

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL**

**Departamento de Economia e Contabilidade
Departamento de Estudos Agrários
Departamento de Estudos da Administração
Departamento de Estudos Jurídicos**

CURSO DE MESTRADO EM DESENVOLVIMENTO

FABIANA FACHINETTO PADOIN

**OS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ijuí (RS)

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL**

FABIANA FACHINETTO PADOIN

**OS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ijuí (RS)

2007

FABIANA FACHINETTO PADOIN

**OS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Desenvolvimento, Área de Concentração: Direito, Cidadania e Desenvolvimento, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento.

Orientadora: Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Ijuí (RS)

2007

A comissão abaixo assinada, aprova a presente dissertação

**OS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO INSTRUMENTOS
DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

elaborada pela mestranda

FABIANA FACHINETTO PADOIN

como requisito para obtenção do grau de
MESTRE EM DESENVOLVIMENTO

COMISSÃO EXAMINADORA:

Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Orientadora (UNIJUÍ)

Doutora Elaine Harzheim Macedo (ULBRA)

Doutor Gilmar Antonio Bedin (UNIJUI)

AGRADECIMENTOS

Ao **meu marido**, Edson, pela compreensão, paciência e apoio em todos os momentos. Aos **meus filhos** amados, João Pedro e José Eduardo, que todos os dias iluminam o meu caminho. À **minha mãe**, Elcidia, que sempre me incentivou a seguir em frente.

À minha **professora orientadora**, Doutora Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger, por ter acreditado no projeto de pesquisa que resultou na presente dissertação, bem como por sua disponibilidade e dedicação.

A todos os **professores** do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento, pelos ensinamentos compartilhados.

Ao **Departamento de Estudos Jurídicos** e à **Unijuí**, pelo apoio na realização desta pesquisa.

A ninguém mais poderia dedicar este trabalho senão a duas pessoas: à **minha “mana”**, única e sempre irmã Claudiana Inês Fachinetto, que há 14 anos já não mais nos encanta com sua alegria e perseverança, mas que foi a responsável por despertar em mim a paixão pelo Direito; e ao **meu pai**, Claudino Fachinetto, que esteve presente ao meu lado o tempo suficiente para desempenhar verdadeiramente o papel de pai.

A vocês, onde estiverem, dedico esta conquista!

“Verdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com o equilíbrio aparente das justificações formais as verdadeiras injustiças dos desequilíbrios reais.”

A. Castanheira Neves

RESUMO

O tema pesquisado são os novos princípios como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações contratuais. Aborda-se a evolução do Estado, de liberal para social, demonstrando-se que a autonomia da vontade, a força obrigatória e a relatividade dos efeitos contratuais, princípios clássicos norteadores das relações obrigacionais, são relativizados pelos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988. Conseqüente-mente, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social estabelecem uma leitura constitucional do Direito Civil, destinando-se aos particulares e não-somente ao Estado. O contrato, por exercer papel fundamental no contexto jurídico e social, a partir de então, passa a ser visto como um mecanismo de efetivação de justiça social. Assim, os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos provocaram significativos desdobramentos na nova teoria contratual, funcionando como instrumentos de realização dos direitos fundamentais. Entre os efeitos desta transformação, destaca-se a necessidade de a interpretação efetuada pelos operadores do direito ser adequada ao sistema de regras e princípios, utilizando-se da ponderação dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constitucionalização do Direito Civil. Relações contratuais. Boa-fé objetiva. Função social.

ABSTRACT

The searched subject is the new principles as instruments of the effectuality of the fundamental constitutional rights in contractual relations. The evolution of the State, from liberal to social, is addressed, hence demonstrating the autonomy of the will power, of the mandatory power as well as the relativity of the contractual effects, classic guiding principles of the mandatory relations, which are relativized by the fundamental rights present in the Federal Constitution of 1988. Consequently, the dignity of the human person and the social solidarity establish a constitutional reading of the Civil Law, referring also to the particular and not only to the State. Thus, the contract, as it exerts a fundamental role in the judicial and social context, is seen as a mechanism of the effectuality of social justice. Hereby, the principles of objective good-faith and of the social function of the contracts provoke meaningful unfoldings in the new contractual theory, working as instruments for the realization of the fundamental rights. Among the effects of this transformation, the necessity that the interpretation effectuated by the law operators to be adequate to the system of rules and principles is highlighted, pondering the founding values of the Democratic State of Law.

Key words: Fundamental rights. Constitutionalization of Civil Law. Contractual Relations. Objective good-faith. Social function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	13
1.1 A Trajetória da Constitucionalização do Direito Civil	13
1.2 A Nova Ordem Constitucional e a Primazia dos Princípios Fundamentais: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social	21
1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana	24
1.2.2 Solidariedade Social	27
1.3 Nova Teoria das Fontes: a Constituição como fonte normativa	30
1.4 A Constituição Federal, a Ordem Econômica e a Repersonalização da Teoria Contratual	38
2 OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	45
2.1 Dos Antigos aos Novos Princípios e as Cláusulas Gerais	45
2.2 A Boa-Fé Objetiva: das origens históricas às suas funções	55
2.2.1 Funções da Boa-Fé Objetiva nas Relações Obrigacionais	60
2.3 A Função Social do Contrato: em busca de um conceito e de suas funções	67
2.3.1 Limites de Atuação do Princípio da Função Social do Contrato	71
2.3.2 Mecanismos de Atuação da Função Social no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: alguns exemplos	74
3 A IMPOSIÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA INTERPRETATIVO E SUA OPERATIVIDADE NO PROCESSO OBRIGACIONAL	79
3.1 Normas Jurídicas: princípios e regras	79
3.2 Novo Paradigma Interpretativo: interpretação dos conflitos privados e adequação hermenêutica à principiologia constitucional	88
3.3 A Operatividade dos Novos Princípios no Processo Obrigacional	98
3.3.1 O Caso da Hipoteca de Imóvel Adquirido em Incorporação Imobiliária	100
3.3.2 Os Contratos Bancários e a Revisão de toda a Cadeia Contratual	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

A ruptura estabelecida pela nova ordem constitucional em 1988, com a inserção dos ideais democráticos tão almejados pela sociedade após um longo período ditatorial, provocou inúmeras fissuras no Direito Civil até então vigente, na medida em que fixou novos valores fundamentais para a vida em sociedade, alterando substancialmente a relação estabelecida entre o Estado, a sociedade e o indivíduo. Esses valores fundamentais, reflexos da evolução da nossa sociedade, assim como dos estudos doutrinários e da jurisprudência, oriundos da prática jurídica, foram e são determinantes para reestruturação da ordem jurídica nos diferentes segmentos do direito, em especial, para fins deste estudo, do Direito Civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) inova na medida que elege como valores supremos do ordenamento jurídico pátrio os ideais de dignidade humana e de solidariedade social, paralelamente a outros valores já anteriormente reconhecidos como superiores, tais como a liberdade, a segurança e a propriedade. A abrangência da Constituição fora ampliada pela adoção de temas eminentemente sociais, os quais ganharam relevância com o enfraquecimento do Estado liberal e a ascensão do Estado social, influenciando na resolução de uma grande gama de conflitos, inclusive nos de âmbito das relações jurídicas privadas. A Constituição atual está presente de várias maneiras na vida cotidiana das pessoas, como nunca antes esteve no Brasil.

A partir de então, constatou-se a necessidade de transformação do Direito Civil brasileiro, construído sob uma concepção extremamente individualista, para a qual a propriedade e a liberdade contratual eram os valores supremos, fruto da época de sua concepção, a qual não mais refletia a realidade contemporaneamente posta. Os novos valores constitucionais fundamentais exigiam uma reformulação, a

fim de que o Direito Civil incorporasse a valorização do indivíduo e a solidariedade como princípios guias das relações jurídicas privadas.

Dá-se, assim, o processo de constitucionalização do Direito Civil. Para os fins deste trabalho, especificamente, a constitucionalização do direito contratual que, em linhas gerais, gira em torno da substituição de seu centro valorativo, isto é, em lugar do indivíduo e de sua vontade soberana, põe-se a pessoa, vista a partir de sua dignidade e socialidade. Em outras palavras, ao lado da liberdade contratual, a solidariedade social adquire importância. O direito contratual, assim como outros ramos do Direito, passa a ter a seu cargo a tarefa e o caráter de tutelar à pessoa humana, nos termos determinados pela Constituição Federal, assumindo assim caráter tutelar, em que a satisfação das concretas necessidades do indivíduo merece ser considerada pelo aplicador do direito.

O contrato, por exercer papel fundamental no contexto jurídico e social, a partir de então passa a ser visto como um mecanismo de efetivação de justiça social e não somente um instrumento limitador e regulador da vontade das partes contratantes. Assim, o contrato, a par da nova principiologia constitucional, é instrumento de interesse da sociedade na qual está inserido.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil limitam a liberdade nas relações obrigacionais por meio dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos que provocaram significativos desdobramentos, principalmente no que tange à exigência de novas diretrizes interpretativas. Tais princípios passaram a exigir o estabelecimento de uma relação contratual mais justa e equilibrada, a partir de uma concepção social do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva tem como fundamento as determinações constitucionais de tutela à pessoa humana, considerada parte integrada à comunidade, assim como a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito seja um elemento essencial, a ser relevado nas relações jurídicas. Já a função social dos contratos, por sua vez, passa a ser visto não somente como novo paradigma limitador da autonomia da vontade, mas como instrumento assegurador da realização da justiça e do equilíbrio contratual, irradiando seus efeitos tanto interna quanto externamente à relação contratual.

Em decorrência desta nova ordem constitucional e infraconstitucional, surge a necessidade de superação da postura positivista, assentada no sistema de regras, adquirindo importância a hermenêutica constitucional, na qual os princípios são espécies de norma jurídica, a fim de tornar possível o resgate de valores que as regras não conseguem alcançar. Exige-se, assim, o rompimento com o método tradicional da subsunção para estabelecer um novo paradigma interpretativo, da ponderação de valores, interpretando os conflitos privados de maneira hermeneuticamente adequada aos valores sociais inseridos no texto constitucional.

Constatada esta realidade e partindo-se da premissa de que se vive um momento de modificações no tratamento das relações obrigacionais, o problema proposto na presente dissertação é o de investigar se os novos princípios contratuais servem de instrumento para realização dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional. O objetivo é demonstrar como os novos princípios contratuais podem contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais nas relações contratuais, dada a necessidade de rompimento com o método liberal de subsunção de interpretação, exigindo a utilização da ponderação dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito, expostos na principiologia constitucional.

Para responder tal problema e atingir o objetivo proposto, o método de abordagem utilizado é o sistemático, por meio do qual se busca fazer uma leitura sistemática da bibliografia pesquisada, identificando-se os múltiplos elementos e os diversos enfoques abordados pela doutrina e jurisprudência. A forma de abordagem do problema é a partir de uma pesquisa qualitativa, uma vez que esta considera existir uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, adequando-se perfeitamente para analisar o tema, ao demonstrar que tais alterações ocorrem no mundo objetivo, provocando a necessidade de uma nova interpretação para os negócios realizados entre os indivíduos.

Para tanto, o primeiro capítulo apresenta o processo de constitucionalização do Direito Civil, em que a partir de uma abordagem histórica, analisam-se as transformações ocorridas na sociedade contemporânea que culminaram na primazia da dignidade humana e da solidariedade social na ordem constitucional estabelecida em 1988. Estuda-se como a Constituição passa a ter força normativa e como, a partir de então, se dá a repersonalização da teoria contratual.

O segundo capítulo investiga especificamente os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato para localizar suas raízes históricas, diferenciando-os de outros institutos e explicitando sua real significação, assim como declinar as principais funções oriundas destes princípios na relação obrigacional, que atuam efetivamente como limitadoras na autonomia da vontade. Além disso, analisa a incidência dos mesmos nas relações contratuais oriundas de uma relação de consumo e, por isso, embasadas juridicamente do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, da mesma forma nas relações estritamente privadas, com base do Código Civil pátrio.

E, por fim, o terceiro tem como objeto de análise o novo sistema normativo, composto de regras e de princípios jurídicos, o qual exige um novo método de interpretação, adequado à principiologia constitucional, via o método da ponderação, apurando-se a construção dos mesmos pela doutrina, de modo a permitir que os valores constitucionais reflitam nas relações jurídicas contratuais. Por último, realiza-se o exame de algumas decisões judiciais paradigmáticas, extraídas da jurisprudência dos tribunais estaduais e dos tribunais superiores, nas quais os novos princípios contratuais servem de fundamento da decisão, atuando por meio de suas diferentes funções e direcionando a interpretação do contrato para a busca do equilíbrio das prestações estabelecidas e da realização da dignidade e da solidariedade.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Este capítulo analisa o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Para isso aborda a evolução e o desenvolvimento da noção de interpretação ou releitura da legislação civil à luz do texto constitucional. Em seguida verifica os valores fundamentais que iluminam a nova ordem constitucional, os quais são: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Trata da nova teoria das fontes surgida com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, na medida em que a Constituição passa a ser fonte normativa. Aborda, ainda, a vinculação entre a Constituição Federal, por meio de seus valores estruturais e também pelos fundamentos da ordem econômica nela estabelecida, com o direito contratual, culminando na repersonalização da teoria contratual.

1.1 A Trajetória da Constitucionalização do Direito Civil

A ordem civil, em suas origens fora construída em oposição à ordem constitucional. O sistema de codificação do século XIX, herdado pelo Código Civil de 1916, era marcado por um dualismo entre o sistema do direito privado, cujos pilares eram a autonomia privada e a propriedade, e o direito público. Este último identificado como sistema de proteção do cidadão por meio das ingerências estatais e garantias constitucionais.

Enquanto as constituições de cada Estado eram vistas como meras cartas políticas, responsáveis por estruturar o sistema de proteção do cidadão em face do Estado, o Código Civil centralizava a disciplina das relações patrimoniais, cerne da preocupação do Direito Civil. O Código Civil conceituado pela cultura jurídica

tradicional como a “constituição do direito privado”, tornava possível que o intérprete prescindisse da Constituição para a análise dos conflitos oriundos das relações jurídicas privadas (TEPEDINO, 2004). A evolução das estruturas sociais e econômicas no século XVIII acabaria por importar um novo tipo de sociedade, burguesa, o que fez com que a Europa vivesse num clima em que a segurança jurídica passou a ser vista como questão de necessidade. Neste quadro, a função atribuída ao Código Civil nada mais era do que proteger essa vontade criadora do contrato, assim como o direito de propriedade¹.

Veja-se que o Código Civil francês de 1804, o qual influenciou significativamente a codificação brasileira², foi editado logo após a concretização da Revolução Francesa, com o escopo principal de legitimar o primeiro Estado de Direito que se instalava, chamado de Estado liberal. Este Estado tem como base a separação entre Estado e sociedade, determinando a separação entre a política e a economia; entre o Estado e a moral; e entre o Estado e a sociedade civil, para buscar na lei, como valor supremo, sua legitimidade. Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 37) nesse momento

verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.

Com efeito, no Estado liberal a propriedade é simultaneamente condição de liberdade e de felicidade (NOVAIS, 1987). O problema central, no entanto, residia no fato desta liberdade tratar-se, na verdade, de mera formalidade, cuja garantia de

¹ Importante observar o momento histórico em que o Código Civil francês, nossa maior influência, foi elaborado. Até então, a monarquia, a nobreza e o clero eram as classes dominantes, havendo então a necessidade de neutralizá-las, a fim de evitar que os privilégios aos mesmos permanecessem. Para tanto, imprescindível criar instrumentos anuladores do poder da magistratura francesa para que não decidissem mais de forma a favorecer o *status quo*. Neste sentido, Renan Lotufo (2006, p. 18) afirma: “A Revolução Francesa tem sua origem não só para romper com a monarquia, romper com a nobreza, o clero e todo o seu fausto, que ditava os rumos da sociedade francesa, mas também contra a magistratura francesa. Mas por que razão uma revolução contra a magistratura francesa? Porque o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só a nobreza, porque inexistindo um sistema de legislação nacional, os juízes, sendo locais, sofriam a influência de seu meio, e decidiam no mais das vezes de acordo com a *praxe* e o *costume*, evidentemente favoráveis ao *status quo*. E o povo, observando esta situação, bradava *que a justiça tardava para os pobres* e geralmente *favorecia aos ricos e aos nobres*, não atendendo aos verdadeiros anseios populares. As decisões não seguiam nenhum parâmetro objetivo, imperando o casuísmo, e esse casuísmo invariavelmente era contrário à vontade da maioria. A revolução, pois, determinou, através da assembléia nacional constituinte, a elaboração dos códigos nacionais.”

² Embora o Código Civil brasileiro de 1916 tenha seguido a estrutura do Código Civil alemão (BGB), que possui parte geral, difere do Código Civil francês, no qual não há uma teoria geral.

exercício jamais foi universalizada, e cujas conseqüências reduziam-se a mero privilégio de uma parte da sociedade, a classe burguesa³. Contudo, a mera expectativa do povo em exercer essa liberdade resultou num elemento transformador, o qual elevou a liberdade como princípio cardeal e valor supremo.

Entretanto, um longo processo histórico acabou convergindo no final do século XX, demonstrando que essa total separação não era suficiente para regular os problemas da sociedade contemporânea. Gustavo Tepedino (2004) identifica as fases do intervencionismo do Estado na economia, atingindo as relações privadas, a fim de corrigir e dirigir forças econômicas e sociais.

A primeira fase teve início na Europa a partir da metade do século XIX, surtindo efeitos no Brasil a partir dos anos 20 do século XX. A alteração da estrutura da sociedade até então existente, advinda de vários fatores, exigiu a intervenção do Estado, a fim de atender as necessidades desta nova forma de sociedade, começando assim a ruir a estrutura dogmática, exaltando o individualismo. Com a Revolução Industrial ocorreram importantes mudanças na nossa sociedade. A economia, que na época girava em torno da produção agrícola, ganhou uma nova força, a indústria. Com isso, as cidades foram convertidas em grandes centros: as fábricas passaram a produzir em série; a comunicação se expandiu com os jornais, o rádio e a televisão; e as relações de trabalho, então assalariado, evoluíram via o surgimento das convenções coletivas (SILVA, 1996). Também a Primeira Guerra Mundial colaborou para esta transformação, estabelecendo uma nova realidade social, uma vez que a população sofreu um significativo desnivelamento social. Além disso, as idéias socialistas de pensamento, expostas por Karl Marx (1968) e outros pensadores, criticando as desigualdades sociais, juntamente com a doutrina social cristã, a qual militava a favor dos direitos sociais, propiciaram o reconhecimento dos direitos sociais, exigindo reformas para implementação e asseguramento dos mesmos.

³ Explicitando esta realidade, explica Bonavides (2001, p. 42): “A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno.”

Inicia-se, então, a movimentação do Estado com o escopo de reequilibrar o quadro social, tendo o legislador, logo após a edição do Código Civil de 1916, passado a editar leis excepcionais, permitindo que situações não previstas pelo Código passassem a ser reguladas. Essas leis, no mais das vezes, vinham imbuídas de princípios divergentes com a principiologia patrimonialista do Código⁴, mas apenas como exceção, já que este continuava a ocupar papel central no regulamento das relações privadas.

Nesta fase, o Direito Civil tem absoluta independência do Direito Constitucional, sendo o Código Civil considerado o documento jurídico da sociedade e a Constituição o documento político, adstrito a regular as relações do cidadão com o Estado. As primeiras constituições não uniformizavam sobre as relações privadas, cumprindo assim sua função precípua de delimitação do Estado mínimo. Nesta época, portanto, o direito privado e o direito público vivem em mundos apartados.

A segunda fase intervencionista inicia-se a partir dos anos 30, sendo diferenciada da fase anterior pela perda do caráter de excepcionalidade nas leis extravagantes, passando a disciplinar, sem o critério da emergência, várias situações que interessam ao Direito Civil, ganhando por isso maior abrangência. Nas palavras de Tepedino (2004, p. 5):

Assim é que se contabiliza, a partir dos anos 30, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil. Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador.

Neste compasso, o Código Civil perde o papel de centralidade e exclusividade na regulamentação das relações privadas, sendo aplicado conjuntamente com a legislação extravagante, chamada de especial, em razão de sua técnica, objeto e finalidade. Dá-se assim maior intervenção do Estado nas relações privadas, por

⁴ Exemplo dessa legislação excepcional em termos contratuais é o Decreto n. 22.626, de 07/04/1933, conhecido como “Lei da Usura”, que nas justificativas de sua edição expressamente diz que é “interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras.” Este decreto, entre outras alterações, limitou o percentual dos juros remuneratórios (art. 1º) e moratórios (art. 1º, § 3º) nos contratos, bem como proibiu a capitalização mensal dos juros (art. 4º), penalizando com nulidade os contratos que infringissem as disposições ali estabelecidas (art. 11). Quanto aos juros, ver: PORTANOVA, Rui. **Limites dos juros nos contratos bancários**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

meio de normas cogentes e imperativas, trazendo para si a responsabilidade de disciplinar uma série de questões que, manifestando-se via lei ou de ato administrativo, passam a regular as condições negociais. É neste momento, durante o primeiro e o segundo conflitos mundiais que surgem os denominados “contratos ditados” (COUTO E SILVA, 1976, p. 19), nos quais os negócios jurídicos são transformados em ato de cogência. Tais contratos foram utilizados para fins de planificação econômica, como instrumentos para a melhor distribuição de bens e produtos considerados básicos, para atender os esforços de guerra. Ditos contratos estavam sujeitos às regras de direito público, embora seu desenvolvimento e extinção fossem regidos pelo direito privado.

É imprescindível registrar que tudo isso ocorreu devido à mudança de modelo de Estado. O Estado liberal individualista, neste momento, cede espaço ao *Welfare State*, de cunho eminentemente intervencionista. O Estado Social ganha corpo e, nesse sentido, inaugura-se uma fase cujos esforços concentram-se na socialização do Estado, o que na perspectiva da consagração constitucional dos direitos sociais, tanto no texto constitucional de 1934 quanto no de 1946 encontram-se normas que estabelecem direitos e deveres sociais⁵ no desenvolvimento da atividade econômica privada (TEPEDINO, 2004). Instaure-se o Estado social, o qual, além de limitar poder político, também limita o poder econômico, assim como sua ideologia traduz-se em valores de justiça social (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Sobre as características deste Estado, Bonavides (2004, p. 186) assegura:

[...] quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

⁵ Sobre os direitos sociais conquistados entre 1930-1945, ver excelente abordagem histórica feita por: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 123-124. Diz o autor: “Apesar de tudo, porém, não se pode negar que o período de 1930-1945 foi a era dos direitos sociais. Nele foi implantado o grosso da legislação trabalhista e previdenciária. O que veio depois foi aperfeiçoamento, racionalização e extensão da legislação a número maior de trabalhadores.”

Com isso, o Código Civil perde seu papel central, não servindo mais o rótulo de Constituição do direito privado e, por conseqüência, de que bastaria ao intérprete o Código Civil para solucionar os conflitos de origem privada. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) denominam esta fase de *publicização do direito civil*, porque a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas se dá principalmente por meio da edição de normas especiais, coativas, como as que passam a regular as relações de trabalho e as relações locatícias⁶.

É importante entender que a publicização é um processo de intervenção estatal, via Legislativo, por meio de legislação infraconstitucional, e não pela submissão do direito positivo aos valores constitucionais. Neste caso trata-se de constitucionalização, que é o passo seguinte para o caminho da unidade do ordenamento jurídico.

Tal passo, nesse caminho, leva ao início do processo de democratização do Estado brasileiro, sendo que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 chega-se ao ápice da transformação apontada. Após um longo período de ditadura militar, o desenvolvimento de novas noções de cidadania, de direitos e de ética acabaram por refletir na atuação do legislador constituinte, consolidando, ao menos no plano teórico, com a Constituição Federal de 1988, a redemocratização do Estado.

Nesse processo de superação do direito público e do direito privado, acontece uma das principais revoluções do século XX – o fenômeno da *constitucionalização*. Este, face às mudanças paradigmáticas fruto dos inúmeros conflitos sociais, assume um valor central, submetendo todas as relações da sociedade, passando-se então a falar de um *direito civil-constitucional*, que tem como premissa básica a identificação da eficácia das normas constitucionais às relações privadas. Neste viés, a Constituição Federal de 1988, na esteira das constituições europeias pós-guerra, promove a transformação axiológica definitiva do Direito Civil, quando então desloca para o centro do sistema jurídico a Constituição, retratando uma percepção

⁶ Neste sentido, importante a contribuição de Paulo Luiz Netto Lobo (1999, p. 2) quando diz que a “denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.”

no sentido de que a pessoa humana passa a merecer proteção do direito (TEPEDINO, 2004).

A eleição pelo texto constitucional da dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III⁷, e da solidariedade social, previsto no artigo 3º, inciso I⁸, como valores centrais e princípios fundamentais do ordenamento, significou a possibilidade do intérprete de funcionalizar as estruturas dogmáticas do direito privado e do direito público na proteção da pessoa humana e na realização da justiça social, utilizando-os como fundamentos para transformação das estruturas sociais no caso concreto.

Como bem aduz Tepedino (2006, p. 42) sobre a questão:

Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.

Do que foi exposto até aqui, urge a imposição de se repensar o direito, principalmente o Direito Civil tradicional, na sua interpretação e aplicação, à vista dos princípios constitucionais, que se constituem na ponte que interliga os valores socialmente relevantes e o ordenamento jurídico. A partir de então o Código Civil, a legislação especial e, ainda, o texto constitucional, passam a ser instrumentos indispensáveis na realização do direito. Mais uma vez Tepedino (2004, p. 7) assevera que

o Código Civil, perde assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

⁷ “Art. 1º. 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;”

⁸ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

[...] A tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede à atenção do legislador especial para com as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado.

A terceira e última fase intervencionista é denominada por Tepedino (2004, p. 8) como a “era dos estatutos” que, avançando na especialização anteriormente iniciada, da mesma forma atendendo determinação constitucional, evoluiu para elaboração de normas especiais que abarcam, com caráter universalizante, diferentes matérias do direito, subtraindo, assim, do Código Civil matérias que antes eram reguladas por este. Em outras palavras, o Direito Civil passa a ser um direito “repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil.” É nesta fase que são elaborados o Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰ e a Lei do Inquilinato¹¹, por exemplo. A característica principal destes estatutos consiste na técnica das cláusulas gerais utilizadas pelo legislador, permitindo ao intérprete maior maleabilidade na realização do direito, a partir da análise da situação jurídica concreta. Esta técnica também será adotada pelo novo Código Civil, como se verá oportunamente.

Frente a esta nova feição do direito positivo, os civilistas têm se voltado sobremaneira à análise da insuficiência do direito privado tradicional para promover a superação do individualismo e a efetivação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. O contrato, visto a partir das exigências sociais atuais, assim como da necessidade de uma conformação da normatividade infraconstitucional com a constitucional, efetivada em 1988, deve ser interpretado de maneira a valorizar a dignidade da pessoa humana, a realização da cidadania e o desenvolvimento econômico e social.

Quanto à dicotomia direito público/direito privado, enquanto mundos separados e estanques, entra em crise, sendo insustentável continuar a concebê-los nesses termos. Atualmente, tanto as normas de direito privado ganharam contornos do direito público, e vice-versa, que tornou-se extremamente difícil delinear o limite entre o público e o privado. Exemplo dessa ambivalência são as normas regentes

⁹ Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁰ Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹¹ Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991.

das relações de consumo, cuja sua cogência tutelam interesses de dupla face, privados e públicos.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma nova ordem constitucional, reconhecendo e determinando a interpretação do direito privado, em especial dos contratos, interesses deste estudo, até então de cunho eminentemente liberalista e individual, à luz de seus valores fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Feitas estas considerações iniciais, passa-se a seguir ao estudo específico destes direitos fundamentais.

1.2 A Nova Ordem Constitucional e a Primazia dos Princípios Fundamentais: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social

Se no Estado liberal de Direito operou-se um total distanciamento entre o Direito Civil e os direitos fundamentais, no Estado contemporâneo, a concepção de Direito, especificamente do Direito Civil, pelos fundamentos acima expostos, reclama que sua aplicação esteja subordinada aos pressupostos e princípios constitucionais, principalmente comprometendo-se com a proteção da dignidade humana e a solidariedade social. Qualificando, enfim, um Estado protetor dos direitos fundamentais, seja na esfera das relações jurídicas eminentemente públicas como também nas relações privadas. Neste compasso, a solução a ser dada em cada controvérsia passa a ser encontrada, levando-se em conta não-somente o artigo de lei que parece discipliná-la e resolvê-la, mas antes, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, considerados como opções de base que o caracterizam (PERLINGIERI, 2002).

Antes, contudo, de abordar especificamente os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, deve ser vencida a preliminar, embora de forma sucinta, com respeito à análise da trajetória construtora da atual concepção dos direitos fundamentais, avançando do campo estrito do direito público para o direito privado.

Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira (2003), os direitos fundamentais, no Estado liberal, estavam ligados à noção de direito subjetivo público, sendo que foi

esta construção o principal obstáculo à idéia de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Os direitos fundamentais eram entendidos como limitações criadas pelo Estado para serem impostas a si mesmo, a fim de coibir eventuais abusos cometidos contra o indivíduo. Isto porque predominava a idéia de que a relação entre os indivíduos e o Estado era verticalizada, cabendo ao direito público discipliná-la. Por isso a necessidade de criação dos direitos fundamentais para proteger os indivíduos.

Por outro lado, dizia-se o direito privado um disciplinador das relações jurídicas entre pessoas usufruidoras de liberdade, autonomia e igualdade, numa relação horizontal. Partindo dessa premissa, apenas os vícios de vontade poderiam condicionar a validade dessas relações supostamente livres e em condições de igualdade estabelecidas. Por isso, a desnecessidade dos direitos fundamentais incidirem nestas relações jurídicas, de iguais, tendo estes, então, como únicos destinatários o Estado.

Ocorre que, desde o início, esta premissa é falaciosa, pois as noções de liberdade e igualdade eram, de fato, meramente formais, comprometendo a autonomia privada e, conseqüentemente, desnaturava a dita horizontalidade da relação entre os particulares. No entanto, tal sistema de aplicação dos direitos fundamentais exclusivamente às relações públicas perdurou por várias décadas, somente sendo abalada no final da primeira metade do século XX, com a percepção das conseqüências nefastas do pós-guerra e a emergência do Estado social. A partir de então, como alternativa para amenizar e neutralizar os regimes totalitários dominantes em parte da Europa, os quais expuseram os indivíduos à barbárie, consolidou-se a idéia de Constituição como norma suprema e fundamental, cujos direitos fundamentais nela inseridos deveriam ser destinados aos indivíduos também nas relações privadas. Neste aspecto, sintetiza Pereira (2003, p. 132-133):

Não é por acaso que a visão do Estado como destinatário único dos direitos fundamentais foi abalada precisamente quando se consolidou a idéia de constituição como norma suprema e fundamental. A fórmula *rigidez-controle de constitucionalidade-direitos fundamentais*, adotada por vários países europeus egressos de regimes autoritários – aliada à emergência do Estado Social de Direito –, pôs em xeque diversas premissas do “arquétipo da teoria jurídica liberal”, dentre as quais a noção que resumia os direitos fundamentais a direitos subjetivos públicos postos na lei.

No plano internacional, o reconhecimento dos direitos fundamentais tem como referência histórica a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, trazendo novos conceitos, deu início ao processo de generalização dos direitos humanos ou fundamentais. Esta Declaração definiu com precisão o elenco de direitos humanos e liberdades fundamentais, afirmando uma nova ética universal e estabelecendo um padrão ético e jurídico. Da Declaração Universal dos Direitos Humanos duas são as principais contribuições, quais sejam, como marco histórico do começo de uma democratização a nível internacional, assim como por estabelecer uma unidade interdependente e indivisível dos direitos humanos, na medida em que conjugou o valor da liberdade com o valor da igualdade. Nas palavras de Flávia Piovesan (1997, p. 161), “em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.”

Neste contexto, as primeiras formulações teóricas a respeito da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas estabeleceram-se na Alemanha, a partir da década de 50 do século passado¹². Torna-se, então, vertente a necessidade de ampliação do campo de incidência dos direitos fundamentais para alcançar aquelas relações que, de fato, face à complexidade da sociedade contemporânea, levam as relações jurídicas entre particulares serem estabelecidas, no mais das vezes, como um vínculo de subordinação, promovendo desigualdades.

Feitas estas considerações, centra-se o estudo dos direitos fundamentais na realidade brasileira, posta com a redemocratização do Estado, especificamente o comprometimento com a proteção da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, uma vez que são os valores influenciadores significativa e diretamente nas relações contratuais.

A Constituição Federal de 1988 pôs em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, adotando, no seu art. 1º, inc. III, a dignidade como um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, sendo considerada por

¹² Conforme explica Pereira (2003, p. 134-135), na época foi cunhado o termo *drittwirkung der grundrechte* (eficácia perante terceiros), utilizado para “traduzir a idéia de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas travadas entre particulares, tendo prevalecido na primeira fase do debate. O vocábulo *terceiros (dritte)* relacionava-se à necessidade de apontar a inserção de um novo destinatário dos direitos fundamentais, além do Estado.”

alguns como um supra princípio. Com relação à solidariedade social, o art. 3º, incisos I e III, propõe, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, assim como a erradicação da “pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” Mais adiante, reunindo de certa forma ambos direitos fundamentais, no art. 170, *caput*, está previsto que “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”, e o mesmo dispositivo legal elenca como princípios da ordem econômica, a “função social da propriedade” (inc. III) e a “redução das desigualdades sociais e regionais” (inc. VII).

1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

O desafio maior colocado pela doutrina é desvendar em que consiste realmente a dignidade da pessoa humana, pois esta expressão é reconhecidamente vaga, indeterminada, podendo-se com base nela defender os mais diversos pontos de vista. Reconhecida heterogeneidade de situações, a noção de dignidade da pessoa humana é objeto de estudo também da sociologia, da antropologia, da filosofia, entre outras ciências, por isso Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 37), a fim de definir um conteúdo jurídico para este direito fundamental, conceitua-o nos seguintes termos:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Levando em conta esta definição, sustenta o autor que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que pode ser aferido nas dimensões individual, intersubjetiva (social) e cultural. Na concepção individual, a dignidade da pessoa é vista como um direito inerente a cada ser humano, independentemente de sua condição pessoal, não podendo, portanto, ser-lhe concedida, nem retirada. Como dimensão intersubjetiva, a dignidade humana é vista a partir da vida em sociedade,

no sentido de que todos os seres humanos, que vivem em comunidade, são reconhecidos como iguais e possuem direitos. Por fim, na dimensão cultural, a dignidade humana é interpretada como resultado do trabalho de diversas gerações, considerada universalmente, estando em constante processo de construção e desenvolvimento.

No que tange aos limites e à tarefa imposta pela dignidade humana ao Estado e à sociedade, considera-se a existência de dupla dimensão: uma negativa e outra positiva. Na dimensão negativa expressada pela autonomia do indivíduo, o mesmo tem o direito de decidir autonomamente a respeito da própria existência. Na dimensão positiva, por sua vez, a dignidade impõe ao Estado e à comunidade a sua proteção, a fim de assegurar a sua preservação ou restabelecê-la quando aviltada. Neste sentido, diz Sarlet (2005, p. 32):

É justamente neste sentido que assume relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria ou de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

Na tentativa de elaborar uma resposta juridicamente adequada e dotada de cientificidade, Maria Celina Bodin de Moraes (2006) utiliza-se do fundamento kantiano do “imperativo categórico”, que colocou a questão da moralidade sob nova perspectiva, para afirmar que faz parte deste a exigência de que “o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo.” Nessa perspectiva, o valor moral encontra-se acima do valor de mercado, devendo toda a legislação prever a realização do valor máximo representado pela dignidade humana, fato realizado pela Constituição brasileira de 1988. A autora demonstra que o fundamento jurídico da dignidade deve ser preservado a partir de quatro outros postulados, quais sejam: a *igualdade*, a *integridade psicofísica*, a *liberdade* e a *solidariedade*. A *igualdade* consiste na busca da igualdade substancial que, além de exigir que todas as

peças sejam possuidoras dos mesmos direitos e não sofram tratamento discriminatório (o que caracteriza a igualdade formal), exige o tratamento desigual aos desiguais, quando as disparidades das condições econômicas e sociais assim o exigirem. O princípio da *integridade psicofísica* serve para garantir os direitos de personalidade (vida, nome, imagem, entre outros) e o direito à saúde, este entendido como bem-estar físico, psíquico e social, envolvendo também os avanços da biotecnologia, que importam nos mais diversos modos de intervenção no corpo humano. A *liberdade*, na sua concepção clássica velava unicamente pela vontade individual (diga-se, do proprietário), desvinculada dos interesses sociais, modernamente é concebida, juntamente, com o dever de solidariedade social, isto é, como direito exercido em determinado contexto social, sem possibilidade de desvincular-se deste. Por último, o postulado da *solidariedade*, valor que emergiu após a II Guerra Mundial, busca instrumentos para garantir a digna existência humana. No artigo 3º, incisos I e III da Constituição brasileira, estão previstos como objetivos a serem alcançados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Como regra geral decorrente dessa estruturação do princípio da dignidade da pessoa humana, caso venha a ocorrer numa relação jurídica privada um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, “a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.” (MORAES, 2006, p. 53). Nesse sentido, os magistrados devem ponderar esses quatro valores (igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade) para assim preservar o núcleo da dignidade.

Perlingieri (2002, p. 23), na mesma perspectiva, também enfoca como aspecto central do respeito à dignidade a questão moral. Defende que somente quando a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da pessoa, sobrepor-se a qualquer outro valor político ou econômico, será possível a realização de um direito com justiça. Para o autor é necessário entender

[...] com força, a questão moral, [...] como efeito respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja reposta ao centro do debate da doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.

Com efeito, concretizar efetivamente este valor da dignidade da pessoa, evitando estruturas inadequadas e ultrapassadas, importa que na seara do Direito Civil, a reconstrução deste ramo do direito baseado na pessoa, propicie o funcionamento da economia, considerando, para além dos interesses puramente particulares, os interesses dos indivíduos que integram a sociedade, inclinando-se assim à diminuição das desigualdades sociais e realizando-se maior justiça.

É importante frisar que a dignidade na dimensão positiva impõe obrigações positivas não apenas por parte do Estado, mas também por parte dos indivíduos. Estes, nas relações particulares estabelecidas entre si devem considerar e reconhecer a importância do respeito da dignidade do outro, o que na prática é muito difícil de concretizar. Como enfoca Béatrice Maurer (2005, p. 79), “a liberdade engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro. O reconhecimento da dignidade do outro, por sua vez, é muito mais difícil.” É aqui que o postulado da solidariedade necessita ser exercido.

1.2.2 Solidariedade Social

A idéia de solidariedade social, a exemplo dos conceitos como dignidade, igualdade e liberdade, foi concebida como conceito moral. Wilson Steinmetz (2004) demonstra que a noção de solidariedade manifestou-se com o desenvolvimento do Estado social, passando a integrar os textos constitucionais quando nestes foram definidos os direitos fundamentais sociais. Sendo assim, o objeto deste princípio refere-se ao bem-estar social dos indivíduos e dos grupos, tal qual ao atendimento das necessidades básicas para fins de uma existência digna. Com relação aos titulares deste direito fundamental, encontram-se todas as pessoas em alguma situação de desvantagem econômica, social ou cultural. Quanto ao destinatário, em primeiro e principal lugar está o Estado, que por meio de ações positivas, além do dever de garantir efetivamente os direitos fundamentais sociais, também cabe garantir o bem-estar geral das pessoas e, ainda, a criação de formas de cooperação e ajuda recíproca entre os indivíduos. O segundo destinatário dos direitos fundamentais sociais são os próprios particulares, no entanto numa dimensão mais branda. Moraes (2006, p. 47), embora sustente faltar ao princípio da solidariedade um conteúdo material definido, ele enuncia “a forma da reciprocidade, indicativa de que

cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”, isto é, impõe a necessidade de reconhecimento do outro.

O tema da solidariedade social está intimamente relacionado ao princípio da igualdade e da dignidade. Isto porque, se contemporaneamente a busca da realização da igualdade substancial tornou-se um desafio, uma vez alcançado este resultado concretamente, também estar-se-á realizando o valor da solidariedade. Mas para além disso, sustenta Perlingieri (2002, p. 37), que esta solidariedade deve ser entendida como igual dignidade, haja vista “os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão.”

De acordo com Perlingieri (2002, p. 37) pode-se interpretar a igual dignidade social a partir de uma noção mais avançada ou mais restrita. De acordo com a primeira, a igual dignidade social conferiria “a cada um o direito de respeito inerente à qualidade do homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.” Esta noção implica ao indivíduo, por exemplo, considerar na escolha da profissão, sua vocação e seu desejo, o que, empiricamente, é impossível de se alcançar. Na segunda noção, com maior chance de praticidade, a igual dignidade social exige a intervenção do Estado contra situações econômicas, culturais e morais que degradem o indivíduo, tornando-o indigno do mesmo tratamento destinado aos demais indivíduos. Assim, se o Estado agir diferentemente, permitindo que na mesma sociedade existam pessoas com maior dignidade social que outras, não se estaria satisfazendo plenamente a dignidade. Para satisfazer tal intento, o Estado tem o dever de tratar de forma diversa aquelas situações nas quais os indivíduos possuem condições econômicas e sociais diferentes, a fim de buscar a realização da solidariedade e da igualdade.

Importante considerar que a busca pela igualdade substancial não significa a negação da igualdade formal, conquistada desde a instauração do Estado liberal. Se hoje se quer avançar (para a igualdade substancial), a fim de conquistar o que outrora fora prometido e não efetivado, não se pode desprezar a conquista revolucionária liberal da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem quaisquer distinções, o qual era negado pelo Estado absolutista. Na verdade, ambas espécies de igualdade devem unitariamente ser consideradas de maneira a realizar a justiça social e distributiva.

O alcance da solidariedade constitucional nos termos aqui expostos, internamente nos institutos do Direito Civil, leva o aplicador do direito a determinar o conteúdo das cláusulas gerais a partir do caso concreto. O valor fundamental da igualdade, balizado pela harmonização dos interesses individual e geral, grande influência exercerá para a determinação do conteúdo específico que deve assumir cada cláusula geral referente aos diferentes institutos do Direito Civil, tais como a função social da propriedade e a função social do contrato.

Transferindo esses novos valores para as relações contratuais, ganham relevo os novos princípios da boa-fé objetiva e função social, que funcionam como instrumento de realização dos valores fundamentais aqui abordados. Em outras palavras, os novos princípios contratuais passam a ser vistos não somente como novos paradigmas limitadores da autonomia da vontade, mas como instrumentos assegurores da realização da justiça e do equilíbrio contratual.

Neste contexto, o contrato não pode mais ser visto como um instrumento isolado do contexto social em que foi firmado, uma vez que hoje o contrato, como mecanismo fundamental de circulação das riquezas, exerce função social e integra a ordem econômica. Neste ínterim, importante é a posição de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes (1998), os quais sustentam que, a fim de preservar o princípio maior da igualdade, o Estado-juiz, mediante a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, pode e deve agir para corrigir eventual desigualdade.

Dessa forma, torna-se imperioso reconhecer essencial uma leitura do direito privado, em relação aos contratos, até então de cunho eminentemente liberalista e individual, à luz da Constituição Federal, de maneira a garantir o respeito à dignidade e à solidariedade. Mostrar-se-á, outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, quando procurou abarcar esta concepção solidarista do contrato, na medida em que possibilitou o reconhecimento da nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas, por meio da norma jurídica do artigo 51¹³. Da mesma forma, o Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, também procurou

¹³ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem

dar maior proteção à pessoa humana, via os artigos 421¹⁴ e 422¹⁵, os quais limitam a liberdade de contratar, estabelecendo o exercício desta em razão e nos limites da função social do contrato, bem como que os contratantes devem observar o princípio da boa-fé, não-somente na efetivação, mas também na execução do contrato.

Adotando-se esta postura, observar-se-á que o resultado é a construção gradativa de um maior desenvolvimento social, pois os direitos fundamentais estarão sendo efetivados. Em consequência, a relação contratual estabelecida contribuirá para o desenvolvimento econômico e social, irradiando efeitos para além das partes contratantes.

1.3 Nova Teoria das Fontes: a Constituição como fonte normativa

Um dos desdobramentos desse novo contexto ocorre por uma substancial alteração na teoria das fontes de direito¹⁶, aparecendo a Constituição como fonte normativa, rompendo com a tradição de ser apenas um documento político do Estado. Até meados da metade do século XX, na Europa, a Constituição era interpretada como um documento essencialmente de cunho político, a efetivação de suas propostas ficava adstrita à atuação dos poderes Legislativo e Executivo, sendo que ao Judiciário não era dada nenhuma possibilidade de realização de seu conteúdo. Em outras palavras, as determinações constitucionais nessa época não eram consideradas normas jurídicas, por isso sua incapacidade de gerar direitos subjetivos aos indivíduos e a impossibilidade de sua aplicação pelos juízes; em contrapartida, considerava-se a legislação infraconstitucional reguladora, de forma exclusiva, das relações jurídicas e sociais estabelecidas entre os indivíduos.

Daniel Sarmento (2007, p. 116) explica muito bem essa fase do direito ao afirmar que

a Constituição é norma jurídica parece uma obviedade desnecessária. Mas nem sempre foi assim. Descontada a singular exceção norte-americana, a idéia que prevalecia no “mundo constitucionalizado” até meados do século XX era de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As prescrições constitucionais não

exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

¹⁴ “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁵ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁶ O termo “fonte de direito”, entre os múltiplos sentidos que possui, entende-se normalmente como fatos ou atos dos quais se extrai a norma, por meio da interpretação.

podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais.

Nos Estados Nacionais da Europa continental, o Direito era até então essencialmente legicêntrico. De forma muito esquemática e reducionista, pode-se afirmar que a regulação da vida social gravitava em torno de normas editadas pelos parlamentos – eleitos, à época, através do voto censitário e exclusivamente masculino. Estas leis eram escassas e tinham pretensão de completude. Encarnavam a suposta vontade geral da Nação e deveriam ser aplicadas na medida do possível de forma mecânica e automática pelos juízes. No centro do sistema jurídico, dois códigos: o Civil, para o “homem de bem” – o *bonus pater familiae* –, baseado na proteção da propriedade e da autonomia da vontade; e o Penal, para os que se desviassem da ordem pública burguesa.

No Estado Democrático (e social) de Direito altera-se essa realidade, uma vez que a Constituição passa a estabelecer um modo de resgate dos direitos fundamentais, seja na perspectiva dos direitos fundamentais ditos negativos, as chamadas liberdades, seja dos direitos fundamentais positivos, que são os direitos sociais.

A expressão “força normativa” foi cunhada por Konrad Hesse (1991), constitucionalista germânico que, combatendo as afirmações de Ferdinand Lassale, que sustentava as questões constitucionais como políticas e não-jurídicas, assim como que a Constituição escrita seria mero “pedaço de papel”, defende a tese de o Direito Constitucional ser ciência normativa, isto é, que a Constituição contém, ainda mesmo de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. Do contrário, diz Hesse (1991, p. 11), “o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominante.”

A fim de superar o pensamento constitucional vigente até então, marcado pelo isolamento entre norma e realidade, Hesse propõe como ponto de partida a necessidade de estabelecimento de um condicionamento recíproco entre a Constituição, enquanto norma jurídica, e a realidade político-social. Para melhor estudar a Constituição, suas normas e a força normativa que estas possuem, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a Constituição real e a Constituição jurídica, pois a norma só existe em face da realidade¹⁷. A força

¹⁷ Sustenta o autor que, do contrário, quando as Constituições são impostas, elas não prosperam, porque são artificiais. O povo, não sendo a fonte de onde emana o poder, não as obedecerá. Wilhelm Humboldt (apud HESSE, 1991, p. 17) diz, nesse sentido: “As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.”

normativa da Constituição estaria na sua vigência, isto é, na sua “pretensão de eficácia”. No entanto, a realização desta pretensão de eficácia pressupõe a norma constitucional conectada à realidade, às condições históricas de sua realização, tais quais as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. Esses pressupostos referem-se especificamente ao conteúdo da Constituição e à práxis constitucional. Sobre cada um desses requisitos elucida Hesse (1991, p. 20-21):

- a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.
[...] Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sociopolítica, mostre-se em condições de ser desenvolvido.
[...]
- b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Especificamente quanto à práxis constitucional tem primordial significado a sua interpretação, pois é por meio dela que a força normativa da Constituição consolida-se e preserva-se, concretizando de forma adequada as proposições normativas de acordo com as condições reais de determinada época. A interpretação deverá sempre tentar otimizar o significado contido na norma, ou seja, dar à norma a maior eficácia possível. Somente assim as tarefas impostas pela Constituição transformar-se-ão em força ativa e estar-se-á identificando a vontade de concretizá-la. Por último, Hesse (1991, p. 19-20) fala da importância da realização da “vontade de Constituição”, a qual origina-se da percepção da necessidade e do valor de uma ordem normativa superior e unitária, da compreensão dessa ordem constituída ser maior frente uma ordem legitimada pelos fatos e, ainda, da consciência de que essa ordem não gozará de eficácia sem o concurso da vontade humana.¹⁸

¹⁸ Cabe fazer referência, embora sumariamente, de como a força normativa da Constituição mantém-se atualmente face o fenômeno da globalização. Este ao provocar, a cada dia de maneira mais acentuada, a fragmentação dos Estados, está enfraquecendo o Direito estatal, e, portanto, a força normativa da Constituição, fazendo surgir um novo direito comum, paralelo ao estatal, que ganha força entre os atores econômicos internacionais, os quais objetivam apenas a expansão do lucro, ainda que à custa do agravamento da exclusão social. No entanto, sustenta Sarmento (1999, p. 70): “Porém, é preciso ter os pés no chão. A Constituição ainda exerce um papel fundamental nas engrenagens da sociedade moderna. A

No Brasil, o debate acerca da força normativa da Constituição somente ganhou relevância na década de 80 do século passado, tornando-se marco teórico, devido seu caráter vinculativo e obrigatório, com a Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Barroso (2007, p. 209), com a promulgação do texto constitucional, assim como com a doutrina e jurisprudência, a partir de então considera-se que “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é o atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.”

Neste contexto, como forma de exprimir suas escolhas valorativas, a Constituição de 1988, na esteira das constituições européias, incorporou em seu texto uma série de direitos fundamentais e princípios com forte conteúdo moral, isso aumentou sua abrangência em termos de conteúdo, na medida em que vários outros assuntos, até então reservados à legislação infraconstitucional, passaram a integrar o texto constitucional, relacionados, por exemplo, à economia, à família e ao trabalho. Especificamente, em relação ao Direito Civil, existem ao longo do texto normas sobre a ordem econômica, a propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de personalidade, direito de família, direito das sucessões e a defesa do consumidor.

Em relação aos direitos fundamentais, as constituições contemporâneas visualizaram-nos como normas de dupla dimensão, isto é, além de serem compreendidos como direitos subjetivos, também passaram a ser analisados como direitos objetivos. Vale dizer, além da função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante atos do Estado, os direitos fundamentais constituem igualmente “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2006, p. 167), exigindo ação ativa, positiva dos poderes públicos.

constatação de que ela não pode tudo, não significa que não possa nada. No atual estágio da civilização, o projeto constitucional da modernidade ainda tem o seu espaço garantido. Assim, e sobretudo em países marcados pelo estigma da injustiça social, como o Brasil, é importante apostar nas virtualidades da Constituição, até para usá-la como escudo contra os efeitos excludentes da globalização”. No respeito à força normativa da Constituição ganha importância o papel desempenhado pelos operadores do direito (questão abordada no capítulo III deste trabalho), pois, como assevera Negreiros (2006, p. 84), “mais importante que o debate sobre o sentido da globalização, interessa o debate sobre o papel do jurista diante da relação dialética entre fato, valor e norma.”

No mesmo sentido, sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sustenta Pereira (2003, p. 149) que

a idéia central inerente a essa visão é a de que, por meio da constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que hão de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Nessa perspectiva, as escolhas valorativas postas na constituição – e que são expressas no rol de direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.

Tal consideração é importante porque é a partir da contemplação dos direitos fundamentais nesta acepção positiva que se vislumbra um “efeito irradiante” aos mesmos, no sentido de os direitos fundamentais dotados desta dimensão objetiva serem considerados como diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional como um todo, inclusive, por óbvio, do direito privado. Com efeito, os direitos fundamentais têm por finalidade precípua assegurar a dignidade do indivíduo, nada mais razoável que objetivasse a sua aplicação em todas as situações, nas quais a dignidade restasse prejudicada, seja em relações de caráter público ou de caráter privado. Neste sentido, sustenta Sarmiento (2007, p. 120), que os direitos fundamentais influenciarão mais na interpretação de “normas expressadas em linguagem mais aberta e indeterminada”, tais como em matéria de direito obrigacional, “boa-fé, “eqüidade” e “função social”.

Enfim, na visão do constitucionalismo contemporâneo, as normas constitucionais ganharam o *status* de normas jurídicas, com capacidade de tutelar todas as situações nelas previstas. Entre nós, a Constituição de 1988 acolheu esta nova realidade, prevendo um extenso catálogo de direitos fundamentais. Além disso, permitiu-se que a Constituição sirva de referência para interpretação de toda a legislação infraconstitucional. A Constituição ocupa, no nosso ordenamento, o lugar supremo na hierarquia das fontes, precedendo às leis ordinárias e todos os demais tipos de normas, cabendo ao intérprete levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais na solução de uma situação concreta.

Segundo Perlingieri (2002, p. 6), “o respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder de grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais

desfavorecidos.” Vale dizer, que essa ampliação de olhar fez prevalecer o entendimento de que a norma constitucional é como outra norma qualquer, com a vantagem de ser hierarquicamente superior, devendo servir de referência normativa central pelo magistrado para solução dos problemas de direito privado.

Cabe fazer referência, por último, a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares,¹⁹ para que a força normativa da Constituição seja concretizada. Admitida a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a discussão desloca-se para apurar de que forma e em que grau as normas constitucionais devem ser aplicadas. Surgem, então, dois entendimentos doutrinários e jurisprudenciais: um de defesa da aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais às relações privadas e outro partidário da aplicabilidade imediata desses direitos à esfera particular²⁰.

De acordo com Steinmetz (2004), a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi formulada pelo doutrinador alemão Günther Dürig, em obra publicada em 1956, e teve receptividade pelo Tribunal Constitucional alemão no famoso julgamento do caso Lüth²¹, ocorrido em 1958. Por esta teoria, sustenta-se que a incidência dos valores expressos nos direitos fundamentais somente aplica-se às relações jurídicas privadas mediatamente, por meio da criação legislativa, em primeiro lugar, ou pela interpretação dos juízes, como segunda alternativa. Nas palavras de Steinmetz (2004, p. 136):

[...] as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito

¹⁹ Utilizar-se-á neste trabalho o termo “aplicabilidade” como sinônimo de “eficácia” e “incidência”, tendo em vista que a doutrina usa esses diferentes termos para tratar da mesma matéria, embora haja discussões entre os juristas sobre a existência de diferença de significado entre cada um deles. Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.p. 243-249.

²⁰ Sobre a aplicabilidade mediata e imediata no direito comparado, principalmente na Espanha, Alemanha, Estados Unidos e em diversos países do mundo, ver capítulo III, p. 65-127, da recente obra de MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹ Conforme relata Sarmento (2007, p. 120), “tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão (BGB), segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que as cláusulas gerais do Direito Civil, como os ‘bons costumes’, referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo”.

civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediatamente* pelas (*através de*) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado;

Isto significa dizer que a aplicação dos direitos fundamentais urge ser efetivada por meio da mediação estatal, via legislativo ou judiciário. Pelo legislador, suposto mediador principal, via criação de normas específicas para delimitar “o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares” (STEINMETZ, 2004, p. 138); pelo judiciário, quando face a um caso concreto, e não havendo norma específica, por intermédio da interpretação conforme os valores fundamentais da Constituição, principalmente nos casos de normas, as quais utilizam-se da técnica de cláusulas gerais, necessitadas de valoração.

As premissas básicas para prevalência desta teoria são, de acordo com a doutrina apresentada por Steinmetz (2004): (a) nos conflitos jurídicos privados todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais (diferentemente dos conflitos estabelecidos entre o indivíduo e o Estado, nos quais apenas o indivíduo é titular de direitos), sendo que a aplicação direta destes poderia gerar casos de colisão de direitos fundamentais entre os particulares, situação a ser evitada; (b) pela eficácia mediata manter-se a independência do direito privado, preservando-se sua principal característica, a autonomia privada e, por consequência, a identidade do direito privado; e (c) esta teoria foi criada sob a vigência da Lei Fundamental alemã de 1949, a qual, embora possuísse princípios do Estado social, refletia os valores do Estado liberal de Direito, para o qual a segurança jurídica era primordial.

Entretanto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas tem seu marco teórico na obra de Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, cuja teoria foi adotada em decisão no ano de 1954 (PEREIRA, 2003). Originalmente essa teoria foi concebida como de eficácia absoluta, ou seja, geral, plena e indiferenciada às relações privadas. Steinmetz (2004, p. 165), mencionando o posicionamento de Nipperdey, para o qual a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares não se limita aos casos “de desigualdade entre particulares, eis que os direitos fundamentais são posições jurídicas concedidas pela Constituição aos particulares em suas relações com outros particulares, independentemente de seu poder ou sua influência.”

Esta concepção da teoria, entretanto, nos dias atuais é refutada pela doutrina, porque ela desconsidera duas questões fundamentais. De acordo com Steinmetz (2004, p. 170), uma diz respeito à eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo “um problema de colisão de direitos fundamentais, de forma que o alcance da eficácia de ser determinado em cada caso concreto mediante uma ponderação dos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos em jogo”; a outra quanto à autonomia privada, princípio basilar do Direito Civil, o qual também é protegido pelo texto constitucional, não podendo ser afastado sem maiores ponderações em face de conflito com outro direito fundamental.

Prepondera, atualmente, a concepção da teoria imediata, que adota uma posição intermediária de sua incidência, nos seguintes termos (STEINMETZ, 2004, p. 169):

Por fim, há uma versão ‘intermediária’, segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens, terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade).

Compartilha do mesmo entendimento Sarlet (2006), ao sustentar que, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, a qual prevê a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sem fazer distinções a que tipo de relações é feita a previsão, é possível a vinculação direta dos particulares a estes direitos. Quanto à hipótese de eventual conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade, ganha relevo a interpretação pela ponderação, manifestando-se Sarlet (2006, p. 400-401):

Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

O principal argumento levantado pela doutrina em defesa da prevalência da teoria da eficácia imediata, em contraposição à teoria da eficácia mediata, é de que aquela permite a concretização dos valores expressos nas normas de direitos fundamentais de forma imediata, sem necessidade de depender da vontade do legislador ordinário, caso este não atue por meio da edição de normas regulamentares, estaria simplesmente a negar a eficácia dos direitos fundamentais. Da mesma forma em relação ao judiciário, uma vez não sendo possível a solução do caso concreto com base nas cláusulas gerais, “recheadas” com os valores constitucionais, estaria negando efetividade a estes.

Entretanto, é interessante registrar, conforme observa Sarlet (2006), em não havendo uniformidade doutrinária e jurisprudencial, quanto à aplicabilidade imediata ou mediata nas normas definidoras de direitos fundamentais, a solução mais adequada acaba sendo vislumbrada à luz do caso concreto, podendo-se sustentar que em determinados casos a aplicabilidade será mediata, porque houve intervenção do legislador ou atuação do judiciário por meio das cláusulas gerais, e em outros aplicar-se-á diretamente a Constituição, quando aqueles (legislativo e judiciário) não atuassem da forma apontada²².

1.4 A Constituição Federal, a Ordem Econômica e a Repersonalização da Teoria Contratual

Essa mudança de olhar sobre o Direito Civil trouxe como consequência mais significativa a repersonalização do Direito Civil, no sentido de que, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, a pessoa foi recolocada no centro do Direito Civil, passando o patrimônio a papel subsidiário (ao menos teoricamente, como proposta constitucional), na busca da realização de uma maior justiça social.

²² Analisando a legislação brasileira, verifica-se que essa dupla forma de aplicabilidade é sustentável, ora privilegiando a eficácia direta, ora a indireta. Vejam-se as normas constitucionais referentes à função social (art. 5º XXIII, art. 186 e art. 182, § 2º), que delimitam o conteúdo e os limites da função social da propriedade em sendo possível neste caso sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais. Já com relação à função social do contrato tal não é possível, pois esta se trata de uma cláusula geral, prevista no art. 421 do Código Civil, que para sua aplicação, depende da influência dos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social para que se estabeleça o seu conteúdo e seus limites. Neste sentido, ver: SILVA, Luis 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**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154-156.

Por meio das cláusulas gerais de tutela da pessoa humana e da solidariedade social, reforçadas por outros dispositivos constitucionais, como o art. 170 (que inclui entre as finalidades da ordem econômica assegurar a todos existência digna); o art. 226, parágrafo 7º (diz que o planejamento familiar funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana); o art. 227 (assegura à criança e ao adolescente direito à dignidade); e o art. 230 (refere-se ao tratamento com dignidade aos idosos), operou-se a repersonalização do Direito Civil, exigindo do intérprete e de todos os operadores do direito a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica²³, para somente depois reconhecer seu patrimônio (CASTRO, 2006). Este, com isso, deixa de ser o centro em torno do qual gravitam todos os demais valores porque é incompatível essa postura face aos novos valores constitucionais, os quais têm na pessoa humana o valor fundamental.

Com relação à repersonalização, Edson Luiz Fachin (2003) afirma que essa nova postura consiste numa tentativa de superação do sujeito abstrato, abstraído de sua dimensão real, como o fazia o Código Civil de 1916, para promovê-lo a sujeito concreto, possuidor de direitos constitucionalmente garantidos. Assim, o Direito Civil deixa de ser marcado pelos valores clássicos da propriedade e da autonomia privada, passando a ter como marco teórico, além destas figuras, também a tutela de outros valores merecedores de proteção e direcionados à noção de cidadania, composta pela pessoa humana e os valores que esta representa. Nesse sentido, diz Fachin (2003, p. 188-189):

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade – situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito,

²³ Para Gadamer, a dimensão ontológica não mais pergunta pelo efetivamente existente, mas pelo Ser enquanto sentido, a partir de onde somente se pode determinar o que seja a realidade e em que grau algo pode valer como real (apud STRECK, 1999, p. 157).

alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo [...] e sobrevivência.

Em termos de repersonalização das relações obrigacionais, ganham importância as bases constitucionais da ordem econômica do Estado brasileiro, encontrando-se estabelecidas no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal, os fundamentos, o fim e os princípios da ordem econômica constitucional. A expressão “ordem econômica” tem aqui o significado de conjunto de normas jurídicas instituidoras de uma determinada forma de organização e funcionamento da economia²⁴.

Este conjunto de normas previstas no texto constitucional institucionaliza a ordem econômica do Estado brasileiro e opera a consagração do sistema econômico capitalista. Isso fica nítido quando se observam as relações sociais de produção, apoiadas na livre iniciativa, na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência (art. 170, *caput*, incisos II e IV, respectivamente), princípios estes básicos do capitalismo.

Todavia, outros princípios representativos de conquistas sociais consolidadas nos últimos tempos também estão afirmados na ordem econômica constitucional, como: a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego, princípios estes que acabam por relativizar a interpretação e aplicação daqueles.

Feitas tais reflexões, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988, ao definir opção por um sistema econômico capitalista, adotou um modelo econômico de bem-estar social voltado a realizações sociais profundas, capazes de promover a transformação do *status quo*, conferindo ao Estado o papel de agente de implementação de políticas públicas. Tal atuação, diferentemente de conduzir a substituição do sistema capitalista, objetiva a integração e renovação deste mesmo capitalismo.

²⁴ Uma vez que se está cogitando da ordem econômica constitucional, poder-se-ia falar em Constituição Econômica, que, segundo Eros Roberto Grau (2006, p. 69), possui conceito bastante próximo do conceito de ordem econômica: “[...] conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia [...]”. Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 327) refere que a “Constituição Económica”, em sentido estrito, é “[...] o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia.”

A despeito disso, a afirmação constitucional de direitos econômicos e sociais abre a perspectiva de realização do valor-fim do Direito, a justiça social, na luta contra as injustiças do individualismo capitalista. É certo, todavia, que a Constituição, e mais especificamente a ordem econômica constitucional estabelecida não é capaz de por si só promover a instalação de uma sociedade de bem-estar social. A efetividade das normas constitucionais depende da decisão dos sujeitos aplicadores do direito, no sentido de torná-las efetivas.

Conforme se depreende do *caput* do art. 170 da Constituição, a ordem econômica tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social”. Além disso, a dignidade da pessoa humana é adotada, concomitantemente, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Esta finalidade está relacionada com alguns dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, por exemplo o da erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e o de promoção do bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV).

Sobre o papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana na ordem econômica, leciona Eros Roberto Grau (2006, p. 197):

Nesta sua segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto compreender todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

A realização do bem-estar de todos pressupõe a superação da miséria e da marginalização, pois assim diminuem-se as desigualdades sociais e regionais. A implementação disso depende, como é sabido, da existência de uma situação de desenvolvimento do Estado nacional que, para além do crescimento econômico, tenha em mira a inclusão e a justiça social.

Entre os princípios da ordem econômica, possuem relevância para os fins deste trabalho, os princípios da defesa do consumidor (art. 170, inc. V) e da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inc. VII).

O princípio da defesa do consumidor, além de ter sido incluído entre os princípios conformadores da ordem econômica, também está enunciado na Constituição como direito e garantia fundamental dos cidadãos (art. 5º, XXXII). Sua inclusão justifica-se na medida em que o consumidor constitui um dos principais sujeitos da economia de mercado, devendo, por isso, ser protegido pelo Estado. A sociedade brasileira é tida como uma “sociedade de consumo”, em que o sistema econômico-social baseia-se quase que exclusivamente na aquisição e no consumo de bens e serviços, por isso a importância da proteção do consumidor.

Idemir Luiz Bagatini (2001, p. 81) refere que “o tratamento constitucional dos direitos dos consumidores é uma decorrência do próprio estado de direito que revela a necessidade de reconhecimento da existência de uma real igualdade e participação social de todos os cidadãos.”

Neste contexto, a tutela do consumidor, parte da relação de consumo que se encontra em situação de vulnerabilidade, apresenta-se como condição necessária para o estabelecimento e a manutenção do equilíbrio contratual que entre as partes contratantes – consumidor e fornecedor – deve existir. Nesse sentido, a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) veio dispor sobre a proteção e defesa do consumidor, sendo que as disposições nele encontradas, conforme *caput* do art. 1º, consubstanciam-se em normas imperativas, consideradas de ordem pública e de interesse social e, portanto, inderrogáveis por vontade das partes. De acordo com Ada Pellegrini Grinover et al. (2004, p. 25), esse caráter cogente atribuído às normas do CDC tem importância porque eleva ao máximo o fenômeno do dirigismo contratual, estando prevista, por exemplo, o reconhecimento de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, conforme previsão do art. 51 do CDC.

O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, além de orientar os princípios da ordem econômica, também aparece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III). O enunciado de tal princípio entre os que conformam a ordem econômica do Estado brasileiro, de um lado, denota o cabal reconhecimento da realidade de nosso Estado, marcado pela miséria, marginalização, profundas desigualdades sociais e regionais, e de outro, a pretensão de reversão desse quadro. No entendimento de Grau (2006, p. 218):

Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias.
[...]

O princípio inscrito no art. 3º, III, e parcialmente reafirmado no art. 170, IV prospera, assim – ainda que isso não seja compreensível para muitos – no sentido de, superadas as desuniformidades entre os flancos moderno e arcaico do capitalismo brasileiro, atualizá-lo.

Estes princípios, entre outros, conformam a ordem econômica do Estado brasileiro, e ao lado dos fundamentos e fins desta mesma ordem, devem servir de base para a interpretação de todo o restante do sistema jurídico.

Tais inserções constitucionais, vistas sobre o prisma das relações jurídicas privadas, mais precisamente do direito obrigacional, passaram a exigir o estabelecimento de uma relação contratual mais justa e equilibrada. A liberdade de mercado, a partir desta nova realidade constitucional, deve ser exercida em conformidade com a justiça social. Vale dizer, se as relações contratuais continuarem a ser analisadas enfocando apenas o seu fim econômico, comprometido fica o anseio constitucional de que a livre-iniciativa esteja imbuída na realização da justiça social.

Analisando esta relação estabelecida entre o mercado e a pessoa são importantes as considerações de Paulo Roberto Ribeiro Nalin (2006, p. 246):

A aplicação do comando constitucional não está a depender desta ou daquela localização do contrato, neste ou naquele ordenamento infraconstitucional. Seja de consumo, civil ou comercial, a relação de crédito sempre estará nucleada no seu titular e não, no crédito. O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do art. 1º, inc. III, associado ao art. 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas, antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter.

Com o termo “repersonalização” procura-se identificar uma tendência normativa, que lentamente vai ganhando solidez e se concretizando. Com isso, no entanto, não se está querendo eliminar a realidade econômica em que as relações contratuais são travadas, mas sim traçar um caminho, no qual a realidade social também esteja presente, a fim de estabelecer o mínimo de dignidade e solidariedade

entre os sujeitos contratantes, assim como perante terceiros. Considerando os ideais desta nova proposta, impõe-se, como assevera Teresa Negreiros (2006, p. 62), “o primado do *ser* sobre o *ter*, perseguido pela leitura constitucionalizada do Direito Civil, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade.”

Adotando-se esta postura, observar-se-á que o resultado é a construção gradativa de um maior desenvolvimento social, pois os direitos fundamentais estarão sendo efetivados. Em conseqüência, a relação contratual estabelecida contribuirá para o desenvolvimento econômico e social, irradiando efeitos para além das partes contratantes. Sobre este aspecto, utilizando-se de uma situação concreta para exemplificar, escreve Eduardo Sens dos Santos (2002, p. 25):

No Estado social, de sociedade de massas, o contrato é global: afeta a todos indistintamente. Cláusulas abusivas num financiamento rural, por exemplo, afetam imediatamente o agricultor e, indiretamente toda a comunidade na qual ele está inserido: a família perde renda; o dono do armazém não vende mais a mesma quantidade de produtos e também deixa de lucrar; sem lucro, passa a economizar combustível, e o dono do posto de gasolina perde da mesma forma.

Por outro lado, um contrato justo irradia benefícios. Ambas as partes lucram, não apenas uma. No primeiro exemplo, o agricultor gasta mais no armazém e o vendedor observa maior lucro. Ambas as famílias percebem um aumento de renda. A sociedade se desenvolve e a qualidade de vida aumenta universalmente.

O contrato, como fato social e econômico que é, tem efeito ‘cascata’. À proporção que o contratante imediato é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar o fenômeno apenas sob o prisma de contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma ‘instituição social’- os bons contratos, que promovam desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade.

Enfim, “a despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre desenvolvimento, refundando-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa.” (NALIN, 2006, p. 249). O contrato passou a ser um instrumento jurídico dotado de uma função social, que é controlado e submetido a uma série de imposições, no intuito de estabelecer uma maior equidade e segurança nas relações contratuais. É a partir desta perspectiva que no capítulo seguinte focar-se-á especificamente os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, como novos paradigmas para renovar a teoria contratual.

2 OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A abordagem realizada neste capítulo tem o objetivo de verificar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, como paradigmas decorrentes da nova realidade contratual, existente a partir da segunda metade do século XX, que consolidou-se, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988. Essa linha, inicialmente concentra-se na verificação da evolução de um sistema fechado para um sistema aberto de direito, no qual ganham relevo as cláusulas gerais e, em especial, as da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Em seguida, enfoca o princípio da boa-fé objetiva, abordando suas origens históricas, seu conceito e suas funções. Por fim, enfoca o princípio da função social dos contratos, identificando-se seu conceito, bem como os limites de sua atuação.

2.1 Dos Antigos aos Novos Princípios e as Cláusulas Gerais

Do que foi exposto até aqui, verifica-se que a noção clássica de contrato existente não mais se adapta à realidade contratual, a partir da segunda metade do século XX. A dita autonomia da vontade e liberdade contratual passaram a ser garantias apenas do plano teórico do direito, tendo em vista que no plano prático representam evidente desequilíbrio.

O poder econômico não somente alterou sensivelmente a faculdade de uma das partes de estabelecer cláusulas na relação contratual, como no mais das vezes anulou esta faculdade. Assim, a liberdade absoluta de contratar, sem a ingerência do Estado, por meio de normas legais, que dirigisse as forças oriundas do poder

econômico, ocasionou profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade, tanto nos países altamente industrializados e desenvolvidos quanto nos países ditos subdesenvolvidos (COUTO E SILVA, 1976). Em face dessa nova realidade, a ciência do direito buscou uma renovação teórica, a fim de adequar a norma à realidade contratual então posta à procura da realização da eqüidade e da segurança na mesma, assim como da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, comandos constitucionais.

As relações jurídicas contratuais tiveram como princípios orientadores a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos do negócio jurídico. A fim de legitimar o poder da classe, então em ascensão, no final do século XIX, surgiu o princípio da autonomia da vontade, que passou a ser visto como pedra angular da ciência do direito, sendo a “vontade” o elemento principal para fazer surgir legítimos direitos e obrigações oriundos da relação contratual. Gounot expressa bem o que significava este elemento, afirmando que “da vontade livre tudo procede e à ela tudo se destina.” (apud MARQUES, 1999, p. 37).

Por autonomia da vontade entende-se a faculdade, a possibilidade, embora não seja esta ilimitada, que possuem os indivíduos para resolver seus conflitos de interesses, criar direitos e obrigações, dinamizar a vida em sociedade. O negócio jurídico é a expressão máxima da autonomia da vontade, pois por meio desta são estabelecidas regras de interesse, disciplinadoras dos comportamentos das partes, criando-se, modificando-se ou extinguindo-se relações jurídicas.

É importante frisar que para a concepção tradicional, a relação contratual, ao menos teoricamente, era vista como obra de dois indivíduos em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade²⁵.

A aceitação do dogma da autonomia da vontade como elemento central da relação contratual trouxe conseqüências importantes para a ciência do direito, sendo que os postulados da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e dos vícios de consentimento encontram suas raízes nesta doutrina.

²⁵ Embora não seja objeto do estudo aqui proposto, é pertinente lembrar que a concepção tradicional de contrato não surgiu por mero acaso, tendo fortes embasamentos políticos e ideológicos (entre os principais o direito canônico, o direito natural, a teoria do contrato social e a revolução francesa, e, ainda, as teorias econômicas e o liberalismo), e como disse Paolo Grossi, a autonomia da vontade é uma das resultantes do “matrimônio secreto entre o Estado Burguês e a classe burguesa.” (apud OLIVEIRA, 1997, p. 51).

A idéia de autonomia da vontade está vinculada à noção de vontade livre. Significa que a vontade do indivíduo deve estar livre em três momentos específicos, quais sejam: para contratar ou abster-se de contratar, para escolher o parceiro contratual, para fixar o conteúdo das cláusulas e os limites da obrigação.

Destes três elementos, segundo Luís Renato Ferreira da Silva (1998, p. 23), o mais importante está na liberdade de escolher o conteúdo das cláusulas contratuais, cujas regeriam a relação obrigacional firmada. Isto porque “estimulava-se, ainda que indiretamente, os mais hábeis a conseguirem vantagens em detrimento dos mais inábeis, o que atende, com perfeição, às leis do mercado.”

Para parte dos autores germânicos, como Zweigert e Kötz (apud MARQUES, 1999), a idéia de liberdade contratual teve três importantes funções à época do liberalismo. A primeira foi a de estimular a livre concorrência, permitindo que os indivíduos agissem autônoma e livremente no mercado; a segunda foi em estabelecer a *pacta sunt servanda*, no sentido de obrigar os contraentes nos limites estabelecidos no contrato; a terceira e última como função protetora, no sentido de defender-se de outras obrigações não oriundas de manifestação de vontade.

Tendo em vista que a vontade é a pedra angular dessa concepção, e sendo esta vontade manifestada livremente, ela será considerada lei entre as partes, conhecida pela máxima *pacta sunt servanda*. Assim, uma vez firmado o contrato, e sendo este fruto da livre vontade das partes contratantes, sem qualquer vício de consentimento, estas não podem mais contestá-lo, a não ser estritamente nas hipóteses legalmente permitidas ou se virem a ajustar novamente seus interesses.

Observe-se que o princípio foi levado às suas conseqüências máximas, na medida que desconsiderou a hipótese de haver eventual descompasso entre o que foi estipulado no contrato e as reais circunstâncias fáticas que envolvem a relação jurídica estabelecida entre os contratantes. Em outras palavras, a tese da autonomia da vontade atendia aos interesses de uma classe – a classe capitalista dominante –, e não o interesse geral de toda a sociedade. São relevantes aqui as considerações de Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 5), embasadas na obra de Enzo Roppo:

O quadro é retratado, com tintas claras, por Enzo Roppo, para quem “esta ideologia novecentista da liberdade de contratar (que desenvolve, no

entanto, idéias já antes amadurecidas nas correntes de pensamento do jusnaturalismo e do iluminismo) corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos, de progresso, afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora directa”. Mas, como ressalta o mesmo autor, se o liberalismo, em se tratando dos contratos, de um lado desamarra o indivíduo das corporações, dos vínculos feudais, garantindo-lhe a abstrata possibilidade, igual para todos (sob o aspecto formal), de desenvolver sua livre iniciativa, de outro “configura, de facto, um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista, e neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência)”.

Pelo postulado dos vícios de consentimento, consolida-se a idéia de que somente a vontade livre e consciente, manifestada sem influências coatoras, devia ser considerada pelo direito. Caso contrário, estando a vontade manifestada viciada, o negócio jurídico é nulo ou passível de anulação, invalidando a proposta feita e aceita.

O terceiro princípio importante nesta visão tradicional e individualista do direito contratual diz respeito à relatividade dos efeitos contratuais. Segundo este, o contrato produziria conseqüências tão-somente em relação às partes envolvidas no negócio, sendo que apenas o patrimônio dos contratantes sofreria os efeitos do ajuste, não aproveitando nem prejudicando o patrimônio de terceiros²⁶.

Neste quadro, a função das leis nada mais era do que proteger essa vontade criadora do contrato, assim como assegurar a realização dos efeitos almejados, para garantir uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contratantes. Na França, onde predomina a Escola da Exegese, a função do professor de Direito Civil não é ensinar o Direito Civil, mas de ensinar o Código de Napoleão, o que implica na “completa identificação entre o direito e a lei e, em conseqüência, a total separação entre a ética material e o direito, a política e o direito, a sociedade e o direito” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 193).

Nesta época predomina a noção de um sistema²⁷ fechado da ciência do

²⁶ O princípio admite algumas poucas exceções, como as estipulações em favor de terceiros, previstas nos arts. 436 a 438 do Código Civil.

²⁷ A palavra “sistema”, entre as várias definições dadas pelo Dicionário Aurélio, significa “1.conjunto de

direito, sendo legitimado pela Escola da Exegese. A fim de afastar a insegurança e a interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais, a burguesia que saíra vitoriosa na Revolução Francesa, por meio da Escola da Exegese criou um sistema jurídico, possibilitando manter intacta a ideologia burguesa, sem qualquer possibilidade de valoração por parte do aplicador do direito. Com o positivismo jurídico, a tarefa do intérprete limitava-se à unificação dos juízos normativos e ao esclarecimento de seus fundamentos, restringindo o direito à lei, pois buscava na interpretação, de acordo com Santos (2002, p. 12), “as características de estabilidade, linearidade e, sobretudo, logicidade, sob pena de afronta à ‘segurança jurídica’.”

Neste contexto, a realização do Direito Civil limitava-se à interpretação dos termos do Código Civil, fruto de um Legislativo dominado pela classe burguesa, a qual havia assumido também a função legislativa, preservando-se, assim, a segurança jurídica, de importância capital à classe dominante. Comenta Negreiros (2006, p. 27) que a vontade ocupa papel central, sendo que,

articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação de obrigações que voluntariamente se auto-imponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo. A lei referente aos contratos – saldo quando tem em vista proteger, precisamente a livre formação e manifestação do consentimento – legitima-se como reprodução da tácita vontade dos contratantes, e, por essa razão, tem caráter dispositivo, não se aplicando quando a “vontade tácita” deixar de coincidir com a vontade expressamente manifestada em sentido contrário.

A principal crítica feita ao sistema fechado do positivismo reside justamente na unilateralidade de sua concepção, baseada numa idéia abstrata e formalista, que desconsidera a realidade empírica, levando-o a um auto-isolamento e à inexistência da completude que se propunha (SANTOS, 2002).

A evolução social, com o predomínio do Estado social sobre o Estado liberal,

elementos, entre os quais haja alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada”. (p. 742). Para o Direito, o significado desta palavra alterou-se com o passar dos tempos, mas segundo Santos (2002, p. 11), “somente com Christian Wolf, no século XVIII, o vocábulo toma a acepção que chegou até os dias atuais: sistema seria um esquema ordenado de verdades que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução.”

culminou com os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social expressos nos textos constitucionais de grande parte dos países ocidentais. Esta importou na desconstrução desta visão, exigindo uma nova e moderna concepção de sistema, que levasse em conta a realidade e a diversidade da sociedade, o “mundo dos fatos”, utilizando-se de expressão de Pontes de Miranda (1972).

Nesse novo desenho, o contrato deixa de ser o meio de regulação somente do interesse das partes, desvinculado da realidade social, sobressaindo-se novos valores, decorrentes da concepção de Estado social, cujos valores sociais são assegurados, em predomínio sobre os individuais. Ao lado da vontade, a busca da igualdade real e do equilíbrio das partes ganha importância, como corolários da dignidade e do solidarismo, importando, na verdade, novos contornos à autonomia da vontade (GODOY, 2007, p. 7). Começa, assim, a ruir a estrutura dogmática que exaltava a absoluta autonomia da vontade²⁸.

Luís Renato Ferreira da Silva (1998, p. 14), escrevendo sobre a mudança no modo de encarar a formação das relações contratuais, assim se manifesta:

O papel da vontade é minorado ou, pelo menos, desenvolvido em termos menos individualistas do que a doutrina liberal apontava. Isto permite que se fale em rever, por meio de um terceiro que não foi parte na manifestação da vontade, o que o poder autônomo de contratar fixou. É que o intervencionismo atual tem em mira a formação de um estado de bem-estar social, preservando-se a individualidade, sem esquecer de que só no convívio social o homem adquire seu pleno desenvolvimento.

Enfim, é uma nova concepção de contrato com a intervenção do Estado, em

²⁸ Fala-se que a autonomia da vontade foi substituída por um novo princípio, da *autonomia privada*, face à superação do liberalismo econômico e o surgimento da sociedade de massas, os quais exigiram uma reformulação da teoria do negócio jurídico, que teve de ser adaptada à nova realidade. Os conceitos de autonomia da vontade e de autonomia privada não se confundem. Explica Godoy (2007, p. 15-18): “Sempre se definiu a autonomia da vontade como o poder às partes reconhecido de reger suas relações jurídicas, voltadas à satisfação de seus interesses. [...] É bem de ver que, em rigor, essa noção de autonomia da vontade convinha ao paradigma liberal, em cujo campo ganhou relevo. [...] Com efeito, essa liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação.[...] Ora, em face desse panorama, forçoso admitir a necessidade de se recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la em novos moldes, base do que hoje se chama autonomia privada. [...] Na verdade, em primeiro lugar impende reconhecer que, atualmente, de fato o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantia pelo ordenamento. A estatuição de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem assim a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato. [...] Nessa senda, costuma-se reservar à autonomia privada como que um campo residual na formação de negócios jurídicos, resultado da apriorística incidência de regras constitucionais e legais que, depois, deixam um espaço reservado à atuação da vontade do sujeito jurídico.” Também sobre a autonomia privada: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 122-126.

que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um novo elemento, estranho aos contratantes, mas imprescindível para a sociedade como um todo, que é o *interesse social*, manifestado por meio de novos princípios contratuais, diretamente relacionados com valores éticos. São esses os novos princípios: a função social do contrato, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva.

Essa nova visão tem o intuito de propiciar ao intérprete do negócio jurídico, além de verificar o cumprimento dos requisitos formais para validade daquele, o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre as prestações e contraprestações resultantes do contrato.

Fala-se então da evolução de uma noção de sistema fechado do direito, vinculado estritamente ao previsto na norma, para um sistema aberto, que propicie aos operadores do direito, por meio da adoção deste novo paradigma, as mais variadas soluções jurídicas a partir do caso concreto, passando a verdadeiros autores do mesmo. Neste novo estágio, requer-se um paradigma legislativo aberto, capaz de abarcar a dinamicidade e complexidade das relações sociais desta época. Por isso, a necessidade de textos legais mais imprecisos e indeterminados, que dêem ao intérprete maior mobilidade na busca da decisão mais justa ao caso concreto (SANTOS, 2002).

Sobre esta evolução do sistema fechado para aberto do direito, sintetiza Martins-Costa (1999, p. 285):

As modificações da técnica e da linguagem legislativa estão, com efeito, no vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica. Notadamente, na segunda metade deste século, a técnica legislativa foi radicalmente transformada, assumindo a lei característica de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas. Irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem o padrão tradicional, enucleado de definição, o mais perfeito possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências.

É neste momento que ganham vida no cenário jurídico as cláusulas gerais²⁹, como nova técnica utilizada pelo legislador, seguindo a técnica legislativa adotada na redação do Código Civil de outros países, como Itália, Portugal e Espanha. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em 1990, inaugurou entres nós esta nova técnica, que foi seguida pelo Código Civil brasileiro de 2002, com inúmeras cláusulas gerais.

As cláusulas gerais, por exprimirem uma técnica de redação que se utiliza de termos vagos e significações variadas, abrangendo uma gama de hipóteses, permitem a vinculação da legislação ordinária aos valores constitucionais, expressos por seus princípios e regras, assim como elementos extrajurídicos, advindos de outras esferas, como moral, social e econômica, integrem seu conteúdo.

Propondo-se a sintetizar as características das cláusulas gerais, escreve Steinmetz (2004, p. 160):

Como tal, a cláusula geral é enunciado ou parte de enunciado normativo legislativo formulado em linguagem vaga com o objetivo de possibilitar ao juiz – ante a multiplicidade de situações ou hipóteses concretas não previstas de forma pormenorizada pelo legislador – a introdução, interpretativa, no direito privado, de conteúdos metajurídicos (e.g., princípios e máximas de moralidade pública, valores e objetivos sociais havidos como legítimos, diretrizes econômicas) e conteúdos jurídicos oriundos de outros setores do ordenamento jurídico, de modo especial da Constituição. A imprecisão semântica da linguagem (“vagueza”) apresenta-se, sobretudo, no suporte fático (*tatbestand*, *fattispecie*, hipótese legal, hipótese fática), o que torna possível o enquadramento jurídico de um amplo domínio de casos.

Para fins deste estudo, ganha importância a estrutura das cláusulas gerais e as funções por ela desempenhada, que refletir-se-ão diretamente na interpretação dos novos princípios contratuais. Martins-Costa (1998), neste sentido, menciona que as cláusulas gerais podem ser do tipo restritivo, regulativo ou extensivo. A cláusula geral é restritiva quando restringe o alcance de determinada norma jurídica, seja regra ou princípio; é do tipo regulativa quando serve como parâmetro em situações não previstas especificamente pela lei, como na hipótese de responsabilidade civil

²⁹ Quem muito bem escreve, no Brasil, sobre as cláusulas gerais, desde sua origem até sua adequada interpretação, é Martins-Costa (1999, p. 273-380). Outrossim, parte da doutrina distingue as cláusulas gerais dos princípios e dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, como Martins-Costa (1999, p. 315-328), Santos (2002, p. 15-18) e Godoy (2007, p. 107-112), aspecto que não abordaremos neste estudo.

subjetiva; e é extensiva quando possibilita, por expressa previsão legal³⁰, a outros textos normativos, como os oriundos de tratados internacionais, serem considerados para solução da lide.

Quanto às funções atribuídas às cláusulas gerais destaca-se a função de integração inter-sistêmica entre os valores e conceitos do Código Civil, da Constituição e das leis especiais, a qual permite que outras normas sejam consideradas para solução do caso concreto. As cláusulas gerais, ao serem do tipo restritivo e exercerem essa função inter-sistêmica, limitam o princípio da autonomia privada, permitindo a abertura do sistema para a “influência” ou “irradiação” dos direitos fundamentais no direito privado (STEINMETZ, 2004, p. 138).

Martins-Costa (1998, p. 36) sobre esse caráter funcionalizante das cláusulas gerais diz que as mesmas

viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia.

Transportando a análise para o campo do direito contratual, verifica-se que as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual³¹, como normas-princípios, passam a determinar o comportamento dos contratantes tanto na fase pré-contratual quanto de aperfeiçoamento do contrato e, ainda, na sua execução. Além disso, a maleabilidade fornecida por estas cláusulas gerais ao ordenamento permitem, dependendo do tempo e do contexto prático em

³⁰ Faz referência a autora, neste sentido, ao art. 7º do CDC e ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dizem, respectivamente:

“Art. 7º (CDC): Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade;

“Art. 5º, § 2º (CF): Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³¹ Tendo em vista a necessidade de limitação do tema, no presente trabalho o princípio do equilíbrio contratual não será abordado. Outrossim, segundo o entendimento de Martins-Costa (1999), o princípio da boa-fé abrange este, na função de corrigir os desequilíbrios contratuais. Relaciona-se com a idéia de justiça contratual, e leva ao estudo dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva.

que são aplicadas, assumir um significado diverso, evitando-se a constante renovação legislativa³².

Face a essa nova realidade contratual, na qual os princípios tradicionais (autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos) devem interagir com os novos princípios (boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual), Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 115) afirma que se vive uma época de “hipercomplexidade”, cujos dados se acrescentam, sem haver qualquer eliminação. Sendo assim, os princípios contratuais clássicos não desaparecem no ordenamento jurídico, mas surgiram ao seu lado novos princípios, resultados dos novos tempos.

O risco da adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais reside no poder concedido ao julgador no exercício da função jurisdicional, que na análise do caso concreto, ao invés de orientar-se nos valores constitucionais para determinar o conteúdo e o limite das cláusulas gerais, pode, por questão ideológica ou mesmo por despreparo técnico, fazer prevalecer as suas convicções pessoais³³. No entanto, como aponta Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 132), esta é uma opção em busca da justiça concreta, e estando o juiz subordinado ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal³⁴, deve estar atento à realidade dos valores fundamentais para o Estado (democrático) de Direito.

³² Pontuando sobre esta questão, refere Tepedino (2004, p. 19): “As constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua própria incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere. Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção.”

³³ Fazendo uma reflexão sobre o papel das cláusulas gerais e especificamente sobre os riscos que estas podem gerar, enfatiza Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p. 115): “Princípios, cláusulas ditas ‘gerais’, dispositivos legais que contenham em sua redação conceitos vagos ou indeterminados não podem significar uma brecha para que cada juiz aja de acordo com sua *convicção pessoal*, a respeito do sentido que tenham estas normas. Se assim fosse, negar-se-ia a existência substancial do Poder Legislativo e o Judiciário ficaria ‘pulverizado’ em tantos quantos fossem o número de juízes que o integram. [...] Corre-se o risco de que aconteça o que não se espera: apesar de o legislador ter tido a intenção de proteger o “mais fraco” (seria essa a tal função social?), havendo interferência do Poder Judiciário, nas outras futuras contratações, muito provavelmente se levará em conta o risco desta intervenção ou intromissão, e o tiro acabará realmente ‘saindo pela culatra’, ficando a economia, como um todo, prejudicada.”

³⁴ Art. 5º. “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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

2.2 A Boa-Fé Objetiva: das origens históricas às suas funções

Visto que a integração entre os valores fundamentais previstos na Constituição Federal e a legislação civil dá-se por meio das cláusulas gerais, as quais podem materializar-se por meio de princípios, passa-se a analisar o princípio da boa-fé objetiva como uma das principais cláusulas gerais em matéria de direito contratual.

Primeiramente cumpre salientar que, embora a doutrina apresente diferentes definições para o termo “princípio”³⁵, neste estudo adota-se o entendimento de Grau (2007). Este autor o entende como uma proposição jurídica descritiva, por meio do qual são declarados conteúdo e valores do direito positivo³⁶, de forma resumida e, se considerados no seu conjunto, dão unidade a um sistema ou a uma instituição.

Desde a sua origem foram vários os sentidos e funções que a boa-fé recebeu. No direito romano encontramos a origem do conceito e da própria expressão *boa-fé*. Vários foram os significados atribuídos à idéia de *fides*, os mais destacados estavam relacionados ao campo da clientela, dos negócios contratuais e da proteção possessória (MARTINS-COSTA, 1999).

No campo dos negócios contratuais, a expressão *fides* é encontrada num tratado firmado entre Roma e Cartago, no qual foi inserida uma regra dizendo que cada uma das partes contraentes “*prometia, sobre a própria fé – publica fides, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas –*, a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 113, grifo do autor). Nesse campo o significado de *fides* relaciona-se com a noção de manutenção ou garantia da palavra dada, sendo esta a sua função (OLIVEIRA, 1997).

³⁵ Apresentando os vários significações do termo “princípio” na doutrina, Martins-Costa (1999, p. 315-324).

³⁶ Interessante a diferença entre valores e princípios traçada por Godoy (2007, p. 101), baseado na obra de Claus-Wilhelm Canaris: “De toda sorte, comum a distinção entre valores e princípios a partir da verificação de um diverso grau de concretude. Os princípios, assim, estariam em grau menor de generalidade, de indeterminação, de abstração, que os valores, portanto em posição intermediária, quanto a essas características, entre os valores e a regras. Em diversos termos, os princípios, ao contrário dos valores, teriam já característica mais próxima da proposição de direito, bipartida em previsão e consequência jurídica; ao menos os princípios indicariam ou apontariam, já, para a consequência jurídica, malgrado não com a especificação e explicitude das regras.”

Observa-se que até aqui o termo utilizado é *fides*, sendo somente posteriormente lhe acrescentado o adjetivo *bona*, passando a existir a expressão *bona fides*. Esta expressão é resultado dos contratos consensuais, os quais passaram a ser firmados, tais como o contrato de compra e venda, que para adquirirem validade não dependiam da observância de qualquer formalidade.

Essa *bona fides* significa dever de adimplemento. Mais tarde, no período clássico, a *fides bona* passa a ser vista como um expediente da jurisdição, constituindo o procedimento da *bonae fidei iudicium*, para os casos em que o demandante embasasse sua causa exclusivamente em certos fatos, sem ter fundamento numa lei. Por intermédio de um procedimento especial, denominado *oportet ex fides bona* (MARTINS-COSTA, 1999), sendo que a primeira palavra tem o significado de *ser correto*, a parte demonstrava seu intento baseado apenas na alegação da *fides bona*. Frente a tal intento, o pretor, responsável pela jurisdição, autorizava ao juiz que decidisse conforme os ditados da boa-fé. Menezes Cordeiro (apud OLIVEIRA, 1997), explica que a razão da criação da fórmula *oportet ex fides bona* foi de permitir que a atuação do juiz tivesse uma grande margem de liberdade, não ficando mais restrita, devendo considerar não a letra do contrato ou da lei, mas o espírito do acordo, conforme objetivamente prometido pelas partes.

Com o passar do tempo, no entanto, esta conotação da *bona fides* é alterada e utilizada para indicar diferentes situações. Tal alteração se dá principalmente em virtude da compilação justinianéia, que dilui o conceito de boa-fé, tanto horizontal quanto verticalmente. Horizontalmente se deu, por exemplo, com a utilização da noção de boa-fé no campo nos direitos reais, para ser esta compreendida como requisito para o usucapião, no sentido de estado de ignorância por parte do beneficiário. Verticalmente, amplia-se o significado da boa-fé dentro do próprio direito obrigacional, então entendido também como *justiça, honestidade e lealdade* (OLIVEIRA, 1997).

Entretanto, é no direito germânico que se desenvolverá o significado da boa-fé como elemento objetivo. Por intermédio da fórmula *Treu und Glauben* foram inseridas as idéias de *lealdade* (*Treu* ou *Treure*) e *crença* (*Glauben* ou *Glaube*), “as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 124). A boa-fé significa a garantia da manutenção e cumprimento

da palavra dada, ligada à confiança estabelecida a partir de um comportamento coletivo, social.

Na jurisprudência alemã, a boa-fé objetiva começou a desenvolver-se como um princípio, por meio da criação do tribunal de apelação comercial, chamado de “*Oberappellationsgericht zu Lübeck (OAG Lübeck)*”, em 1815, destacando-se por tomar decisões com base na boa-fé, no sentido de cumprimento exato dos deveres assumidos, assim como da necessidade de se levar em conta os direitos da outra parte (OLIVEIRA, 1997).

O Código Civil alemão (BGB), então, na esteira da jurisprudência anterior, refere-se à boa-fé no § 242. Este dispositivo determinava a interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé, tornando-se “elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional” (FRADERA, 1997, p. 36), criando caminho para a adoção de um sistema aberto que influenciará as futuras codificações.

A expressão “boa-fé objetiva”, segundo a conotação advinda da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, busca exprimir a idéia de modelo de conduta social, segundo o qual cada indivíduo deve ajustar a sua própria conduta a esse modelo, atuando como um homem correto, isto é, com honestidade, lealdade, probidade.

Neste sentido, o princípio da boa-fé objetiva foi incorporado ao direito positivo nacional. Primeiramente pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual seus artigos 4º, inciso III³⁷ e 51, inciso IV³⁸, reportam-se às relações de consumo, enquanto orientadas pela boa-fé, sendo nulas as cláusulas contratuais abusivas por ferirem esse princípio. Posteriormente, o Código Civil adotou este princípio, citando o

³⁷ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na *boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

³⁸ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

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

mesmo no artigo 113³⁹, que se refere à interpretação dos negócios jurídicos em geral, no artigo 187⁴⁰, sobre os limites do exercício de direito, e no artigo 422, atribuído especificamente às tutelas contratuais. Dispõe este artigo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

Observe-se que o princípio da boa-fé, nos termos formulados pelo legislador ordinário, tem como fundamento as determinações constitucionais de tutela à pessoa humana, notada como parte integrada à comunidade, assim como a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito seja um elemento essencial, a ser considerado nas relações jurídicas. No que tange às relações jurídicas obrigações firmadas entres essas pessoas, Negreiros (2006, p. 117-118) sustenta que

a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.

Cláudia Lima Marques (1999) define a boa-fé objetiva, asseverando que esta impõe uma atuação refletida dos contratantes, levando em conta o parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, expectativas e direitos, exigindo lealdade e ausência de abusividades, cooperando para atingir o bom fim das obrigações. Assim, a boa-fé objetiva consiste num tipo de comportamento ético, padrão de conduta, tomando como paradigma o homem honrado, leal e honesto.

A expressão *boa-fé objetiva* se desprende, portanto, da pesquisa da intencionalidade da parte⁴¹, de nada importando, para a aplicação do princípio, a sua

³⁹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁴⁰ “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.”

⁴¹ Esta é característica da boa-fé subjetiva. Sobre esta conotação da boa-fé refere Martins-Costa (1999, p. 411-412): “A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, 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 usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à literalidade do pactuado.” Ressalta-se que a noção de boa-fé

consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica, distinguindo-se claramente da boa-fé subjetiva. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (1999, p. 106) “a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor A e B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”.

É importante frisar que com a aceção objetiva da boa-fé afirmam-se os valores éticos, sociais e econômicos, que são apanhados pelo aplicador ou intérprete no que pode ser constatado a partir da sociedade. Assim, no entendimento de Luis Renato Ferreira da Silva (1997) o conteúdo desta cláusula geral é investigado nos costumes de tráfego jurídico, no homem médio ou na diligência esperada dentro de uma certa sociedade.

Couto e Silva (1976, p. 29), por seu turno, diz que a boa-fé objetiva “determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”, endereçando não apenas ao devedor, mas também ao credor, “o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.”

Ressalta-se também que este padrão objetivo de conduta deve ser verificado a partir do *caso concreto*, ou seja, de acordo com o tempo, o meio social ou profissional e o momento histórico. Nas palavras de Martins-Costa (1999, p. 412), “se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.” Assim, a boa-fé possui um valor autônomo, não relacionado diretamente com a vontade das partes, permitindo ao magistrado construir um regramento para aquele negócio jurídico específico.

Marques (1999, p. 107) diz que por essa nova concepção de teoria contratual o contrato passa a ser visualizado como uma relação jurídica dinâmica, que “‘nasce, vive e morre’, vinculando durante certo tempo, talvez mesmo anos, um fornecedor de serviços, por exemplo, o organizador do seguro-saúde ou a seguradora, e um consumidor e seus dependentes.” E é nessa perspectiva que Couto e Silva (1976) afirma que a relação obrigacional é um verdadeiro processo, desenvolvido no tempo,

subjetiva aparece no direito das obrigações, regulando a validade de certos contratos ou a eficácia da extinção da obrigação devido o pagamento, como ocorre nos arts. 309, 814, § 1º, e 879 do Código Civil.

implicando numa série de efeitos jurídicos, seja antes, durante ou após a sua realização.

Neste contexto, o contrato não pode mais ser visto como um instrumento isolado do contexto social, no qual foi firmado, uma vez que hoje o contrato, como mecanismo fundamental de circulação das riquezas, exerce função social e integra a ordem econômica. Neste ínterim, a fim de preservar o princípio maior da igualdade, o Estado-juiz, por meio da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, pode e deve agir para corrigir eventual desigualdade.

No entanto, este princípio não está imune a críticas. Na crítica efetuada pela doutrina de Azevedo (2000), a adoção da boa-fé objetiva nos contratos, nos moldes efetuados pelo Código Civil, é insuficiente, deficiente e desatualizada. Insuficiente porque a norma do artigo 422 não esclarece se é cogente ou dispositiva; também porque se limita a mencionar que a boa-fé deverá ser observada na conclusão e na execução do contrato, esquecendo-se de sua importante atuação tanto na fase pré-contratual, isto é, das negociações preliminares, as quais antecedem a formação do contrato, como também na pós-contratual, depois do cumprimento das prestações pelos contratantes. Deficiente porque as funções desempenhadas pela mesma, a seguir estudadas, não foram salientadas pela norma, embora amplamente abordadas pela doutrina. Por fim, diz que a adoção da boa-fé é desatualizada porque o novo Código Civil nasceu ultrapassado, uma vez que este transfere para o Judiciário a solução de todos os conflitos, o que implica na sua morosidade, quando a realidade exige soluções rápidas e um Judiciário mais enxuto.

Mesmo diante das críticas, entretanto, a adoção deste princípio representou significativo avanço para a teoria contratual, na medida em que colaborou para a superação da concepção individualista de contrato, na qual a liberdade contratual plena servia mais para escravizar do que para libertar.

2.2.1 Funções da Boa-Fé Objetiva nas Relações Obrigacionais

Cada princípio do direito tem o condão de desempenhar funções técnicas específicas nas relações jurídicas, o que não poderia ser diferente com a boa-fé objetiva quanto às relações contratuais.

De acordo com Martins-Costa (1999), seguindo Couto e Silva, a boa-fé objetiva possui três funções distintas na relação jurídica obrigacional, quais sejam: a) de cânone hermenêutico integrativo; b) de criação de deveres jurídicos secundários ou anexos; e c) de limitação do exercício de direitos subjetivos.

a) Função Hermenêutica Integradora

Analisando a boa-fé como cânone hermenêutico integrativo, a mesma é vista como “*Kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 428). Sob este prisma, a boa-fé não atua somente como recurso de flexibilização da vontade dos contratantes, mas também quando estes deixam lacunas a serem preenchidas e resolvidas, indispensáveis para a própria sobrevivência da relação contratual e a sua produção de efeitos na forma querida pelas partes.

Especificamente quanto à leitura da vontade das partes, Couto e Silva (1976, p. 33-34) ressalta que a boa-fé cuida de conferir justa medida à vontade interpretada, evitando assim o subjetivismo, caso o interesse de cada parte não fosse considerado da forma devida. Diz o autor citado que é da “perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes poder manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé.”

Importante aqui é analisar o papel do juiz, pois a ele efetivamente caberá efetivar a interpretação no caso concreto. O juiz, como intérprete das cláusulas contratuais, deve ter a habilidade de considerá-las como um conjunto, no qual estão inseridos direitos e deveres para atingir certa finalidade. Além disso, analisar a função social atribuída a tal conjunto de normas contratuais é necessário, para assim chegar-se à interpretação ideal (MARTINS-COSTA, 1999). Há, na verdade, uma delegação ao juiz, ao qual é atribuída a tarefa de elaborar um juízo de valor dos interesses em jogo (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

Com isso, não mais se tutela e valoriza exclusivamente o momento da formação do contrato, mas as circunstâncias concretas do desenvolvimento e execução do mesmo, no intuito de harmonizar os interesses e valores envolvidos por cada uma das partes e assegurar a justiça contratual.

Como síntese desta função do princípio da boa-fé, declina-se explicação efetuada por Aguiar Júnior (1991, p. 239), na qual o mesmo expõe o ponto de partida do magistrado para aplicação da boa-fé:

A inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.

Assim, a noção de boa-fé expressa na norma do artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor tem a característica de ser um princípio orientador de interpretação, desempenhando a função de sistematizar as demais normas e direcionar a aplicação das mesmas. Pode-se dizer que ela é uma “norma-objetivo”, expressão utilizada por Grau (2006), no sentido de servir como instrumento normativo, operador da transmutação dos fins sociais e econômicos em jurídicos.

Este dispositivo legal faz referência ao princípio constitucional da ordem econômica, tendo a boa-fé a função auxiliar de viabilizar os ditames daquele princípio no âmbito das relações contratuais. Para Aguiar Júnior (1995), a boa-fé atua como fundamento para orientar uma interpretação a fim de garantir a ordem econômica, com a missão de compatibilizar interesses contraditórios, podendo eventualmente até prevalecer o interesse contrário ao do consumidor em particular, se o interesse social prevalecente assim o exigir. A boa-fé também é visualizada como conceito econômico, já que o contrato persegue uma finalidade econômico-social.

Outrossim, da expressão “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo” conclui-se que é requisito para a realização do contrato verificar a presença da boa-fé tanto por parte do fornecedor quanto do consumidor, para assim, efetivamente, haver a harmonia apontada e se manter o equilíbrio contratual. Exemplo da atuação da boa-fé neste sentido, de acordo com Negreiros

(2006, p. 136) é a regra do artigo 413 do Código Civil⁴², o qual permite a redução da cláusula penal para os casos em que seja manifestada excessiva a penalidade, evitando-se que a cláusula penal, “distanciando-se da sua finalidade econômico-social, se transforme em instrumento de enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro”.

Enfim, considerando que parte da manifestação da vontade de um dos contratantes foi expurgada devido à abusividade cometida, caberá ao magistrado, no exercício da interpretação integradora, completar a lacuna deixada pela retirada da cláusula abusiva, ampliando ou minorando deveres ou direitos, tudo com o fito de permitir que persista a relação contratual e que se realize o fim almejado pelo contrato.

b) Função de Criação de Deveres Jurídicos Secundários

Com relação à função da boa-fé objetiva de criar deveres jurídicos há uma significativa alteração, rompendo-se com a noção clássica de obrigação. Na visão tradicional do direito, a relação jurídica obrigacional esgota-se no dever de prestar, de um dos contratantes, e no direito de exigir a prestação, pela outra parte contratante. No entanto, a moderna teoria obrigacional entende a relação contratual sujeita não somente ao cumprimento da prestação principal, proveniente da vontade das partes, mas também de “deveres anexos ou secundários”, ligados ao contrato e que possuem fonte diversa, que é a boa-fé.

É importante a observação efetuada por Couto e Silva (1976, p. 37) no que tange à origem da prestação principal e dos deveres secundários. Segundo o autor, a prestação inicial tem por base a vontade, sendo alguns dos atos necessários para o adimplemento do contrato, vistos como deveres (deveres principais), nascem da própria manifestação ou declaração da vontade. Outros deveres, entretanto, também necessários para o adimplemento, não estão calcados na vontade, mas sim ligados aos deveres principais ou totalmente independentes, possuindo vida autônoma. Neste compasso, “há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da

⁴² “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.” São estes últimos que a doutrina passou a denominar de deveres secundários ou anexos.

Tais deveres classificam-se, de acordo com Martins-Costa (1999) e Oliveira (1997), em: *a) deveres de cuidado, previdência e segurança*: entendido como o dever do depositário de bem guardar e acondicionar o bem que está sob seus cuidados; *b) deveres de aviso e esclarecimento*: por exemplo, o do advogado em avisar e esclarecer seu cliente sobre as implicações da causa posta; *c) deveres de prestar contas*: ocorre com os gestores e mandatários; *d) deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte*: com respeito ao operário em relação à boa conservação dos maquinários; *e) deveres de omissão e segredo*: no caso, por exemplo, de sigilo profissional; *f) deveres de informação*; e *g) deveres de cooperação*.

Em relação ao credor a atuação do princípio da boa-fé exige sua atuação conforme a confiança depositada pela contraparte, o que lhe impõe deveres de conduta, tais como de não agravar a situação do devedor, de contribuir à efetivação do pagamento, de prestar os esclarecimentos necessários sobre o negócio, entre outros. Sobre o papel do credor na relação obrigacional, a partir desta mudança de concepção, Perlingieri (2002, p. 212) sustenta que

a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, a um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.

No que se refere à legislação consumerista, os deveres anexos mais evidentes são os de informação, cooperação e cuidado. O dever de informação, previsto nos artigos 30 e 31, consiste, de um lado, no dever do fornecedor de informar sobre o produto ou serviço oferecido, assim como das disposições que integrarão o contrato a ser formado e, de outro, no dever do consumidor de prestar as corretas informações a respeito de sua pessoa e dos interesses à realização do negócio jurídico. Já o dever de cooperação consiste na obrigação de colaboração, de fidelidade durante a execução do contrato, agindo com lealdade, “evitando inviabilizar ou dificultar a atuação do outro contratante, quando este tenta cumprir

com suas obrigações contratuais.” (MARQUES, 1999, p. 113). Por fim, o dever anexo de cuidado, no mesmo sentido acima apontado, tem o escopo de preservar a outra parte da relação contratual de danos, seja a sua integridade física ou moral, seja a integridade de seu patrimônio.

Enfim, nas palavras de Martins-Costa (1999, p. 449), esses deveres anexos consistem em

deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação.

Os deveres instrumentais, por isso mesmo, não constituem elementos da relação contratual existente *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. A sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais, ‘à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia’. E não apenas a sua existência: também a medida da sua intensidade.

Fixa, assim, por meio do princípio da boa-fé objetiva um dever geral de eticidade para o cumprimento dos contratos, em consonância com o dever de solidariedade e respeito mútuo dos contratantes.

c) Função de Limitação do Exercício de Direitos Subjetivos

A terceira e última função atribuída ao princípio da boa-fé é de atuar como limitadora do exercício de direitos subjetivos, evitando que as teses defensoras da liberdade contratual total possam levar a maiores situações de desequilíbrio social. Nesta função limitadora de direitos, a boa-fé se manifesta de várias maneiras.

Tal função, por vezes, manifesta-se por meio da teoria dos atos próprios, proibindo o que a doutrina chama de *venire contra factum proprium*. Segundo Menezes de Cordeiro, o *venire contra factum proprium* consiste “no exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente.” (apud MARTINS-COSTA, 1999, p. 470). O primeiro comportamento da parte é contrariado pelo segundo, o que fere a confiança da outra parte, sendo este o seu fundamento técnico jurídico. A própria autora traz decisão do egrégio Tribunal de Justiça Gaúcho, na qual é invocada tal teoria, como a seguir declina:

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte para reduzir a indenização (Apelação Cível 589073956, TJRS, 5ª CC, un., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19.12.1989). (MARTINS-COSTA, 1999, p. 466).

Também a boa-fé objetiva atua como limitadora de direitos nos casos caracterizados de adimplemento substancial do contrato e, mesmo assim, a contraparte insiste na resolução deste. É o caso do credor que, embora a parte devedora tenha cumprido substancialmente o estabelecido no contrato (como, por exemplo, pagando todas as parcelas de um consórcio, menos a última), requer a rescisão do contrato. Por força da função limitadora de direitos, exclui-se o direito de resolução por ferir o princípio da boa-fé, admitindo-se apenas o pedido de adimplemento e de perdas e danos, se for o caso.

Por fim, a função limitadora da boa-fé pode manifestar-se por meio da regra do *tu quoque*, segundo a qual a parte que, primeiramente, descumpre um preceito ou comando, não pode depois vir a exigir da outra parte o cumprimento de tal preceito (AGUIAR JÚNIOR, 1995).

A respeito desta regra explica Negreiros (2006, p. 143) que

a idéia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. [...] é o caso do contratante, em mora quando da ocorrência de circunstâncias que alteram a base no negócio, pretender então que o negócio seja extinto; ou ainda o caso do condômino, violando ele próprio a convenção do condomínio, pretender exigir dos outros condôminos que a respeitem. Em ambas estas hipóteses, o princípio da boa-fé objetiva pode ser alegado como óbice a que o contratante faltoso pretenda, em detrimento do outro, obter algum benefício da sua própria falta.

Como depreende-se das situações expostas, devido às exigências impostas pela boa-fé, é vedado a um dos contratantes utilizar-se de uma determinada situação fática que o coloque em situação de superioridade ou vantagem em relação a outra parte, vindo a prejudicar esta. Enfim, conforme assevera Nalin (2006), o valor jurídico maior a ser tutelado pela boa-fé é o equilíbrio, ante as bases constitucionais da dignidade e da solidariedade, sob pena de revisão do conteúdo contratual pelo Judiciário ou mesmo a declaração de sua nulidade, uma vez que o injusto não pode ser obrigatório.

2.3 A Função Social do Contrato: em busca de um conceito e de suas funções

Diferentemente do que ocorre com o princípio acima examinado, o princípio da função social do contrato somente foi previsto na legislação pátria com a edição na Lei nº 10.406/2002, a qual instituiu o novo Código Civil, no seu artigo 421, embora desde o estabelecimento da doutrina do Estado social, retratada no Brasil pela Constituição Federal de 1988, elegendo como superiores os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, já era vislumbrado como um princípio implícito, orientador das relações jurídicas contratuais. Em outros termos, desde a passagem do Estado liberal para o Estado social, os interesses social e coletivo ganham relevância, a função social do contrato passa a ter fundamentação constitucional, como um princípio integrador não-somente dos fundamentos e objetivos da República, por meio da valorização da pessoa humana e da solidariedade social, mas também orientador da ordem econômica brasileira (GODOY, 2007).

A dificuldade surge, no entanto, em estabelecer um conceito para função social do contrato, em definir o seu conteúdo e as suas esferas ou limites de sua atuação. Isto porque o legislador não fixou estes critérios sistemática e expressamente, tendo se limitado a prescrever no artigo 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, diferentemente da sua atuação ao estabelecer a função social da propriedade, quando especificou precisamente como esta se concretiza e as conseqüências advindas de seu descumprimento⁴³.

⁴³ Neste sentido, afirma Luis Renato Ferreira da Silva (2006, p. 155): “A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a função social da propriedade, no inciso XXII do artigo 5º, 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 se lhe atribui. E a própria Constituição trata de dizer que função é esta. Em se tratando de propriedade imobiliária rural, a função reside na produtividade. É o que está expressamente dito no artigo 186 da CF. Já em se tratando de propriedade imobiliária urbana, a função está referida no § 2º no artigo 182 e consiste no atendimento das ‘exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’. Mas longe foi o constituinte, pois criou mecanismos impositivos do cumprimento da função social prevendo, para a propriedade rural, a possibilidade de desapropriação por interesse social em caso de falta ou baixa produtividade (artigo 184), um imposto territorial rural progressivo (artigo 153, § 4º) ou o usucapião com tempo especial em favor de quem efetivamente produz na terra (artigo 191). Igual mecanismo está atrelado à propriedade urbana. Também aqui há a possibilidade de desapropriação para fins urbanístico, (art. 182, § 4º, inciso III), um imposto territorial progressivo (art. 182, § 4º, inciso II) e um usucapião com tempo especial (artigo 183)”.

Esta tarefa foi relegada à doutrina e à jurisprudência que, muito antes da positivação deste princípio pelo Código Civil de 2002, já dedicavam-se em estabelecer os critérios mínimos para aplicação do princípio da função social do contrato. Diz-se aqui em estabelecimento de critérios mínimos porque é uníssono na doutrina o entendimento de que o conteúdo e os limites de aplicação da função social não são estáticos e delimitados, estando em constante construção, justamente para atender as situações concretas que permeiam as relações estabelecidas na complexa sociedade contemporânea. Neste sentido, sustenta Martins-Costa (1999, p. 354) que

a *concreção específica* da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e a doutrina no apontar de exemplos.

Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006), as origens históricas do estudo da função social no direito contratual remontam ao final do século XIX, sendo que na Itália, em 1884, Enrico Cimbali publicou o texto intitulado *A função social dos contratos e a causa jurídica da respectiva força obrigatória*. Em 1929, na Alemanha, Karl Renner publicou o livro *Os institutos de direito privado e a sua função social*. Leon Duguit, por sua vez, também no início do século XX, referia-se ao cumprimento da função social como um dever do indivíduo presente no exercício dos direitos subjetivos⁴⁴. No Brasil, foi Alvino Lima, que em 1939, proferiu aula inaugural sob o tema *Da influência, no direito civil, do movimento socializador do Direito*. Complementando, esclarece Luciano Benetti Tim (2006), que esses autores, juntamente com outros⁴⁵, por acreditarem na análise jurídica considerando a função desempenhada pelo direito na sociedade como um todo e não apenas individualmente, desenvolveram a concepção de direito social, culminando na funcionalização social do direito. Entretanto, nesses estudos a preocupação era esboçar uma visão crítica ao liberalismo dominante, e não a formulação de um conteúdo específico para a função social.

⁴⁴ Sobre a importância do francês Leon Duguit para a formação da doutrina da função social, escreve Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (1987, p. 62): “Toda sua teoria baseou-se na concepção da propriedade, não como um *direito subjetivo*, mas como um *dever*. Suas idéias encaminharam à conclusão do que se convencionou chamar “*propriedade-função*”. Desta forma, entendeu ele que o homem não tinha direito, mas seria, tão somente, um instrumento a serviço da sociedade. Assim, pelo fato de ser membro de uma coletividade, cada um teria obrigações a cumprir, tudo embasado no sistema da função social, de tal sorte que, segundo ele, *ninguém possui mais direitos senão aqueles de cumprir com seus deveres*”.

⁴⁵ Como Durkheim, Hauriou, Salleilles e Gurvitch (Ver TIM, 2006, p. 86).

Nesse intento, a primeira tarefa é definir o sentido próprio da palavra “função”, utilizada com diferentes conotações nas mais diversas áreas da ciência. No organismo animal, por exemplo, o termo “função”, segundo Norberto Bobbio (apud SANTIAGO, 2006, p. 76), representa “a prestação continuada que um determinado órgão dá para a conservação e desenvolvimento, segundo um ritmo de nascimento, crescimento e morte, de todo o organismo, é dizer, do organismo considerado como um todo.” Para a ciência do direito particularmente, o termo significa um poder do indivíduo de, no seu exercício, ter em vista o interesse do outro (THEODORO JUNIOR, 2004). Fala-se, assim, em função promocional do direito, típica do Estado Social.

O termo “função” agregado ao adjetivo “social”, “qualifica o que é concernente à sociedade, relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país” (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 13), para formar a expressão “função social”, sobressalta um novo sentido, significando poder do indivíduo a ser exercido em busca da realização do interesse coletivo, para além do meramente individual. Observa-se que se pretende com base nesta concepção social subordinar o exercício dos interesses individuais aos interesses sociais, e não à adesão a qualquer idéia filosófica-socialista, como poderia o intérprete apressado concluir que importante seria o interesse coletivo prevalecer, anulando-se por completo o interesse particular⁴⁶.

Veja-se que tradicionalmente ao contrato eram atribuídas funções apenas econômica e regulatória, representando um instrumento de efetivação da ordem econômica, responsável pela circulação de bens e produtos, assim como de materialização da liberdade contratual, resultado do conjunto de direitos e obrigações regulados nas cláusulas contratuais. Contemporaneamente, entretanto, o contrato ganha nova função, para além da econômica e regulatória, que é de dimensão social, tendo em vista a sua adequação aos ideais sociais vigentes (BARROSO; CRUZ, 2005).

⁴⁶ Neste sentido, ainda que falando da função social da propriedade, mas que serve também para a função social do contrato, diz Hironaka (1987, p. 61): “Ainda que o vocábulo *social* sempre apresente esta tendência de nos levar a crer trata-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas, tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada doutrina da função social.

Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006), almejando estabelecer um conceito para este princípio, enfatiza a necessidade da observância das conseqüências sociais advindas das relações contratuais, uma vez que os direitos e as faculdades individuais estão, até certo ponto, comprometidos com a satisfação das necessidades sociais, considerando que o indivíduo constrói a sua vida em sociedade.

O Código Civil, segundo Luis Renato Ferreira da Silva (2006), ao estabelecer o exercício da liberdade contratual “em razão” da função social do contrato, impõe uma condição à mesma, tendo em vista a circulação de riquezas, instrumentalizadas por meio do contrato, de forma útil e justa para ambas as partes, cumprindo-se assim a função social. Neste aspecto, Ricardo Libel Waldmann (2006) sustenta a tese de a função social do contrato ser considerada um sobre-princípio do direito contratual, porque funciona como fundamento, formal e material, para outras normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios, atribuindo-lhes sentido.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000, p. 19), sobre a função social do contrato como limitador da liberdade contratual, diz que

a autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhes são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum.

[...] Como toda ordem estatal, o direito objetivo há de estar destinado a realizar o bem comum, isto é, a alcançar o que é justo e útil socialmente. Devo concluir que somente se enquadra na sua função social o contrato que, sendo útil, também é justo.

Diferente não é o entendimento de Darcy Bessone (1997, p. 34), o qual parte da premissa de que função social do contrato assenta-se na harmonia entre a liberdade contratual e a solidariedade social, sustentando

um conceito mais justo e mais exato de liberdade, extraído das tendências sociais mais avançadas, pretende que ela não seja o capricho, nem o exercício da força individual, nem uma faculdade ilimitada de satisfazer suas próprias utilidades e de fazer do homem um espoliado, mas que, ao contrário, se subordine sempre aos interesses sociais, às relações de vida em comum, e reconheça um valor absoluto à personalidade humana.

O princípio da função social do contrato revela a noção de solidariedade social, devendo servir de instrumento útil não somente para o desenvolvimento individual das partes contratantes, como também da sociedade como um todo, que deve ser essencialmente promocional e distributiva, de acordo com os mandamentos constitucionais.

2.3.1 Limites de Atuação do Princípio da Função Social do Contrato

No estabelecimento dos limites de atuação do princípio da função social do contrato a doutrina pátria diverge, alguns entendendo que esta atua interna e externamente à relação contratual⁴⁷, enquanto outros entendem possível somente a atuação externa⁴⁸.

Para Godoy (2007), o princípio função social tem um conteúdo que determina sua aplicação tanto interna quanto externamente ao contrato, ou seja, a função social projeta-se entre as próprias partes contratantes, assim como para terceiros, não participantes diretamente do estabelecimento do vínculo jurídico.

Enquanto *atuando entre as partes contratantes*, o princípio da função social, tendo em vista a realização do programa de um Estado social, que tem como objetivos a valorização da pessoa humana e a solidariedade, representa um instrumento de ingerência capaz de diminuir as desigualdades entre os sujeitos de direito, para ter como consequência um aumento da liberdade real dos contratantes. Em outros termos “significa conceber e proteger direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis a serviço do desenvolvimento social, plantados sobre um campo de convivência, entre os contratantes, que se faça, posto que por intervenção estatal, substancialmente equilibrada e igual.” (GODOY, 2007, p. 117).

Neste aspecto é importante a consideração do princípio do equilíbrio, o qual interage com o princípio da função social, lembrada por Santos (2002), que também

⁴⁷ Claudio Luiz Bueno de Godoy (2007), Eduardo Sens dos Santos (2002), Ricardo Libel Waldman (2006), Teresa Negreiros (2006), Antônio Junqueira de Azevedo (1998), Paulo Nalin (2006).

⁴⁸ Humberto Theodoro Júnior (2004), Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006), Luís Renato Ferreira da Silva (2006). Para estes, o limite interno, isto é, entre as partes, em busca da justiça social, é fixado pelo princípio da boa-fé objetiva.

entende haver uma eficácia interna da função social do contrato. Esta é cumprida quando garantido o equilíbrio dos pactos, quando as prestações das partes guardam relação de equivalência, sem qualquer possibilidade de onerosidade excessiva, realizando-se assim a “justiça interna do contrato”. Santos (2003) sustenta, ainda, ser adequada a ponderação dos princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual que aferir-se-á ao contrato, no seu conteúdo interno, cumprindo a função social. Para isso, nenhuma das partes pode impor o contrato para outra, pois estaria violando a autonomia privada; tampouco inserir cláusulas abusivas no contrato, por imposição da boa-fé objetiva; e estabelecer prestações manifestamente desproporcionais, em decorrência do almejado equilíbrio contratual.

De outro lado, a função social do contrato desempenha relevante papel perante terceiros não integrantes da relação contratual, irradiando seus *efeitos ultra partes*⁴⁹. Esse efeito externo oriundo da atuação da função social pode dar ensejo a vantagens ou a deveres a terceiros, interferindo, portanto, na esfera de interesses alheios.

Neste compasso, o tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato é fortemente abalado, necessitando ser reelaborado. O modelo clássico de contrato objetivava unicamente a satisfação das necessidades individuais das pessoas contratantes, e somente perante estes o acordo produziria efeitos, não afetando terceiros pessoalmente nem seus patrimônios, salvo raríssimas exceções, expressamente previstas em lei, como a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC), o contrato com pessoa a declarar (arts. 467 a 471 do CC) e as convenções coletivas de trabalho.

Hoje, devido a essa mitigação do princípio da relatividade face o princípio da função social, passando os contratos a serem dotados de eficácia externa, esta se manifesta de várias maneiras, entre elas pela expansão dos efeitos do contrato perante terceiros⁵⁰, impondo a estes a obrigação de não violar obrigação contratual alheia que seja ou deveria ser de seu conhecimento.

⁴⁹ Essa expressão é utilizada por Godoy (2007).

⁵⁰ Negreiros (2006, p. 222) refere-se à dificuldade de conceituar este “terceiro”, que repetidas vezes é referenciado no Código Civil. Apresenta, no entanto, conceito jurídico-sistemático elaborado por Luís Cabral de Moncada, que diz: “terceiros não são quaisquer pessoas alheias ao acto do negócio, mas sim apenas aquelas que possam ter adquirido ou vir a adquirir outros direitos idênticos ou de diferente natureza, mas conflituantes, sobre as mesmas coisas que já são objecto dum direito análogo por parte de outras; neste caso, estas segundas dizem-se *partes* do negócio; e as primeiras, *terceiros* em sentido estrito.”

Luis Renato Ferreira da Silva (2006, p. 159) a este respeito enfatiza

Já tem sido aceito, há algum tempo, que o contrato possa produzir efeitos negativos nas esferas alheias, criando uma obrigação negativa consistente em não atentar contra os pactos alheios ou, ao menos, não incentivar o rompimento destes pactos. É o que a doutrina chama de oponibilidade do contrato a terceiros, uma forma de efeito reflexo na esfera alheia. [...]

Nestas circunstâncias, o terceiro que tenha um interesse conflitante com os de algum contratante não pode instigar o rompimento contratual ou favorecer tal agir, pois estará induzindo ao inadimplemento e, com isto, prejudicando a manutenção que é função socialmente reconhecida. O terceiro, embora estranho à declaração de vontade daquele contrato, deve colaborar, no grau mínimo que é não atrapalhar o desenvolvimento do contrato.

Com relação a esta obrigação imposta ao terceiro de não violar negócio jurídico alheio, decorrente da eficácia externa do princípio da função social, Azevedo (1998) oferece como exemplo um caso concreto, no qual vislumbra-se esta obrigação. Trata-se de caso entre distribuidores de combustíveis e postos revendedores, comercializadores destes produtos. Dada a situação, por determinação governamental, os postos não estão mais obrigados a ficarem vinculados a uma única distribuidora de combustíveis e, por isso, alguns postos da bandeira Ipiranga começaram a adquirir combustíveis de outras distribuidoras, ditas “atravessadoras”.

A questão colocada pelo autor é se estes terceiros (as distribuidoras atravessadoras), quando vendem combustível para um posto Ipiranga, infringem ou não a lei, pois não são partes na relação contratual estabelecida entre a distribuidora Ipiranga e os postos com bandeira da mesma marca. Na opinião do jurista, em decorrência da aplicação do princípio da função social do contrato, torna-se evidente que os terceiros não podem desconsiderar a existência do contrato, cabendo a estes respeitar a situação criada pelo mesmo, já que esse é de suma importância para toda a sociedade. Para tanto, tais terceiros devem abster-se da celebração de outro contrato com os postos revendedores, sendo incompatível com aquele primeiro contrato (firmado entre a distribuidora Ipiranga e os postos revendedores), pois estaria impedindo o seu cumprimento. O autor finaliza sustentando que estas distribuidoras atravessadoras cometem ato ilícito, sendo solidariamente responsáveis pelo descumprimento contratual praticado pelos postos revendedores, devendo as mesmas responderem civilmente pelos danos causados (responsabilidade aquiliana).

Em seu parecer sobre o caso, Azevedo (1998, p. 119) menciona o posicionamento de Fernando Noronha, ao aludir que

efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a *violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste* (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na *figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio*), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros é exemplo típico disto).

Como se vê a partir deste exemplo, atenua-se por meio da idéia de função social o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, harmonizando a liberdade contratual com a solidariedade social.

2.3.2 Mecanismos de Atuação da Função Social no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: alguns exemplos

No Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor encontram-se vários dispositivos legais que revelam o princípio da função social do contrato, funcionando os mesmos como mecanismos ou instrumentos de atuação deste princípio, comprometidos com a satisfação das necessidades sociais e com o ideal da igualdade.

Encontram-se, assim, no Código Civil, dispositivos legais como os referentes ao estado de perigo, o abuso de direito e a resolução por onerosidade excessiva, impraticáveis na ideologia liberal que permeou o Código Civil de 1916, os quais atuam como forma de garantir uma maior justiça social. Estes institutos passaram a permitir ao intérprete concretizar a justiça no caso concreto, levando em conta suas especificidades.

O estado de perigo, previsto no artigo 156 do Código Civil⁵¹, consiste, de regra, na contratação efetuada por pessoa que, estando na iminência de sofrer ela

⁵¹ “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.
Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

própria ou algum familiar grave dano moral ou material, situação esta conhecida do outro contratante, assume prestação exorbitante, isto é, excessivamente onerosa. Exemplos dessa situação seria a celebração de negócio jurídico por doente em grave estado de saúde ou por familiar seu, prometendo pagar excessivos honorários ao médico-cirurgião, assim como a constituição de garantia, normalmente via emissão de cheque, para internação hospitalar de parente em risco de vida, o que é mais comum de acontecer (DINIZ, 2007, p. 470). Considera-se que a vontade de quem está em estado de perigo, é viciada e, nesse caso, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002), o contrato é anulável quando não atender à função econômica e social. Da conjugação da vontade individual declarada e do interesse social que o negócio refletirá, devendo prevalecer esse último.

Este instituto difere da lesão, prevista no artigo 157 do Código Civil⁵² porque, além de não haver a exigência do conhecimento pelo contratante beneficiado da necessidade ou inexperiência do outro, também o risco a que este está submetido, de regra, é de natureza patrimonial, como a iminência de ser despejado de imóvel locado ou de reconhecimento de falência, e, por isso, em ambas situações, tomam os contratantes lesados empréstimos com fixação de juros em percentuais excessivos, por exemplo⁵³. Também aqui o negócio jurídico é passível de anulação por não atender aos fins sociais impostos pela norma do artigo 421 do Código Civil.

A previsão da figura do abuso de direito, no artigo 187 do Código Civil⁵⁴ também revela a idéia da função social a que os contratos estão submetidos. Por

⁵² A lesão ocorre quando o contratante lesado, estando em iminente necessidade ou por ser inexperiente, se obriga à prestação do outro contratante, independentemente deste conhecer ou não a necessidade ou a falta de habilidade daquele. Assim diz o art. 157: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito." Não é neste trabalho abordado este instituto porque o mesmo relaciona-se diretamente ao princípio do equilíbrio contratual. Sobre o assunto ver Negreiros (2006, p. 156-206); Godoy (2007, p. 31-53).

⁵³ Sobre a diferença entre o estado de perigo e a lesão, assevera Aguiar Júnior (2000, p. 23): "O estado de perigo pode ocorrer em qualquer espécie de obrigação, enquanto a lesão pressupõe um contrato bilateral; nele, há a necessidade de salvar a pessoa de um grave dano (que corresponde ao estado de necessidade do Código Penal), ao passo que a lesão prescinde dessa finalidade. No estado de perigo, o beneficiário deve conhecê-lo, o que se dispensa na lesão (ALVES, 1986, p. 110). Passa pelo estado de perigo o naufrago que promete fortuna a quem o salve, esperando do outro um fazer (a situação não se confunde com a coação). No estado de perigo há a necessidade de salvar-se, o que não ocorre na lesão, em que a necessidade pode ser de obter recursos".

⁵⁴ "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."

esta norma é expressamente estabelecido como ato ilícito, sujeitando não somente de nulidade do negócio jurídico, mas ainda gerando a obrigação de reparação de danos, a violação dos fins econômicos e sociais, da boa-fé e dos bons costumes. Nery Júnior e Nery (2002) colacionam exemplo de abuso de direito a inserção em instrumento contratual de cláusula que permite ao credor a escolha da forma e do momento do pagamento pelo devedor, deixando este sem conhecimento prévio de como e quando este ocorrerá⁵⁵.

Quanto à onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 e seguintes do Código Civil⁵⁶, consolidou-se o direito à resolução ou revisão do contrato, sendo que tais possibilidades são aplicáveis apenas aos contratos de execução continuada ou diferida, cujas prestações de um dos contratantes torna-se excessivamente onerosa devido a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

No que tange às relações de consumo⁵⁷ vislumbra-se claramente a eficácia da função social do contrato, e isso desde o artigo inaugural do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 1º⁵⁸ prescreve que as normas previstas neste diploma legal são de ordem pública e de interesse social, não podendo, portanto, serem objeto de

⁵⁵ Neste sentido, julgamento do Superior Tribunal de Justiça, citado por Nery Júnior e Nery (2002, p. 111): “Abuso de direito. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que se cobra, invocando cláusula contratual constante de contrato de financiamento, lançando mão do numerário depositado pelo correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BND. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos (STJ, 4ª T., REsp 250523-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u.j. 19.10.2000, DJU 18.12.2000, RSTJ 145/446).

⁵⁶ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterada o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

⁵⁷ Veja-se que, embora o CDC não faça referência expressa ao princípio da função social do contrato, implicitamente o mesmo norteia as relações de consumo, visto o que dispõe o art. 170 da Constituição Federal c/c art. 4º III, do CDC, que diz: “III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Quanto à aplicação dos novos princípios nas relações de consumo, o que inclui a função social, importante a observação de Theodoro Jr. (2004, p. xii) no que se refere à intensidade de aplicação destas nas relações estritamente civis e nas relações de consumo, devendo ser diferenciada, com maior proteção do consumidor, uma vez que, enquanto nas relações consumeristas o consumidor é considerado de forma absoluta a parte vulnerável da relação, nas relações regidas pelo Código Civil a relação é estabelecida entre partes presumivelmente em igualdade de condições.

⁵⁸ “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

derrogação pelas partes contratantes. Logo depois, no artigo 4º, inciso I⁵⁹, é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, de forma absoluta, não importando o seu grau cultural e econômico. Objetiva-se por meio desses preceitos o estabelecimento de igualdade substancial.

Na matéria relativa à responsabilidade, tanto pelo fato do produto ou do serviço quanto à responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, previstas nos artigos 12 a 20, não é diferente. Isto porque, em ambos os casos admite-se que terceiros, que não adquiriram o produto ou o serviço junto ao fornecedor ou prestador de serviço (portanto, sem qualquer vínculo contratual), mas sofreram danos em decorrência do produto ou serviço, tenham as garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor. Nestes casos, a função social ganha eficácia interna, entre as partes contratantes, assim como eficácia externa, alcançando os consumidores equiparados, tendo em vista que ambos podem exercer os direitos previstos no estatuto.

A finalidade social fica ainda mais clara quando no Código criam-se normas que proíbem expressamente as cláusulas abusivas nos contratos, conforme o rol do artigo 51. Nas situações ali previstas, “justamente por não atingir sua função social nessas hipóteses, o contrato é nulo de pleno direito, e não pode ter validade, pois fere o princípio da igualdade substancial.” (FERREIRA, 1998, p. 12).

Por fim cabe uma indagação: quais são as conseqüências jurídicas advindas do contrato que não cumpre com sua função social? De acordo com Nalin (2006), a sanção cabível é de reconhecimento da nulidade da cláusula contratual ou do contrato como um todo, pois esta serve para salvaguardar os valores superiores tutelares do interesse geral da sociedade, conforme o caso em questão. No esforço de encontrar um fundamento legal para aplicação da sanção de nulidade, porquanto o artigo 421 do Código Civil não comina qualquer penalidade no caso de não respeito à função social, Nalin indica o artigo 166, inciso VII, do Código Civil, o qual prescreve a nulidade do negócio jurídico quando “a lei taxativamente o declarar nulo

⁵⁹ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” Esta última parte encaixa-se ao desrespeito à função social do contrato.

Também o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil serve perfeitamente para fundamentar a nulidade do contrato ou suas cláusulas quando a função social é desconsiderada. Diz este parágrafo que “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.” Cabe considerar na análise do caso concreto, que a circulação de riquezas por meio dos contratos é fator de especial interesse social. A função social reforça o interesse na conservação dos contratos, segundo o qual o intérprete deve empregar esforços no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, a relação entre as cláusulas contratuais e a decretação da nulidade integral do mesmo.

Como se vê, a realização dos valores constitucionais fundamentais é plenamente possível de se concretizar na seara contratual, desde que o contrato, juntamente com sua função econômica, realize a função social atribuída, servindo assim de instrumento de realização da dignidade e da solidariedade⁶⁰, contribuindo para o “ser” ganhar tanto ou mais relevância que o “ter”.

⁶⁰ Nalin (2006, p. 253), a partir destes novos valores que iluminam a relação contratual, propõe uma nova definição de contrato, mais adequada ao direito contratual contemporâneo. Segundo ele, o contrato interprivado consiste numa “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares intersubjetivos da relação, com também perante terceiros.”

3 A IMPOSIÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA INTERPRETATIVO E SUA OPERATIVIDADE NO PROCESSO OBRIGACIONAL

O estudo proposto neste último capítulo parte da abordagem sobre o reconhecimento de um novo sistema normativo, composto de regras e princípios jurídicos, exigindo um novo método de interpretação, adequado à principiologia constitucional. Em seguida, estuda-se o método da ponderação, apurando-se como o mesmo é construído pela doutrina, de modo a permitir que os valores constitucionais reflitam nas relações jurídicas contratuais. Por fim, realizar-se-á o exame de algumas decisões judiciais paradigmáticas, extraídas da jurisprudência dos tribunais estaduais e dos tribunais superiores, nas quais os novos princípios contratuais servem de fundamento da decisão, atuando por meio de suas diferentes funções e direcionando a interpretação do contrato para a busca do equilíbrio das prestações estabelecidas e da realização da dignidade e da solidariedade.

3.1 Normas Jurídicas: princípios e regras

Como demonstrado no primeiro capítulo deste estudo, os direitos constitucionais fundamentais apresentam-se de forma principiológica, nas várias dimensões do texto constitucional. O Código Civil e as demais leis especiais infraconstitucionais cumprem função complementar à Constituição, devendo assumir uma leitura moral, defendida por Robert Alexy (2002), que pressupõe uma leitura dos princípios, fazendo o intérprete ver as relações privadas submetidas a esta ordem. Isto significa dizer que os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, incorporados à Constituição, devem ser considerados como

normas-princípios. Tal interpretação é necessária para a compreensão do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, exigindo-se na leitura das regras de Direito Civil, especificamente as aplicáveis às relações jurídicas contratuais que interessam a este estudo – a consideração dos princípios norteadores..

Como decorrência deste novo paradigma, as normas constitucionais alcançam *status* de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, surgindo a necessidade de superação do sistema de regras, criado pela tradição positivista, tornando-se necessário trabalhar com a noção de princípios, imposta pelo constitucionalismo contemporâneo, resgatando valores que as regras muitas vezes não conseguem alcançar, e exigindo um novo método de interpretação a ser desenvolvido pelos aplicadores da norma constitucional⁶¹. Sobre a necessidade de uma nova interpretação constitucional, Barroso e Barcellos (2003, p. 332) sustentam

que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato de uma norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

A distinção das normas jurídicas em categorias diversas, isto é, entre princípios e regras, é, assim, uma realidade. Isso representará uma contribuição fundamental para a construção dessa nova hermenêutica constitucional, que influenciará diretamente na interpretação das relações jurídicas privadas. Os fundamentos dessa distinção estão, de acordo com Humberto Ávila (2003), em antecipar as características de cada espécie normativa, facilitando no processo de interpretação e aplicação do direito pelo intérprete, e, por conseqüência, em aliviar a tarefa argumentativa do aplicador do direito, uma vez que a estruturação e qualificação dessas espécies normativas permitem minimizar a necessidade de fundamentação, limitando-se essa ao que efetivamente merece ser justificado.

⁶¹ O período atual, que surge após o positivismo jurídico, é denominado de *pós-positivismo*, conforme esclarecem Barroso e Barcellos (2003, p. 336): “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”

Nesse caminho de distinção entre os princípios e regras e de estruturação destas categorias normativas, ganham evidência as idéias de Ronald Dworkin (1977) e Roberto Alexy (2002), que, embora não sejam os pioneiros nesse estudo⁶², são os que tiveram maior repercussão doutrinária.

O pensamento de Dworkin, segundo Marcus Eduardo de Carvalho Dantas (2006), desenvolveu-se como contraponto ao positivismo jurídico, o qual tem Hart entre seus maiores defensores. Esse considera somente as regras jurídicas dotadas de obrigatoriedade. Veja-se que o positivismo jurídico, fruto do positivismo filosófico, conforme sustentam Barroso e Barcellos (2003, p. 335), procurava criar para o direito uma objetividade científica, semelhante às ciências exatas e naturais, afastada de qualquer juízo de valor, devendo fundar-se apenas em juízos de fato, não realizando, no âmbito do Direito, qualquer reflexão acerca de legitimidade e justiça. Por isso, o império do sistema das regras, consideradas como únicas normas juridicamente obrigatórias. Neste sistema, nas hipóteses em que a dinâmica do método subsuntivo, cenário de atuação das regras jurídicas, não é capaz de resolver o caso concreto de difícil solução, aqueles denominados de *hard cases*, permite-se então ao juiz decidir de forma discricionária, com base em seu juízo de razoabilidade.

Dworkin opõe-se, justamente contra essas idéias do positivismo jurídico, aduzindo a existência de princípios que “abarcam valores fundamentais (tais como: Estado de Direito, justiça e *fairness*) e consolidam caminho por onde direito, moral e política se interpenetram.” (DANTAS, 2006, p. 554). Admitir o sistema jurídico baseado apenas nas regras significa negar a possibilidade de complementação e de desenvolvimento do sistema, como exige uma sociedade constitucionalmente organizada, pluralista e aberta.

Para distinguir as regras dos princípios sustenta Dworkin (apud AVILA, 2003) que a estrutura lógica dessas categorias normativas são diferentes. As regras são consideradas como fatos. Na hipótese de um conflito entre regras, uma delas deve ou não ser aplicada, ao modo “tudo ou nada”. Os princípios, por sua vez, são dotados de peso e importância, e havendo conflito entre eles, um não exclui o outro,

⁶² De acordo com Ávila (2003), o ponto de partida da distinção entre princípios e regras foi dado Josef Esser, em 1961, quando publicou a obra intitulada “*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*”.

como ocorre com as regras, mas um deve prevalecer por possuir maior peso ou importância na resolução de determinado caso concreto. Ávila (2003, p. 28) sintetiza claramente o pensamento de Dworkin, dizendo que para ele

as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que esta perca sua validade.

No entanto, segundo Dantas (2006), a obra de Dworkin merecia maior aprofundamento quanto aos critérios a serem seguidos pelo intérprete na escolha do princípio de maior peso e importância, tendo em vista que da forma proposta, novamente, poder-se-ia vislumbrar a discricionariedade do juiz. Neste aspecto ganha importância o trabalho de Alexy (2002), o qual, além de precisar ainda mais a distinção entre princípios e regras, acaba por propor um método a permitir uma maior racionalidade por parte do juiz na definição do princípio prevalente para a solução do caso concreto.

Para Alexy (2002), a correta distinção entre os princípios e as regras jurídicas é aquela que parte da diferença qualitativa ou estrutural entre ambas, para além de uma diferença apenas de graduação. Os princípios são “mandados de otimização”, capazes de ordenar os valores neles consubstanciados, realizados no maior número possível de situações e em diferentes graus de incidência, sendo esta aferida com base nas possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras constituem-se em determinações específicas de condutas a serem seguidas pelos indivíduos, na mesma sistemática apresentada por Dworkin, do “tudo ou nada”, devendo-se para o seu cumprimento fazer exatamente o que ela manda; caso contrário, estar-se-á descumprindo a regra. Nas palavras de Alexy (2002, p. 86-87):

El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, adentre de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las

posibilidades reais sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa e no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio⁶³.

Barroso e Barcellos (2003, p. 338), no mesmo sentido, dizem, em relação às regras, que estas “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos, de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.” Já em relação aos princípios, por sua vez, sustenta que os mesmos “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.”

A respeito das diferenças qualitativas que norteiam as regras e os princípios, José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 1087) compactua com as idéias de Dworkin e Alexy e sustenta a tradução dessas da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicabre in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebel'sky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

A importância da distinção nestes termos reflete na apreciação dos casos concretos, quando ocorra conflito entre princípios ou entre regras, pois a forma de solução dos mesmos se diferencia. Em outras palavras, face o julgamento de um

⁶³ Tradução de minha responsabilidade: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais mas também das legais. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. Entretanto, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que exige, nem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações no âmbito do que é fáctica e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda a norma é ou bem uma regra ou um princípio.”

caso concreto, frente à possibilidade de aplicação de duas regras ou de dois princípios, se aplicados isoladamente, importariam, tanto um quanto o outro, a soluções que vão em sentidos opostos ou até mesmo excludentes entre si. Nesse caso, o método de solução é diverso quando se trata de conflito de princípios e conflito de regras.

Em havendo duas regras jurídicas, prescrevendo conseqüências jurídicas contraditórias, portanto, conflitantes entre si, sustenta Alexy (2002) que apenas duas soluções são possíveis, quais sejam, (a) a introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção, solucionando o caso concreto, e permitindo a ambas as regras continuarem válidas no ordenamento jurídico, ou, não sendo isso possível, (b) a declaração de invalidade de uma das regras e, por conseqüência, a sua exclusão do ordenamento jurídico. Como critérios para aferir qual das regras será suprimida sugere o autor que se considere as máximas “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex specilais derogat legi generali*” e “*lex superior derogat legi inferiori*”. Como exemplo do primeiro caso (criação de uma cláusula de exceção) refere a existência de uma regra para proibir os alunos de ausentarem-se da sala de aula antes de soar o toque indicativo da autorização de saída e outra regra para ordenar o abandono da sala de aula em caso de soar o alarme de incêndio. Em não ocorrendo o primeiro e apenas o segundo, haveria determinações concretas contraditórias entre si. A solução então seria a introdução, na primeira regra, de uma cláusula excepcional que autorizasse a saída em caso de alarme de incêndio. No segundo caso (de eliminação de uma regra) exemplifica com duas leis, uma federal e outra estadual. A primeira permite o comércio ficar aberto todos os dias da semana, das 7 às 19 horas, enquanto a segunda lei proibia que às quartas-feiras o comércio funcionasse depois das 13 horas. Considerando a máxima, a lei federal tem prioridade sobre a lei estadual, a solução é o reconhecimento de invalidade da lei estadual.

Esse critério de solução, conforme asseveram Barroso e Barcellos (2003, p. 338), segue o método tradicional da subsunção, segundo o qual

ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

No caso das soluções contraditórias advirem da aplicação de princípios conflitantes, a solução percorre outro caminho. Não se alcança a solução a partir da dimensão de validade ou invalidade, como ocorre no caso de colisão de regras, mas a partir da dimensão de peso e importância do princípio. Com base na análise das circunstâncias, em determinado caso concreto, um princípio passa a ter maior peso que o outro, devendo então o de maior peso ter prevalência. Observe-se, somente a partir da consideração do caso concreto, tal prevalência pode ser determinada, porque se as circunstâncias se modificarem também pode se alterar a prevalência de um princípio em relação ao outro. Explicando este ponto, Steinmetz (2004, p. 206) assevera que

isso não significa que em diferentes casos de colisão com os mesmos princípios envolvidos – e.g., P_1 versus P_2 – sempre o mesmo princípio (e.g., P_1) tem precedência (em relação, e.g., a P_2). Se assim fosse, estar-se-ia ante uma ordem (hierarquia) “dura” (abstrata) de princípios, isto é, ante uma relação de precedência absoluta. Essa ordem “dura” não é possível, porque os princípios constitucionais *in abstracto* têm idêntica hierarquia e igual peso. [...] a precedência de um dos princípios resulta da consideração das condições – leia-se: circunstâncias do caso – sob as quais e em razão das quais há a precedência. São essas condições que determinam, no caso concreto, qual é o peso de cada princípio.

Para identificar, escolher e/ou justificar a escolha por um determinado princípio de maior peso, Alexy (2002) propõe o *método da ponderação*, que permite mais racionalidade por parte do intérprete. De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira (2006), por meio desse método é possível a realização de uma série de operações interpretativas pelo operador do direito com o intuito de sopesar os bens e interesses em jogo no caso concreto para, ao final, determinar qual deles tem maior peso e identificar qual princípio jurídico irá prevalecer como fundamento da decisão judicial.

Nas palavras de Barroso e Barcellos (2003, p. 339), havendo entre os princípios uma tensão dialética, a qual leva a diferentes direções, a solução deverá ser dada mediante a ponderação, cabendo ao intérprete, à vista do caso concreto, “aferrir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.”

Antes de abordar como e sobre quais estruturas se desenvolve o processo de ponderação proposto por Alexy (2002), insta observar a crítica elaborada e muito

bem fundamentada por Ávila (2003) a respeito das normas e da diferenciação entre princípios e regras, bem como a proposta de conceito para estas categorias jurídicas que o autor apresenta, que, embora não invalidem o modelo interpretativo proposto por Alexy, merecem referência.

Quanto à diferenciação entre regras e princípios por aquelas possuírem um elemento descritivo e estas estabelecerem uma diretriz, sustenta o autor que este critério é impreciso porque o conteúdo normativo da norma jurídica, seja princípio ou seja regra, não é verificável abstratamente. Sua precisa aferição depende das possibilidades normativas e fáticas a serem apuradas no momento de aplicação da norma.

A diferenciação baseada no modo final de aplicação, pela qual as regras são aplicadas pelo modo “tudo ou nada”, enquanto os princípios, uma vez sopesados, incidem pela sobreposição de um em relação ao outro, diz que também é questionável. Isto porque muitas vezes as regras perdem seu caráter absoluto a par das circunstâncias concretas que norteiam o caso em julgamento, que exigem também uma ponderação de razões e de consideração de aspectos concretos e individuais, tal qual os princípios⁶⁴.

Em relação ao critério estabelecido de que o método da ponderação é privativo de aplicação dos princípios e possuem uma dimensão de peso, entende Ávila (2003) ser necessário aperfeiçoá-lo porque a ponderação também pode ser vislumbrada em alguns casos em que regras entram em conflito sem a perda da validade de uma delas. A solução é determinada pela prevalência de uma regra sobre a outra⁶⁵. Além disso, afirma não ser apenas os princípios possuidores de

⁶⁴ Traz aqui exemplo, além de outros, a regra estabelecida no artigo 224 do Código Penal, que prevê o crime de estupro e estabelece uma presunção absoluta de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. Nas palavras de Ávila (2003, p. 37): “Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribui tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apenas de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.”

⁶⁵ O exemplo trazido pelo autor (ÁVILA, 2003, p. 44) sobre este aspecto refere-se a duas regras conflitantes existente do Código de Ética Médica: “uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a

uma dimensão de peso, pois, na medida em que as regras, em determinadas situações, exigem para sua aplicação um sopesamento de razões, também elas podem possuir essa dimensão. Assim, o intérprete deve atribuir um sentido de importância às razões e aos fins aos quais os princípios fazem referência e não ao princípio diretamente.

Frente a essas considerações, Ávila (2003) propõe uma distinção entre princípios e regras, privilegiando o valor heurístico, funcionando como uma hipótese provisória de trabalho. Já os conteúdos normativos são construídos definitivamente pelo intérprete a partir da análise dos comandos legais, pois os dispositivos legais são como ponto de partida para a construção normativa. Nessa leitura, os enunciados normativos possuem caráter pluridimensional e, por isso, um mesmo dispositivo pode dar ensejo à coexistência de princípios e regras⁶⁶.

Assim, o autor propõe um conceito para regras e princípios a partir de critérios que consideram (a) a natureza do comportamento prescrito: regras indicam comportamentos descritivos e princípios comportamentos finalísticos; (b) a natureza da justificação exigida: regras exigem a demonstração de correspondência da construção concreta à descrição e a finalidade da norma e os princípios requerem a demonstração de correlação entre os efeitos da conduta a ser seguida e a efetivação do estado ideal exigido; e (c) a medida de contribuição para a decisão, enquanto os princípios são normas complementares e preliminarmente parciais, as regras normas preliminarmente decisivas e abarcantes.

Nessa concepção, regras e princípios são conceituados por Ávila (2003, p. 70) de forma que

as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios. Esses casos indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões.”

⁶⁶ O autor (Ávila, 2003, p. 62-63) propõe, ainda, uma nova figura normativa, que denomina de *postulados normativos*, definindo-o como “*instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.”

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Visto isso, faz-se necessário saber como operar ou quais são as estruturas que dão operacionalidade prática ao processo de ponderação, isto é, que auxiliarão na determinação do sentido e dos comportamentos impostos pelos princípios, e, por consequência, qual princípio prevalecerá no caso concreto. A determinação destes critérios influenciará diretamente as relações contratuais estabelecidas entre os particulares. Face a um conflito entre os novos princípios que regem as relações contratuais, estudados no segundo capítulo (a boa-fé objetiva e a função social dos contratos), que encontram seus fundamentos nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, e o princípio da autonomia privada, o qual também é tutelado constitucionalmente pela livre iniciativa, será necessário determinar qual deles deve prevalecer.

3.2 Novo Paradigma Interpretativo: interpretação dos conflitos privados e adequação hermenêutica à principiologia constitucional

A constitucionalização do direito privado, além de criar uma nova teoria das fontes e uma nova teoria das normas, como já apontado, exige o rompimento com o método tradicional da subsunção para que se estabeleça um novo paradigma interpretativo, a fim de que os conflitos privados sejam interpretados de maneira hermenêuticamente adequada aos valores sociais inseridos no texto constitucional. De acordo com Negreiros (2006, p. 111), ao intérprete, no desempenho de sua tarefa, diante da complexidade que resulta da convivência entre os princípios tradicionais e os novos princípios contratuais, cabe reconstruir o sistema contratual, de forma a conciliar equilibradamente os velhos princípios, de tradição liberal, com os princípios contemporâneos, de natureza social e tutelar, de modo a respeitar os compromissos constitucionalmente assumidos.

Lenio Streck (2006, p. 329-330) de maneira muito clara considera sobre o assunto que

a noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. [...] Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma [...], é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que dar lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão à Filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, [...], atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista-subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.

Tradicionalmente, o método legalista da subsunção fora utilizado para interpretação e aplicação do direito. Esse método concebia o ordenamento jurídico como um sistema estático, em que a lei era considerada a expressão última de realização do Direito e da Justiça. Com base numa operação lógico-formal, pela qual se examinava a correlação entre a descrição abstrata e a situação particular, identifica-se a norma a ser aplicada no caso concreto, efetuando-se, assim, uma interpretação apenas declaratória do direito. Como diz Pereira (2006), não havia possibilidade alguma de ponderar razões ou bens juridicamente protegidos.

Sobre os limites do método da subsunção, manifestam-se Barroso e Barcellos (2003, p. 344):

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais freqüentes.

A emergência de um novo modo de interpretar a lei e a Constituição, que considere unitariamente o ordenamento jurídico, torna-se imperioso para resolver os problemas que o positivismo não consegue absorver das especificidades desse novo modelo constitucional, o qual impõe como valor supremo a pessoa humana inserida numa realidade social. Neste sentido, diz Perlingieri (2002, p. 43):

[...] o juiz, ao julgar um caso, deve levar em conta todas as possíveis circunstâncias de fato que o caracterizam – a situação, mesmo econômica, dos sujeitos, a sua formação cultural, o ambiente no qual atuam –, dando-lhe a resposta conforme o ordenamento visto em uma perspectiva unitária.

Neste contexto, à teoria dos princípios de Alexy agrega-se outro elemento, que é a ponderação de interesses, bens, valores ou normas, que ganha forma por meio do princípio constitucional da proporcionalidade, sendo a ponderação um dos aspectos deste princípio maior.

As origens históricas da ponderação assentam-se em teorias anti-formalistas, tendo como ponto de partida as escolas da jurisprudência dos interesses, de tradição europeia, e do realismo jurídico, de origem norte-americana. Segundo Pereira (2006), para a escola da jurisprudência dos interesses, o intérprete no exercício da atividade judicial tem o dever de equacionar os conflitos intersubjetivos de interesses, devendo os mesmos serem verificados à luz dos critérios valorativos que orientam o sistema jurídico. Na década de 50, essa ponderação de interesses ganha aplicabilidade concreta, por intermédio do Tribunal Constitucional da Alemanha. O realismo jurídico norte-americano, por sua vez, também surgiu em oposição ao pensamento formalista, tendo seus defensores sustentado, a partir de proposições jurídicas gerais não ser possível realizar o direito, o qual depende do conhecimento jurídico pragmático e sociológico. É no final da década de 30 e início da de 40 que a idéia de ponderação aparece nos julgamentos da Suprema Corte americana.

De acordo com Alexy (2007), o princípio da proporcionalidade traduz-se na construção de um pensamento que avalie a correspondência entre os fins visados pelo ordenamento jurídico e os meios empregados para tanto. Deve ser analisado a partir de três subprincípios, quais sejam: (a) o princípio da adequação, (b) o princípio da necessidade e (c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por meio dos dois primeiros subprincípios realiza-se a otimização daquilo que é faticamente possível, isto é, somente diante dos fatos concretos torna-se possível determinar o conteúdo dos princípios como normas de conduta. O terceiro subprincípio, o qual efetiva especificamente a ponderação ou sopesamento de valores, refere-se à otimização com relação às possibilidades jurídicas, porque a aplicação dos princípios depende de um juízo de direito em relação aos princípios opostos. Conforme Steinmetz (2004, p. 212), “o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada.”

Pelo subprincípio da adequação⁶⁷ o intérprete deve agrupar os diversos fundamentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico, relevantes na solução do caso concreto para então identificar os eventuais conflitos entre eles. Os fundamentos jurídicos que levam à mesma solução formam um conjunto argumentativo. O juiz, ao comparar os elementos normativos em jogo, deverá utilizar aquele adequado ao caso concreto a fim de alcançar a finalidade pretendida. De acordo com Pereira (2006), o princípio da adequação exige idoneidade de qualquer restrição aos valores fundamentais expressos pelos princípios ou o atendimento de um fim constitucional adequado. É necessário estabelecer a restrição, em primeiro lugar, objetivando atingir um fim com legitimidade constitucional, e, em segundo lugar, consolidar um meio adequado à obtenção do fim pretendido.

Quanto à legitimidade constitucional dos fins objetivados, assevera Pereira (2006, p. 325) que “não há como cogitar do exame de aptidão de uma medida restritiva para o atendimento de um objetivo sem que tenha sido identificada qual finalidade é visada pela intervenção, bem como sua compatibilidade com a Constituição.” No que se refere aos meios empregados para alcançar o fim almejado, é necessário avaliar, com base nos dados fáticos, se o meio empregado coopera ou tem capacidade concreta de contribuir para a realização do resultado almejado.

Na segunda fase de realização do princípio da proporcionalidade é o subprincípio da necessidade que ganha evidência. Este determina o exame “entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão.” (STEINMETZ, 2004, p. 213). Também esta aferição parte de um juízo fático porque exige uma análise comparativa entre os diversos meios disponíveis para que então seja eleito o menos oneroso. Para tal intento, Pereira (2006) sustenta que o intérprete percorre duas fases, cabendo-lhe primeiro examinar se os meios destacados são igualmente adequados para solução do caso e, num segundo momento, aferir qual desses meios afeta em menor proporção os princípios fundamentais.

Por meio do terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito,

⁶⁷ Alguns doutrinadores, como Pereira (2006), chamam este princípio de “subprincípio da idoneidade”.

realiza-se propriamente a ponderação, sendo a última etapa do processo de solução de conflitos entre princípios. Significa que por meio da ponderação determina-se qual dos princípios em jogo terá prevalência, a partir do equacionamento dos ônus e vantagens advindos de cada um. Nas palavras de Pereira (2006, p. 346):

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que a ele antagoniza e que serve de fundamento à restrição. Em outras palavras, é preciso determinar se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais. A partir dessa análise será possível estabelecer uma *relação de precedência* entre os princípios em jogo, a fim de determinar qual deles será aplicado no caso concreto, atuando como *premissa maior* na fundamentação da decisão judicial.

Pela ponderação procura-se construir uma regra de precedência relativa para solução do caso concreto, e não absoluta, visto que a característica nuclear deste método reside em não formular uma solução jurídica válida para todas as hipóteses de conflito, os quais envolvam os mesmos princípios, mas apenas para os casos paradigmáticos.

Para realização da ponderação nos termos propostos, três fases devem ser seguidas. Neste sentido, diz Steinmetz (2004, p. 214) que:

Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau de intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: demonstração de se a importância da realização do princípio oposto justifica a não-realização do princípio restringido.

Considere-se, ainda, que Alexy (apud STEINMETZ, 2004) aponta como possível a existência de “precedências *prima facie*” entre os princípios, que tem como escopo criar uma ordem, embora fraca, entre os princípios. Essas precedências constituem-se pela atribuição de uma carga argumentativa a favor de um princípio, antes mesmo de sua consideração face o caso concreto, de modo que para afastá-lo precisa-se construir uma argumentação mais forte em favor do princípio colidente, demonstrando porque este afasta a aplicação daquele. Essa precedência diz ser de “*prima facie*” ou fraca justamente por possibilitar o afastamento face ao caso concreto.

Nesse momento adquire importância a argumentação desenvolvida pelo intérprete para justificar a decisão escolhida. Pois, a argumentação jurídica⁶⁸ tem como controlar se as decisões obtidas via ponderação estão corretas, guardando uma racionalidade em face das diversas possibilidades jurídicas que norteiam o caso concreto. Como parâmetros para verificar a correção dos argumentos apresentados pelo intérprete, Barroso e Barcellos (2003, p. 353) sugerem a consideração de três variáveis conjuntamente. Primeiro, a argumentação desenvolvida deve ser apoiada em fundamentos normativos, mesmo implícitos, apresentando o maior número de normas jurídicas possíveis. Tal exigência faz-se necessária porque em um Estado democrático de Direito, como é o Brasil, ao Judiciário cabe fundamentar juridicamente as suas decisões, sendo “dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.” Segundo, considerar pela argumentação desenvolvida a possibilidade de os critérios nela adotados serem universalizados, transformando-se em regra geral a ser aplicada para a solução de casos semelhantes. Assim, a solução encontrada para determinado caso pode servir de modelo para a solução de vários outros casos, em função da capacidade de generalização dos critérios adotados que afetam um grupo de casos práticos. O terceiro parâmetro a ser observado na argumentação jurídica é que o aplicador do direito oriente-se pelos princípios instrumentais de interpretação constitucional⁶⁹, em vista a realizar, no grau máximo possível, os fins e os valores expostos no texto constitucional, expressos pelos princípios constitucionais materiais⁷⁰.

Aprofundando esta discussão, Streck (2006, p. 367-368) sustenta a partir da correta interpretação do texto constitucional ser possível apurar previamente o

⁶⁸ Sobre a origem histórica e o significado da teoria da argumentação jurídica com Aristóteles e de seu resgate por Theodor Viehweg e Chaim Perelman, no início da segunda metade do século passado, como solução para crise do direito pós-segunda Guerra Mundial, ver breve estudo de: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, cap. I, 2007. p. 22-38.

⁶⁹ Barroso e Barcellos (2003, p. 358-364) elencam como princípios instrumentais constitucionais os seguintes: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; c) princípio da interpretação conforme a Constituição; d) princípio da unidade da Constituição; e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e f) princípio da efetividade.

⁷⁰ Quanto aos princípios constitucionais materiais, Barroso e Barcellos (2003, p. 365-374) asseveram que este se classifica em três categorias: a) princípios fundamentais, que caracterizam-se por integrar o núcleo de decisões políticas em orientam o Estado, entre os quais destaca o princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípios gerais, que caracterizam-se por serem o desdobramento dos princípios fundamentais e encontram-se na sua maioria elencados no artigo 5º da Constituição Federal; e c) princípios setoriais ou especiais, que caracterizam-se por serem um detalhamento dos princípios gerais integrarem um determinado capítulo ou título da Constituição, como os princípios que constituem a ordem econômica, previstos no art. 170.

sentido da norma, com base na situação concreta, de modo que a fundamentação seja válida para todos.

Dessa forma, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – o resultado do seu resultado, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que o ‘cercam’ desde sempre o intérprete.

Como a hermenêutica é ontológica (não clássica), e não procedimental, entende ser possível encontrar (sempre) uma resposta condizente (conforme) à Constituição – entendida em seu todo principiológico. [...] Numa palavra, essa resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofamento em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). [...] Isto porque uma resposta (que é um ato de aplicação) *não é construída para responder a outras perguntas*. Afinal, uma interpretação (decisão) não é feita para resolver casos futuros, porque isto implicaria uma autonomização desse enunciado (como se o separasse do ente), estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso.

Para evitar o risco da discricionariedade e da subjetividade por parte do intérprete, Perlingieri (2002) sustenta que o juiz está sujeito ao princípio da legalidade, impondo-lhe a submissão à lei, o qual, no Estado social, assume um *status* de legalidade social, de compromisso de intervenção, de programação e de controle no campo econômico e social. Admitir entendimento em sentido contrário, seria ir de encontro ao Estado democrático de Direito, dando ensejo a uma atitude antidemocrática, enquanto o Judiciário apoderar-se-ia da Constituição, institucionalizando de certa forma a “ditadura do Judiciário”.

Sobre a conduta e o dever do juiz, assevera Perlingieri (2002, p. 42) que

se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito ao Parlamento e ao Executivo, não existira motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo, de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei. O juiz é, sim, autônomo em relação ao Poder Executivo, mas é submetido, ainda que tão-somente, à lei (art. 101 Const.).

Feitas todas essas considerações, fundamentais para a solução da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas contratuais, cabe analisar especificamente esta questão. Significa dizer, como interpretar as normas jurídicas nos casos em jogo. De um lado, um ou mais direitos fundamentais e, de outro, a autonomia da vontade, instrumentalizada pela liberdade contratual, que também é um bem constitucionalmente protegido. Delimitando ainda mais a questão, como

solucionar o caso concreto que envolve uma relação contratual, a par da realização da direito e da justiça, quando em confronto, de um lado, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, exprimindo de forma direta os valores constitucionais expressos nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social e, de outro, o princípio clássico da autonomia da vontade, o qual também é constitucionalmente protegido pelos princípios da propriedade e da livre iniciativa, entre outros.

De acordo com Steinmetz (2004, p. 188), ao abordar, especificamente, a questão envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais, pode-se distinguir dois tipos de casos a esse respeito, sendo que

(i) no exercício da liberdade contratual positiva (direito de contratação), o particular consente em, provisória ou definitivamente, restringir o exercício de ou até mesmo em renunciar ao núcleo essencial de um ou mais direitos fundamentais e (ii) o particular no exercício da liberdade contratual negativa (liberdade de não-contratação) lesa direito fundamental de um ou mais particulares.

Para explicitar tal raciocínio, Steinmetz (2004) propõe uma exemplificação. Pensa-se uma relação jurídica contratual, na qual as partes, de comum acordo, estabelecem uma restrição a um direito fundamental do devedor, quando já em fase de execução do contrato, o devedor ajuíza ação judicial, requerendo a nulidade do contrato, sob o argumento deste violar o direito fundamental que possui. Em sua defesa, o credor alega que o contrato deve ser mantido, tendo em vista que o devedor exerceu plenamente sua vontade quando anuiu com a restrição a seu direito fundamental, devendo, portanto, prevalecer o princípio da autonomia da vontade. Concretamente, vislumbra-se a colisão entre direito fundamental e autonomia da vontade.

Considerando toda a estrutura da aplicação do princípio da proporcionalidade anteriormente mencionada, que na sua última fase, de incidência do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita), devem ser considerados, se houver e for o caso, as precedências *prima facie*, sugere Steinmetz (2004, p. 220-221) algumas precedências gerais aplicáveis aos direitos fundamentais individuais, quais sejam:

(i) *no plano normativo*: (i.a.) na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e (i.b.) em um juízo de peso sobre os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da igualdade (art. 5, *caput*) na CF; (ii) *no plano analítico*: na distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial; e (iii) *no plano empírico*: em uma descrição esquemática dos traços gerais das relações de poder nas quais ocorrem colisões entre direitos fundamentais e princípio da autonomia privada.

O fundamento da preferência dos direitos fundamentais está no parágrafo 1º do artigo 5º e no inciso IV, parágrafo 4º do artigo 60, ambos da Constituição Federal. Quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, estes são os que dão fundamentação aos inúmeros direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Quanto à distinção entre direitos de cunho pessoal e direitos de cunho patrimonial, entende Steinmetz (2004) que os primeiros dizem respeito a aspectos vitais intrínsecos e de fundamental importância para a definição e desenvolvimento livre e autônomo do indivíduo, enquanto os segundos protegem os aspectos não-intrínsecos à pessoa, embora importantes para o desenvolvimento livre e autônomo do indivíduo. Por último, a colisão entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pode ocorrer tanto numa situação de igualdade fática entre os particulares quanto de desigualdade fática dos particulares, podendo esta igualdade ou desigualdade ser econômica, social, política ou cultural.

Efetuando-se o cruzamento da distinção entre direitos fundamentais individuais de cunho pessoal e patrimonial com as relações de poder, poderiam dar ensejo às relações iguais ou desiguais - itens (ii) e (iii), Steinmetz (2004) sustenta quatro situações possíveis, distintas de colisão entre os direitos fundamentais individuais e a autonomia da vontade: direitos fundamentais de cunho pessoal e autonomia da vontade colidem em (1) situação de igualdade fática entre as partes ou (2) de desigualdade fática entre partes; e direitos fundamentais de cunho patrimonial e autonomia da vontade colidem em (3) situação de igualdade fática ou em (4) situação de desigualdade fática entre as partes.

Nestas quatro situações, considerando-se as precedências gerais propostas – (i), (ii) e (iii) supra – conclui o autor que é possível a construção de quatro precedências *prima facie* em matéria de direitos fundamentais individuais em colisão com o princípio da autonomia da vontade. No entanto, em apenas uma delas a autonomia da vontade prevalece, quando a colisão for de direito fundamental

individual de cunho patrimonial e as partes estiverem em condições de igualdade fática. Expõe Steinmetz (2004, p. 224) quais são as precedências *prima facie*:

[1]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[2]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[3]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

[4]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Salienta Steinmetz (2004), por fim, que considerar como relevante a condição de igualdade ou desigualdade fática entre as partes, assim como do conteúdo pessoal ou patrimonial do direito fundamental em questão, resulta da incidência dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e liberdade, respectivamente. Também o fato de haver maior número de precedentes *prima facie* em favor dos direitos fundamentais e não da autonomia da vontade guarda relação de coerência com a posição de destaque que ocupam os direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira.

O reconhecimento de tais critérios como válidos para resolver os conflitos entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada também é encontrado entre outros doutrinadores, como Juan María Bilbao Ubillos (2006). Para este, embora considere que em algumas situações o princípio da autonomia da vontade tem precedência por determinação constitucional, quando está frente a situações de desigualdades concretas entre as partes ou situações a dignidade humana fica prejudicada. A ponderação daqueles interesses deve ser realizada de modo a permitir a incidência dos direitos fundamentais com prevalência nas relações entre os particulares. Tais critérios, de acordo com Ubillos (2006, p. 336) constituem-se

en primer lugar, la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada debería ser mayor cuando se detectase una relación asimétrica, análoga a al que se establece entre ciudadanos y poderes públicos. Es

decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso” (Alfaro), dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuando mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, por falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. [...]

En segundo lugar, la incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible que debe ser preservado frente a cualquier agresión⁷¹.

Enfim, na análise do caso concreto, tendo o juiz que sopesar entre valores do mercado e o da pessoa, deve prevalecer este último, visando à ordem econômica em respeito à dignidade humana. Assim, não se pode trabalhar a partir de uma visão conservadora, sob pena de não se obedecer à legalidade constitucional que impõe ao hermenauta a realização da constitucionalização das normas infraconstitucionais e não o inverso. É necessário, segundo Tepedino (2004), ser superada a idéia do “mais fácil”, na qual aplicar o texto isolado da lei muitas vezes tenta adaptar a Constituição à regra infraconstitucional, pois tal raciocínio cria uma subversão axiológica do sistema.

3.3 A Operatividade dos Novos Princípios no Processo Obrigacional

Todas as modificações teóricas apontadas ao longo deste trabalho exigem uma nova postura do Judiciário, com vistas a conceder a efetiva proteção dos direitos fundamentais, os quais extrapolam a ordenação estritamente civil. Em matéria de direito contratual, como já salientado anteriormente, são os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva que expressam os valores máximos do texto constitucional: a dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

⁷¹ Tradução de minha responsabilidade: “Em primeiro lugar, a capacidade de penetração destes direitos na esfera privada deveria ser maior quando se detectasse uma relação assimétrica, semelhante às que se estabelecem entre os cidadãos e os poderes públicos. Significa dizer, quando na relação entre particulares uma das partes ostenta uma posição de evidente superioridade fáctica face a outra ou quando a própria relação jurídico-privada constitua em si mesmo um ‘bem escasso’ (Alfaro), dadas as dificuldades objetivas que o particular encontra para satisfazer os objetivos perseguidos através de uma relação alternativa. Quanto maior seja a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível, por falha do pressuposto ou fundamento da proteção dessa autonomia. [...] Em segundo lugar, a incidência dos direitos no tráfico privado será mais intensa quando é a própria dignidade da pessoa humana que se vê diretamente afetada. Todo o ordenamento jurídico, o público e o privado, funda-se no respeito ao valor absoluto da dignidade humana, como núcleo intangível que deve ser preservado frente a qualquer agressão.”

A jurisprudência dos tribunais pátrios ainda apresenta-se bastante reticente em relação à aplicação dos princípios da função social e da boa-fé objetiva, principalmente em relação à função social do contrato. Em pesquisa realizada junto ao banco de dados⁷² do Superior Tribunal de Justiça verifica-se essa realidade. Neste tribunal superior encontram-se decisões em matéria de direito contratual que utilizam em sua fundamentação os referidos princípios, embora ainda de forma tímida. Destacam-se neste sentido decisões envolvendo a resolução ou a modificação de cláusulas contratuais relativas aos contratos de *leasing*, que tinham como índice de correção moeda estrangeira que, face à variação cambial ocorrida em meados de 1999, acabou por gerar onerosidade excessiva para uma das partes, afetando os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Já nos Tribunais Estaduais a situação é diferente, principalmente no Tribunal de Justiça gaúcho, cujo número de decisões judiciais em matéria de direito contratual que envolvem os novos princípios é significativa, contribuindo efetivamente para a transposição de um sistema fechado para um sistema aberto de direito e revelando como instrumentos eficazes de efetiva realização dos valores constitucionais. Inúmeras são as decisões judiciais, nas quais o intérprete foge do método da subsunção, utilizando-se da ponderação como instrumento interpretativo, sendo os novos princípios contratuais o fundamento principal da decisão, atuando por meio de suas diferentes funções e direcionando a interpretação do contrato para a busca do reequilíbrio das prestações estabelecidas.

A seguir analisam-se duas decisões dos tribunais pátrios em que resta evidente a importância dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva para solução dos contratos.

⁷² A pesquisa foi realizada junto ao *site* oficial do STJ, no seguinte endereço eletrônico: www.stj.gov.br. Os critérios de pesquisa utilizados foram as expressões “função social do contrato” e boa-fé objetiva”.

3.3.1 O Caso da Hipoteca de Imóvel Adquirido em Incorporação Imobiliária

Como é sabido, tradicionalmente, a hipoteca cria um direito real de garantia sobre a coisa, conferindo ao credor hipotecário um direito *erga omnes* sobre o bem, o direito de seqüela, que o acompanha aonde ou com quem quer que ele esteja. Assim, uma vez adquirido um imóvel que está hipotecado validamente, este fica vinculado ao pagamento da dívida, de maneira que, uma vez não paga a dívida, o adquirente poderá perdê-lo, podendo o credor executá-lo mesmo tendo sido transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor. Tal está prescrito entre os artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil sobre, especificamente, o direito real de hipoteca.

Atualmente, no entanto, a solução jurídica já não é tão simples assim. Isso porque, paulatinamente, as incorporadoras imobiliárias vêm hipotecando as unidades autônomas do edifício junto às instituições financeiras para obtenção de crédito para a construção do mesmo e, posteriormente, celebram compromisso de compra e venda do mesmo imóvel com terceiro adquirente, sem, no entanto, informar este devidamente da existência da hipoteca.

A problemática surge quando a incorporadora não paga o banco concessor do crédito, e este, a fim de receber, executa a garantia hipotecária que possui, culminando em prejuízo do adquirente, que pagou todo o preço à incorporadora e pode ficar sem o imóvel.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Quarta Turma, por maioria, em julgamento ao Recurso Especial nº 171.421/SP, deu solução diversa a um caso concreto sob julgamento, quando reconheceu que a hipoteca instituída não seria válida por não ter a instituição financeira tomado as devidas providências junto aos adquirentes, a fim de garantir o recebimento de seu crédito.

No caso posto, os recorrentes haviam adquirido, no ano de 1977, unidades autônomas em edifício construído sob regime de incorporação, e desde a conclusão

da obra residiam nos imóveis, realizando inclusive benfeitorias nos mesmos. Entretanto, foram surpreendidos pela constrição judicial de seus apartamentos, devido à ordem judicial oriunda dos autos de processo de execução movido pela instituição financeira (Delfin S/A) contra a incorporadora (Unimov Empreendimentos e Construções S/A), quando então ficaram sabendo da hipoteca que recaía sobre as unidades autônomas e que estavam registradas junto ao Registro de Imóveis, desde o final de 1973.

A fim de afastar a constrição, interpuseram ação de embargo de terceiros, sendo julgados improcedentes em primeiro grau; recorreram de tal decisão, e em segundo grau não foi dado provimento ao recurso; por fim, interpuseram recurso especial, o qual foi conhecido e dado provimento para invalidar a hipoteca sob o argumento, entre outros, de que não havia sido obedecido o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a instituição financeira em nenhum momento apreatou-se para o recebimento de seu crédito, quando sabia da comercialização das unidades habitacionais.

A seguir transcreve-se parte do voto do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que brilhantemente tratou sobre a incidência da boa-fé objetiva no caso posto:

Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é comodamente negligenciar na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país pelo SFH assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, lançando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro – uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.[...]

Dos três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes, - o primeiro por escolher mal

o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido –, somente correu o risco e perdeu o terceiro, que adquiriu e pagou. (Recurso Especial nº 171.421, STJ, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 06.10.1998, recorrente: Angelino Manzione e Outros, recorrido: Delfin S/A Crédito Imobiliário).

Na esteira do voto acima, o Ministro Bueno de Souza também entendeu por dar provimento ao recurso, sob o fundamento de que o princípio da boa-fé, como nova realidade jurídica, exige das empresas financiadoras o exercício das atividades fiscalizadoras da devida aplicação dos créditos concedidos, a fim de evitar aos adquirentes das unidades autônomas responder por débitos que não são seus.

Esta decisão poderia ter sido fundamentada com base exclusivamente no princípio da função social do contrato, pois este possui eficácia externa, podendo dar ensejo a vantagens ou a deveres a terceiros, interferindo assim na esfera de interesses alheios. No caso em tela, tendo o Tribunal identificado que a quitação da dívida ocorrida entre os contratantes atingiu o agente financeiro, terceiro em relação ao contrato de compromisso de compra e venda, reconheceu que o princípio da relatividades dos efeitos contratuais restou minimizado, estendendo a terceiros efeitos que, *a priori*, afetariam apenas as partes contratantes. É neste sentido a opinião de Luis Renato Ferreira da Silva (2006, p. 164), o qual analisando caso semelhante a este também julgado pelo STJ, sustenta que

novamente acabou-se por estender a terceiro, que não era parte no contrato, os efeitos da quitação (total ou parcial) que houve entre os contratantes. Isto poderia fundamentar-se, a meu juízo, mais cientificamente, na função social, pois o contrato de mútuo para edificação dá ensejo, sabidamente por parte tanto do financiador quanto do construtor financiado, à alienação dos imóveis edificados, cujo pagamento do preço é o garantidor do seu recebimento. Se a construtora não paga, o agente financeiro deve tomar medidas para cobrar, e não ficar esperando uma situação final na qual o adquirente pagou e ainda corre o risco de perder o imóvel. Mais do que uma questão de justiça abstratamente considerada, trata-se de reconhecer a continuidade dos contratos e a sua inserção em uma cadeia. Isso impede o agente financeiro de vir executar a hipoteca como se ignorasse que houve a alienação e que os pagamentos foram feitos ao construtor.

A análise dessa orientação jurisprudencial denota mais uma vez a importância da aplicação dos novos princípios contratuais, como critério a impor para os contratos imobiliários serem interpretados de acordo com a finalidade de garantir a

realização da dignidade humana e a exigência de uma conduta por parte dos contratantes, considerando a solidariedade. No presente caso, exige-se do financiador de unidades imobiliárias destinadas à venda que tome as medidas necessárias para receber seu crédito, seja de sua devedora, no caso a incorporadora, seja sobre os pagamentos efetuados pelos adquirentes.

Atualmente, esta posição do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada, visto a aprovação da Súmula 308⁷³, em maio de 2005, a qual expressamente reconhece que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia perante os compromissários compradores do imóvel. Esta súmula objetiva justamente proteger o último, restringindo os efeitos da hipoteca às partes contratantes. Isso porque os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva ponderam o fato de o adquirente ter adimplido com sua obrigação junto à incorporadora, ignorando as previsões legais especiais regulam a incorporação imobiliária.

Outrossim, mostra-se evidente a importância do método da ponderação para guiar a interpretação, pois por meio dele, considerando os fins almejados pela norma e as circunstâncias do caso concreto, é possível a decisão judicial orientar-se para a efetivação do Direito e da Justiça. Se no caso em tela a opção fosse pelo método da subsunção para solução do conflito, aplicar-se-ia a regra de que o direito real de hipoteca deve prevalecer sobre o direito pessoal, culminando em evidente injustiça social. Graças à renovação das técnicas de interpretação, vê-se que a posição de soberania da garantia hipotecária, até então incólume, vem sendo modificada pela jurisprudência pátria, uma vez que nem sempre a interpretação literal da lei propicia a decisão mais justa, que é o objetivo do direito.

3.3.2 Os Contratos Bancários e a Revisão de toda a Cadeia Contratual

Na última década o maior número de ações judiciais que chegou ao Judiciário foram as relacionadas aos contratos bancários. Isto porque nos contratos firmados entre banco e cliente, no mais das vezes, estão inseridas cláusulas contratuais

⁷³ Súmula 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

abusivas, colidindo com o ordenamento jurídico, o qual rege tais contratos, acabando por colocar o consumidor-cliente em situação de desvantagem exagerada devido aos inúmeros encargos impostos.

Entre essas cláusulas abusivas presentes nos contratos bancários a mais polêmica entre os juristas é a que trata da novação da dívida. Ocorre ser praxe das instituições financeiras proporem ao consumidor-cliente a renegociação ou novação da dívida existente, via um novo contrato, o qual dá por extinta a dívida anterior, estabelecendo uma nova dívida. A problemática está em a nova dívida ser oriunda de débitos e encargos indevidos, tendo em vista que no contrato anterior existiam cláusulas abusivas como, por exemplo, os juros remuneratórios cobrados em percentuais excessivos e a capitalização dos juros efetuada mensalmente. Ou seja, por intermédio desse novo contrato mascara-se a cobrança, por longo tempo, de juros exagerados, capitalização mensal, cumulação de taxas, entre outros.

Frente a tal situação, a discussão que se trouxe ao Judiciário é sobre a possibilidade ou não da revisão de todos os contratos firmados entre as partes, inclusive os extintos, devido à continuidade negocial, a fim de extirpar todas as abusividades e encontrar o real e o devido débito do consumidor.

A questão, embora hoje reste de certa forma pacificada, face à aprovação da Súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2004, aponta que a novação da dívida não impede a possibilidade de revisão dos contratos anteriores⁷⁴, até então duvidosos, uma vez que parte das decisões judiciais era no sentido de possibilitar a ampla revisão contratual, para abarcar inclusive os contratos extintos, e outra no sentido contrário, vedando a revisão de todos os contratos.

Os defensores desta última posição argumentavam que a novação da dívida impossibilita a revisão dos contratos extintos. Nesse sentido, uma decisão do Tribunal de Justiça gaúcha, que ora se declina:

Embargos à execução. Instrumento particular de confissão de dívida. Nulidade do título. A renegociação da dívida feita mediante constituição de título de crédito não o nulifica. Revisão de contratos anteriores. Novação. Impossibilidade. Sentença *extra petita*. Decidindo a sentença além do pedido do autor, cabe reduzi-la ao pleito inicial. Juros remuneratórios. Nos

⁷⁴ Súmula 286: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

contratos de confissão de dívida, a taxa de juros remuneratórios não está sujeita ao limite estabelecido pela Lei da Usura (Dec. nº 22.626/33). Capitalização mensal. Tratando-se de contrato de confissão de dívida, é vedada a capitalização mensal dos juros. Comissão de permanência. Ilegalidade da cobrança. Multa moratória. Em havendo mora, e prevista no contrato, deve ser paga. Contratado o empréstimo após a vigência da Lei nº 9.298/96, o percentual deve ser de 2%. Sucumbência redefinida. Apelações providas parcialmente. (Apelação Cível nº 70000298836, 18ª Câmara Cível do TJRS, Relator Des. Wilson Carlos Rodycz, julgado em 10/08/2000).

De outra banda, os que desde então entendiam ser viável a revisão de todos os contratos, argumentam que o princípio da boa-fé, aceito pela moderna teoria contratual, autoriza tal procedimento, porque o mesmo não foi respeitado, na medida em que cláusulas abusivas estavam presentes nos instrumentos contratuais anteriores.

Nesse sentido, várias são as decisões judiciais, declinando-se a seguir parte do voto do desembargador Mário José Gomes Pereira, em julgamento efetuado pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho:

Não se encontra razão para deixar-se de revisar qualquer contrato, na medida em **que não se vislumbra novação**, contrariamente à tese da instituição recorrente.

Diz-se que não é vislumbrada qualquer novação porque, como só acontece em relações bancárias, a substituição formal de uma obrigação por outra não significa a vontade de o consumidor desconsiderar anteriores contratações. Dito de outro modo, ausente esta o **animus novandi**, e sabe-se que, para falar-se em novação, há que se ter presentes tanto o elemento objetivo como o subjetivo, o qual não se vislumbra.

Nestes termos a própria redação do artigo 999 do CCB é sintomática (“quando o devedor contrai com o credor nova dívida, **para extinguir a anterior**”). E o artigo 1.000, a seu tempo, confirma este entendimento, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirmará a primeira, e nada mais.

Desnecessário afirmar-se que não se pode presumir o ânimo de novar. E diz-se, ainda, que tal como feita a “novação” (substituição de um contrato por outro) não tem o condão de substituir a antiga obrigação porque existe uma continuidade inderrogável, já que, no aspecto temporal, existe a sucessão sem qualquer quebra ou rompimento na relação.[...].

Cabe, outrossim, dizer que é princípio do sistema de proteção ao consumidor, plasmado no CDC, a facilitação da defesa do consumidor em juízo. O caso, já evidente da relação de consumo está a exigir tratamento diferenciado, e justifica-se o amplo debate acerca da origem da contratação e da sucessão de pactos.

De resto, ainda que se tratasse (não se trata) de contratos já extintos pelo pagamento, estima-se possível a revisão dos encargos debitados e cobrados, mesmo porque esta é a única maneira de se obter a repetição do que eventualmente foi pago a maior.

Aliás, como bem referiu o ilustre Ministro Ruy Rosado, “há uma só relação jurídica continuada. Com isso, fica afastada a fundamentação exposta sobre a inadmissibilidade de revisar contrato quando o devedor já cumpriu a sua prestação. Se fosse examinar o tema, diria que não encontro no ordenamento jurídico regra que determine a extinção do direito de anular cláusulas contratuais como resultante automática do pagamento da prestação”. (Apelação Cível nº 70000186049, TJRS, 19ª Câmara Cível, unânime, julgado em 16.11.1999, Relator Des. Mário José Gomes Pereira, apelante: Banco HSBC Bamerindus S/A, apelado: Vigimax Empresa de Vigilância SC Ltda).

Pela fundamentação das decisões supramencionadas, o princípio da boa-fé objetiva atuar como verdadeira barreira à estipulação e permanência de cláusulas contratuais consideradas abusivas, as quais colocam o consumidor-cliente em situação de desvantagem exagerada. A nova concepção de contrato, expressamente inserida no Código de Defesa do Consumidor, proíbe a instituição financeira, como elaboradora unilateral das cláusulas contratuais, abusar dessa condição, aproveitando-se para impor cláusulas abusivas que desrespeitem a legislação vigente. Bem como a renovação da relação contratual, continuada por natureza, cria ao consumidor a expectativa de nova concessão de crédito e postergação do vencimento da dívida.

Marques (1999, p. 568-569) pronuncia-se a respeito, dizendo que

a jurisprudência respondeu a essa *renegociação contratual prejudicial ou revisão abusiva* de forma clara. Considerou viável a revisão e o controle do conteúdo de toda a relação, em suas várias fases e contratos renegociados. A relação é efetivamente continuada, é um contrato cativo de longa duração, em que o consumidor, na prática, aceitará qualquer renegociação, mesmo que abusiva ou a ele extremamente prejudicial para que não vençam antecipadamente seus débitos e tenha tempo de cumprir sua prestação.[...]

Mister se faz a declaração da abusividade das cláusulas pretéritas, para sanar a relação, reequilibrando-a, declarando-se, por conseguinte, indevidos os encargos e ônus resultantes dessas cláusulas abusivas nulas, de efeitos sempre presentes.

A novação ou renegociação da dívida não impossibilita a revisão de todos os contratos firmados, inclusive os considerados teoricamente extintos. A boa-fé objetiva, como novo paradigma nas relações contratuais, na medida em que impõe deveres secundários de cooperação e lealdade entre as partes, autoriza o controle sobre as cláusulas contratuais abusivas, inclusive de contratos findos, principalmente, quando a renegociação efetuada é extremamente prejudicial ao consumidor-cliente, como só acontece nas relações jurídicas bancárias.

Por outro lado, limitada fica a atuação dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, uma vez que o contrato quando revisado e ajustado, fato esperado desde o início da relação contratual, passa a ser obrigatório nos termos fixados pelo magistrado na decisão judicial transitada em julgado. Isso estabelecerá o tão almejado equilíbrio da prestação na relação contratual. Somente um juiz desatento à nova realidade social e econômica poderia apegar-se aos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos *pacta sunt servanda* para validar o desequilíbrio contratual presente na maioria dos contratos de adesão.

Sobre a nova postura assumida para interpretação dos contratos, a partir dos valores constitucionais fundamentais e os novos princípios contratuais, assevera Perlingieri (2002, p. 211) que

a diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus –, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional. O mito da neutralidade do conceito está definitivamente destinado a romper-se. A incidência constitucional se realiza em vários modos: não apenas na individuação dos conteúdos das cláusulas gerais com a diligência, a boa-fé, a lealdade, o estado de necessidade, etc., mas, sobretudo, na releitura orientada axiologicamente de toda a disciplina em que consiste a relação e, em particular, no controle de valor (*meritevolezza*) das ordens de interesses representadas pelo título e na relevância que a peculiaridade deste último tem condições de produzir na estrutura formal da relação.

Enfim, a passagem a ser realizada é de uma concepção da obrigação rígida e dogmática, presa aos valores individualistas, para a elaboração de uma relação obrigacional renovada, a fim de conjugar a teoria e a praxe, com base em um método admissível à diversidade de soluções, quando a realidade assim o exigir, incluindo no seu interior a análise de variáveis que influem para a concretização do direito e da justiça.

Por conseqüência, a eticidade e a socialidade presentes na ordem civil contemporânea acabaram alçando seus passos para o campo prático, rompendo com os paradigmas tradicionais, em prol da construção de uma sociedade justa e

solidária, tão almejada e, infelizmente, pouco efetivada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo pretendeu compilar as idéias existentes na doutrina acerca dos novos princípios contratuais e da influência dos direitos constitucionais fundamentais nas relações contratuais, bem como proporcionar uma reflexão sobre essas questões.

Como foi abordado, a sociedade atual não é mais a mesma do final século XIX e meados do século XX. Ela mudou, tanto do ponto de vista social, quanto do econômico e do jurídico. Com a evolução do Estado liberal para o social, não se pode exigir que os indivíduos de hoje, nas relações contratuais, estabelecidas entre si, guiem-se fielmente pelos vestutos institutos jurídicos, como os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Estes princípios foram relativizados diante da constatação do desequilíbrio contratual entre as partes, principalmente com as constantes modificações econômicas, resultando daí a necessidade da análise de tais relações de forma mais apurada, mormente quando da manifestação de vontade é efetuada por indivíduos em evidente desigualdade fática, de regra, econômica.

Com efeito, no Estado liberal, cuja propriedade é condição de liberdade, o problema central residia no fato desta liberdade ser meramente formal, já que a

garantia de exercício jamais foi universalizada, reduzindo-se a privilégio de uma parte da sociedade, a classe burguesa. Esta fase, marcada pela dicotomia entre o direito público e o direito privado, sendo a Constituição o estatuto regulador do Estado, enquanto o Código Civil uniformizava o estatuto do indivíduo, suas relações patrimoniais, com o máximo de distanciamento do Estado, a fim de não dificultar a circulação de riquezas. O sistema jurídico, por sua vez, era baseado nas regras, não havendo possibilidade de opção quanto ao método da interpretação das leis. Os comandos legais eram necessariamente interpretados de forma simplificada, resultado da subsunção, de uma operação de dedução silogística, não possibilitando uma solução que desviasse as regras pré-estabelecidas.

A fim de legitimar o poder da classe burguesa, as relações jurídicas contratuais tiveram como princípios orientadores a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos do negócio jurídico. A idéia de autonomia da vontade significava que a vontade do indivíduo deveria estar livre para contratar ou abster-se de contratar, para escolher o parceiro contratual e para fixar o conteúdo das cláusulas e os limites da obrigação. Quanto a este último aspecto, desconsiderava-se a existência de eventual descompasso entre o estipulado no contrato e as reais circunstâncias fáticas, as quais envolviam a relação estabelecida entre os contratantes.

Quando o *Welfare State* ganha corpo inaugura-se uma nova fase da vida em sociedade, ideologicamente traduzido em valores de justiça social. Os esforços passam a concentrar-se na socialização do Estado, com a consagração constitucional dos direitos sociais, assim como na limitação do poder político e econômico. Dá-se início, em seguida, ao processo de democratização do Estado brasileiro, atingindo seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988, impregnada de novas noções, tais como de cidadania, de direitos e de ética. É nesse momento que se dá o fenômeno da constitucionalização, passando a Constituição a assumir um valor central, submetendo todas as relações da sociedade, inclusive as relações privadas. Fala-se então de um *direito civil-constitucional*, que tem como premissa básica a identificação da eficácia das normas constitucionais às relações privadas. Opera-se, assim, a transformação axiológica definitiva do Direito Civil, com a Constituição passando a ter papel central no sistema jurídico, e a fragilização da divisão entre o direito público e o direito privado.

Com a eleição pelo legislador constituinte da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da solidariedade social (art. 3º, inc. I) como valores centrais e princípios fundamentais do ordenamento, abre-se a possibilidade de funcionalizar as estruturas dogmáticas do direito privado em vista da proteção da pessoa humana e na realização da justiça social, devendo ser utilizados como fundamentos para transformação das estruturas sociais no caso concreto. Essa mudança de paradigmas sobre o Direito Civil acarretou a repersonalização do Direito Civil, uma vez que a pessoa foi recolocada no centro do sistema jurídico privado, assim o “ter” cede lugar ao “ser”.

Frente a esta nova feição do direito positivo, percebe-se a incapacidade do Direito Civil tradicional para promover a superação do individualismo e a efetivação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. A solução jurídica a ser dada em cada conflito passa a partir de então a ser encontrada levando-se em conta não-somente o artigo de lei, que parece discipliná-la e resolvê-la, mas antes, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, que o caracterizam.

Neste contexto é que os novos princípios contratuais, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, revalorizados pela doutrina e jurisprudência, funcionam como pedra angular para a renovação da concepção de contrato, permitindo a imposição de um maior equilíbrio e segurança nas relações obrigacionais, para cumprir a finalidade a que se destina a relação. Implementados no ordenamento jurídico por meio das cláusulas gerais, estes novos princípios tornam possível a efetivação dos princípios fundamentais nas relações contratuais.

A moderna concepção contratual preocupa-se com o conteúdo do contrato e, ao enfocá-lo, está afastando o princípio da intangibilidade do mesmo. Preocupa-se com a alteração da situação fática ocorrida após a sua formação, abandonando, assim, uma análise estática dos contratos, voltando-se para uma análise dinâmica dos mesmos. Não se vê mais os contratos como uma relação antagônica, cujos contratantes estão exclusivamente preocupados com os interesses específicos de cada um deles sobre o objeto do contrato. Ao contrário, a concepção moderna enfatiza o caráter de cooperação entre os contraentes, buscando-se, por intermédio dele, atingir os propósitos do negócio.

Com o Código de Defesa do Consumidor foi adotado expressamente o princípio da boa-fé objetiva na legislação brasileira, importando na redução do espaço antes reservado à autonomia da vontade, uma vez que foi vedada a estipulação de cláusulas leoninas e lesivas, objetivando assim à proteção do consumidor e restabelecendo o equilíbrio contratual. Além disso, o novo Código Civil brasileiro acolheu expressamente não somente o princípio da boa-fé, mas também o princípio da função social do contrato, devendo ambos serem observados pelos operadores jurídicos a partir da análise do caso concreto.

Outrossim, os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos efeitos dos contratos continuam atuantes, uma vez que a aplicação dos novos princípios não objetiva afastar a liberdade contratual dos indivíduos. Entretanto, eles têm sua operatividade reduzida, na medida em que se busca adequá-los à verdadeira intenção das partes que, inspiradas pela boa-fé e função social, não pode ser outra que a de realizar contratações justas.

O princípio da boa-fé objetiva tem como fundamentos as determinações constitucionais de tutela à pessoa humana, considerada como parte integrada à sociedade, bem como a construção de uma sociedade solidária. Ela consiste numa atuação refletida dos contratantes, respeitando os interesses, as expectativas e os direitos do parceiro contratual, o que exige lealdade e cooperação.

O princípio da função social, por sua vez, tem como fundamento o interesse da coletividade. Significa que o poder do indivíduo deve ser exercido em busca da realização não-somente do seu interesse individual, mas também para satisfação do interesse coletivo, subordinando-se o exercício do interesse individual ao interesse social.

Dessa maneira, os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos são reflexos da nova visão sobre o ordenamento jurídico, funcionando ambos como instrumentos de garantia de realização dos valores constitucionais que devem ser observados nas relações obrigacionais, principalmente naquelas em que prevalecesse a desigualdade fática entre os contratantes. Por meio deles cumpre-se a finalidade de promoção da inclusão social e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a redução das desigualdades sociais.

Em razão disso tudo, fica evidente a importância de desenvolvimento de uma nova hermenêutica. O magistrado, como intérprete da lei, ao solucionar uma controvérsia oriunda de um negócio jurídico, deve considerar não apenas o que foi consignado no instrumento contratual, mas também os reais interesses das partes antes da contratação, no momento da mesma, na sua vigência e, ainda, após o final do contrato. Isto porque se deve considerar que o primado não é da vontade, mas sim da justiça, tendo em vista que a vontade de uns é maior que a de outros.

Para que a reconstrução das relações privadas em face dos princípios fundamentais constitucionais efetivamente concretize-se cada vez mais no dia-a-dia forense é imprescindível desfazer alguns preconceitos. Entre eles é essencial a superação do dogmatismo tradicional do Direito Civil para os princípios terem tanto ou mais importância que as regras, o que permitirá ao intérprete encontrar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição para solução dos conflitos privados. Além disso, o juiz, ao realizar sua função de interpretação e aplicação na norma jurídica, deveria ter mais responsabilidade, ponderando quais são os valores fundamentais a serem atendidos. Nessa busca, cabe ao magistrado interrogar-se permanentemente no sentido de qual é a finalidade e o sujeito do direito, isto é, para quem e para quem o mesmo serve. Isso levará a concluir da necessidade de o direito sempre ter em vista uma sociedade mais justa, que respeite a dignidade e a diversidade, prevista na responsabilidade emancipatória, devendo ser aberto, crítico e justo, respeitando os valores definidos pela sociedade para identificação da sua própria cultura, enaltecendo a dignidade da pessoa humana e o solidarismo.

Desta forma, o direito poderá desenvolver-se de modo autêntico e perseguir o postulado ético de respeito ao próximo, não somente no sentido liberal, mas igualmente na busca da justiça social. Isso significa tornar o jurista sensibilizado diante do caso concreto, da dimensão e da finalidade que a norma traz, sem amparar-se previamente, de modo formalista e ahistórico, por uma interpretação pré-estabelecida que não se dispõe ao verdadeiro diálogo.

Enfim, não restam dúvidas da importância do papel dos princípios da boa-fé objetiva e da função social como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais nas relações contratuais. Os nossos tribunais, embora ainda de forma tímida, estão paulatinamente assumindo esses novos valores. Entretanto, a sua efetiva

concretização está a depender de um amadurecimento e conseqüente mudança de mentalidade por parte dos indivíduos como um todo. É necessário que os indivíduos, principalmente os detentores do poder econômico, coloquem a tutela d humana no ápice das relações privadas para guiar todo o sistema, condici atuação da ordem econômica e não o inverso.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, 283 p.

_____. A boa-fé na relação de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun. 1995. p. 20-27.

_____. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, maio 2000. p. 18-31.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coords.). **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, abr. 1998. p. 113-120.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, maio 2000. p. 11-17.

BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o Direito privado e a organização econômico-social contemporânea. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 2005. p. 79-88.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAGATINI, Idemir Luiz. **O consumidor brasileiro e o acesso à cidadania**. Ijuí: Unijuí, 2001.

BESSONE, Darcy. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo:

Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky, 1976. 225 p.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

ESTADO DO RS. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 maio 2007.

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

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 247, maio/98, 1998. p. 9-15.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Míniaurélio**: o mínidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Posigraf, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HESSE, Konrad. **A forma normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 117, jan./fev. 1987. p. 57-73.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507.html>>. Acesso em: 12 out. 2006.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, v. 753, jul./1998, 1998. p. 24-48.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **O capital**. Rio de Janeiro: Bruno Buccini, 1968.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno do tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

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

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23/24, jul./dez. 1997. p. 41-78.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. A estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos. In: **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1972.

PORTANOVA, Rui. **Limites dos juros nos contratos bancários**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 2002. p. 9-37.

_____. A função social do contrato. Elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, 2003. p. 99-111.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

_____. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: **Anuário Direito e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar. 1996. p. 146-161.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis 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**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 165 p.

_____. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23/24, 1997. p. 122-139.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II.

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

TIM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, o welfarismo e o solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 844, fev./2006, 2006. p. 85-95.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Sarlet (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WALDMANN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, 2006. p. 127-149.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma Reflexão sobre as “Cláusulas Gerais” do Código Civil de 2002. A função social do contrato. **Juris Plenum**. Caxias do Sul: Plenum, n. 7, jan./fev. 2006. p. 99-123.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)