rejuvenescimento de fórmulas antigas.

Assim, imperioso reconhecer as mutações da economia capitalista que trouxeram um novo cenário nas relações entre o individuo e a sociedade.

Conforme Milton Santos²⁹ o progresso de idéias possibilitou o enriquecimento moral do individuo levando essa mesma ética a glorificar o indivíduo responsável e a coletividade responsável. Assim, individuo e coletividade eram chamados a criar juntos um enriquecimento recíproco que iria apontar para a busca da democracia, por intermédio do Estado Nacional, do Estado de Direito e do Estado Social, e para a produção da cidadania plena, reivindicação que se foi afirmando ao longo dos séculos.

²⁸ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Instituto da Lesão**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade da Bahia para concorrer a Docência de Direito Civil. Salvador, S.A Artes Gráficas, 1949, p.28.

²⁹ SANTOS, Milton. Por **Uma Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p.64.

Na observação de Orlando Gomes,³⁰ a realidade jurídica passou a ser captada no propósito de utilização do Direito como técnica de moldagem da sociedade, empregada com preocupação utilitarista tendo como conseqüência mais decepcionante desse método de conceber a função do ordenamento jurídico o despreço aos direitos individuais.

As intervenções legislativas acabam por não refletir mais a realidade jurídica entronizada pelo liberalismo econômico na medida em que cada vez mais as restrições encolhem a esfera da liberdade civil dos cidadãos.

Assim, estava configurado o nascimento da concepção do Estado Social do Direito e o abandono da concepção absoluta do direito subjetivo do indivíduo que passou a sofrer limitação do conteúdo. Os direitos subjetivos são funcionalizados para promover determinados objetivos queridos pelo Estado (Estado dirigista). Nessa mudança de concepção, “o contrato do Estado Liberal não possui a mesma configuração daquele presente no Estado social.”³¹ Ocorre, a reformulação do direito contratual impondo limitações previstas em normas imperativas, ou melhor, que não podem ser excluídas pela vontade das partes.

Na travessia do Estado Liberal para o Estado Social Franz Wiecker³² aponta três características essenciais desta mudança: a relativização dos direitos privados pela sua função social, a vinculação ético-social e o recuo perante o formalismo do sistema do direito clássico do séc.XIX.

Evidência-se de forma clara a evolução do direito moderno privado e as tendências socializantes da economia. Os sintomas dessa evolução tornam-se visíveis, cada vez mais, pela responsabilização não apenas da sociedade, mas também do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem estar dos outros. O Direito Privado deve servir também a finalidades sociais.

Em análise detida sobre o utilitarismo social que impregna o direito privado Franz Wiecker³³ afirma que sua base se encontra na concepção naturalista de que o direito privado, para além dos fins que lhes são próprios, deve servir também finalidades

³⁰ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1872, p.24.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.271.

³² WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.624.

³³ *Ibidem*, 2004 p.625.

sociais. Contudo, adverte que essa concepção não representa toda a verdade na medida que a solidariedade social mútua dos participantes do direito só pode ser fundada no plano da ética social, ligando-se esta solidariedade com tendências morais.

O culto civilista assinala que essa nova carga ética do Direito Privado manifesta-se, em particular, no Direito das Obrigações quando a jurisprudência dos tribunais superiores alemães regressa à ética contratual material de tradição europeia. Retoma-se o formalismo jurídico que o século XIX tinha esquecido.

Nota-se claramente a jurisprudência alemã mais próxima das concepções jurídicas do medievo e do antigo jusnaturalismo. Na teoria da confiança no domínio da declaração de vontade, no retorno ao princípio de equivalência material no caso de supressão da base negocial e à conformação judicial dos contratos, no reconhecimento dos deveres de custódia e de cuidado de ambas as partes e na concretização dos bons costumes e na exigência da boa-fé.³⁴

A limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos apresenta-se como base do Estado social e marca a funcionalização dos direitos subjetivos que não são mais vistos como direito absoluto.

O contrato assume uma finalidade social e solidária imposta pelo sistema, chegando-se a afirmar que só merece proteção jurídica os contratos que tem função econômica social reconhecidamente útil, a teoria foi consagrada no código civil Italiano segundo asseverou o mestre Orlando Gomes.³⁵

2.5 O SISTEMA CLÁSSICO DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O Estado Moderno caracteriza-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica, pois na medida em que a sociedade torna-se mais complexa, ela necessita de soluções mais técnicas. Daí, a necessidade de desenvolvimento de pensamento jurídico com certa neutralidade conduzindo a racionalidade e formalização do direito.

³⁴ WIECKER. Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.625.

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.28.

Essa formalização acaba por conectar o pensamento jurídico ao pensamento sistemático.

Conforme aponta Tércio Ferraz Jr.³⁶ a teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão em nome da própria razão, um instrumento de crítica a realidade. Para ele, na construção do sistema, o jurista moderno passa a seguir propósitos, que são princípios. Nesse sentido, a teoria se instaura para o estabelecimento da paz, a paz do bem estar social. Através das leis fundamenta-se a ordem jurídica o que dá ao direito um sentido instrumental. As leis têm um caráter formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos. A teoria jurídica possibilita um espaço juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada.

A monopolização jurídica por parte do legislador tem seu ápice com as codificações. “A subordinação dos juizes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança jurídica do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei.”³⁷

A construção de uma civilística sistemática possibilitou a formação de um monopólio de aplicação e desenvolvimento do direito. O positivismo científico deduzia o direito a partir das normas jurídicas e sua aplicação dentro do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (religiosos, sociais, ou científicos).

O Direito Privado fora conduzido pela compreensão geral do direito da época. O pensamento jurídico caminhou para conceber o Direito Privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma segundo uma ética de autonomia kantiana. Assentou-se na idéia de uma capacidade jurídica plena e igual de todos os indivíduos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação.

Na visão de Tereza Negreiros ³⁸, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial. A propriedade privada é fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.70.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.40.

³⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.15.

tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial.

O pensamento sistemático e a compreensão da importância do direito levaram ao Estado a chamar para si a produção legislativa estabelecendo um monopólio sobre a mesma o que culminou com as grandes codificações.

O Código de Napoleão, que entrou em vigor em 1804, na França foi um acontecimento que repercutiu e produziu uma profunda transformação no desenvolvimento do pensamento sistemático moderno influenciando na legislação dos dois últimos séculos uma vez que a codificação de muitos países foi realizada como base nele. A exemplo da codificação belga e a italiana.

Os códigos eram frutos do pensamento burguês, tutelavam as liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político. A codificação clássica, fruto do iluminismo concretizou os ideais burgueses. José Levi Mello do Amaral Júnior³⁹ concebe a codificação oitocentista como um conjunto de normas unitárias e coerentemente sistematizadas em um corpus normativo completo e exauriente as soluções jurídicas com base no pressuposto de que, perante a lei todos os cidadãos são iguais, isto é, destinatários de uma mesma norma jurídica. Direito e código se confundem; o que não estivesse no código seria não-direito.

Os códigos oitocentistas são elaborados segundo especial técnica de redação, pois a pretensão é criar um conjunto normativo racionalmente deduzido que complete e discipline todos os fatos possíveis na vida social, encadeados em normas simples acessíveis a qualquer povo. Assim, ao consultá-lo, à luz de determinada situação concreta, o homem simples poderia apreender, com precisão, os efeitos jurídicos a serem esperados.

Nessa evolução do Direito Privado, a codificação civil funda toda uma ordem social privada. O Direito reduz-se à lei estando este a serviço da liberdade. A interpretação da lei é realizada por meio da exegese. “Assim , o Direito restou confinado à letra

³⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.61.

fria da lei ,cuja interpretação deveria restringir-se ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal.”⁴⁰

O Código Civil cumpria um papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, não sofrendo ingerência do Poder Público e a ele contrapondo-se, aspirando uma completude que, em verdade, era impossível. ⁴¹

O Ideário clássico das grandes codificações pouco a pouco fora se tornando ineficaz em face de vários fatores dentre eles pode-se destacar a insuficiência da lei de enfeixar e unificar por completo o arcabouço jurídico necessário para a solução dos conflitos existentes no seio da sociedade. Por outro lado, os Códigos não conseguem mais acompanhar as transformações sociais e econômicas de uma sociedade complexa e massificada levando a falência da pretensão de totalidade normativa dos códigos.

A complexidade das relações sociais levou a multiplicar-se leis específicas derogando diversos dispositivos dos códigos, “criaram-se, assim, corpos de leis fora dos códigos, com destinatários determinados, numa lógica setorial, verdadeiros microssistemas detentores de princípios gerais autônomos.”⁴²

Esse processo de decodificação ocorre no período de travessia do Estado Liberal para o Estado Social fruto do fortalecimento do Estado após a segunda guerra mundial. “O Estado social não se manteve insensível à verdadeira avalanche de demandas populares não mais podendo assistir inerte, como simples garantidor das regras do jogo, às crescentes necessidades sociais.”⁴³

O Estado Social é chamado a desempenhar as funções de promotor do bem estar comum e garantidor da justiça social passa a intervir nas relações privadas em nome do interesse coletivo. Na busca da realização dessa função o texto constitucional deixa de ser mera norma de procedimentos e competências, e enuncia, neste

⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.59.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.** São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.75.

⁴² ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.77.

⁴³ *Ibidem*, p.77.

momento histórico, os princípios da nova sociedade civil, que o Estado de Direito Social almejou impor no lugar da sociedade burguesa do Século XIX.

O Estado social veio para afirmar o primado social com o fito de superar as contradições próprias de ordem liberal e responder aos problemas básicos da sociedade e as exigências dos novos tempos.

Na conformação do direito com a realidade o jurista italiano Pietro Perlingieri com objetividade e clareza percebe que “quanto mais o ordenamento jurídico se identifica ou tende a se identificar com aquele social, político, econômico, tanto mais a identificação do valor fundado no critério normativo será conforme a realidade efetiva.”⁴⁴

Nesse sentido, o jurista italiano reconhece que as transformações sociais em qualquer dos seus aspectos significa a transformação da realidade normativa e vice-versa. Entendendo que o direito positivo pode exercer uma dupla função: 1) a de conservação de situações de fato presentes na sociedade, adaptando as próprias regras às de natureza social preexistentes; 2) ou a modificar a realidade criando novas regras.

Em uma análise sobre a evolução do Direito Privado italiano nota-se que o Código Civil de 1865, fora construído sob as inspirações dos ideais burgueses, colocando como centro a propriedade privada seguindo a moldura do Código Civil Francês de 1804.

Já o Código Civil italiano de 1942 coloca ao centro da atenção a empresa, a atividade da empresa a forma política e jurídica do intervencionismo do Estado nas relações econômicas, sendo o interesse do legislador potencializar o Estado, aumentar à produtividade, fazendo do produtivismo a característica precípua do ordenamento.

Nessa trilha, havia um total descompasso entre o Código Civil de 1942, e a Constituição que entrou em vigor em 1948 adotando posição diversa do Código. Para Pietro Perlingieri⁴⁵, as normas expressas na Constituição estão em posição de supremacia, no ápice da hierarquia das normas. Daí impor-se ao jurista levar em consideração a prioridade das normas constitucionais sempre que se deva resolver

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.31.

⁴⁵ *Ibidem*, p.31-32.

um problema concreto. Para ele, somente tendo consciência da unidade do ordenamento jurídico é que se pode resolver o conflito de normas, reconhecendo que o papel unificador do sistema tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.

O Estado Social encurtou as distâncias entre o Direito Público e o Direito Privado levando a uma mudança no ato de interpretar a lei civil fruto dessa interação dos dois ramos. Nesse processo evolutivo o Direito Constitucional e Direito Civil, são interpretados de um todo e não isoladamente revelando uma interação entre eles para melhor servir o Estado e sociedade, garantindo o pleno desenvolvimento econômico social e político.

A releitura do Código Civil a partir da Constituição italiana republicana, segundo Paulo Nalin contribui para a superação da fratura entre a produção científica e a realidade prática visando à adequação de conceitos e categorias às exigências de uma sociedade que, rapidamente se transforma.

A separação em Direito Público e Direito Privado não corresponde mais a realidade econômico-social nem corresponde à lógica do sistema. Nesse sentido, O Direito Civil é hoje evidentemente diverso daquele que tinha lugar no período oitocentista, marcado pelos estanques limites do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil. É buscada à luz da Constituição a renovação do direito privado, á medida que as normas consideradas "privadas" invadem a Carta, o que somente faz reforçar a constatação da invalidade da perspectiva dicotômica dois clássicos ramos do ordenamento, nos quais a modificação dos padrões constitucionais passa a iluminar o direito privado

Nessa perspectiva, cumpre traçar a evolução do Direito Privado no Brasil e a sua sistematização influenciada pela formação de novos paradigmas.

3 O MODELO DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

3.1 PROCESSO DE CODIFICAÇÃO NO BRASIL

No Brasil a formação de um corpo legislativo demorou face à vigência das Ordenações Filipinas que perdurou por mais de 300 anos retardando o país no movimento de renovação legislativa que já ocorria na Europa Ocidental no século XIX.

As Ordenações Filipinas foram importadas de Portugal para ser aplicada no Brasil, pois o Direito que ia vigorar era um direito feito e precisaria simplesmente ser aplicado. A lei de 20 de outubro de 1823 determinou que no império vigorassem as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 2 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alterados.

As Ordenações teve uma longevidade maior no Brasil de que em Portugal, uma vez que este país organizou o seu Código Civil em 1867 influenciado pelo movimento de renovação legislativa do Código de Napoleão.⁴⁶

A organização social do Brasil colônia fora determinante para o atraso no processo de codificação. Por outro lado, a emancipação política do país não mudaria rapidamente esta conjuntura.

A estrutura social do país no período de elaboração do Código Civil era rudimentar e a economia baseada na agricultura. A indústria ainda estava em um estágio embrionário, segundo observação de Silvio Romero⁴⁷, o Brasil era uma população pobre cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência europeia.

⁴⁶ Essas conclusões são pessoais e foram retiradas da leitura do livro *Raízes Históricas e Sociológicas* de Orlando Gomes.

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.25.

Tal conjuntura econômica e social permite a compreensão do sentido da nossa codificação. A estrutura agrária fazia predominar os interesses dos fazendeiros. A outro giro, os comerciantes se encarregavam da exportação de matérias primas e gêneros alimentícios e da importação de produtos manufaturados, o que mantinha o sistema colonial presente.

A classe média teve papel relevante na defesa e preservação dos interesses dos fazendeiros e da burguesia mercantil, uma vez que com o processo de urbanização do país provocada pela expansão do comércio exportador levou a formação de grandes centros urbanos que reclamavam por serviços públicos mais amplos, o que ocasionou o crescimento da classe média formada essencialmente por pessoas que se deslocavam do interior para as cidades a fim de ocupar cargos burocráticos. A classe média era desprovida de ideologia vindo a servir os interesses dessa elite dominante.

Sobre o processo de elaboração do Código Civil Orlando Gomes⁴⁸ reconhece como obra da classe média preocupada em dar um sistema de normas de Direito Privado que viesse atender aos reclamos de uma sociedade interessada em afirmar o regime de capitalista de produção.

Contudo, essa busca em adequar as normas de Direito Privado a uma sociedade interessada em afirmar o capitalismo encontra barreiras na estrutura agrária do país e na falta de estímulos do setor industrial refletindo-se no processo de elaboração do Código o conflito de interesses entre os aristocratas rurais e a burguesia mercantil.

O Código Civil brasileiro iniciado em 1899 entrou em vigor em 1 de janeiro de 1917. É um código oitocentista segundo Pontes de Miranda dotado de pretensão de completude ou de plenitude legislativa.

A codificação ingressou na vida brasileira com um sistema fechado, com um conteúdo liberal no que diz respeito às manifestações de autonomias individuais, conservador no que concerne à questão social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano.

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.30.

O Código Pátrio fora concebido numa perspectiva de centralidade, adequado para o ideal unitário de sistema privado.

O Código de 1916 refletia o individualismo jurídico necessário para o desenvolvimento da elite brasileira que reclamava um sistema que favorecesse a expansão das forças produtivas nos quadros do sistema colonial de exploração de riquezas. Nesse sentido, o Código refletiu um conjunto de idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população o que acabou por distanciar o Direito escrito da realidade social.

3.2 O CÓDIGO DE 2002 E SUAS DIRETRIZES FUNDAMENTAIS

3.2.1 A expressão do culturalismo de Miguel Reale

O novo Código Civil teve em seu processo de elaboração a atuação decisiva de Miguel Reale. A influência do seu pensamento culturalista levou a construção de um novo código marcado pela metodologia reveladora da valorização dos bens culturais que são reconhecidos e aceitos por uma dada comunidade. O culturalismo tem como paradigma central de seu pensamento, a cultura.

Para Miguel Reale⁴⁹ a cultura é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. Assim, o jurista entende que a cultura existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é dado, alterando a si próprio.

Identifica Gerson Luiz Carlos Branco na obra de Miguel Reale uma visão integrante do conhecimento sobre as ciências, reconhecendo a realidade como o resultado da ação do sujeito sobre o mundo. Há uma busca incessante da relação entre o que é realidade e o pensamento a respeito da própria realidade⁵⁰.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984, p.25.

⁵⁰ Conclusão de Gerson Branco retirado da leitura do seu livro escrito conjuntamente com Judith Martins Costa. (MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.38).

Reconhece Miguel Reale que o Direito é uma ciência social, logo também é uma ciência cultural.⁵¹ Com efeito, o Código Civil não é construído a partir do nada, mas sim fruto de um processo cultural moldurado pelo homem no curso da história. Assim, o Código se apresenta como resultado de um processo de maturação, condensação e de seleção até chegar à consagração legislativa.

O culturalismo de Miguel Reale tem como eixo central as palavras: experiência, cultura e história. Nesse sentido, para Miguel Reale a pessoa é o centro na ordem valorativa do novo Código Civil, pois agora a pessoa não é um ser abstrato, mas o sujeito que está submerso na realidade social e histórica.

Nessa senda, a pessoa passa a condição de valor fundante de todo o ordenamento tornando injustificada toda a ordem que tenha como resultado a diminuição concreta da pessoa por violar uma variante axiológica.

Fruto da influência culturalista na elaboração do novo Código buscou-se na sua elaboração manter tudo o que se pudesse preservar, alterando ou modificando somente o que fosse necessário para a modernização do direito. Assim, o Código não tratou de temas polêmicos, mas somente daqueles que há certo consenso social não abarcado pela codificação anterior.

Pode-se apontar como marcas que caracterizam a influência do pensamento de Miguel Reale no novo Código o princípio da socialidade que tem como significado a prevaência dos valores coletivos sobre os individuais e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

A socialidade se encontra em diversos dispositivos do Código de 2002 seja quando expressamente exige que a propriedade e o contrato cumpram com sua função social, como em disposições que estão voltadas para a realização de determinados fins.

Outra forte influência do culturalismo de Miguel Reale é o princípio da eticidade que se encontra consubstanciado na utilização constante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo

⁵¹ Ensina Miguel Reale que as Ciências culturais são aquelas que, além de serem elementos da cultura, tem por objeto um bem cultural. Essas Ciências têm por objeto o próprio homem ou as atividades do homem buscando a realização de fins especificamente humanos (REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984, p.30).

significado exige uma atividade valorativa do julgador para que a regra possa ser aplicada.

A influência do pensamento de Miguel Reale se faz sentir nas diretrizes de socialidade e eticidade, bem como na sistemática, não estática e fechada, mas aberta e móvel que possibilita a solução de novos problemas por via de construção jurisprudencial, seja por deixar ao legislador no futuro a tarefa de progressivamente completá-lo.

Para Flávio Tartuce⁵² a análise dos institutos jurídicos presentes no atual Código Civil, concebidos muitos deles abertos e genéricos levaram o jurista e o magistrado a mergulhar profundamente nos fatos que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus valores construídos após anos de educação e de experiências aplicar as normas conforme os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. Assim, para ele, fato valor e norma serão imprescindíveis a apontar o caminho para aplicação do direito.

3.2.2 O princípio da operabilidade

Na lição de Miguel Reale,⁵³ o Direito é para ser realizado, os juizes, advogados são os operadores do direito sendo indispensável que tenha a norma operabilidade a fim de não criar obstáculos e equívocos que entram à vida do Código Civil.

Segundo o jurista, o princípio da concretude está implícito no princípio da operabilidade. A concretude é a obrigação que tem o legislador de não realizar em abstrato, para um individuo perdido na estratosfera, mas quando possível, legislar para o individuo situado, atendendo às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual, não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta.

Nesse sentido, a estrutura de um Código não reflete uma opção meramente técnica. Mas, antes indica uma tomada de posição reveladora de uma filosofia. O Código

⁵² TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.68.

⁵³ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil.** Disponível em: <www.miguelreale.com.br/index.html>. Acesso em: 09 ago. 2007.

Civil por sua sistematicidade assegura uma unidade lógica e conceitual que visa estabelecer um mínimo de segurança pela regulação coordenada de comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como eixo central e como sistema aberto em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo.

Nessa trilha de raciocínio, Nelson Rosenvald⁵⁴ reconhece que o legislador não mais exercita o preciosismo gramatical do Código de Beviláqua, pois, as normas perdem em estética, mas ganham em efetividade, pois adquirem o atributo cirúrgico da precisão. Afirmando, ainda, que o direito não existe para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executado com praticidade, pois o objetivo atual do ordenamento é alcançar a pessoa como destinatária direta da norma.

Assevera Judith Martins Costa que a estrutura sistemática, não estática e fechada, mas aberta e móvel, centrar-se em numerosas cláusulas gerais “que permitem tanto a ligação intra-sistemática (entre as normas do próprio Código) quanto à conexão intersistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (remetendo o interprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva)”⁵⁵.

As cláusulas gerais são procedidas mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados conceitos jurídico indeterminados. Desse modo, as cláusulas gerais não pretendem dar respostas a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência, lembrando que nada regula de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social. O princípio da operabilidade conduz o

⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.73.

⁵⁵ MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.99.

Código a uma nova dinâmica ao possibilitar a criação de mecanismos que viabilizam ajustar a codificação à realidade social conduzindo a concreção jurídica.

3.2.3 O princípio da eticidade

O código atual abandonou o rigorismo formal, no sentido de tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos. Fora superado a crença na geral plenitude da norma jurídica positiva, admitindo-se que em certos casos melhor se recorrer a critérios ético-jurídicos que possibilitam a “concreção jurídica”, concedendo ao juiz maior poder para encontrar a solução mais justa ou equitativa.

O novo Código confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.

O princípio da eticidade tem como fundamental central o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. O novo Código apresenta como uma das suas características mais importantes a valorização dos pressupostos éticos na ação do sujeito do direito

Nessa trilha, o princípio de boa-fé ganha relevância e vem especificando no interior das relações do tráfico jurídico notadamente o tráfico negocial. Este princípio tem a característica de constituir normas de conduta que impõem a quantos entrem em contato social relevante juridicamente deveres de conduta, entre ao quais os de informação e os de proteção aos legítimos interesses do *alter*.

Por certo, a boa fé objetiva vem posta como um princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações, sejam civis ou comerciais, como emanção da confiança, que deve presidir o tráfico jurídico.

A dimensão ética conferida as normas jurídicas é fruto do valor dado à pessoa e as suas relações com os demais bens da vida. A valorização da pessoa reconhecida com valor fonte de todo o ordenamento levou o direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial.

3.2.4 O princípio da socialidade

O sentido social foi uma das características mais marcante do projeto do novo Código Civil visando maior aderência à realidade brasileira, culminando com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: O proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

O intenso trabalho dos juristas foi para situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu de duas guerras universais, bem como da revolução tecnológica e da emancipação da mulher.

Tem-se afirmado que se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.

As transformações no Direito Privado demonstram uma repousa ao excessivo individualismo da era codificatória oitocentista. Hoje a solidariedade social se encontra posta como um dos objetivos da República cabendo ao Direito Civil transformá-lo em instrumento de ação mediante o princípio da função social e também da boa-fé.

Cabe registrar que a instrumentalização do princípio da função social ocorre em três específicos domínios, o do contrato, o da propriedade e o da posse. E mais, que a atribuição de uma função social à propriedade esta inserida no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, que desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução dos institutos centrais do Direito moderno.⁵⁶

Nesse sentido, acentua Luis Renato Ferreira da Silva⁵⁷ que ao supor um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma

⁵⁶ Judith Martins Costa observa que as Constituições da segunda metade do século XX passaram a aderir a formula pela qual admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionado pela respectiva função, indicando a funcionalização juntamente a atribuição de um poder em vista certa finalidade ou atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios. (MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.148).

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.154.

relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a função social da propriedade no inciso XXII do Art. 5, acaba por dizer que só é assegurado o direito fundamental da propriedade enquanto este é exercido e usufruído de acordo com a função social que lhe atribui. E a própria Constituição trata de dizer que função é esta.

O princípio da socialidade traz ao Código uma nova dinâmica, funcionalizando institutos tradicionais e moldurando-lhe sob a égide do modelo constitucional. Nessa perspectiva revela uma função promocional do direito sensível as novas necessidades da sociedade, chegando-se até falar no processo de despatrimonialização do direito privado.

A outro giro, Miguel Reale⁵⁸ reconhece que em todo ordenamento jurídico há artigos-chaves, ou melhor, normas que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema. Para o jurista, nenhum artigo do novo Código parece tão rico de conseqüências como o art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos dever ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Segundo ele, desdobrando os elementos constitutivos dessa norma verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para a regulação das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos usos do lugar de sua celebração. Conclui, por fim, que aí se encontra esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que presidem à atual Lei Civil.

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO DE 2002

Ao longo dos anos vem se falando no processo de constitucionalização do Direito Civil fruto de conceitos fundamentais de Direito Civil que vem sendo estabelecidos no texto das Constituições. É clarividente a participação da Constituição de 1988 no domínio das relações civis destacando-se o Art.1º, que estabelece, entre os

⁵⁸REALE, Miguel. **Um artigo chave do Código Civil**. Disponível em: < www.miguelreale.com.br/index.html.>. Acesso em: 09 ago. 2007.

fundamentos da República Federativa do Brasil, situa “a *dignidade da pessoa humana*” a qual por essa razão constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento.

Nota-se também no Art.5º da Constituição outros preceitos civis fundamentais como, o da liberdade de associação, o da reparação do dano moral, o da inviolabilidade da vida privada e da função social da propriedade e o Art. 226 ao estabelecer os princípios constitutivos da instituição familiar, Assim, afirma alguns doutrinadores que o Brasil atinge o mais alto grau de constitucionalização do Direito Civil.

É bom que se diga que os elaboradores do novo Código Civil partiram para a compreensão do Direito em função de princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade.

Decorre dessa experiência jurídica um novo entendimento do que seja “*sujeito de direito*”, não mais concebido como um indivíduo “*in abstracto*”, em uma igualdade formal, mais sim em razão do indivíduo situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e sócio-econômicas.

Reflexo dessa mudança de perspectiva se deu no art.1º do Novo Código Civil que ao contrário da codificação revogada que declarava “todo homem” capaz de direitos e obrigações na ordem civil, o ora em vigor prefere se referir a toda pessoa, acrescentando que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida.

Em relação aos direitos de personalidade, o novo Código Civil disciplina em um capítulo próprio à matéria, o que não era previsto na legislação anterior. Enumerando de forma exemplificativa no Art. 11 tais direitos.⁵⁹

A Constituição de 1988 estabelece no Art.1º a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, ao mesmo tempo em que, no Art. 37 exige que o exercício do poder pela administração pública deve obedecer aos princípios de moralidade, legalidade e impessoalidade. Essa dupla exigência repercute no Código Civil, cujo Art. 421 consagra a liberdade contratual, mas condicionada pela função social do contrato e pela boa-fé por parte dos contratantes. Nesse sentido, a ambivalência da liberdade e de seus limites éticos-jurídicos está na base da

⁵⁹Art. 11 “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Constituição e do Código Civil, em uma sintonia que constitui apanágio do ordenamento jurídico pátrio.

Cláudio Ari Mello buscando contribuir para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade compreende que “o movimento de normatização e o desenvolvimento no âmbito dos estudos científicos dos direitos de personalidade no âmbito do Direito Civil são produtos diretos dos fenômenos da constitucionalização e da personalização do direito privado”⁶⁰. Para ele, não parece ser mais possível hoje legislar interpretar e aplicar normas jurídicas definidoras de direitos da personalidade sem estabelecer uma intersecção entre Direito Constitucional e Direito Civil, existindo a rigor um espaço comum para o qual convergem concepções e métodos de direito constitucional e de direito privado, que ora dialogam e se associam, ora se conflitam e excluem um ao outro.

Na visão de Flávio Tartuce⁶¹ os princípios do Código Civil de 2002 têm fundamento constitucional sendo notório que o Direito Público mantém estrita relação com todo o Direito Civil e que, por diversas vezes, é necessário fazer um trabalho de interpretação civil-constitucional.

O jovem jurista aponta três princípios básicos dessa visão constitucionalizada do Direito Civil. O primeiro deles é o que visa a proteção da dignidade da pessoa humana estampada no art. 1º, III, da Constituição, reconhecendo que a proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. O segundo princípio visa à solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme o Art. 3º, I, do Texto Maior. Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5 da Constituição.

O culto professor Luiz Edson Fachin⁶² em observação crítica sobre a reconstrução do Direito Privado reconhece que boa parte da história do Direito é a história da garantia da propriedade e que a Constituição de 1988, promove uma incidência de regras de Direito Público sobre algo que classicamente vinha confinado ao direito de propriedade.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.99.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.79.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.75.

Aponta o professor que o exercício privado da titularidade da propriedade deve estar submetido ao interesse social em atenção ao disposto no art. 186 da Lei Maior que estabelece um conjunto de benefícios básicos à luz do que se chama função social da propriedade.⁶³

A outro giro, percebe Luiz Edson Fachin que o processo de transformação ocorrido no Direito Privado é fruto dessa constitucionalização que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil. Acrescentando que a mudança que se opera no privado advém do público e é um movimento de refluxo, respaldando essa operação nos princípios que, segundo ele, aparecem em outro movimento que o direito privado começa a sofrer o da “repersonalização”, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia.

Para Paulo Nalin a leitura do Direito Civil à luz da Constituição decorre de uma fundamentada metodologia interpretativa da normalística civil, abrangidos princípios e regras. “A constitucionalização do Direito Civil não é o único, mas, sim representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados.”⁶⁴

3.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil apresentando-se como um princípio estruturante, constitutivo e indicativo das diretrizes básicas de toda a ordem constitucional, conforme disposição do art.1 da Constituição de 1988.⁶⁵ O princípio da dignidade ganha concretização através de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema harmônico.

⁶³ Art.186. A função social da propriedade é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁶⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.32.

⁶⁵“Art.1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a

A Constituição de 1988 formulou uma opção preferencial pela dignidade humana, alçando-a a valor central do sistema jurídico e gozando de ampla fundamentalidade no sistema. “Essa condição de fundamento lhe assegura uma posição topológica ambivalente: ela se mantém no topo do ordenamento, mas se espalha por todo o texto constitucional e, via de consequência, por todo o ordenamento”.⁶⁶

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges⁶⁷ a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do art.1º, III, da Constituição, o valor da dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico. Para ela, o sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, asseverando que a dignidade é inerente ao ser humano, não sendo adquirida por meio de declarações ou ações, pois, deriva, na atual cultura jurídica ocidental, da simples condição de humano.

Assim, discorrendo sobre o tema conclui a autora que a dignidade da pessoa humana não depende de estado nem de outros qualificativos jurídicos, não nasce de um contrato nem de uma declaração de vontade, não está ligada aos papéis ou atividade desempenhada, não tem relação com a capacidade.

Para Ana Paula de Barcellos⁶⁸ a dignidade da pessoa humana é noção formada por vários conteúdos, dentre os quais estão os chamados direitos individuais e os políticos, além dos sociais, culturais e econômicos. Analisando de forma sistemática o tratamento constitucional da dignidade da pessoa humana naquilo que diz respeito ao seu aspecto material ou positivo, ou melhor, às condições materiais necessárias à própria dignidade concluiu que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade,

soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

⁶⁶ ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS COSTA, Judith. (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.226.

⁶⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim e coordenação Renan Lotufo), p.15.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana de Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. Amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.226.

dedicando-lhe considerável espaço no texto Constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

Nesse contexto, a autora é taxativa ao afirmar que existe um núcleo de condições matérias que compõe a noção de dignidade sendo tão essencial que sua existência impõe-se como regra. Com efeito, entende que embora possa haver diversas concepções da dignidade, nenhuma delas poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares necessárias à existência humana (mínimo existencial), sob pena de violação de sua dignidade que além de fundamento e fim da ordem jurídica.

Ainda que compreenda como uma definição insatisfatória por ser genérica, a autora aduz que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, não se limitando apenas como experiência física, ou seja, a sobrevivência do corpo, mas também espiritual e intelectual. Ressalta que a violação do mínimo existencial importa o desrespeito ao princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material, ou seja, uma ação ou omissão inconstitucional.

Ensina Ana Cristina Costa Meireles⁶⁹ que a teoria da prestação do mínimo social foi fruto da doutrina alemã do pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei fundamental de Bonn. Extraiu, assim o Tribunal Alemão, o direito ao mínimo de existência do princípio de dignidade da pessoa humana, do direito à vida, a integridade física e através de uma interpretação sistemática do princípio do Estado Social.

Lembra a autora que esse núcleo mínimo a ser extraído de preceitos constitucionais está presente nas Constituições estrangeiras, a exemplo da Constituição Portuguesa e Espanhola. Por fim, reconhece que a fixação do mínimo existencial será variável no tempo e no espaço e para se chegar a seu núcleo se faz necessário uma cuidadosa ponderação.

⁶⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo**. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2005, p.95-129.

Na observação de Dirley Cunha Júnior⁷⁰ a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo, pois sempre haverá conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. Assim, em alguns casos pode e deve o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação ao caso concreto.

Para ele, os direitos sociais representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna tendo como melhor fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos (saúde, educação, assistência e previdência social, salário mínimo, trabalho e moradia, entre outros), necessários à elevação das condições materiais e espirituais do homem.

Numa hermenêutica construtiva e crítica Luiz Edson Fachin entende que “a existência digna é um imperativo ético que se projeta para o direito na defesa de um patrimônio mínimo”⁷¹. A tese parte da verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais. Sustenta o civilista que a definição do patrimônio mínimo compreende uma titularidade geral sobre bens ou coisas que não necessariamente funda-se na apropriação formal previstas nas codificações civis, a exemplo do art.1228 do Código Civil Brasileiro.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷² assevera que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental esculpido no texto constitucional não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material carregado de eficácia alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Em uma perspectiva principiologia, sustenta o autor que a dignidade da pessoa atua como um mandado de otimização ordenando a proteção e promoção da dignidade da pessoa que deve ser realizado na maior medida do possível considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.306.

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.70.

Nesses passos, para o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana tal como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional servem de referencial na hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático. Ressaltando que, cada vez mais, os Tribunais tem recorrido ao princípio da dignidade da pessoa como critério hermenêutico a fim de solucionar as controvérsias.

Maria Celina Bodin de Moraes, em comentário sobre o assunto, afirma que embora reconheça que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica, há uma dificuldade em se delinear do ponto de vista hermenêutico os contornos e limites do princípio de dignidade da pessoa humana, uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, correndo-se o risco de generalização absoluta. Assim, pode-se levar ao extremo de atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que tornará impossível qualquer aplicação sua.

A autora apoiada em postulados filosóficos que norteiam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas e considerando que humanidade das pessoas reside nos fatos de serem elas racionais, desdobra o substrato material da dignidade em quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético), reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de auto determinação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”⁷³.

De resto, reconhece a autora como corolário dessa elaboração os princípios jurídicos de igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Por outro lado, na existência de conflitos entre princípios em situações jurídicas subjetivas buscar-se-á a ponderação de valores em favor do conceito de dignidade humana.

Em posicionamento semelhante, José Afonso da Silva lembra que a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, compreendendo os princípios como ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. Assim, o

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.ed. revista e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.116.

constitucionalista seguindo o entendimento reinante na doutrina entende a dignidade da pessoa humana como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”⁷⁴.

Eros Roberto Grau lembra que “embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitui ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”⁷⁵. Reconhece, também, que esse princípio apresenta-se na Constituição como princípio político constitucionalmente conformador e como princípio constitucional impositivo, ou melhor, norma objetivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como fundamento da Constituição de 1988 e constitui uma norma síntese a orientar todo o sistema revelando as valorações políticas fundamentais que o legislador constituinte acolheu. Não se pode também esquecer a função ordenadora desse princípio que permite sua utilização como critério de interpretação e de integração dando a todo ordenamento uma coerência geral.

Por outro lado, a busca pela garantia e promoção do princípio de dignidade da pessoa humana conduziu a funcionalização dos direitos subjetivos, em especial, no Direito Civil, em que fora promovida uma releitura em seus pilares básicos: a propriedade, família e o contrato.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999,pg109.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pg.196.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

4.1.1 Autonomia privada e autonomia da vontade

O clássico princípio de autonomia da vontade dá lugar ao que se chama ser um novo princípio de direito contratual, qual seja: a autonomia privada fruto da alteração do seu conteúdo e compreensão.

Sempre se definiu a autonomia da vontade como o poder das partes de determinar civilmente tudo no negócio jurídico, que seria lei entre as partes. Essa noção de autonomia da vontade ganhou importância no Estado liberal e se particulariza justamente na liberdade de contratar cujo conceito deu conteúdo à autonomia da vontade. Essa instrumentalização jurídica se baseou no princípio de igualdade formal conectada ao reconhecimento da abstrata e genérica liberdade ao sujeito jurídico.

O grande equívoco do dogma da vontade foi admitir que a vontade individual era onipotente e, por via de consequência, não haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial. A ausência dessa noção de limites é o que torna importante distinguir a teoria da autonomia da vontade da teoria da autonomia privada

Sustenta Roxana Cardoso Brasileiro Borges⁷⁶ que a teoria da autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar, apontando no ordenamento jurídico brasileiro a consolidação dessa mudança com a Constituição de 1988 que impôs limitações frente a outros interesses da sociedade, principalmente pelos objetivos de promover a dignidade da pessoa humana.

⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, (Coleção Prof. Agostinho Alvim e coordenação Renan Lotufo), p.21.

Na observação de Aderbal da Cunha Machado⁷⁷, a teoria da autonomia da vontade se cristaliza no Código de Napoleão para depois irradiar-se dominando toda a concepção dos direitos obrigacionais nas legislações posteriores por ele inspiradas. Aponta o jurista que a liberdade contratual derivaria da autonomia privada e esta se justificaria na soberania individual, uma vez que os homens, senhores absolutos de si mesmos, soberanos em suas determinações, não encontravam na fixação dos seus direitos e obrigações limites que não fosse o acordo livre de suas vontades.

Nesse contexto, não se pode esquecer da revolução francesa que possibilitou a destruição da antiga estrutura social na medida em que favoreceu o desenvolvimento da burguesia sob a inspiração de doutrinas econômicas que fomentavam o liberalismo econômico e cuja sistematização jurídica legitimava as aspirações de liberdade. Assim, o pressuposto de liberdade e igualdade de todos possibilitava a ascensão e afirmação da burguesia. Havia o extremo culto à liberdade, sendo reconhecido como direito sagrado, inviolável que deveria ser respeitado pelo Estado.

Reinava absoluta e soberana a liberdade contratual, amparada pelas doutrinas político-econômicas da época, que faziam do *laissez-faire* o alfa e omega da felicidade⁷⁸.

A autonomia da vontade era importantíssima ao paradigma do liberalismo, pois fortalecia as iniciativas de garantias de liberdades, bem como instrumentalizou através do contrato meio de acesso da burguesia a propriedade. “Coerente, pois, a instrumentação jurídica baseada no princípio da igualdade formal, ligada ao reconhecimento da abstrata e genérica liberdade ao sujeito jurídico deferida para entabulação de contratos livres da peias do Estado, do que era público”⁷⁹.

A esse respeito, Ana Prata em estudo sobre a autonomia privada nota que o seu conceito esta intimamente relacionado com os de sujeito jurídico e de propriedade na medida em que a capacidade negocial encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade. Para ela, quando a pessoa

⁷⁷ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Instituto da Lesão**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade da Bahia para concorrer a Docência de Direito Civil. Salvador, S.A Artes Gráficas, 1949, p.18.

⁷⁸ *Ibidem*, p.83.

⁷⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: Os novos princípios contratuais. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Professor A gostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo), p.16.

passa a dispor do bem ela afirma-se como titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, qual seja de transmitir o seu próprio bem. Assim, a autonomia privada é um mero instrumento jurídico de atuação concretização e tutela de interesses privados.

A outro giro, o modelo liberal não tardou a revelar as desigualdades fruto das sociedades capitalistas e a crise do capitalismo levou o Estado a intervir na atividade econômica. O enfraquecimento das concepções liberais e o afastamento do neutralismo jurídico diante da economia apontaram para a travessia do Estado Liberal para o Estado Social com a proclamação de novos valores: de dignidade da pessoa humana e de solidarismo. A busca, agora, é instrumentalizar uma igualdade que não seja somente formal.

Com a construção desses novos paradigmas houve a necessidade de reconstruir, ou melhor, recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la sobre uma nova moldura, base do que se chama de hoje de autonomia privada.

Nessa trilha de raciocínio, Jorge César Ferreira da Silva⁸⁰ afirma que o sentido da autonomia privada, nos dias de hoje, tem que se buscar na Constituição de 1988, notadamente em dois dispositivos: o art.1, III, que trata da dignidade da pessoa humana e no art. 170, que funda a ordem econômica, devendo ser compreendida como um espaço de competência normativa do sujeito privado, a servir de base à atuação privada.

Segundo o autor, a autonomia privada exige ser compreendida de modo funcional: seja no campo da dignidade pessoa humana, seja no campo econômico em sentido estrito. Essa interpretação funcional da autonomia privada vai além das noções normalmente propostas, nas quais se pressupõe seguramente como resquício iluminista, a existência do binômio liberdade prévia ilimitada X limites estatais. Para ele, o fundamento da autonomia não impõe os limites, impõe um perfil, molda as feições daquilo que vai nascer.

Atualmente, o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos como bem observa Pietro Perlingieri “a autonomia da vontade

⁸⁰ SILVA, Jorge César Ferreira da. Princípio de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006, p.16.

não é um valor em si, sobretudo não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema de normas constitucionais”⁸¹.

Na lição de Orlando Gomes⁸², o contrato sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função, pois deixa de ser simplesmente expressão da autonomia da vontade e passa a ser estrutura de conteúdo híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes.

4.1.2 Autonomia privada. Conceito e abrangência

Antunes Varela⁸³ assinala que a liberdade contratual é um desdobramento na área dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais do princípio da autonomia privada, que é mais amplo do que a liberdade contratual, pois compreende ainda a liberdade de associação, a liberdade de tomar deliberações nos órgãos colegiais, a liberdade de testar, a liberdade de celebrar acordos que não são contratos e a liberdade de praticar os numerosos atos unilaterais que concitam a tutela do direito.

Assim, para ele, a liberdade contratual é um corolário da autonomia, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios a disciplina juridicamente vinculativa dos seus interesses.

Nessa senda, Orlando Gomes⁸⁴ afirma que a autonomia privada particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar, auto regulando interesses. Significando, deste modo, o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

A liberdade de contratar ao abranger os poderes de auto-regência de interesses se projeta sobre três aspectos: a liberdade de contratar propriamente dita; liberdade de estipular o contrato; liberdade de estruturar o conteúdo do contrato.

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.277.

⁸² GOMES, Orlando *apud* NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.204.

⁸³ VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p.226.

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.29.

Em semelhante posicionamento, Pietro Perlingieri⁸⁵ entende que a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: contrato. Reconhece, o jurista italiano, que não é uma tarefa fácil conceituar a autonomia privada, pois a sua definição depende em muito da configuração do ordenamento que esta inserido. Entretanto, parte para uma definição inicial, aduzindo que a autonomia privada é o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo de determinadas vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente assumidos. Sustenta, ainda, que na estrutura dessa concepção lastreada na liberdade dos indivíduos de regular por si as suas próprias ações ou de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento através de um entendimento comum, e aí não somente a liberdade econômica da pessoa, exerceu forte influência no pensamento jurídico, colocando-se como a marca do valor da liberdade individual. Assinala o jurista que essa concepção foi o alicerce para o liberalismo econômico e que a mudança dessa concepção só ocorreu com a hierarquia constitucional de valores.

Federico de Castro y Bravo define autonomia privada “como aquele poder complexo reconhecido à pessoa para o exercício de suas faculdades, seja dentro do âmbito da liberdade que pertence como sujeito de direitos, seja para criar regras de conduta para si e em relação com os demais, com a responsabilidade decorrente de sua atuação no meio social”⁸⁶.

O civilista espanhol discorrendo sobre o significado sociológico e político da autonomia privada reconhece que ela possui em si mesmo uma carga sentimental e valorativa. Daí resultando enganoso dizer que autonomia em Direito Privado consiste em uma liberdade de fazer ou não fazer, de prometer e obrigar-se, em demarcar um círculo de liberdades ou de luta livre para os indivíduos, isentos da intervenção estatal.

Para o civilista, o reconhecimento da autonomia privada é uma exigência que leva consigo mesmo a condição de pessoa humana, criticando a concepção normativista por achar inadmissível considerar como simples ocasião para que atue a máquina

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

⁸⁶ CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p.12.

do Estado, bem como critica a concepção individualista, pois, para ele, é inexacto dizer apenas que somente aos interessados importa.

Emilio Betti⁸⁷ sobre autonomia privada e seu reconhecimento jurídico entende que a autonomia privada é um fenômeno correlato ao da existência das esferas individuais de cada um. Deste modo, para ele, só nos ordenamentos baseados na propriedade individual em que a circulação de bens, assim como a prestação de serviços entre indivíduos são entregues necessariamente, à autonomia privada. Por outro lado, se não existem essas esferas, como no ordenamento comunista a necessidade de circulação de bens e serviços será satisfeita de modo diverso.

O jurista italiano situa a autonomia privada como fenômeno social e que esta existiria na vida social independente de tutela jurídica. Assim, nas sociedades que admitem a propriedade individual o reconhecimento jurídico vem a facilitar a perene renovação da distribuição de bens existentes, constituindo uma necessidade vital prover a esses fins de acordo com os ordenamentos. O Direito, segundo ele, tem uma função dinâmica que possibilita essa circulação de bens e utilização de serviços conforme as necessidades que vão surgindo continuamente na sociedade.

Por fim, sustenta o jurista que a autonomia como autoridade e como *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações exercidas pelos seus titulares pode ser reconhecida pelo ordenamento estadual mediante duas funções distintas: 1) pode ser reconhecida como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica; 2) pode ser reconhecida como pressuposto e causa geradora das relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica.

Luigi Ferri⁸⁸, outro jurista italiano, contesta a tese de Emilio Betti, pois, para ele, sem o direito não se pode conceber a autonomia privada nem mesmo os negócios jurídicos que são sua própria manifestação. Aduz, ainda, que o problema da autonomia reside nos limites para seu exercício estabelecido pelo ordenamento jurídico.

Em estudo sobre a tese dos ilustres civilistas italianos, o prof. José Abreu Filho entende que na sua origem, a autonomia privada é um fenômeno de raízes

⁸⁷ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p.73-77.

⁸⁸ *Ibidem*, p.5-6.

tipicamente sociais uma vez que precedera esse seu caráter a feição jurídica. Muito embora já não se possa conceber a autonomia privada sem a correspondente ressonância no ordenamento⁸⁹.

Assim, buscando reunir as características fundamentais, o culto professor define a autonomia privada como “os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”⁹⁰. Para ele, esse conceito reflete nitidamente a função normativa da autonomia privada e sua essência tipicamente negocial.

Em que pese às discussões doutrinárias acerca da origem da autonomia privada nos parece haver um consenso para reconhecer a autonomia como poder de auto-regulação de interesse privados, sendo necessário agora verificar os limites impostos a essa autonomia.

4.1.3 Limites à liberdade de contratar

A liberdade de contratar como desdobramento da autonomia privada jamais foi ilimitada, pois a ordem pública e os bons costumes sempre lhes impuseram limites, ainda que essas limitações não fossem suficientes para impedir a prática de abusos como bem asseverou Orlando Gomes.⁹¹

As limitações à liberdade de contratar vistas como exceções ao princípio de autonomia privada jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão, o que permitia a ampliação ou restrição de seus conceitos de acordo ao pensamento reinante em cada época e em cada país, condicionado pela organização política e a infra-estrutura ideológica.

As limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social, compreendendo-se que certos interesses são considerados infensos às bases da

⁸⁹ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5.ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43.

⁹⁰ *Ibidem*, p.44.

⁹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.31.

ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem.

Pode-se afirmar que a liberdade contratual não tem hoje a mesma elasticidade original da concepção do Estado Liberal e nem mesmo o princípio da autonomia privada é fonte exclusiva do contrato. Contudo, não implica dizer que houve a eliminação desse princípio, mas tão somente sua adequação aos novos reclamos da sociedade.

Atualmente, a liberdade contratual não encontra justificativa em si sendo necessário para que seja merecedor de tutela que o ato a que exprime tenha uma função que o ordenamento jurídico o considere socialmente útil, ou seja, qualquer ato de autonomia privada deve atender aos valores promocionais do ordenamento.

Com a Constituição de 1988 que elegeu com um dos fundamentos da República o princípio da dignidade da pessoa humana o Direito Privado passa por uma reconstrução dos principais institutos jurídicos, em especial, o contrato.

O dispositivo do art. 421 do novo código civil afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” O referido dispositivo impõe um limite à autonomia da vontade e também é recebida como razão determinante, constituindo uma projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade encontrando-se esculpido no art. 5, XXIII, da Constituição Federal na medida em que o contrato instrumentaliza a aquisição da propriedade.⁹²

A propósito, Flávio Tartuce⁹³ percebe que o Direito Civil Contemporâneo não concebe mais um direito absoluto, pois até os direitos de personalidade sofre limitações Assim, para ele, o princípio da autonomia da privada trata-se de um direito indeclinável da parte de regular os seus próprios interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

⁹² “Art. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a função social;”

⁹³ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.180.

A outro giro, Pietro Perlingieri⁹⁴ observa que a Constituição operou reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional.

Assim, diante da nova hierarquia de valores estabelecido na Constituição a liberdade negocial encontra-se funcionalizada. Lembra Teresa Negreiros⁹⁵ que aquela hegemonia atribuída à autonomia negocial quedou-se diante da aplicação de novos princípios (boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social) ao contrato. Segundo ela, esses princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da clausula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art.1, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art.3, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art.1, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art.170 e ss), da qual a ordem contratual é parte integrante.⁹⁶

4.2 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA

O princípio da força obrigatória se materializa coma máxima de que o contrato é lei entre as partes. Realizado com observância dos pressupostos e requisitos de validade deverá ser executado pelas partes como se fossem preceitos imperativos. Nesse sentido, o contrato importa restrição voluntária da liberdade, pois ao estabelecer um vínculo, nenhuma das partes pode desligar-se sob a justificativa que o cumprimento do pactuado o levaria a ruína.

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.280.

⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.108.

⁹⁶ “Art. 1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana.”

“Art.3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre justa e solidária.”

“Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:III- função social da propriedade.”

Antunes Varela⁹⁷ afirma que concluído o pacto nega a cada uma das partes a possibilidade de se afastar (unilateralmente) dele - *pacta sunt servanda*. Justificando que a razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito.

A noção de força obrigatória dos contratos refere-se à vinculatividade das partes pelas disposições contidas, ou melhor, refere-se às obrigações e deveres oponíveis e exigíveis à outra parte mediante o préstimo jurisdicional do Estado.

Vale ressaltar que no Estado Liberal somente a vontade determinava o justo e o útil contratuais, pois uma vez manifestada livremente a vontade, despida de qualquer vício que porventura a maculasse, o contrato deveria ser cumprido tal e qual acordado, decorrendo disso a disposição clássica do direito civil francês de que o contrato faz lei entre as partes.

Esse conceito clássico do contrato tendo na autonomia privada fonte exclusiva das relações contratuais não tardou a revelar as suas desigualdades. A igualdade formal contrapôs-se a desigualdade material e social e a imposição em muitos contratos formalizados por adesão revela que a vontade não é conformadora, e sim formadora do contrato, resumindo-se à liberalidade de aderir ou não, o que provocou uma reação no direito. Assim, se percebe que a vontade não pode ser mais o único fundamento da força obrigatória dos contratos.

A força obrigatória é fundamental para a segurança do comércio jurídico e a necessidade de preservação das esferas da autonomia privada conduziu ao robustecimento do princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. Entretanto, hoje, esse princípio se mantém com atenuações que não lhe retiram sua essência, não sendo mais regra geral, como antes concebido, constituindo exceção à regra geral da socialidade, secundário aos princípios sociais contratuais, à função social dos contratos e a boa-fé.

É bom que se reconheça que a relativização do princípio de força obrigatória ocorreu em razão da nova realidade social que reclamava a mudança de orientação em

⁹⁷ VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10.ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p.234.

virtude de acontecimentos extraordinários que apontavam à injustiça na aplicação do referido princípio em termos absolutos.

A doutrina aponta a economia da primeira guerra mundial como essencial para a mudança do pensamento jurídico, uma vez que em alguns contratos por força das circunstâncias se tornava insustentável para um dos contratantes o cumprimento da prestação em razão da onerosidade excessiva. Destaca-se a lei Failliot de 1918, na França, que admitiu o princípio da revisão dos contratos mercantis de execução continuada celebrados antes de 1 de Agosto de 1914, que poderiam ser resolvidos, se em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer dos contratantes causasse prejuízos não possíveis de serem previstos ao tempo de sua estipulação. “A lei francesa foi um símbolo histórico e jurídico do fim de uma era, justamente na pátria dos grandes civilistas do Código Napoleão e das mais sólidas tradições do Liberalismo”⁹⁸.

Esse dispositivo legal levou a consagração da teoria da imprevisão e impôs exceção ao princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos.

Na observação de Daniel Cica da Cunha, o intervencionismo estatal, em especial após a segunda guerra mundial, relativizou-se o dogma da vontade e substituiu-o pela noção de confiança enquanto objeto primordial de tutela no cenário econômico. Para ele, desloca-se a lógica do contrato do subjetivo (a vontade interna dos agentes) para o objetivo, enquanto jurisdicante de uma equação operacional que deve apresentar um certo equilíbrio.⁹⁹

A compreensão do contrato moldurado por novos princípios contratuais revela a necessidade da releitura dos clássicos princípios do direito contratual a fim de adequar a nova ordem jurídica e econômica, não podendo se esquecer que o contrato hoje, em especial, no direito brasileiro, há de perseguir a realização do programa constitucional.

Sábias são as palavras de Aderbal da Cunha Gonçalves ao proferir que “a vontade das partes só será válida, enquanto concorra ela para o desenvolvimento equitativo

⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p.47.

⁹⁹ CUNHA, Daniel Cica da. A nova força dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.261.

das inter-relações entre os componentes da sociedade harmonizando a utilidade subjetiva com a utilidade social da obrigação¹⁰⁰

A principiologia do novo direito contratual caminha para conciliar os princípios clássicos, de índole liberal com os princípios contemporâneos, de índole social numa relação de complementaridade que leva a reconstrução do sistema contratual.

Assim, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se conectada a observância das regras e princípios constitucionais que acabam por atribuir uma função ao contrato a fim de servir como instrumento a serviço da pessoa e a sua dignidade.

O contrato não mais se caracteriza pela absolutização dos seus princípios sem relação com a realidade que o cerca, não é um átomo sem ligação como sistema que está inserido.

A releitura do direito contratual impõe reconhecer que a manifestação da vontade é uma mola propulsora para a formação do contrato, mas que tem como bússola para orientar os contratantes os novos princípios contratuais: boa-fé, equilíbrio econômico e função social.

Diante da reformulação principiológica do sistema contratual sob uma ótica de inspiração constitucional, a intangibilidade do contrato sofre mudança substancial, sem contudo implicar o seu fim. A relativização do seu conceito é decorrência da superação da concepção de justiça pautada em termos de autonomia e liberdade. Na teoria clássica, é justo o conteúdo pactuado porque a manifestação da vontade das partes é livre e soberana, sendo assim, intangível era o conteúdo do contrato.

Na nova formulação de justo contratual o princípio do equilíbrio econômico conduz a compreensão da justiça a partir de uma regra de distribuição paritária, proporcional.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Instituto da Lesão**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade da Bahia para concorrer a Docência de Direito Civil. Salvador, S.A Artes Gráficas, 1949, p.177.

4.3 O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato se consubstancia nos efeitos que se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. Na busca de sua compreensão, é necessário perceber que os seus efeitos internos, ou melhor, os direitos e obrigações dos contratantes a eles se limitam, não sendo possível criar mediante contrato, direitos e obrigações para terceiros que não participaram da relação contratual. O princípio da relatividade dos efeitos não é absoluto sofre importantes exceções com bem asseverou Orlando Gomes¹⁰¹ ao demonstrar que certos contratos podem estender seus efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos quer impondo obrigações, a exemplo da estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho e a locação em certos casos e o fideicomisso “inter vivos”

Comungando com o posicionamento do mestre baiano, Flávio Tartuce¹⁰² percebe que os efeitos na estipulação em favor de terceiro são de dentro para fora do contrato, ou seja, efeitos exógenos. Entretanto, para ele, em relação à promessa de fato de terceiro disposto no art. 439 e 440 do Código Civil de 2002 onde um determinado contratante promete uma conduta a ser praticada por outrem, sob pena de responsabilização civil contratual, os seus efeitos são de fora do contrato para dentro do contrato, ou seja, endógenos, ma medida em que a conduta de um estranho ao negócio repercute dentro desse.¹⁰³

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato embora reconhecido como dogma em matéria contratual não possui nenhum dispositivo expresso no Código Civil de 2002 sobre a ineficácia do contrato em relação a terceiro. Por outro lado, o caminho percorrido por esse princípio revela a sua estreita ligação com o princípio da força obrigatória dos contratos que sobre a influência da teoria clássica considera a

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.51.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.191.

¹⁰³ “Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.”

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existira se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo de sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha recair sobre o s bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.”

autonomia da vontade o fundamento da intangibilidade do contrato, conduzindo esse princípio para que terceiro pudesse ignorar a existência do contrato.

A esse respeito, Teresa Negreiros aduz que “ o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, num cenário em que a vontade ocupa o centro natural de todas as atenções, traduz um dos mais importantes corolários da concepção voluntarista do contrato:”¹⁰⁴

A autora reconhece que há muitas correntes de pensamento jurídico que identificam na vontade não apenas um elemento essencial ao contrato, mas precisamente a razão de ser da sua força obrigatória. Entretanto, procura a autora demonstrar que o princípio da função social e o princípio da boa-fé passa a alterar a moldura contratual, desafiando as categorias dogmáticas clássicas, sendo fundamento para se contestar a soberania dos aspectos voluntários na conformação do estatuto contratual.

Nesse sentido, a conformação do contrato aos novos princípios acaba por revelar que a autonomia não é mais suficiente para fundamentar a força obrigatória dos contratos e que o âmbito da eficácia do contrato com base na dicotomia “*parte*” versus “*terceiro*” requer uma nova qualificação como sustentam alguns autores frente o surgimento do processo de socialização do direito.

Para Orlando Gomes, terceiro é quem quer que seja estranho ao contrato ou a relação sobre a qual ele estende seus efeitos. E considerando as pessoas cujas esferas jurídicas podem incidir efeitos finais do contrato distingue três categorias de terceiros: em primeiro lugar os que são estranhos ao contrato, mas participantes do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; Em segundo lugar, os que estão interessados, mas tem posição independente e incompatível com os efeitos do contrato; e em terceiro os que são normalmente indiferentes ao contrato, mas podem ser legitimados a reagir quando sofram particular prejuízo dos efeitos do mesmo contrato, como os credores.”¹⁰⁵

A conceituação do termo terceiro em referência às concepções mais ou menos voluntarista foi objeto de grande debate na França. Tal controvérsia doutrinal objetivando novos critérios de qualificação de partes e terceiros levou a reconstrução

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.217.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.51.

a partir de uma releitura à luz dos novos princípios que se contrapõem à concepção individualista dos contratos.¹⁰⁶

Em outro enfoque, o princípio da função social do contrato funcionaliza o contrato levando ao seu interprete a abandonar a concepção voluntarista e a buscar a promoção de valores instituídos pelo ordenamento. O poder jurígeno reconhecido à vontade individual não é, pois, originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas. Sendo a própria lei o fundamento da força obrigatória do contrato, tal força obrigatória encontra a sua razão de ser nos fins visados pelo Direito em geral: justiça social, segurança, bem comum, dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

4.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Compreende-se de modo genérico a boa-fé como o agir correto leal e confiável conforme padrões de comportamento de uma dada época e lugar. O princípio de boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura.¹⁰⁸

Para Tereza Negreiros¹⁰⁹, o princípio da boa-fé no modelo atual do contrato, representa o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que se explica, segundo a autora, a sua irradiação difusa o seu sentido alargado conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que se tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.

¹⁰⁶“O debate travou-se ao longo de três artigos publicados na Revue Trimestrielle de Droit Civile, nos anos de 1993 e 1994, de autoria de Jacques Ghestin, Jean-Luc Aubert e Catherine Guelfucci-Thibierge. Essas conclusões foram retiradas da leitura do Livro NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.223.

¹⁰⁷ NEGREIROS, Teresa, *op. cit.*, 2006, p.231.

¹⁰⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.81.

¹⁰⁹ NEGREIROS, Teresa, *op. cit.*, 2006, p.116.

A fundamentação constitucional da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana e isso se evidencia no campo das relações obrigacionais onde a boa-fé objetiva determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.

Miguel Reale¹¹⁰ entende que a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até suas últimas conseqüências. Assim, para a aplicação dos dispositivos decorrentes das fontes do direito é necessário a sua análise como *conditio sine qua non* da realização da justiça.

A boa-fé apresenta dupla face, a objetiva e a subjetiva.¹¹¹ Sendo que está última corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, ou melhor, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. A boa-fé subjetiva denota, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião) seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente etc.).¹¹²

Por outro lado, a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade modelo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma

¹¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹¹ Outra interessante distinção é apresentada por Edilton Meireles, para quem: “A boa-fé subjetiva tem como parâmetro de aferição o comportamento ético do agente, sempre de foro íntimo Já a boa-fé objetiva é apurada a partir de um comportamento que se exterioriza, de forma objetiva, tendo em vista a confiança depositada em outrem. Parte-se do pressuposto da existência de uma relação jurídica entre, pelo menos, duas pessoas, havendo, entre elas, imposição de deveres em relação à outra, de modo a criar estado de confiança a partir do comportamento revelado exteriormente. [...]”. (MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo; Ltr, 2005, p.51).

¹¹² MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.411.

pessoa honesta, proba e leal. A conduta, segundo a Boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.¹¹³

Nesse sentido, Nelson Rosenvald¹¹⁴ enfatiza o princípio de boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, compreendendo como modelo de eticização da conduta social, apresentando-se como verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Segundo ele, a boa-fé objetiva pressupõe: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

Em lúcida exposição, Judith Martins Costa¹¹⁵ ensina que a boa-fé objetiva qualifica uma norma de comportamento leal, não sendo possível tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Taxativamente afirma que é regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento à vista das suas particulares circunstâncias. Assim, na observação da autora constitui a boa-fé objetiva uma norma proteiforme, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.

Nesse sentido, Paulo Nalin¹¹⁶ chama a atenção da contradição surgida da própria definição de boa-fé objetiva proclamada pela doutrina nacional como *standard* jurídico e o uso pouco refletido da abstrata figura do homem médio ou do bom pai de família empregada para fins de interpretação do comportamento contratual dos sujeitos. Reconhecendo que o homem médio da sociedade brasileira não é o mesmo sujeito descrito pelo sistema germânico e tampouco o concebido no *common*

¹¹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984, p.

¹¹⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.80.

¹¹⁵ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.412.

¹¹⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.133.

law, situando o homem médio brasileiro como um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo.

A aplicação da boa-fé objetiva por vezes não é tarefa das mais fáceis por ser uma norma cujo conteúdo esteja sempre em construção tendo como variável as circunstâncias peculiares de cada caso. Ademais, os hábitos e particularidades regionais de um país continental como o Brasil dificulta a promoção progressiva de tipos normativo-jurisprudenciais de comportamentos contrários à boa-fé.

A doutrina tem apontado três funções distintas da boa-fé objetiva numa relação contratual, quais sejam: 1) como instrumento hermenêutico-integrativo do contrato; 2) como norma de criação de deveres jurídicos; e 3) como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

4.4.1 A boa-fé como instrumento hermenêutico integrativo do contrato

Como instrumento integrativo atua a boa-fé como meio hábil ao preenchimento de lacunas. Conforme José Gil y Gil¹¹⁷, a boa-fé é uma fonte de integração do conteúdo do contrato. As Partes na relação obrigacional não só tem que cumprir o estritamente pactuado, mas também o que se exige a boa-fé em cada caso concreto. Ressalta, o autor, que as leis não podem prever todas as situações imagináveis, nem pode prevenir todos os abusos em que pode praticar as partes. Prevê, tão só, as situações mais freqüente e condena os abusos mais comuns, reconhecendo que muitos comportamentos escapariam a sanção da lei, se considerar permitido todo comportamento que não fosse proibido.

Por fim, conclui que o princípio de boa-fé permite identificar outras proibições e outros deveres a partir dos previstos em lei e estabelece alguns critérios para suprir lacunas que pode revelar em verdade e multiplicidade de situações da vida econômica e social.

Observa a doutrina que certos contratos para a produção dos seus efeitos queridos tornam-se necessário exigir das partes contratantes determinados comportamentos

¹¹⁷ GYL Y GIL, José Luis. *Autotutela y poder disciplinario em la empresa*. Madrid: Ministério da Justiça da Espanha (centro de Publicaciones), 1993.

que não estão previsto em normas e nem mesmo nas cláusulas pactuadas. Nestes casos, é importantíssima a atuação da boa-fé como cânone hermenêutico integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos não previstos, a fim de possibilitar a plena produção dos efeitos do contrato.

Deste modo, quando nos casos em que o magistrado não encontrar suporte no texto contratual e nem mesmo reconstruído a intenção das partes caberá recorrer à boa-fé com via para uma adequada realização do plano de valoração do legislador.

Para Judith Martins Costa ¹¹⁸, a boa-fé como cânone integrativo ultrapassa a função flexibilizadora e integradora na medida em que desempenha um papel no campo metodológico, pois permite a sistematização das decisões judiciais. Tal afirmativa, segundo ela, se justifica uma vez que a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções-tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso do direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade- todos genéricos fazendo surgir o recurso à boa-fé objetiva como resultante da exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de u real valor prático.

Por isso, de forma incisiva a autora entende que a boa-fé objetiva é mais do que apelo à ética, é noção técnico operativa que se especifica, no campo de função hermenêutico integrativo, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado.

Vale lembrar que o novo Código Civil brasileiro enunciou em seu art. 113, “que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”. A dicção do referido artigo evidência que o contrato deve ser interpretado de forma a preservar a confiança, a justa expectativa dos contratantes. De modo que as cláusulas contratuais devem ser sempre interpretadas em função de um padrão de comportamento que aponte ser o mais razoável.

¹¹⁸ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.430.

4.4.2 A boa-fé como norma de criação dos deveres jurídicos

A relação contratual aponta certos deveres de prestação que se encontram subdivididos em deveres principais e secundários.

Os deveres principais são aqueles encontrados no núcleo da relação obrigacional e que refletem e que definem o tipo contratual. Os deveres secundários, por sua vez, dividem-se em meramente acessórios de obrigação principal, sem autonomia em relação a esta compra e venda o dever de conservar a coisa vendida até a tradição, e deveres secundários com prestação autônoma, quer sejam como sucedâneos da obrigação principal (a exemplo da indenização na inexecução culposa) ou coexistente com o dever principal, sem a subsistirem, como na hipótese de indenização por mora, que subsiste coma prestação originária.¹¹⁹

A boa-fé na execução do contrato consiste em que cada contratante deve salvaguardar o interesse do outro, incluindo mais além da disciplina legal e negocial, sempre que tal salvaguarda não implique em sacrifício apreciável ao próprio interesse, traduzindo em deveres de cooperação com a contraparte.

Posição semelhante é seguida por Judith Martins Costa¹²⁰ que acresce a subdivisão, os deveres laterais ou instrumentais, destacando entre os deveres com tais características os seguintes: a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; b) os deveres de aviso e esclarecimento; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas; d) os deveres de colaboração e cooperação; e) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) os deveres de omissão e de segredo.

Os deveres instrumentais se caracterizam por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, servindo, ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato.

¹¹⁹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo; Ltr, 2005, p.60.

¹²⁰ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.438.

A boa-fé ao servir de fonte para a existência de deveres laterais ou anexos igualmente estende a proteção jurídica da relação obrigacional para além dos termos expressamente pactuados, indicando deveres próprios ao interesse das partes na melhor satisfação do objeto da obrigação, assim como impondo o respeito ao patrimônio e à pessoa de credor e devedor, razão pela qual se distinguem em deveres de proteção, deveres de cooperação e deveres de informação e esclarecimento”.¹²¹

A ofensa a tais direitos implica o inadimplemento da obrigação e seus efeitos, como de regra o dever de responder pelos prejuízos decorrentes do descumprimento pela imputação do conseqüente dever de indenizar, cujo aparecimento pode se dar mesmo antes ou depois da celebração e execução do negócio obrigacional.

Em análise sobre o assunto, Antunes Varela¹²² reconhece que os deveres instrumentais ou de conduta tanto recaem sobre o devedor, como afetam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporciona ao devedor, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida.

Nesse ponto, Nelson Rosendal¹²³ entende que os deveres de conduta são emprestados pela Boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguarda e o fiel processamento da relação obrigacional em que se a prestação se entrega. Tais deveres, segundo ele, tutelam a dignidade incidindo tanto sobre o credor quanto ao devedor protegendo os direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção informação, que por via de conseqüência facilita o adimplemento pelo devedor pelos meios menos onerosos.

O reconhecimento da existência dos deveres de conduta como forma de manifestação da boa-fé propicia um alargamento do conteúdo contratual, o qual não se reporta a uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma direta intervenção heterônoma, legitimada pela assunção de que o contrato atende, ou deva atender, a finalidades sociais.

¹²¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.215.

¹²² VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p.127.

¹²³ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.94.

O novo Código Civil no seu art.422 impõe aos contratantes deveres de conduta seja para a conclusão seja para a execução do contrato. Dispõe o referido artigo do novo Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Por referir-se ao ordenamento contratual tem sido ponto de discórdia entre dois grandes juristas Antônio Junqueira de Azevedo e Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹²⁴

É bem verdade que o dispositivo do art. 422 não dispõe expressamente sobre a responsabilidade pré-contratual, mas não se pode deixar de reconhecer que resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato.

Muito embora as críticas feitas no tocante à boa-fé no Código Civil, é inegável a extensão de sua eficácia, que independe, vale dizer, dos eventuais percalços redacionais, na medida em que a fonte de positivação dos princípios não se limita ao processo legislativo¹²⁵

4.4.3 A boa-fé como norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos

A boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção visando, assim, a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. É certo que o campo da boa-fé objetiva é o direito das obrigações e em especial o dos contratos, não sendo mais reconhecida a autonomia privada como fonte exclusiva dos contratos até porque se reconhece que a atual moldura do contrato exige uma relação de cooperação entre as partes a fim de atingir a função social que lhe é atribuída pelo

¹²⁴ Ruy Rosado de Aguiar Jr. elogia o dispositivo na medida em que o contrato como um ato deve atingir finalidade social, regulados pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Já para Antônio Junqueira de Azevedo a insuficiência do dispositivo, pois só dispõe sobre dois momentos: o de conclusão do contrato e de execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes. (Essas conclusões foram retiradas da leitura do Livro-NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.131).

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.142.

ordenamento jurídico uma vez que o contrato é o principal instrumento de circulação de riquezas.

Com efeito, a boa-fé como limite ao exercício dos direitos subjetivos se encontra expressamente disposto no art. 187 do novo Código Civil atuando como fonte para o controle de conteúdo dos contratos, abrangendo todas as fases da negociação pré-contratual e pós-contratual. Por outro lado, é necessário dizer que a boa-fé não proíbe a celebração de qualquer contrato, mas o desrespeito aos limites do direito de contratar pode ensejar nulidade do pacto contrário à boa-fé.¹²⁶ “É certo, entretanto, que a boa-fé apresenta em matéria de limite ao exercício de direitos um papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres.”¹²⁷

Nelson Rosenvald¹²⁸ analisando os limites aos direitos subjetivos reconhece que o art. 187 do Código Civil é uma demonstração de que o controle dos direitos subjetivos é algo que envolve uma correlação entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade, esta última percebida mais nitidamente na lesão à boa-fé como fundamento para o abuso do direito.

A outro giro, lembra Jorge César Ferreira da Silva¹²⁹ que a boa-fé ao impor observância de parâmetros ético-jurídicos veda práticas que contrariam esses parâmetros. São elas, dentre outras máximas latinas, a vedação de *vinere contra factum proprium, suppressio, surrectio, tu quoque*.

Exemplo da vedação *Vinere contra factum proprium*, segundo o autor, também conhecida como doutrina dos atos próprios, que caracterizasse como a vedação de atuar de modo contrariar a anterior conduta da parte frente à outra, cristalizadora de confiança legítima sobre a manutenção da prática se encontra incorporado ao novo Código Civil no art. 330 ao dispor: “O pagamento reiteradamente feito em outro local

¹²⁶ “Art.187. 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.”

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes; nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.219.

¹²⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.127.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.138.

faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Por certo, torna-se inegável essa eficácia da boa-fé objetiva.

Judith Martins Costa¹³⁰ aponta que a doutrina tem definido o *vinere contra factum proprium* como a tradução do exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente. Aduzindo que o princípio postula, pois, dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium*- é, porém, contrariado pelo segundo.

Para ela, o seu fundamento técnico-jurídico reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador da confiança, nos termos que é tutelado pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte porque confiou neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.

Na esteira dessas máximas, Nelson Rosenvald ensina que: “A *supressio* é a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé.”¹³¹

Adverte o jovem jurista que a *supressio* aproxima-se do *vinere contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia, pois, enquanto no *vinere* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerado exercício de tempo, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Já a *surrectio*, segundo ele, caracteriza-se pelo exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se para o futuro. Por fim, conclui que *supressio* e *surrectio* são dois lados de uma mesma moeda onde naquele ocorre liberação do

¹³⁰ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.471.

¹³¹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim), p.138.

beneficiário e nesta aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado, residindo em ambas a confiança, seja pela fé no não-exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.

Outro importante desdobramento da teoria dos atos próprios se faz presente na doutrina sob a denominação *tu quoque* que se traduz na regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído.

Em sentido semelhante, Tereza Negreiros¹³² afirma que a idéia principal do *tu quoque* é de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com o comportamento anterior que resulte em desequilíbrio entre os contratantes faltosos sejam, não obstante tratados de forma desigual. Para ela, a boa-fé, no caso de aplicação da regra do *tu quoque*, atua como guardiã do sinalagma contratual, impedindo que o contratante venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual.

A boa-fé objetiva no campo obrigacional atua como modelo de conduta social, padrão de comportamento pelo qual as partes ajustam o seu comportamento àquele pretendido para uma pessoa honesta e leal. Não se pode olvidar que com o advento da Constituição de 1988 priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o princípio de boa-fé ao estabelecer deveres de conduta aos participantes de uma relação contratual ajuda a promoção desses objetivos fundamentais estabelecidos pelo constituinte.

¹³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.143.

5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

5.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MERO COROLÁRIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A funcionalização dos direitos subjetivos é fruto da concepção do Estado Social que desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução dos principais institutos tais quais: a propriedade, o contrato. Funcionalizar significa atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.

A instrumentalização no domínio da propriedade decorrente do princípio da função social revela o abandono ao individualismo que marcou o tratamento da propriedade no Estado Liberal.

A funcionalização dos institutos da propriedade e do contrato surge no modelo do Estado social, marcado notadamente pela experiência de Weimar ao determinar o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, tornando-o mais solidário. Nesse contexto, o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.

É bom se diga que a noção de função social da propriedade surge a partir das formulações acerca do abuso de direito pela jurisprudência francesa que gradativamente impôs certos limites ao poder absoluto do proprietário. Tal abordagem ocorria no plano dos limites externos à estrutura mesma do direito subjetivo, que restava inatingido, tendo-se a propriedade como um valor absoluto, excepcionalmente restringido nas hipóteses de abuso.

O marco determinante para a ruptura desse entendimento ocorreu nos finais do século XIX pela doutrina de Leon Duguit que promoveu uma crítica radical à noção mesma de direito subjetivo propondo substituí-lo pela noção realista de função social. Daí, decorrendo a celebre afirmativa de que a propriedade é uma função social. Nessa evolução, as Constituições do século XX passaram a admitir que os poderes do titular de um direito subjetivo estão conectados pela respectiva função, indicando a funcionalização dos direitos subjetivos.

A propósito, Pietro Perlingieri¹³³ discorrendo sobre a função social da propriedade na Constituição italiana entende que um sistema inspirado na solidariedade política econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa assume o conteúdo da função social um papel de tipo promocional, reconhecendo que a função social deve ser entendida não como uma intervenção de ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito.

Na visão de Ana Prata¹³⁴, a função social não pode ser construída como um dado externo, com qualquer coisa que se encontra fora da estrutura da propriedade, mas antes que a atribuição do direito é condicionada a realização das funções, dos fins que são atribuídos a cada um no âmbito da colectividade.

A Constituição brasileira de 1988 funcionalizou a propriedade privada, face ao seu perfil social conforme Art. 5, inc.XXIII e 170, inc.II, III, pois a propriedade dotada de função social justifica-se pelos seus fins, seus serviços, sua função que a legitima.

Em análise a esses dispositivos constitucionais verifica-se que a propriedade dotada de função social, que não promova essa função, não mais será objeto de proteção jurídica, pois já não haverá fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular de um bem que não está a cumprir sua função social.¹³⁵

A propósito, a propriedade no texto constitucional não constitui um instituto jurídico, mas um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens. Assim, não estando limitada a certos tipos de propriedade, toda e qualquer propriedade atenderá a sua função social seja propriedade de solo ou de bens de produção, propriedade imaterial e a propriedade da empresa. "A pluralidade de propriedades específicas pressupõe, por outro lado, um direito comum de propriedade, enquanto categoria genérica, e, por outro lado, o reconhecimento dos múltiplos estatutos desse direito de propriedade."¹³⁶

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.226.

¹³⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p.164.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.346.

¹³⁶ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade construção de um direito. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.770.

A função social não se constitui somente como imposição de limites, mas também conduz ao nascimento de deveres jurídicos positivos. Essa dupla função (positiva e negativa) decorre por força dos incisos II, III, do art. 170 da Constituição de 1988 que encerram princípios constitucionais impositivos.

O Código Civil de 2002 trata do exercício desse direito de propriedade no Art. 1.228, §1º e §2º ao impor o dever de usar a propriedade em conformidade com as finalidades econômicas e sociais na qual se incluem os fatores ecológicos e ambientais e os relativos preservação do patrimônio histórico e artístico, de inegável interesse coletivo transindividual, havendo desse modo na norma um direcionamento promocional. Por outro lado, não pode o proprietário exercer de forma anormal o seu direito.¹³⁷

O princípio da função social é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e a justiça que deve presidir à ordem econômica.

Nessa trilha de raciocínio, é imprescindível para a realização da função social da propriedade que este princípio seja estendido aos contratos, na medida em que seja na conclusão ou seja no seu exercício as relações contratuais não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade.

Em que pese à colocação do contrato num plano transindividual não há qualquer diminuição as garantias daqueles que firmam um acordo na convicção do que o que fora pactuado seja cumprido por ambos os contratantes, uma vez que o princípio de

¹³⁷ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reaver o poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha..

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecimento em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o particular e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicarem a outrem.

§ 3º O Proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo publico iminente.

§ 4º O Proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5(cinco) anos, de considerável numero de pessoas e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como titulo para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

força obrigatória dos contratos continua a ser fundamento das obrigações contratuais.

Buscando a compreensão do Código Civil de 2002 nos parece ter adotado o legislador uma posição intermediária combinando o interesse individual com o interesse social de maneira complementar, segundo regras e cláusulas gerais abertas que propiciam soluções equitativas e concretas.

A releitura dos institutos jurídicos a partir da compreensão das novas diretrizes adotadas pelo legislador inspiradas sob uma visão constitucional de valores a serem perseguidos modificou o estatuto da propriedade e, por via de consequência, o contrato.

O Código Civil ao estatuir no Art.421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” deixa claro a projeção de valor constitucional expresso com garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade e revela uma de suas funções: a de instrumentalizar a aquisição da propriedade.

A atribuição da função social do contrato insere-se no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, assim como ocorreu com a função social da propriedade. Desse modo, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício são afetados pela funcionalização que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou até mesmo atribuição de um poder que desdobra como dever, uma vez que pode não limitar meramente a satisfação dos próprios interesses podendo atingir a esfera dos interesses alheios.

Paulo Nalin acentua que “o pensamento sistemático predomina em todos os lances do envolvimento privado: liberdade contratual e propriedade não podem ser apreciadas sob distintas perspectivas, até porque a titularidade jurídica é alcançada pelo transito dos interesses, do que se reforma a idéia da ampla funcionalização dos institutos que compõem o direito privado.”¹³⁸

O principio da função social acaba por operar no Direito Civil a reformulação de institutos clássicos, pois não se apresenta como um mero conceito jurídico indeterminado de uma única regra. Mas irradiar-se por todo o sistema privado e se põe como um princípio jurídico a fundamentar um conjunto de regras e institutos.

¹³⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.227.

5.2 O CONCEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A delimitação conceitual pela doutrina da função social do contrato ainda é tímida, uma vez que como princípio jurídico em construção a uma dificuldade em abordar a sua dimensão operativa.

Jorge César Ferreira da Silva¹³⁹ tentado estabelecer um perfil conceitual do princípio da função social afirma que ele é o que impõe a observância das conseqüências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o individuo só pode construir a sua vida em sociedade.

Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁰ chama a atenção de que alguns doutrinadores têm posicionado a função social com o propósito de colocar o interesse coletivo acima do interesse individual, o que no domínio do contrato, implicaria a valorização da solidariedade e cooperação entre os contratantes. Sendo assim, a base da função social do contrato estaria no princípio de igualdade para superar o individualismo, de modo a fazer com que a liberdade de cada um dos contratantes seja “igual para todos”.

Esse posicionamento apontado por parte da doutrina se mostra equivocado, pois o contrato não se apresenta como instrumento de assistência ou de amparo ao hipossuficiente economicamente, uma vez que não tem como objetivo a promoção de igualdade dos contratantes.

É necessário que se reconheça que o principal objetivo do contrato é promover a circulação de riqueza, sendo imprescindíveis para isso partes diferentes com interesses contrapostos, pois só assim as pessoas vão utilizar o contrato, como instrumento com a sua finalidade específica de realizar a circulação de riquezas.

A outro giro, a concepção filosófica do solidarismo irradiada por todo o sistema acaba por trazer uma preocupação na área dos contratos com o equilíbrio, a

¹³⁹ SILVA, Jorge César Ferreira da. Princípio de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2006, p.132.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.43.

proporcionalidade, a prescrição do abuso no relacionamento contratual, manifestando-se, porém, na linha de princípios e não dos objetivos perseguidos pelos contratos que continuam a ser a circulação de riqueza agora realizada sob a inspiração da cooperação e confiança mútua entre os contratantes.

A funcionalização dos institutos jurídicos face à necessidade de adequação a nova realidade levou-se a enfrentar a construção do direito conectado a valores construído pelo sistema. Por certo, “não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem, os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora”¹⁴¹.

Nesse sentido, A Constituição de 1988 tem como objetivos da República a justiça social, a solidariedade social residindo nesses objetivos a função social dos pactos.

Partindo desses objetivos constitucionais, o contrato não deve ser simplesmente concebido como uma relação jurídica que interessa as partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.

O princípio da função social do contrato encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir dos contratantes e os terceiros colaborem entre si, pois o contrato se transforma em um instrumento de realização do projeto constitucional.

Nesse aspecto, o direito objetivo fundado na solidariedade social a fim de realizar o projeto constitucional acaba por impor a todos a cooperação na solidariedade. Neste sentido, Léon Duguit¹⁴² sustenta que o homem que vive em sociedade tem direitos; mas estes direitos não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo social, tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever.

¹⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.5.

¹⁴² DUGUIT, Leon. **Fundamento do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p.25.

Em sentido semelhante, Flávio Tartuce¹⁴³ define o princípio da função social do contrato como um regramento de ordem Pública (art.2.035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser analisado e interpretado com o contexto da sociedade.

Interessante a observação do jovem jurista ao se reporta ao art. 2.035, uma vez que a maioria dos doutrinadores não percebe a relevância do referido dispositivo que para assegurar a função social do contrato e da propriedade não tutela qualquer convenção que venha a contrariar preceitos de ordem pública.¹⁴⁴

O princípio da função social contrato está ligado a proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana amparada no Art.1, III, da Constituição de 1988, acabando por evidenciar a crescente valorização da pessoa humana.

Buscando uma delimitação conceitual, o prof. Rodolfo Pamplona Filho¹⁴⁵ afirma que: “a função social do contrato é, antes de todo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de limitar à liberdade de contratar, em prol do bem comum”. Nessa linha, o culto professor reconhece que o direito contratual brasileiro passou por um processo de socialização normente a edição da Constituição de 1988.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁴⁶ entende que a função social do contrato corresponde a uma nova compreensão do instituto, a que atinentes novos ou relidos princípios é voltado a possibilitar a circulação econômica, mas também promover mesmo valores constitucionais reputados fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social.

A doutrina é unânime em reconhecer que a função social do contrato esta conectado a proteção da dignidade da pessoa humana encontrado fundamento

¹⁴³ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2), p.250.

¹⁴⁴ “Art.2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art.2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

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

¹⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** contratos. V. IV, tomo 1. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.49.

¹⁴⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato:** Os novos princípios contratuais. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Professor A gostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo), p.185.

constitucional no princípio da solidariedade e justiça social. O contrato, assim, transforma-se em um instrumento de realização do projeto constitucional.

Necessário se faz registrar que o conceito da função social do contrato ainda se encontra em construção, não apresentando uma feição dogmática clara o que leva ao receio por parte de alguns doutrinadores que o referido princípio se torne um veículo de insegurança nas relações econômicas.

5.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRINCÍPIO E CLÁUSULAS GERAIS.

A função social do contrato apresenta-se como um princípio do direito contratual ao estabelecer fundamentos normativos para a sua interpretação e aplicação. Nessa linha, necessário se faz compreender o termo princípio a fim de melhor caracterizar a função social do contrato mediante incursão na doutrina.

Propondo uma delimitação conceitual de princípios Humberto Ávila¹⁴⁷ entende que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Nesse sentido, deve-se compreender que os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Por outro lado, os princípios embora relacionados a valores, não se confundem eles, uma vez que os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigação de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de estado de coisas e os valores se situam no plano axiológico e por isso apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

Quanto ao plano de eficácia dos princípios reconhece Humberto Ávila que os princípios atuam de forma direta e indireta. No campo de eficácia direta dos princípios estes exercem uma função integrativa, na medida que justificam agregar elementos não previstos aos (sub)-princípios ou regras. Quando atuam de forma

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.80.

indireta traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de outro(sub)-princípio ou regra, podendo exercer uma das três funções: definitiva, interpretativa e bloqueadora.¹⁴⁸

Na lição de Karl Larenz os princípios como normas são de grande relevância para o ordenamento jurídico por estabelecerem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo normas de comportamento. Robert Alexy, nesse sentido, entende que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Pontuando esses passos, quando houver colisão entre os princípios a solução não se resolve sobre o outro, mas é estabelecida em função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevaência.¹⁴⁹

Em comentário sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵⁰, apresentou uma delimitação conceitual, define princípio como um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Por certo, nos parece que o melhor caminho para alcançar um conceito de princípio jurídico consiste em perseguir a sua característica fundamental, admitindo que para

¹⁴⁸ Para buscar uma melhor compreensão da eficácia dos princípios Humberto Ávila cita por exemplo, no plano de eficácia direta, que se não há regras expressas que oportunizem a defesa ou a abertura de prazo para a manifestação da parte no processo –mas elas são necessárias– elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal. Já no plano de eficácia indireta aduz que relativamente às normas mais amplas, os princípios exercem uma função definitiva, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo princípio axiologicamente maior. Em segundo lugar, em relação às normas mais restritas, os princípios exercem função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou amplificando seus sentidos. Em terceiro lugar, os princípios exercem uma função bloqueadora, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008).

¹⁴⁹ Essas conclusões foram retiradas do livro de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto, *Op.cit.*, 2008, p.51-52).

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.747-748.

que se tenha uma norma como princípio jurídico necessário se faz compreender o seu caráter fundante como principal traço individualizador.

Nessa trilha de raciocínio, o art. 421 do Código Civil estabelece um princípio exposto ao dispor: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O princípio da função social do contrato ganha em relevância quando expressamente estabelecido pelo legislador infraconstitucional e conforma-se com princípios outros para assegurar objetivos constitucionais de valorização das relações solidárias e de valorização da pessoa humana

Nessa senda, a atribuição de uma função social ao contrato acaba por trazer um valor operativo, pois ao integrar o próprio conteúdo do contrato impõe à adoção de comportamentos necessários a realização de seu fim.

A função social do contrato no Estado de Direito que tem como um dos fundamentos da República a solidariedade social constitui-se um princípio jurídico daqueles que dão fundamento não só a ordem econômica no Brasil (art. 170 da CF), como ainda à própria estruturação da República, assentada sobre o valor social da livre iniciativa

A outro giro, identificar a distinção entre cláusula geral e princípio se torna essencial para a melhor compreensão da função social do contrato.

A cláusula geral é técnica legislativa que permite o ingresso no ordenamento jurídico de princípios valorativos ainda não expressos pelo legislador, *de standards*, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídicos.” Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos tem significado intencionalmente vagos e abertos, Os chamados “conceito jurídicos indeterminados”.¹⁵¹

O grande traço característico das cláusulas gerais é sua abertura semântica, pois nada regulam de modo completo atuando como metanormas com a finalidade de remeter o juiz a critérios aplicativos.

É certo, que a doutrina vem tentando apresentar traços distintivos entre cláusula gerais e princípios jurídicos face a grande confusão, uma vez que ,não raro, uma norma que configure cláusula geral pode conter um princípio.

¹⁵¹ MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

Nesse sentido, lúcida são as ponderações de Judith Martins Costa¹⁵² ao pontuar as distinções entre princípio jurídico e cláusula geral reconhecendo que tal confusão ocorre pelo fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime.

Assim, a autora com a clareza que lhe é peculiar partindo do critério de classificação dos princípios(inexpressivos e os expressos) por ela adotado afasta a equiparação por completo as cláusulas gerais por entender que : 1) As cláusulas gerais ou estão formuladas ou não. Assim, não se pode pensar em cláusula geral inexpressiva; 2) não se justifica a equiparação nem mesmo em relação aos princípios expresso , pois não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja *standards*, jurídicos ou ainda extrajurídicos. Ademais, segundo a autora, existe um considerável quadro de princípios que não contem conceitos dotados de vagueza semântica; 3) A cláusula gera pode conter um princípio.

5.4 EFICÁCIA INTERNA E EXTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A eficácia da função social do contrato se projeta entre as partes contratantes (eficácia interna) e para além das partes contratantes (eficácia externa) superando a idéia de mera limitação negativa à autonomia privada. Muito embora haja divergência na doutrina a cerca do âmbito de eficácia da função social.

Reconhecendo o duplo efeito da função social pode-se visualizar a eficácia interna da função social de duas formas; 1) como restrição à liberdade de contratar ; ou 2) como um elemento que qualifica o exercício da liberdade de contratar

Tal eficácia pode ser verificada nos dispositivos do Código Civil em seu art.423 que para proteger o aderente prevê no contrato de adesão a interpretação que lhe seja mais favorável, bem como no art. 424 que prevê para os contratos de adesão a nulidade de cláusulas de renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio celebrado.¹⁵³

¹⁵² MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.323.

Por certo, a eficácia interna da função social dos contratos levou a relativização do princípio da força obrigatória, afastando cláusulas que colidem com preceitos de ordem pública.

Nessa trilha de raciocínio, as convenções livremente pactuadas só serão mantidas enquanto as partes retirem vantagens em condições paritárias, ou melhor, enquanto houver uma equação de utilidades e justiça nas relações contratuais. Dessa forma, impõe-se aos contratantes um dever de cooperação a fim de possibilitar trocas justas e úteis.

Na lição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar¹⁵⁴, os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justas.

A eficácia interna da função social dos contratos projeta-se na proteção dos direitos individuais impedindo o abuso no exercício do direito subjetivo contratual. Dessa forma, a eficácia interna diz respeito à realização do ideal de justiça material, de equivalência real das prestações, igualdade concreta dos contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade.

Nessa perspectiva, o contrato tem que ser interpretado com base em uma visão social a fim de possibilitar que as partes atinjam plenamente os objetivos perseguidos no momento da contratação, pois atingir esses objetivos significa realizar a função social do contrato.

Já a eficácia externa da função social dos contratos pode ser verificada em alguns dispositivos da atual codificação, a exemplo do art. 439 e 440, o que leva a compreensão de que o contrato não só interessa as partes contratantes, mas estar conectados a condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.

Com efeito, a vontade na nova moldura contratual já não é o centro de todas as atenções, o princípio da função social desloca a vontade do centro da teoria contratual e reconhece que a força vinculante do contrato resulta da lei. Dessa forma, o contrato passa a estar funcionalizado a realização das finalidades traçadas

¹⁵⁴ Trecho do voto proferido pelo Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Superior Tribunal de Justiça, Resp. n 45.666-5-SP, DJ5/9/94, p.23.110.

pela ordem jurídica e não mais pode ser interpretada somente como instrumento de realização dos interesses dos contratantes.

Assim, o princípio da função social acaba por conduzir a uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que circunscreve os efeitos da relação contratual as partes que participaram na formação do vínculo obrigacional.

Na concepção individualista, o vínculo entre credor e devedor afastava de sua órbita quaisquer terceiro. Desse modo, negava-se ao credor cujo crédito tivesse sido frustrado em razão de um sucessivo contrato celebrado entre devedor e um terceiro, ação de ressarcimento em face deste terceiro. Pois o credor somente poderia pleitear a reparação de danos decorrentes do descumprimento da obrigação do devedor inadimplente.

Em sentido oposto e com base na função social do contrato, o princípio da relatividade não mais constitui obstáculo para a tutela do crédito também em face de terceiro cúmplice do devedor no descumprimento da obrigação contratual. A função social do contrato dá suporte à teoria externa do crédito, possibilitando a responsabilização, a título extracontratual do terceiro que participa juntamente com o devedor, através da celebração de um contrato sucessivo e incompatível, da lesão a um crédito alheio. Tal contrato por ser sido celebrado pelo terceiro que tinha ciência da incompatibilidade com um contrato anterior configura-se em abuso da liberdade de contratar a ser coibido com fundamento no art. 421 do Código Civil.

5.5 A INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO À LUZ DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil ao dispor em seu art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” atribui ao exercício do poder negocial funções positivas e negativas que ultrapassa a esfera de meros interesses individuais.

A função social na letra do referido dispositivo é uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual que pode e deve restringir o exercício da autonomia privada quando esta se mostre incompatível com as exigências da socialidade.

Nesse sentido, quando em um contrato houver cláusulas contratuais abusivas, poderá o juiz, na sua concreção, observadas as circunstâncias, determinar a sua nulidade.

É necessário compreender que a função social integra o próprio conceito do contrato e é por essa razão que a liberdade contratual encontra limites. A restrição à liberdade contratual não é mais entendida como uma exceção a um direito absoluto, mas como projeção da função metaindividual que integra aquele direito. Em verdade, há um valor operativo regulador da disciplina contratual.

Nessa senda, reconhece-se que a liberdade de contratar deve-se comportar dentro da função social do contrato. Contudo, atribuir ao contrato uma função social não significa ignorar sua função primária e natural que é a econômica. “O contrato, então existe, para propiciar circulação da propriedade e emanação desta, em clima de segurança. Assegurada essa função socioeconômica, pode-se cogitar de sua disciplina e limitação”.¹⁵⁵

Ora, a função social do contrato enunciado no art. 421 do Código Civil de 2002, não se confunde com a função econômica do contrato. O princípio da função social vem acrescer e se compatibilizar com a sua função econômica, pois contrato sem função econômica não é contrato .

A outro giro, a diretriz de socialidade no novo Código Civil e aí se insere a função social do contrato está cumprindo um programa constitucional que tem como um dos seus objetivos um modo de viver inspirado no valor da solidariedade social.

A solidariedade social como um dos objetivos constitucionais revela o abandono, no campo do direito privado, da idéia de uma autonomia privada absoluta que considerava a vontade das partes soberana para decidir o conteúdo contratual, limitar a modificação do mesmo e fixar o alcance das manifestações volutivas emitidas.

Esse programa constitucional não combate a liberdade contratual nem a autonomia privada, mas visa regular o exercício desses direitos fundamentais. Pontuando esse passos, a função social do contrato ao perseguir um valor ético-jurídico leva o individuo a não exercitar a liberdade contratual, ignorando os interesses de terceiros

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.101.

e da coletividade e nem mesmo os terceiros podem ignorar os direitos e interesses emergentes do contrato para seus figurantes.

Essa ética contratual revela a superação do ciclo histórico do individualismo exarcebado, substituindo pela coexistencialidade.

Por certo, a função social do contrato não elimina a autonomia privada, mas atenua ou reduz o seu alcance. Nesse sentido, nas jornadas de Direito Civil I, III e IV promovido pelo Conselho Federal de Justiça, o enunciado 23 fora aprovado ao firmar o entendimento que:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Na justificativa desse enunciado proposto por Paulo César Alves Sodré, ele é taxativo ao afirmar que o princípio da função social do contrato não é a negação da liberdade de contratar nem restrição exacerbada desse direito, pois permanecem as pessoas livres para contratar, até mesmo por ser tal liberdade um corolário do Estado democrático de direito. Havendo, agora, no campo normativo, uma razão de ser e ao mesmo tempo, uma limitação diretiva a essa liberdade.

Entretanto, não é qualquer relação contratual que será admitida a atenuação da autonomia contratual. É necessário como elemento ensejador da restrição à liberdade de contratar a existência da necessidade de pacificação social, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, impondo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou até mesmo liberando o contratante lesado.

Dessa forma, o juiz deverá interpretar de forma restritiva a autonomia contratual, desde que para preservar as relações sociais em que ao hipossuficiente seja assegurado a manutenção de qualquer um dos valores sociais defendidos e tutelados pelo ordenamento jurídico forem violados por disposição contratual de cunho particular.

A esse respeito, Paulo Luiz Netto Lobo¹⁵⁶ lembra que o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto; LIRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2002, p.15.

Com efeito, o princípio da função social acaba por redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.

.O projeto constitucional demonstra o pensamento jurídico reinante de superação do individualismo e patrimonialismo do Direito Privado e, por via de consequência, da despatrimonialização do contrato que passa também a ser instrumento para o desenvolvimento de atuação do valor constitucional da dignidade humana. Assim, "a autonomia contratual, antes de ser um instrumento de circulação de riquezas, no atual estágio de desenvolvimento constitucional, presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa do contratante, sem que dela se possa excluir uma quase inevitável conteúdo patrimonial mínimo" ¹⁵⁷.

O art. 421 do Código Civil ao impor limites a liberdade de contratar frente ao princípio da função social convida o operador do direito a interpretar as cláusulas contratuais sob a égide de valores sociais que o ordenamento jurídico institui."Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que sob a ótica civil constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica" ¹⁵⁸.

Nesse sentido, a norma possibilita que o controle estatal sobre as relações contratuais tenha como um valor jurídico a lhe servir de fundamento não apenas a proteção do indivíduo que participa do contrato em inferioridade de condições, mas também proteção de toda a coletividade.

¹⁵⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.248.

¹⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.226.

6 OS MOTIVOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

6.1 PANORAMA DOS MODELOS POLITICO-ECONÔMICOS DO ESTADO NUMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os modelos econômicos da história são retratados a partir da evolução do Estado, de Liberal para Estado do Bem estar social. No Estado Liberal o mercado não admitia em regra a intervenção estatal, o interesse público era concebido como consequência espontânea do livre mercado. Assim, os indivíduos deveriam ser livres para atuar no campo econômico sem ingerência por parte do Estado e essa atuação individual livre era suficiente para satisfazer o interesse social, a organização racional da economia e o funcionamento equilibrado do mercado,

Para Silvia Faber Torres¹⁵⁹ o liberalismo econômico tem como fundamento principal a crença no mercado, a revalorização do trabalho como fonte de dignidade, a defesa da propriedade com base do sistema econômico e da liberdade, a defesa da livre empresa e iniciativa privada, a defesa do lucro como estímulo e medida econômica e a admissão de intervenção em casos excepcionais e, ainda assim, com a devida representação popular sem contudo tal interferência implicar na substituição do mercado.

Havia a crença no livre mercado como solução dos problemas sociais, evidenciava-se a dicotomia entre público e privado, de modo que nesta época o Estado representava a ameaça à liberdade individual. O liberalismo repercutiu em diversos setores da sociedade; nos meios jurídico, político e econômico.

Adverte Ana Carolina Squadri Santanna¹⁶⁰ que apesar de pregar a livre iniciativa, o Estado nunca permaneceu afastado da economia, pois ao Estado cabia constituir e preservar o modo de produção através da elaboração de normas que instituíam a propriedade, a legislação antitruste, o sistema monetário, a política aduaneira etc. Ainda, para ela, cabia ao Poder Público complementar o mercado, modificando o sistema jurídico para se adaptar às novas formas de organização societária,

¹⁵⁹ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 40.

¹⁶⁰ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa**. São Paulo. Revista dos tribunais ano 97. vol. 877, 2008, p. 77.

sendo criados novos institutos no direito bancário e empresarial. Assim conclui que o Estado sempre esteve presente na economia não havendo uma dissociação entre Estado e sociedade civil.

No capítulo II do presente trabalho evidenciam-se que os valores burgueses retratavam um indivíduo liberto das amarras sociais-estamentais do antigo regime, pois exaltava-se a liberdade individual considerando toda intervenção estatal arbitrária. Nesse contexto, o modelo clássico do contrato vinha a legitimar o interesse da classe burguesa, pois afirmava-se como o melhor instrumento para a aquisição da propriedade.

O liberalismo econômico se afirmava pela livre conclusão dos contratos. A vontade dos contratantes era fonte exclusiva das relações contratuais. A liberdade negocial revelava-se pela prerrogativa de escolher o contratante, o que contratar e com quem contratar. O dogma da vontade era a força motriz das relações contratuais. Ao Estado cabia apenas garantir a satisfação dos interesses privados.

Restou demonstrado que o capitalismo é caracterizado pelo espírito de dominação realizado pelo acúmulo de capital. Nesse ponto, as distorções sociais e econômicas têm reflexo nas relações contratuais na medida em que a liberdade contratual passa a sofrer limitações impostas em razão do predomínio de grupos econômicos e aí se afirma que a liberdade contratual converte-se em escravidão contratual na sociedade.

Porém, tudo mudou no dia em que se percebe que a economia capitalista não é capaz para satisfazer todas as necessidades da sociedade, sendo necessário agora o Estado estabelecer uma ordem econômica, que com a ordem pública não possa ser perturbada pelas convenções particulares.

A crise do capitalismo no início do século XX revela a superação da equivocada idéia de que as crises são resolvidas pela liberdade de negociações. O Estado é chamado a intervir, o dirigismo econômico passa a ser fundamental para a sobrevivência do próprio Estado.

As funções do Estado vão sendo ampliadas na medida em que se percebe que os interesses privados atuam de forma desordenada sendo necessário direcionar o exercício da própria atividade econômica, e por via de consequência, dirigir o contrato.

A Superação do Estado Liberal resultou da passagem do liberalismo absoluto para o Estado protecionista, face aos desequilíbrios econômico e social ocorridos em razão da falta de homogeneidade entre produtos ou serviços ofertados, a acumulação de capital, a concentração de empresas, a formação da massa de proletariados.

Assim, surge o Estado do Bem Estar Social que consistiu na presença direta e ativa no mercado, sem contudo abandonar a idéia de liberdade econômica. Entretanto, tinha o Estado a justiça social como prioridade. Na observação de Norberto Bobbio¹⁶¹ ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se o processo de reapropriação da sociedade por parte do Estado, transformando-se o Estado de Direito em Estado social e precisamente por ser social invade por inteiro através de regulação das relações econômicas.

É bom que se diga que esse modelo protecionista não foi capaz de suportar as atribuições conferidas ao Estado face ao dispêndio financeiro e impossibilidade de maiores investimentos nos setores econômico e social. Tal incapacidade do Estado fomentou o surgimento vigoroso do neo-liberalismo, com a crise do Estado protecionista preocupou-se em definir os limites do Estado no setor privado buscando-se um caminho intermediário entre o Estado Liberal e Estado Social.

6.2 MODELO ECONÔMICO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A decadência do Estado Liberal e uma posição mais paternalista do Estado com o objetivo de resolver os problemas resultantes do liberalismo levou a um acúmulo de dívidas e atividades por parte do Estado, muitas realizadas de modo insatisfatório. Nesse contexto, o Brasil foi palco de várias experiências econômicas. A intervenção na econômica variava de total ausência no mercado ao dirigismo estatal.

Afirma-se que o Brasil passou de Estado do bem estar Social a ser um Estado regulador, que se apresenta ora com características neoliberal, ora social liberal. Todavia não se quer dizer que no Brasil a regulação teve início nesse século,

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.51.

mas somente que o Estado diminuiu as intervenções para um papel de mediador econômico.

A Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, pois lhe confere unidade ao sistema. Infere-se daí, que ela estabeleça as diretrizes a serem perseguidas pelo Estado na produção de normas, especialmente quanto à ordem econômica, haja vista que o valor social da livre iniciativa está previsto como princípio fundamental.

Na visão de Raul Machado Horta a Constituição econômica é constituída por normas e princípios contraditórios, que ora reproduz o capitalismo neoliberal, ora segue no sentido do intervencionismo. Nesses passos, o Estado pode adotar políticas econômicas divergentes podendo variar da maior liberdade para o setor privado para o intervencionismo exacerbado.

A Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente enunciando um conjunto de diretrizes, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, Nesse sentido, o seu art. 170 implanta uma nova ordem econômica ao consagra um regime de mercado organizado distanciada do modelo liberal, admitindo no processo econômico a intervenção do Estado somente para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferência quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode conduzir a formação de monopólios.

Os princípios de ordem econômica na Constituição de 1988 são preordenados a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça. “A Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado¹⁶²”

Para Eros Roberto Grau¹⁶³ a Constituição de 1988 projeta-se para a instalação de uma sociedade visando à consolidação da democracia, reconhecendo que a ordem econômica na Constituição é uma ordem aberta. Para ele, a ordem econômica a que ser complementada pelo legislador ordinário, no quadro de seus princípios.

¹⁶² SILVA, José Afonso apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.95.

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.315.

A Constituição de 1988 não definiu o modelo político-econômico de Estado ideal, se social ou liberal, não há um modelo obrigatório para o Estado deve este promover o desenvolvimento social-econômico da melhor forma respeitando os princípios constitucionais, justificando uma maior interferência do Estado na atividade econômica na medida em que o setor privado não satisfaça aos anseios sociais.

Cabe ressaltar, que a economia capitalista não se caracteriza pela ausência do Estado na economia mas pela perseguição ao lucro em que o Estado deve propiciar os meios para isso. Contudo, a intervenção estatal existe para garantir a livre iniciativa, uma vez que os interesses privados competem entre si e para alcançarem o lucro não costumam seguir regras.

Importante registrar a observação de Ana Carolina Squadri Santana¹⁶⁴ ao destacar a diferença entre intervencionismo e dirigismo estatal uma vez que este não é permitido pela Constituição de 1988. Segundo ela, o intervencionismo apresenta-se para favorecer o mercado em quanto o dirigismo econômico pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos.

Para a compreensão da ordem econômica nacional, necessário se faz conformar a sua interpretação como os princípios gerais: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, proteção ao consumidor; defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, pois só o estudo em conjunto desses princípios será possível definir um modelo econômico.

6.3 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A PROPRIEDADE PRIVADA NA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL

Enuncia a Constituição de 1988 no art. 1, IV como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa, tomada no quanto expressa de socialmente valioso, bem como dispõe no art. 170, caput, que a ordem econômica

¹⁶⁴ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa**. São Paulo .Revista dos tribunais ano 97.vol.,877,2008,p.90.

deve estar fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano reconhecendo a base sobre a qual ela se constrói. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade.¹⁶⁵

A livre iniciativa é um desdobramento da liberdade e assegura a autonomia privada um papel central no domínio econômico. O art. 170 da Constituição Federal conecta a autonomia privada com a livre iniciativa, mas o faz também conectando-a com uma série de princípios outros como a função social da propriedade, a defesa do consumidor ou a defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, no Capítulo IV ao tratar da autonomia privada verificou-se que a Constituição de 1988 impôs limites frente a interesses da sociedade. E Mais, pode-se notar que a liberdade contratual não encontra mais justificativa em si sendo necessário para que seja merecedor de tutela que o ato tenha uma função que o ordenamento jurídico o considere útil.

Na observação de Eros Roberto Grau¹⁶⁶ a conformação das relações contratuais importa a conformação da própria atividade econômica. Daí, segundo o constitucionalista, a transformação dos contratos em instrumentos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica.

Na lição de Luiz Renato Ferreira da Silva¹⁶⁷ os contratos mantêm a agilidade nas relações econômicas em uma sociedade de mercado cumprindo uma função social na medida em que permita a manutenção de trocas econômicas, pois como instrumento de circulação de riquezas estará atendendo as razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação.

Nesse novo contexto, passa-se a exigir dos contratantes um comportamento que viesse a atender aos anseios éticos e sociais que não se levasse em conta apenas a liberdade negocial.

¹⁶⁵ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.95.

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.95.

¹⁶⁷ SILVA, Luiz Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Nesse contexto, o contrato hoje não tem como única função a circulação de riquezas, mais converge também para a promoção da ordem econômica conectado aos comandos constitucionais. Nesse ponto, Paulo Nalin¹⁶⁸ assinala que o deslocamento do foco de interpretação do Código Civil para um sistema civil-constitucional é que enquadra o homem no centro das atenções do ordenamento. Para ele, a Constituição brasileira tem no homem seu ator principal, revelando um efetivo direito antropocêntrico ao passo que o Direito Civil trabalha com o homem ecocêntrico, não havendo conflito entre as duas leituras, pois ambos trabalham com o mesmo titular de direitos e deveres.

A outro giro, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1, III) e a ordem econômica deverá realizar os princípios da justiça, visando dinamizar a organização econômica a fim de promover a existência digna de que todos devem gozar. Assim, o princípio de dignidade da pessoa humana acaba por comprometer todo o exercício da atividade econômica na medida em que visa a realização do projeto constitucional.

É bom que se reconheça que nas sociedades sob o regime de economia capitalista os dois valores fundamentais juridicamente protegidos são: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de contratar

Nessa senda, a propriedade privada figurando como um dos princípios de ordem econômica acabou por relativizar o seu conceito na medida em que só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.

A propriedade afirmada pelo texto constitucional, no art. 5, no inciso XXII do art. 5 e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionadas a distintos tipos de bens.

Em análise dos dispositivos constitucionais nota-se que a propriedade privada dotada de função social que não promova essa função não será objeto de proteção jurídica.

Reconhecendo os distintos tipos de bens e a função social que a propriedade deve realizar observa José Afonso da Silva¹⁶⁹ que a propriedade de bens de consumo e

¹⁶⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.244.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.779.

de uso pessoal são imprescindíveis a própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumento de opressão, pois satisfazem necessidades diretas, reconhecendo que a função social desses bens consiste na aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias e aí se justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla da função social. Em arremate sobre o assunto, conclui que a intervenção direta na distribuição de bens de consumo para fomentar ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida, constitui um modo legítimo de fazer cumprir a função social da propriedade.

A outro giro, evidencia-se que o princípio da função social da propriedade teve que ser estendidos aos contratos na medida em que as relações contratuais não interessam somente as partes, mas também a toda a coletividade.

6.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Com bem apresentado no texto do presente trabalho o princípio da função social do contrato decorre dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e a justiça que deve presidir à ordem econômica.

Infere-se daí que a norma disposta no art. 421 do Código Civil constitui projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5, XXIII da Constituição Federal, um vez que o contrato instrumentaliza a aquisição da propriedade.

Assim como correu com a função social da propriedade, a atribuição da função social do contrato revela o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, sendo necessário reconhecer que o princípio da função social operou uma reformulação no conceito dos institutos clássicos do Direito Civil.

A função social do contrato é também uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social na medida em que a Constituição, no inciso I do artigo 3, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República estabelecer uma sociedade solidária.

As relações contratuais dinamizam o sistema econômico ainda que pesem nascerem das vontades ddeclaradas pelas partes, delas se depreendem agindo na vida econômica, impondo um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade.

É por isso que cada vez mais se percebe a influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil levando ao seu aperfeiçoamento e desenvolvimento. Nessa trilha, a reconstrução do Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa se impõe com o objetivo de assegurar o livre desenvolvimento da pessoa do contratante.

Ao civilista agora não se permite uma postura neutra, a ele cabe compreender o direito contratual a partir de uma composição entre interesses privados e interesses públicos, liberdade e justiça social, autonomia e solidariedade numa tarefa politicamente comprometida.

Diante das relações entre o Direito Civil e Direito Constitucional, o quadro valorativo do contrato se tornou mais complexo. Para Tereza Negreiros¹⁷⁰, uma das mais importantes tarefa da teoria contratual é a de redefinir, à luz da tábua de valores constitucionalmente consagrada, os fatores que devem ser considerados para efeito de classificar e, conseqüentemente, determinar os princípios aplicáveis às diferentes espécies de contrato.

¹⁷⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.303.

7 CONCLUSÕES

O Direito Privado vem passando por uma reformulação em seus institutos clássicos fruto das transformações econômicas e sociais que exige um novo modelo jurídico compatível com essa nova realidade que se apresenta.

Nesse sentido, exige-se a releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, em especial, do contrato face a superação da teoria tradicional do Direito Civil e a abertura para novos paradigmas.

O Direito Civil brasileiro foi construído no século XIX sob inspiração dos postulados do Estado Liberal que concebia o Direito como um sistema lógico- dedutivo, apto a resolver os problemas da sociedade industrial. Entretanto, a grande dificuldade da ciência jurídica contemporânea é o enfrentar os desafios da sociedade atual, complexa e massificada com os modelos e paradigmas da época moderna.

O Código de 1916 refletiu o individualismo jurídico embalando a formulação tradicional dos direitos subjetivos, pois retratava um sistema nucleado em torno do patrimônio imobiliário como prevalente. A história do direito privado, em boa parte, é a história da garantia da propriedade.

Com a Constituição de 1988 as relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais revelando as diferenças entre o atual sistema em relação ao Código de 1916.

Nesse sentido, o civilista contemporâneo deve interpretar o Código Civil segundo a Constituição, pois, hoje, há uma unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador de elaboração e aplicação da legislação social.

Reflexo disso, são as normas constitucional incidindo sobre a propriedade imobiliária o que antes estava tradicionalmente confinado ao direito de propriedade. Esse processo de incidência das Constituição nas relações interprivadas vai gerar mudanças que irá repercutir no Direito Civil.

Nessa moldura, o exercício privado de titularidade da propriedade esta submetido ao interesse social, podendo se afirmar que a mudança que se opera no Direito Privado advém do Direito Público.

A atribuição de uma função social a propriedade e aos contratos apontam a funcionalização de institutos jurídicos que conduz a uma certa despatrimonialização do Direito Privado.

No campo do direito contratual, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício são afetados pela funcionalização que leva a superação do dogma da autonomia da vontade fundada em uma igualdade formal afastada da realidade.

Numa perspectiva constitucional do contrato, não se pode mais reduzir o seu conceito a mera figura de acordo de vontades destinado a produção de efeitos jurídicos, pois o contrato hoje é uma relação complexa.

O contrato não tem mais sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão dos sujeitos, não constituindo mais um valor em si, a liberdade contratual para que seja merecedora de tutela deve atender aos valores promocionais do ordenamento.

A principiologia do novo direito contratual caminha para conciliar os princípios clássicos, de índole liberal com os princípios contemporâneos, de índole social numa relação de complementaridade que leva a reconstrução do sistema contratual. O contrato não mais se caracteriza pela absolutização dos seus princípios sem relação com a realidade que o cerca, não é um átomo sem ligação como sistema que está inserido.

Os princípios do direito contratual se apresentam de forma harmoniosa a possibilitar a dinamização das relações contratuais, as tensões decorrentes desses princípios a que ser compatibilizadas pelo operador do direito.

A releitura do direito contratual impõe reconhecer que a manifestação da vontade é uma mola propulsora para a formação do contrato, mas que tem como bússola para orientar os contratantes os novos princípios contratuais: boa-fé e função social.

O princípio da função social acaba por operar no Direito Civil a revisão dos institutos clássicos por não se apresentar como mero conceito jurídico indeterminado de uma única regra, mas irradiar-se por todo o sistema privado e se por como um princípio jurídico a fundamentar um conjunto de regras e institutos.

O princípio da função social contrato está ligado a proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana amparada no Art.1, III, da Constituição de 1988, acabando por evidenciar a crescente valorização da pessoa humana.

O conceito da função social do contrato não apresenta uma feição dogmática clara o que leva ao receio por parte de alguns doutrinadores que o referido princípio se torne um veículo de insegurança nas relações econômicas.

Deve-se reconhecer que a função social do contrato tem eficácia entre os contratantes e para além das partes contratantes. Nessa senda, o contrato ao perseguir esse m valor ético-jurídico leva o indivíduo a não exercitar a liberdade contratual, ignorando os interesses de terceiros e da coletividade e nem mesmo os terceiros podem ignorar os direitos e interesses emergentes do contrato para seus figurantes.

O estudo do direito caminha para a compreensão dos princípios de acordo com uma tábua de valores. Assim , quando houver tensões entre os princípios necessários se faz uma ponderação em função do qual um deles em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalecência.

Não se podendo esquecer que a conformação das relações contratuais importa a conformação da própria atividade econômica. É bom que se reconheça que nas sociedades sob o regime de economia capitalista os dois valores fundamentais juridicamente protegidos são: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de contratar

Por outro lado , o princípio da função social do contrato decorre dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e a justiça que deve presidir à ordem econômica. Ademais, a livre iniciativa é um desdobramento da liberdade e assegura a autonomia privada um papel central no domínio econômico. O art. 170 da Constituição Federal conecta a autonomia privada com a livre iniciativa, mas o faz também conectando-a com uma série de princípios outros como a função social do propriedade.

O disposto no art. 421 do Novo Código Civil impõe um limite à autonomia privada e também é recebida como razão determinante constituindo uma projeção do valor constitucional expresso garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade esculpido no art. 5, XXIII, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5.ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.72.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS COSTA, Judith. (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.213.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.54.

ARON, Raymond. **Les dernières années du siècle**. Tradução Heloísa de Melo Martins Costa. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.S.A, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**.São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana de Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. Amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 6.ed. Revista e atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone,1995.

_____.**Estado, governo e sociedade**.Rio de Janeiro:Paz e Terra,1987

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim e coordenação Renan Lotufo).

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos,1971.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 13 ed. Ver e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUNHA, Daniel Cica da. A nova força dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.247.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUGUIT, Leon. **Fundamento do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

ESPINOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. esp. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil contratos**. V. IV, tomo 1. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **A anatomia do poder**. Tradução Maria Manuela Cardoso da Silva. Lisboa: edições 70, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: Os novos princípios contratuais. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo).

GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1872.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Instituto da Lesão**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade da Bahia para concorrer a Docência de Direito Civil. Salvador, S.A Artes Gráficas, 1949.

GYL Y GIL, José Luis. **Autotutela y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Ministério da Justiça da Espanha (centro de Publicaciones), 1993.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LIRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2002.

MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____; BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo**. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2005.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo; Ltr, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes; nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.176.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. revista e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.116.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, A L Machado. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do Trabalho e ideologia**. Tradução Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.33.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Nome do artigo. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/index.html>. Acesso em: 09 ago. 2007.

RIPERT, Georges. **A regra moral das obrigações civis**. Campinas, SP: Bookeseller, 2002.

_____. **Aspectos jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: RED livros, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Ary do Santos. São Paulo: Saraiva, 1957.

SANTOS, Milton. Por **Uma Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SILVA, Jorge César Ferreira da. Princípio de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2006, p.119.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2006, p.147.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França, v2).

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

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral** 10. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2000.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.730.

WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.