

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALINE STORER

AS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL E A  
RENOVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

MARÍLIA  
2008

ALINE STORER

AS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL E A  
RENOVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA  
2008

STORER, Aline

As cláusulas gerais do Código Civil e a renovação dos princípios contratuais / Aline Storer; orientador: Prof. Dr. Edilson Donisete Machado. Marília, SP [s.n.], 2008.

158 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Cláusulas gerais; 2. Contrato; 3. Princípio; 4. Hermenêutica constitucional.

CDD: 340.07

ALINE STORER

AS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL E A RENOVAÇÃO DOS  
PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Direito da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina Velázquez

Marília, 25 de Abril de 2008

*A você Sergio pelo carinho, amor,  
paciência, companheirismo e incentivo  
constante ao longo desta jornada.*

Com amor...

## **AGRADECIMENTOS**

*Aos amigos que no desenvolver desse trabalho se revelaram em minha vida...Especialmente à Lúcia, a Renata, a Samara, ao Jefferson, entre outros, pelo carinho e amizade que me dispensaram nesse caminhar...*

*Aos professores, mestres e incentivadores na busca pelo crescimento intelectual ao qual me propus, minha gratidão e admiração...*

*Em especial ao Professor Dr. Jayme Wanderley Gasparoto que apesar de furtar-me horas de sono tranquilo foi o grande incentivador de minha carreira acadêmica que apenas se inicia...*

*Ao meu orientador Professor Dr. Edinilson Donisete Machado pela dedicação, auxílio e competência com a qual me conduziu no desenvolvimento desse trabalho e cuja amizade me acompanha desde o curso de pós-graduação lato-sensu, minha admiração e gratidão.*

*Ao Professor Dr. Eduardo Figueiredo pelas generosas contribuições a essa pesquisa e pela amizade que me foi dispensada em apreciável colaboração para o resultado aqui apresentado ... minha gratidão e admiração.*

*À Professora Dra. Norma Sueli Padilha sempre muito solícita às minhas inquietações intelectuais e incentivadora constante da pesquisa científica .... meu carinho e admiração.*

*Ao Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina Velázquez, pela contribuição ímpar na minha formação profissional, sendo o mestre condutor com quem iniciei os estudos sobre o Direito Privado Brasileiro e por quem alento grande carinho e admiração desde os tempos da graduação, meus mais sinceros agradecimentos por participar de mais uma importante fase em minha vida profissional.*

*E por fim, minha eterna gratidão e amor aos meus avôs paternos, José e Maria (in memorian) e a minha tia Marly que me conduziram de modo seguro pelos caminhos da vida e sem os quais nada disso e tudo o mais seria possível...*

*À vocês que fazem parte da minha vida e que na singularidade de cada um deixam muito de si mesmos na construção de minha história, não só acadêmica, mas como ser humano em constante construção, transformação e amadurecimento...*

*Minha gratidão!*

*A maioria pensa com a sensibilidade, eu sinto com o pensamento. Para o homem vulgar, sentir é viver e pensar é saber viver. Para mim, pensar é viver e sentir não é mais que o alimento de pensar.*

*Fernando Pessoa*

STORER, Aline. As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios Contratuais. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

## RESUMO

Esta investigação explorou a possibilidade de refletir as implicações legislativas das cláusulas gerais adotadas pelo Código Civil de 2002. Pressupõe-se o Direito Privado assentado em bases constitucionais a fim de possibilitar a releitura de seus principais institutos, em especial, o do contrato. O redimensionamento dos princípios contratuais liberais ou clássicos expande o caráter social de sua estrutura teórica, renovando sua principiologia informadora. Nesse sentido o texto concentrou-se na análise de três cláusulas gerais norteadoras da compreensão do Direito Civil-Constitucional: a socialidade; a operabilidade e a eticidade. Por meio da crítica dos reflexos jurídicos provocados pela adoção de cláusulas gerais na estrutura normativa do Direito Civil e, em especial, do direito contratual com a posituação das cláusulas da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material dos contratos, a exigência de procedimentos hermenêuticos parece ser caminho para a compreensão do direito civil-constitucional. Este viabilizará aplicação de critérios objetivos que orientem a atuação judicial na interpretação de normas abertas como as cláusulas gerais vinculadas aos princípios constitucionais, pois estes é que lhe conferem autonomia interpretativa. É a principiologia informadora dos contratos à luz de um direito civil-constitucional que fundamenta direito contratual cujos elementos harmonizam-se aos direitos, garantias e valores estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

**Palavras Chaves:** Cláusulas gerais; Contrato; Princípio; Hermenêutica constitucional.

STORER, Aline. As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios Contratuais. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

### **ABSTRACT**

This research analyzes the legislative technique of the general clauses adopted by the legislator of the Brazilian Civil Code of 2002. This technique integrates the context of the Private Law framework, which is based on the Constitution, and investigates the rereading of its main institutes, especially of the contract institute, which has redirected its classical principles by incorporating new contractual principles with social character into its general theory. This consequently renewed the informer princiology. Hence, this research analyzes three general clauses that contribute to comprehend the Brazilian Civil-Constitutional Law: sociability, operability and ethics. Then, it develops a critical investigation of the juridical reflexes provoked by the adoption of general clauses in the normative framework of the Brazilian Civil Code, especially of the contractual law, becoming positive the clauses of social function, the objective good faith and the material equivalence of the contract, requiring an hermeneutical labor in other outlines: the Civil-Constitutional Law can only be comprehended through a new constitutional hermeneutics, which will provide objective criteria to orient judicial actuation in the interpretation of open rules, like general clauses and principles, connecting and providing for the Civil-Constitutional Law an interpretative autonomy. In this context, this study explores the informer princiology of the contracts according to the Civil-Constitutional Law, which presents a social contractual law in harmony with rights, guarantees, and values of the Brazilian Federal Constitution of 1998.

**Keyword:** General clauses. Contract. Principle. Constitutional hermeneutics.

STORER, Aline. *As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios Contratuais*. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

## RESUMEN

Esta investigación analiza la técnica legislativa de las cláusulas generales introducida por el legislador del Código Civil brasileño de 2002, que integra el contexto de remodelación de la estructura del Derecho Privado, con base constitucional, e investiga la relectura de sus principales institutos, especialmente el instituto del contrato, que tuvo sus principios clásicos renovados, incorporando en su teoría general nuevos principios contractuales con carácter social, lo que terminó por renovar su “princiología informadora”. La investigación analiza todavía tres cláusulas generales con el objetivo de comprender el Derecho Civil-Constitucional brasileño, a saber: sociabilidad, operabilidad y ética. Esas cláusulas son fundamentales para la estructura del presente derecho privado. Posteriormente, la investigación se concentró en los reflejos jurídicos que han sido provocados por la adopción de las cláusulas generales en la estructura normativa del Derecho Civil brasileño, especialmente del derecho contractual para normalizar las cláusulas de la función social del contrato, la buena fe objetiva y la equivalencia material de los contratos que requieren una labor hermenéutica en otros contornos. El derecho civil-constitucional brasileño sólo puede ser comprendido a través de una nueva hermenéutica constitucional, que ofrecerá los criterios objetivos para orientar la actuación judicial en la interpretación de normas abiertas como las cláusulas generales y los principios, vinculando este derecho y confirmando más autonomía interpretativa. Se analiza, en este contexto, la “princiología informadora” de los contratos conforme el derecho civil-constitucional brasileño que presenta también un derecho contractual socializado en armonía con los derechos, garantías y valores de la Constitución Federal Brasileña de 1988.

**Palabras-clave:** Cláusulas generales. Contrato. Principio. Hermenéutica Constitucional.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I HORIZONTES DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO.....	20
1.1 Perfis do Estado Liberal e do Estado Social nas relações privadas.....	20
1.2 Inflexões Constitucionais no Direito Privado Brasileiro: valores e cláusulas gerais .....	35
1.3 Hermenêutica Constitucional: A releitura do Direito Civil diante das cláusulas gerais .....	46
CAPÍTULO II O TEXTO CONSTITUCIONAL E AS CLÁUSULAS GERAIS: ELEMENTOS INFORMADORES E INTERPRETATIVOS DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO.....	52
2.1 Diretrizes teóricas do Código Civil de 2002 .....	52
2.2 Diretrizes da Teoria Contratual Contemporânea.....	57
2.2.1 Cláusulas gerais: Uma tentativa de compreensão .....	62
CAPÍTULO III OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS ADOTADOS PELA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA .....	67
3.1 A Função Social do Contrato .....	67
3.1.1 A Função Social do Contrato no Direito Privado.....	69
3.1.2 A Função Social do Contrato: caráter limitativo e sancionador.....	73
3.1.3 A eficácia interna da Função Social do Contrato .....	77
3.1.4 A eficácia externa da Função Social do Contrato.....	81
3.2 A Boa-fé: subjetiva e objetiva .....	83
3.2.1 As funções da boa-fé objetiva .....	87
3.3 A equivalência material dos Contratos.....	90
CAPÍTULO IV A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS DIANTE DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA .....	95
4.1 Autonomia da vontade.....	95
4.1.1 A Autonomia da Vontade na Teoria Contratual Clássica.....	102
4.1.2 A Autonomia da Vontade na Teoria Contratual Contemporânea.....	106
4.2 Força obrigatória dos pactos ( <i>pacta sunt servanda</i> ).....	111
4.3 Princípio da Relatividade dos efeitos do Contrato .....	114
4.4 Princípio da Intangibilidade dos Contratos .....	116
CAPÍTULO V LIMITES À ATIVIDADE JUDICIAL NA DINÂMICA CONTRATUAL.....	118
5.1 A Insegurança Jurídica e os Critérios para os limites da atuação judicial nos Contratos ...	118
5.1.1 A Razoabilidade como máxima limitativa da atuação judicial nos Contratos .....	127
5.1.2 A Proporcionalidade como máxima limitativa da atuação judicial nos Contratos.....	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	137
REFERÊNCIAS .....	154

## INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 revela a tentativa de reformulação da própria estrutura do Direito Privado Brasileiro, como até então concebido, e, conseqüentemente, provoca a releitura de seus principais institutos sob a perspectiva civil-constitucional. Em especial, consolida o redelineamento da principiologia informadora do direito contratual, que é o interesse a qual se move a pesquisa.

A reestruturação do Direito Privado Brasileiro redimensionou a concepção dos institutos privatísticos, numa leitura sob a perspectiva civil-constitucional que harmoniza a codificação civil com as normas constitucionais tornando-as informadoras das diretrizes teóricas do Direito Privado Brasileiro na atualidade.

O Código Civil de 2002 rompe com o excesso de formalismo e opta pela incorporação de uma tipologia regulamentar mista composta de normas de natureza variada: regras, princípios, conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

A conciliação de várias espécies normativas promove propositalmente uma abertura do sistema civil em determinadas partes, conferindo-lhe certa mobilidade temporal e a legitimar uma atuação hermenêutica mais elástica do julgador diante de um espaço maior de integração, complementação e concretização dessas normas de acordo com as exigências fáticas das inúmeras hipóteses que poderão surgir ao longo da história.

A pessoa é o centro de proteção do ordenamento e em torno dela devem gravitar os interesses privados e a tutela que lhes é conferida tendo em vista que um dos fundamentos sobre o qual se assenta o modelo político brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF).

Nesse redimensionamento do Direito Privado na atualidade, a pesquisa buscou primeiro: tentar compreender qual o papel da espécie normativa – cláusulas gerais – no

diploma civil; segundo: como a adoção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato refletiram-se sobre o redelineamento da principiologia contratual clássica, consolidando sua renovação; terceiro: compreender a hermenêutica constitucional como metodologia a fornecer os caminhos interpretativos para se proceder a leitura do Direito Privado e do direito contratual diante das cláusulas gerais, compatibilizando-os com a Constituição da República e fornecendo os critérios objetivos para se delimitar o alcance da atuação hermenêutica do julgador diante de normas abertas.

O direito contratual evidencia-se dotado de imperativo constitucional, assim como todo o Direito Privado, razão pela qual se sustenta não ser possível compreendê-lo sem valer-se da hermenêutica constitucional.

Mais: busca-se, também, analisar essa técnica legislativa aberta, porosa, pautada em diretrizes éticas e sociais a funcionalizar os institutos privatísticos como instrumentos que veiculam os valores-base do ordenamento e concretizam direta ou indiretamente os direitos fundamentais.

Levantar-se-á alguns questionamentos sobre a inter-relação existente entre as cláusulas abertas, os valores e a discricionariedade do intérprete diante de normas que lhe conferem legitimidade para complementá-las, integrá-las e concretizá-las de acordo com as exigências fáticas, sem, contudo, aprofundar-se nas questões jusfilosóficas sobre o valor, o que escaparia aos contornos limitados dessa pesquisa.

Essa leitura do Direito Privado, e especificamente da principiologia contratual, baseia-se na perspectiva de um sistema de Direito Civil Constitucional a considerar a permanente dialética entre as normas civis e as constitucionais na solução dos conflitos oriundos das relações privadas.

Concebem-se os institutos privatísticos como instrumentos de concretização dos valores constitucionais compatibilizando-se com uma Constituição dirigista que predispõe a

reconstrução do Direito Civil para, além da tutela de situações patrimoniais, direcionarem a uma tutela qualitativamente diversa, atenta aos valores existenciais.

Na primeira parte do trabalho, algumas considerações históricas sobre as relações privadas e a compreensão conceitual dos institutos privados nos períodos do Estado Liberal e do Estado Social foram tecidas, enfatizando-se as principais distinções conceituais em relação ao direito contratual em cada fase histórica, ressaltando-se os aspectos políticos, econômicos e sociais que envolvem o tema em cada período.

Ainda nessa parte, seguiram alguns apontamentos sobre as inflexões constitucionais no Direito Privado Brasileiro, aproximando-o da legalidade constitucional e estabelecendo um permanente procedimento dialético entre o direito civil e a Constituição cujo fio condutor é a principiologia axiológica de natureza constitucional, assentando o caráter civil-constitucional do Direito Privado na atualidade.

Levantam-se também, nesse contexto, algumas reflexões sobre a questão do valor: a substituição de valores ocorridos com as transformações do modelo político liberal para o social e a conseqüente inserção dessa renovação valorativa no campo do direito civil e este como instrumento de realização dos valores eleitos pela Constituição da República, num diálogo hermenêutico constante entre os valores fundamentais e o Direito Civil.

Na última parte desse primeiro capítulo analisa-se a hermenêutica constitucional como método interpretativo para proceder-se a leitura do direito civil-constitucional diante de normas abertas como as cláusulas gerais.

A questão que se coloca é a análise dos instrumentais da hermenêutica constitucional: os postulados da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da maior efetividade possível e da harmonização para uma interpretação válida e eficaz do direito civil sob a perspectiva de índole constitucional a guiar o intérprete no labor interpretativo das cláusulas gerais.

No segundo capítulo propõe-se a análise das diretrizes teóricas que constituem a base axiológica do direito privado brasileiro, estruturado em três cláusulas gerais principais: as cláusulas da eticidade, da socialidade e da operabilidade que têm nos valores eleitos pelo constituinte e na utilização da hermenêutica constitucional as diretrizes informadoras de sua aplicabilidade e os influxos que lhes dão conteúdo.

Num segundo momento desse capítulo, as diretrizes teóricas do direito contratual contemporâneo são traçadas, o papel que essa tipologia normativa desempenha na compreensão conceitual do instituto do contrato e de sua teoria geral, finalizando a terceira parte desse capítulo com uma tentativa de compreensão conceitual da natureza normativa das cláusulas gerais.

No terceiro capítulo, analisam-se os novos princípios sociais adotados pelo direito contratual: o princípio da função social do contrato, da boa-fé e da equivalência material que integram a principiologia informadora dos contratos.

No desenvolvimento desse capítulo, pesquisa-se o papel da função social no Direito Privado e, especificamente, o princípio da função social do contrato e suas implicações no direito contratual contemporâneo.

Na seqüência, desenvolve-se o estudo sobre a boa-fé em seus aspectos subjetivo e objetivo e seus reflexos no direito dos contratos, sendo recepcionada em sua acepção objetiva como um princípio informador dos contratos.

Outro princípio que ganha relevância é o da equivalência material dos contratos, cuja pesquisa tentou compreender seu conceito, estabelecer seu alcance e implicações no redimensionamento ou renovação da principiologia informadora da teoria contratual.

Na seqüência, o quarto capítulo objetivou revisitar os princípios clássicos atribuindo-lhes uma leitura na perspectiva civil-constitucional, enfatizando-se sua subsistência informativa na principiologia contratual atual, mas com contornos interpretativos

diferenciados, limites mais acentuados, força imperativa mais flexível, compatibilizando-se com a incorporação normativa de novos princípios sociais à estrutura principiológica do direito contratual dos nossos tempos.

Assim, desenvolve-se a análise da autonomia da vontade, da força obrigatória dos pactos, da relatividade dos efeitos do contrato e da intangibilidade contratual ressaltando-se seus redimensionamentos sem a clivagem direito público e privado e com a incidência da tutela de valores existenciais ao lado dos patrimoniais.

Já no quinto e último capítulo, a pesquisa se desenvolve no sentido de tentar estabelecer máximas limitativas à atividade judicial na dinâmica contratual, propondo que a razoabilidade e a proporcionalidade sejam critérios balizadores das medidas judiciais incidentes na dinâmica do direito contratual, de modo a evitar possíveis arbitrariedades ao poder discricionário dos julgadores, com maior autonomia no labor hermenêutico das cláusulas gerais e evitar possível insegurança jurídica quanto à funcionalidade primária do instituto no tráfego jurídico-econômico nacional.

A razoabilidade e a proporcionalidade estabelecem-se como critérios orientadores para a adequada interpretação das normas pelos magistrados, bem como, funcionam como instrumentos de controle e limitação à atuação judicial em matéria contratual no contexto de normas abertas.

Sustenta-se, desse modo, uma atividade judicial nem a mais, nem a menos, mas o suficiente para afastar as infrações às normas contratuais cogentes, restabelecer o equilíbrio dos pactos, preservando a dignidade da pessoa humana e veiculando a concretização dos direitos fundamentais de acordo com a opção legislativa constituinte em favor de um Estado Social, no qual os valores existenciais encontram-se tutelados também pelo diploma privado ao lado dos valores patrimoniais.

Os novos horizontes do direito privado brasileiro redelineados numa perspectiva de índole constitucional e, principalmente, o eclodir de um redimensionamento principiológico dos contratos com aspectos sociais de compreensão conceitual do instituto na atualidade, consistem, em apertada síntese, o escopo principal dessa pesquisa.

A pesquisa encontra-se dentro da área das Ciências Sociais Aplicadas, mais especificamente da área do Direito e orienta-se por vários referenciais teóricos. Em especial, pela obra do jurista italiano Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil Constitucional, seguidos por uma análise bibliográfica de outros autores com a finalidade de uma investigação crítica sobre a forma normativa das cláusulas gerais e o redelineamento da principiologia contratual contemporânea.

Concentra-se na linha de pesquisa críticas aos fundamentos da dogmática jurídica que tem como perspectiva a reflexão crítica sobre a temática em relação ao modelo de cientificidade positiva e sua dogmática no pensamento jurídico contemporâneo.

A metodologia utilizada orientou-se pelo método dialético-dedutivo, partindo-se da Constituição como premissa maior para se fazer a leitura hermenêutica do Direito Civil num permanente diálogo entre as duas fontes normativas para a adequada interpretação e concretização das cláusulas gerais do Código Civil e dos princípios contratuais na estrutura atual do Direito Privado Brasileiro.

Com o estudo, verificou-se que a modificação na técnica legislativa por meio da incorporação das cláusulas gerais, também a metodologia e a estrutura das fontes do direito privado alteraram-se, corroborando para a concretização das normas civis por meio de uma interpretação conforme os princípios, éticas e valores constitucionais a configurar um novo paradigma que centraliza a funcionalização de seus institutos e dos direitos jusprivatísticos sobre a pessoa e não mais sobre o patrimônio.

Nesse contexto, verificou-se também, que a reconstrução da dogmática do Direito Privado Brasileiro se desenvolve em coerência com a axiologia constitucional a assentar com o Código Civil de 2002, o que se denomina de Direito Civil-Constitucional, numa compreensão conceitual e interpretativa dos institutos privados, como o contrato, a exigir uma leitura do sistema civil em permanente diálogo entre o Direito Civil e o Direito Constitucional cujos valores eleitos pelo constituinte darão conteúdo objetivo as normas de tipologia aberta como as cláusulas gerais.

Analisou-se como a adoção das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva se refletiu na renovação da principiologia informadora do direito contratual, inferindo aos princípios contratuais clássicos uma leitura segundo a perspectiva civil-constitucional o que lhes provocou um redimensionamento normativo de acordo com os contornos interpretativos do direito contratual contemporâneo.

Ao final, analisou-se os possíveis critérios para se orientar e limitar a atuação judicial na dinâmica dos contratos diante da maior autonomia hermenêutica conferida ao julgador por normas de tipologia aberta como as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva a fim de que não se comprometa a funcionalidade do instituto do contrato, evitando-se que durante a atividade interpretativa das normas abertas, se caia no senso comum ou no subjetivismo do intérprete.

Sustentou-se que as três cláusulas gerais principais do Código Civil de 2002: a socialidade, a eticidade e a operabilidade são importantes critérios orientadores do labor hermenêutico do intérprete, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também funcionam como balizas norteadoras da atividade interpretativa e também, como meio de controle da atuação judicial na dinâmica dos contratos a fim de que esta se desenvolva dentro dos contornos que lhe é conferido pelo ordenamento: com uma maior autonomia ou flexibilidade hermenêutica, mas de forma regrada e vinculada.

Dessa forma, acredita-se que o equilíbrio entre o individual e o coletivo, o interesse privado e o social deve ser perquirido de modo que no caso concreto se pondere os valores colidentes, sopesando-os e atribuindo a ambos a maior efetividade possível, com o mínimo de restrição normativa a um deles.

Esse é o equilíbrio que deve ser buscado quando se fizer necessária a intervenção judicial nos contratos, cuja atuação não poderá ser a mais, nem a menos, mas o suficiente, adequada e necessária para promover o respeito às normas cogentes e a promoção do resultado que se busca alcançar.

## **CAPÍTULO I – HORIZONTES DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO**

### **1.1 Perfis do Estado Liberal e do Estado Social nas relações privadas**

O Direito Privado Brasileiro, há tempo, vem clamando por maiores aberturas a desafiar sua harmonia e utilidade com a complexidade da vida social em constante transformação que implica, também, em transformações na realidade normativa provocadas por essas mudanças na realidade social que o nosso tempo se acostuma ver cada vez mais fugazes.

Essa transitoriedade da realidade social desafia um Direito Civil que seja capaz de adequar-se às mutações fáticas para conseguir solucionar os conflitos de interesses que emergem do contexto social. Essa abertura se dá com a técnica de legislar por meio de normas abertas como as cláusulas gerais e os princípios para que o intérprete tenha uma maior possibilidade de adequar a norma às situações de fato e a lógica constitucional.

A importância dos aspectos econômicos, políticos, sociais e históricos se revelaram ao longo do desenvolvimento do direito privado brasileiro que recebe, à sua época, as influências resultantes da conjugação desses fatores a refletir sobre a ordem normativa.

Pietro Perlingieri (2007, p. 30) observa a dificuldade desse processo de adequação da norma ao fato e do fato à norma, pois quando se fala de norma faz-se referência a interpretação da norma vivente, resultante de um processo cultural da qual nasceu e sobre o qual irá incidir. Mas ressalta para a singularidade de seu destino, tendo em vista que ela exprime uma realidade historicamente passada e é chamada a intervir em uma realidade presente, muitas vezes diversa daquela originária.

Nesse sentido, o direito privado brasileiro deve ser compreendido a partir de um contexto histórico de transição de um modelo político de Estado Liberal para um Social a fim

de que se possa proceder à leitura de sua dogmática atual sob uma perspectiva civil-constitucional.

Fruto das doutrinas individualista e voluntarista consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX (TEPEDINO, 2001, p. 02), o legislador brasileiro expressa em suas normas o temor do indivíduo em relação ao Estado concebido à época como o maior obstáculo ao exercício da liberdade individual e, conseqüentemente, da livre iniciativa. (BONAVIDES, 2004, p. 40)

O indivíduo se opõe ao regime absolutista até então vigente, aspirando à necessidade de proteção de suas liberdades em face ao Estado que, à época, se manifesta como uma criação da vontade dos indivíduos que o compõem fundamentando-se nas doutrinas do contratualismo social. (BONAVIDES, 2004, p. 41)

Nesse contexto histórico de proteção da liberdade individual do qual o Estado era ameaçador, a legislação civil preocupa-se em tutelar essa liberdade subjetiva e seus desdobramentos nos principais institutos do direito privado, estruturando toda sua ordem normativa em preceitos individuais e patrimonialistas de proteção dessa liberdade.

Caracteriza-se, então, no final do século XVII, a liberdade como valor soberano do indivíduo na assertiva de que com sua preservação, outros valores estariam sendo igualmente protegidos de modo que se torna imperativo a não interferência do Estado na liberdade dos indivíduos de perquirirem seus interesses. (DUQUE, 2007, p. 29)

O Código Civil de 1916 foi resultante dos reflexos históricos da Revolução Industrial que ocorrera na França no século XVIII, recebendo influência de fontes históricas de inspiração francesa, portuguesa e germânica a influenciar estruturalmente o sistema positivo que refletia as escolhas políticas e o tipo de organização político-social da época em sua ordem normativa. (MARQUES, 1997)

Consolida-se, nessa fase, a concepção do indivíduo abstratamente considerado, numa abstração também, da liberdade que o ordenamento pressupõe igual a todos os indivíduos da nação junto com a concepção de igualdade formal (todos são iguais perante a lei). Proporciona-se o desenvolvimento e a manutenção do sistema capitalista, no qual se percebe o acúmulo de capitais e o surgimento de uma nova classe burguesa que já no século XVIII, concomitante com a Revolução Industrial, passou a lutar por maiores lucros por meio do incremento da produção. Eclode, nesse período, a Revolução Francesa que propugna pelas concepções de liberdade e individualismo. (DUQUE, 2007, p. 30-31)

A concepção do Estado Liberal pode ser mais bem compreendida com a visualização do papel do Estado nesse período que não era o de promover o bem estar geral, mas de remover os obstáculos que são postos para que cada indivíduo, singularmente considerado, alcance seu bem estar (individual) por meio das suas próprias capacidades e meios. (DUQUE, 2007, p. 30)

Em apertada síntese, a temática do Estado Liberal era a liberdade individual e seus limites. (BARROSO, 2003, p. 04)

Em consonância com essa concepção de liberdade fundada no voluntarismo individual, a teoria dos contratos reflete a compreensão da liberdade contratual como o poder do indivíduo de auto obrigar-se e pactuar o quê e como quiser (nos limites de não ofensa à ordem pública e aos bons costumes) atribuindo ao pacto validamente celebrado força vinculante.

A liberdade, como até então concebida, encobria as contradições fáticas dos indivíduos ao pressupor uma igualdade formal entre eles a gerar ainda mais desigualdades o que os princípios liberais não conseguiam resolver e, não as contendo, a realidade social começa a desconstruí-la, evidenciando sua abstração fática e sua funcionalização como um instrumento de opressão social dos fracos pelos fortes, representado pela sujeição daqueles a

vontade destes no cenário de liberdades e igualdades formais preconizados pelo liberalismo e incorporados pelo Código Civil Brasileiro de 1916. (TEPEDINO, 2001; MARQUES, 2006; NEGREIROS, 2002)

Gustavo Tepedino (2001, p. 02) elucida com clareza essa primeira fase do direito privado brasileiro como fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas do século XIX incorporadas pelo Código Civil de 1916:

Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.

As concepções liberais refletiram, também, sobre a compreensão do direito contratual à época com seu eixo estrutural, centrado na vontade e na liberdade (formal) dos indivíduos a ser garantida pelo ordenamento jurídico. O que ficou conhecido como a fase ou período do liberalismo clássico ou dos direitos individuais clássicos. (SARMENTO, 2003, p. 252)

À época, aspirava-se pela segurança no desenvolvimento das relações privadas de modo que ao Poder Público não caberia interferir na esfera privada, razão pela qual o Código Civil de 1916 ficou conhecido como verdadeira Constituição do direito privado. (TEPEDINO, 2001, p. 02)

Tal segurança, contudo, conforme esclarece o autor (2001, p. 03), não se referia aos resultados que a atividade privada alcançaria, mas sim, relacionava-se à disciplina balizadora dos negócios, à clareza quanto às regras do jogo. Dessa forma, ao direito civil cumpria o papel de garantir a atividade privada proporcionando sua estabilidade por meio de regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.

O século XIX marca a onipotência do positivismo jurídico, pensamento predominante à época na compreensão do Direito, cujas características essenciais são apontadas de forma simplificada por Luis Roberto Barroso (2003, p. 25):

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção<sup>1</sup>, herdado do formalismo alemão.

Essa segurança e estabilidade quanto às regras do jogo retratadas pelo Código Civil Brasileiro, a pouca interferência do Estado na economia, a crença na auto-regulamentação do mercado e do papel do Estado de garantir as regras do jogo abstendo-se de intervir na esfera privada entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20 e exige uma intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia. (TEPEDINO, 2001, p. 04)

Com o processo de industrialização e a massificação das relações privadas, evidenciavam-se as mazelas decorrentes do ideário da Revolução Francesa e com ela a incompatibilidade de conceber a liberdade e a igualdade desprovidas de seu suporte fático, a realidade sócio-econômica do século XX.

O declínio do pensamento positivista também se inicia e está associado à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, que promoveram a barbárie em nome da lei. Após a Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal já não tinha mais aceitação. (BARROSO, 2003, p. 26)

---

<sup>1</sup> “A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo”. (BARROSO, 2003, nota 50, p. 25)

Nesse cenário, tem início o declínio do liberalismo clássico e de seu ideal voluntarista suscitando a necessidade de intervenção do Estado que passa a fazer uso de leis excepcionais (leis de emergência), mas que ainda não alteram substancialmente as bases da dogmática civil do Código de 1916, mas instauram um período de economia dirigida. (TEPEDINO, 2001, p. 04-05)

Concomitante a essa fase histórica, também o instituto do contrato reflete a desconstrução e transformação de seus conceitos, sintetizando com clareza esse período, os dizeres de Cláudia Lima Marques (2007, p. 22):

Em síntese apertada, podemos afirmar que a primeira crise do contrato nasceu, na Revolução Industrial, com a massificação da produção e da distribuição indireta, depois do próprio contrato Standard e foi respondida pelo direito do consumidor. Cumpre, porém esclarecer que se o voluntarismo e, portanto, a concepção tradicional de contrato se encontraram efetivamente em declínio, para a idéia de contrato esta foi uma crise de transformação, uma crise de verdadeiro rejuvenescimento.

Com as frustrações sociais e jurídicas provocadas pelo liberalismo econômico do século XVIII que se desenvolveu durante o século XIX, o contrato, concebido como instrumento do exercício quase ilimitado da liberdade contratual que tinha na vontade seu centro valorativo, também inicia uma desconstrução de seus princípios clássicos, estruturados no individualismo e na abstração de seus conceitos para volver-se atentamente para os valores preconizados pelo Estado Social que eclode na segunda metade do século XX com as aspirações dos direitos sociais.

Nesse contexto, eclode também o pensamento pós-positivista<sup>2</sup>, que reintroduz no ordenamento positivo as idéias de justiça e legitimidade, resgatando valores e reaproximando a ética do Direito (BARROSO, 2003, p. 28-34) instaurando uma estrutura principiológica do Direito que irá influenciar a formação de uma moderna hermenêutica constitucional.

---

<sup>2</sup> “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* e a teoria dos direitos fundamentais”. (BARROSO, 2003, p. 27)

Em relação ao Código Civil, numa segunda fase interpretativa, percebe-se a perda de sua exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas e a legislação extravagante situa-se ao seu lado na regulamentação dos novos institutos surgidos com a evolução econômica, formando um direito especial em relação à codificação, no qual verifica-se a intervenção estatal assistencialista, a expressão da política legislativa do Estado Social (*Welfare State*) que se corporifica a partir dos anos 30 na Constituição Brasileira de 1934 dando início ao fenômeno jurídico do dirigismo contratual. (TEPEDINO, 2001, p. 06)

Surge, assim, um novo modelo político-jurídico, no qual o Estado já não figura mais como ameaçador da liberdade individual, mas aparece, agora, como uma figura pró-ativa, com características assistenciais e protecionistas do indivíduo circunstanciado (política, econômica e socialmente), até então, sacrificado pelas mazelas econômicas e sociais do sistema de produção capitalista vigente no período do liberalismo econômico.

O Estado surge, assim, com pretensões de figurar como um poder assistencial, intervencionista, regulador e promotor da igualdade substancial (igualdade real) entre os cidadãos, objetivando a tutela e a promoção dos direitos fundamentais que tem na dignidade da pessoa humana seu bem de maior valia e a base axiológica do sistema jurídico brasileiro.

O reclamo dos novos fatos sociais emergentes de uma realidade econômica industrial e pós-industrial reivindica um direito civil preocupado não mais com soluções subjetivistas, mas carente de um olhar mais atento e preocupado com o conteúdo e com as finalidades dos institutos jurídicos privados.

A preocupação com o aspecto social no desenvolvimento das relações privadas pode ser verificada já nas Constituições do pós-guerra, como a Brasileira de 1946 e a Italiana de 1948 que limitam a autonomia privada, a propriedade e o controle de bens. Assim, os textos constitucionais começam a definir princípios que antes eram exclusividade do direito privado,

tais como: a organização da família, a função social da propriedade, os limites da atividade econômica. (TEPEDINO, 2001, p. 07)

O Código Civil deixa de ser o centro normativo do direito privado e tem início, à época, o que se denomina de constitucionalização do direito civil, direito civil-constitucional, publicização do direito civil ou, ainda, despatrimonialização do direito civil (TEPEDINO, 2001, p. 02; PERLINGIERI, 2007, p. 33; FACHIN, 2008, p. 13). Embora ainda com a codificação de 1916 que reclamava a necessidade de uma significativa quantidade de legislações extravagantes para atender as demandas de uma nova realidade política, econômica e social que não estavam previstas em seu diploma legal. A própria função do Estado transforma-se e torna-se indispensável operacionalizar-se no novo cenário.

A Constituição de 1988 consolida a opção legislativa em favor de um Estado Social e seu compromisso com a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça consagrando e juridicizando esses valores como os mais relevantes do sistema jurídico brasileiro, com os quais toda a legislação infraconstitucional deve harmonizar-se. (FACHIN, 2008, p. 06)

Dessa forma, essas escolhas valorativas do legislador constituinte irão refletir na compreensão do direito privado brasileiro e apontar para a necessidade da releitura de seus principais institutos, tais como a propriedade, os contratos, a atividade econômica, a organização familiar, entre outros, que até então eram compreendidos dentro de um contexto liberal e voluntarista, a exigir do Estado um papel abstinente.

Nesse sentido, consolida-se o processo de conexão axiológica do direito civil com os valores constitucionais concomitantemente com o florescer de um processo de desconstrução de seus conceitos clássicos para sua posterior recompreensão dentro do contexto axiológico da Constituição Brasileira de 1988 por intermédio da técnica legislativa das cláusulas gerais e

dos princípios, cuja interpretação permite a eficácia direta dos princípios e valores constitucionais ao direito privado. (SARMENTO, 2003, p. 287)

Nas palavras de Gustavo Tepedino (2001, p. 08), no tocante a forma legislativa principiológica da Constituição Brasileira de 1988 que rompe com a exclusividade da técnica até então regulamentar:

O legislador fixa as diretrizes da política nacional do consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.

As discrepâncias sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, a refletir na política legislativa brasileira a partir do século XX e a insuficiência da codificação civil para solucionar as demandas contingentes e conjunturais fez com que o Estado Legislador se movimentasse por meio de leis extravagantes, permitindo que situações não previstas pelo Código pudessem ser reguladas pelo Estado de forma emergencial. (TEPEDINO, 2001, p. 05)

As leis extravagantes giravam em torno do Código Civil com características de uma legislação de emergência sem comprometer a centralidade e unidade do Código na regulação das relações privadas. Esse quadro com caracteres de excepcionalidade foi pouco a pouco sendo alterado, o que levou as legislações extravagantes serem reguladoras de novos institutos com características de especialização e, por isso, figurando como um direito especial paralelo ao direito comum regulado pelo código o que corroborou para alterar a própria dogmática do direito civil, levando a cabo a longa intervenção assistencialista do legislador a corporificar no Brasil, a partir dos anos 30, o Estado Social por meio do assento constitucional de 1934,

consolidando no direito das obrigações o fenômeno do dirigismo contratual. (TEPEDINO, 2001, p. 05-06)

No decorrer da história do direito privado brasileiro, o liberalismo econômico do século passado revelou-se insuficiente para solucionar as dificuldades econômicas a evidenciar que a garantia dos direitos de liberdade nos moldes liberais também pode ser instrumento de opressão e, portanto, veículo de desrespeito aos direitos fundamentais dos indivíduos e até mesmo de sua negativa.

Inserem-se assim, nas cartas políticas do pós-guerra, princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada a demarcar limites para a autonomia da vontade, a propriedade e para o controle de bens. O Código Civil perde seu papel de “Constituição do direito privado” e a Constituição passa a definir princípios sobre temas anteriormente regulados exclusivamente pela codificação civil. (TEPEDINO, 2001, p. 07)

No Estado Social, as aspirações são para uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o papel do Estado não é apenas garantir os direitos, mas regulamentá-los, promovê-los e protegê-los de qualquer forma de agressão.

Dessa forma, a atuação do Estado deve estar vinculada aos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização, ou seja, o Estado torna-se um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais não só por meio da interpretação das normas constitucionais, mas também pela interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com o conteúdo valorativo da Constituição que limita a compreensão do direito infraconstitucional e confere unidade sistêmica ao ordenamento jurídico brasileiro.

Contrapõe-se assim, a concepção do direito privado sob a óptica do Estado Liberal a sua concepção atual sob a óptica do Estado Social cujos axiomas foram incorporados pelo Código Civil vigente.

O Estado Social tem como objetivo buscar a justiça social, o bem comum, o interesse social, o equilíbrio entre a igualdade substancial e a liberdade material, problemas que as perspectivas do Estado Liberal por meio do liberalismo econômico e do voluntarismo dos interesses privados não conseguiram resolver.

A figura do Estado, nesse contexto, surge como a de Estado Providência no qual os direitos conquistados são de caráter prestacional, assistencial, levando a um redimensionamento das funções do Estado e, também, impondo uma revisão dos conceitos e institutos do direito privado diante da centralidade e primazia dos direitos fundamentais conferida pela Constituição de 1988, fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. (SARMENTO, 2003, p. 280)

Abandona-se, assim, a perspectiva subjetivista-liberal na compreensão dos direitos fundamentais e também do direito civil a exigir do intérprete uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo valendo-se da hermenêutica constitucional para a interpretação do direito privado brasileiro na atualidade.

Tal enfoque pode ser verificado nos dizeres de Gustavo Tepedino (2001, p. 13):

Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais.

Dessa forma, o direito civil deve ser interpretado nos termos da Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais não funcionam apenas como limites ao exercício dos direitos individuais, conforme a concepção liberalista, mas funcionalizam-se como diretrizes para o exercício dos direitos tanto para os seus titulares quanto para o Legislativo, Executivo e o Judiciário.

O Código Civil de 2002, por meio da utilização de cláusulas gerais, dota que são de certa vagueza semântica e abstração de seus dispositivos, permite ao agente do direito ao interpretá-las, dar-lhes conteúdo objetivo a produzir direitos subjetivos fruíveis em conformidade com o conjunto valorativo da Constituição, ou seja, no momento de interpretação/aplicação da norma civil é possível atribuir efetividade aos direitos fundamentais e concretizá-los no caso concreto.

Gustavo Tepedino (2001, p. 13) ressalta ser forçoso para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição, pois o contrário não parece ser admitido tendo em vista o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil, particularmente quando trata da propriedade, dos direitos da personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família.

Daniel Sarmento (2003, p. 253-254), em relação aos direitos fundamentais, observa sua dupla dimensão, porque no constitucionalismo liberal os direitos fundamentais eram visualizados a partir de uma perspectiva subjetiva, impondo certas prestações e limites aos poderes estatais, mas diante da concepção do constitucionalismo social, tais direitos constituem, simultaneamente, o papel de fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo, mas, também, constituem as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo, convertendo-se em norte da atuação estatal.

No Estado Liberal os direitos fundamentais caracterizavam-se como direitos subjetivos a proteger o indivíduo do Estado, limitando sua atuação em temas relacionados à atividade privada. Já no Estado Social, os direitos fundamentais além de seu aspecto de direitos subjetivos, figuram também como compromissos assumidos pelo legislador constituinte não só de proteção, mas os impõe como deveres sociais a direcionar uma atuação

estatal positiva, no sentido de promovê-los por meio de toda legislação ordinária, atribuindo-lhes uma dimensão objetiva.

Essa dimensão dos direitos fundamentais irradia-se para o âmbito do direito privado que se consolida como normas consagradoras dos efeitos jurídicos concretos dessa objetividade conferida aos direitos fundamentais.

É o que se verifica, atualmente, na compreensão do direito privado brasileiro, pois o legislador não se limita a regulamentar apenas as relações patrimoniais, mas com base nos direitos fundamentais, impõe deveres extra patrimoniais nas relações privadas, tais como os deveres de conduta, expressos pelas cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato e da propriedade, dos deveres assistenciais no tocante a organização familiar, entre outros, tendo em vista a tutela da pessoa, o respeito e o encargo (pretensão do papel do Estado no constitucionalismo social) de promoção dos direitos fundamentais não só diretamente pelo texto constitucional, mas também por meio da incidência deste na legislação ordinária.

Nesse sentido, assinala Daniel Sarmiento (2003, p. 255):

No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva catapulta os direitos fundamentais para o âmbito privado, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinadas pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Assim, o legislador privado deverá assumir o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser visitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional.

Importa esclarecer que se entende que os direitos sociais são direitos fundamentais, pois são imprescindíveis para a realização das condições materiais de vida, seja no âmbito político, econômico ou social. (DUQUE, 2007, p. 53)

Como bem observa Luiz Edson Fachin (2008, p. 06):

Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a

dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à uma emancipação.

O direito privado brasileiro, nesse contexto, veio adequar-se a esse cenário jurídico-político dos direitos sociais, consolidado pela Constituição de 1988, direcionando a leitura do Código Civil à luz dos valores por ela consagrados.

Daí, a importância da Constituição que reside no centro do ordenamento social, aplicando-se direta e imediatamente nas relações privadas. E, como nela está o centro irradiador, a edição de leis posteriores não cria novos direitos, cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional, mas regulamenta e explicita o conteúdo latente do texto constitucional. (FACHIN, 2008, p. 07)

Nesse contexto valorativo, toda lei deve ser coerente com a Constituição o que não é diferente com o Código Civil de 2002, pois o papel unificador do sistema cabe de forma cada vez mais incisiva ao texto constitucional, rompendo com a centralidade de outrora conferida à codificação civilista à época do Estado Liberal a desafiar, nesse sentido, o trabalho hermenêutico do intérprete para fazer a leitura dos microssistemas do ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a principiologia axiológica de índole constitucional, reconduzindo-os sempre à unidade.

Desse modo, far-se-á necessário o diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, o que o legislador ordinário possibilitou por via das cláusulas gerais que interpretadas em conformidade com a Constituição, encontrará nestas seus limites, mas também, um campo de possibilidade interpretativa para proceder à leitura prospectiva<sup>3</sup> das

---

<sup>3</sup> De acordo com a tríplice dimensão da Constituição: formal (apreendendo as regras e princípios expressos no texto constitucional), substancial (apreendendo a Constituição efetivada pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pela incidência dos princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos do texto constitucional) e a prospectiva, a qual se vincula a ação permanente e contínua, num sistema aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que concerne à tríplice base fundante do governo jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família. (FACHIN, 2008)

normas civis à luz do caso concreto, intentando fugir de duas armadilhas comuns: de um lado, o senso comum, e de outro, o arbítrio das razões subjetivas. (FACHIN, 2008, p. 08)

A Constituição como orientadora e como diploma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, num dialogar permanente com o Direito Privado, viabiliza, também por meio dos institutos privatísticos, a efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da proteção da pessoa e sua dignidade, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, corroborando para a busca de uma sociedade que se pretende justa, igualitária e solidária.

Nesse sentido, corrobora os dizeres de Pietro Perlingieri (2007, p. 06):

O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre o poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

Ressalta ainda, o autor (2007, p. 06), que além do respeito aos valores e direitos fundamentais, a questão não reside na disposição topográfica (código, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas no caso concreto, procurando sua resposta no sistema como um todo e não de forma fragmentada.

E nesse horizonte de renovação, a proposta legislativa de compreensão do direito privado na atualidade dá-se no diálogo constante deste com o Direito Constitucional, numa incidência permanente da principiologia axiológica de índole constitucional sobre as relações interprivadas.

Nesse caminho de renovação, o Direito Privado se constrói por meio do Direito Civil-Constitucional, que tem no texto constitucional seu fio condutor de eficácia direta e imediata, fazendo do direito constitucional, nas palavras de Fachin (2008, p. 20): “ao mesmo tempo regra e norma de intensidade suficiente para iluminar os casos concretos e dar ensejo a uma jurisprudência criadora e construtiva”.

Diante dessas transformações históricas, da passagem do Estado Liberal para o Social, a irradiar efeitos que se projetaram sobre o Direito Constitucional e o Direito Privado brasileiro, recolhe-se, oportuna, a lição de Pietro Perlingieri (2007, p. 34): “é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.

## **1.2 Inflexões Constitucionais no Direito Privado Brasileiro: valores e cláusulas gerais**

O Direito Civil contemporâneo evidencia a inflexão de seu trajeto como resultado dos efeitos projetados sobre o direito privado oriundos das transformações históricas no período do Estado Liberal ao do Estado Social de nossos dias.

Diante dessas inflexões tomadas pelo direito civil na contemporaneidade, bem observa Luiz Edson Fachin (2008, p. 14) sobre a evolução do Direito formal do qual se chegou à legalidade constitucional, tomando o direito civil como norma vinculante os princípios constitucionais e reconhecendo a pluralidade de fontes, avançando assim mais nas dúvidas do que nas certezas.

Observa Tejerina Velázquez (2003, p. 02) a preocupação com a centralidade do código e o problema de fontes e metodologia como questão que pode comprometer essa centralidade.

Consta que o Código Civil perde relevância no sistema de fontes e sua centralidade já não se volta para o Direito Civil, mas é substituída por outra norma: a Constituição que passa a ser o centro do sistema.

Essas transformações no estado das fontes também sugerem uma reflexão acerca do método (TEJERINA VELÁZQUEZ, 2002, p. 02). Como se fazer a leitura jurídica das normas civis nesse contexto?

No território plural que permeia a sociedade atual, o Direito Civil constitucionaliza-se evidenciando três superações de acordo com a teoria crítica do direito em relação à concepção do Direito Civil no período histórico antecessor:

[...] a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica e a da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade. Apreende-se nela, como método, um procedimento dialético problematizante assentado na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos atribuíveis ao campo jurídico. (FACHIN, 2008, p. 14)

O Direito Civil se apresenta em movimento, uma construção e reconstrução permanente sob o fio condutor da principiologia axiológica de natureza constitucional, superando-se o ciclo histórico do individualismo exacerbado e a evidenciar um Direito Civil que substitui a individualidade pela coexistencialidade, pela busca do equilíbrio entre o individual e o coletivo.

Nesse contexto de coexistência, de diversidade não é possível aferir uma separação absoluta entre o espaço público e o privado, pois muitas vezes os interesses de uma e de outra natureza se interpenetram, bem como as normas incidem sobre o direito privado como sobre o direito público, como é o caso da cláusula geral da função social que se traduz no princípio da função social do contrato no direito contratual contemporâneo.

Bem observa Tejerina Velázquez (2002, p. 03) quanto à finalidade que se impõe ao Estado e ao agir privado na realização de fins estabelecidos pelo legislador:

Significa que junto às normas de tradição liberal que garantem os poderes dos particulares e os protegem das ingerências do poder público, encontram-se agora *normas de finalidade* que determinam ao Estado e aos particulares fins a perseguir ou indicam resultados úteis ao bem comum.

No caso da finalidade social atribuída ao contrato, a sua inobservância em qualquer espécie contratual que a enseje, seja de direito público ou privado, o negócio jurídico pode reclamar sua revisão judicial, podendo ter um desfecho não previsto ou acordado pelas partes.

Diante dos horizontes renovados do Direito Privado Brasileiro está o Direito Civil-Constitucional que apresenta sua dogmática repersonalizada e com assento na principiologia axiológica constitucional e na metódica das circunstâncias, ou seja, na problematização e individuação das circunstâncias do caso concreto.

As cláusulas gerais, nesse sentido, trazem uma linguagem normativa programática a veicular os valores e finalidades eleitos pelo sistema, de modo a concretizá-los no caso concreto. A essência da lei civil é modificada, pois agora se permite a dialética entre a Constituição e o Código Civil, de modo que as normas daquela incidem diretamente nesta.

Com isso, os compromissos assumidos pelo constituinte também incidem normativamente no agir privado que agora se encontra direcionado para que no contexto de suas relações interprivadas, realize as “metas” políticas assumidas pelo legislador originário.

As cláusulas gerais suscitam, também, algumas idéias relativas ao valor devido ao seu vazio axiológico: o valor vale ou o valor é? A norma tem um valor, é um valor ou veicula um valor?

Não se pretende aqui, aprofundar-se no tema, que não é o objeto da pesquisa, mas apenas levantar algumas indagações a provocar algumas reflexões.

A natureza jusfilosófica desses questionamentos parece complicar ainda mais a análise dessa espécie normativa adotada pelo legislador civil, razão pela qual não se tem a pretensão neste trabalho de aprofundá-las ou almejar a busca por respostas cerradas que coloque fim a celeuma filosófica sobre o tema a se arrastar pelos pensamentos científicos ao longo da história, mas, apenas, pretende-se desenvolver algumas reflexões acerca do valor.

A norma sempre nasce de um processo de valoração realizado por seu elaborador dentre as várias possibilidades existentes a se basear num juízo de valor, pois para que haja uma norma pressupõe-se uma anterior estimativa a dar-lhe sentido e a objetivar determinado efeito jurídico. (DINIZ, 1995, p. 258)

A norma, contudo, não é um valor, mas um veículo de realização de um determinado valor que poderá estar em seu dispositivo, em outros campos do sistema jurídico ou ainda estar extra-sistêmico (tradição) e nele ingressar por meio da interpretação de uma norma aberta como as cláusulas gerais, os princípios, os conceitos indeterminados.

Explica Larenz (1997, p. 164) que em muitos casos, a decisão não provém apenas da lei ou das valorações do legislador, como é o caso das cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Salienta que nessas espécies normativas, para interpretá-las, o juiz terá que preenchê-las com uma valoração adicional.

Essa valoração do juiz, ao interpretar as cláusulas gerais do Código Civil, terá que ser suscetível de fundamentação objetiva e realizar-se dentro dos limites valorativos conferidos pelo sistema jurídico, o que Larenz (1997, p. 167) denomina de “valorações adequadas”.

É nesse sentido que o julgador deve orientar sua decisão valorativa na concretização de normas como as cláusulas gerais, guiando-se pelo conteúdo axiológico da Constituição como valores-base estruturantes do ordenamento jurídico, embora as idéias valorativas dominantes comportem lacunas e sofram permanente mutação. (LARENZ, 1997, p. 168 e ss)

Como bem observa Padilha (2006, p. 73), em sua análise sobre a decidibilidade judicial sobre o direito difuso do meio ambiente diante da interpretação de normas abertas, o processo hermenêutico de interpretação dos conteúdos normativos está, sempre, afeto a um preenchimento valorativo, impondo uma atuação jurisdicional mais efetiva.

Que se exigirá também no tocante as normas abertas reguladoras do direito contratual contemporâneo de base civil-constitucional quanto a sua interpretação e aplicação pelo julgador.

A Constituição Federal ocupa o centro do ordenamento e tem aplicabilidade direta sobre as normas infraconstitucionais, não só quando estas forem omissas ou apresentarem lacunas, mas também na construção hermenêutica de seus conteúdos, pois é o texto constitucional que determinará o conteúdo e o alcance das normas ordinárias tendo em vista que no corpo da Constituição estão expressos os valores adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, os quais as normas ordinárias no momento de sua aplicação devem operacionalizar.

Pietro Perlingieri (2007, p. 12) discorre sobre a norma constitucional como norma primária e justificadora, mas também como parte integrante da normativa e não apenas como mera regra hermenêutica:

Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Ressalte-se, contudo, que tais mudanças valorativas não são novas, pois apenas confirmam tendências e opções, anteriormente já consideradas pela doutrina e jurisprudência, mas que com o Código Civil de 2002 são incorporadas pela codificação.

Conforme ressalva Luiz Edson Fachin (2008, p. 20), o caráter civil-constitucional do ordenamento jurídico e a incidência eficaz direta e imediata dos princípios constitucionais não são apenas diretivas ou meros conselhos constitucionais e nem edifica uma nova *fattispecie* hermenêutica, mas ensejam uma construção de uma permanente interrogação que almeja saber para que serve o Direito e a quem serve o Direito, na superação dos dogmatismos conceituais e da rigidez dos códigos que levem a efetividade dos direitos fundamentais.

Com a opção pelo Estado Social, a República tem seus objetivos fundamentais, os valores sociais, expressos nos artigos 1º<sup>4</sup> e 3º<sup>5</sup> da Constituição que elege a pessoa humana como o valor base do ordenamento jurídico brasileiro, impondo além da pessoa como eixo valorativo do sistema, também a isonomia formal (igualdade formal) ao lado da igualdade substancial e a justiça retributiva ao lado da justiça distributiva.

Os valores eleitos pela Constituição atribuem aos principais institutos do direito privado, como o contrato e a propriedade, conteúdo constitucionalmente determinado, impondo ao intérprete as diretrizes e limites hermenêuticos a sua compreensão.

O diálogo entre o Direito Civil e os Direitos fundamentais traz à colação nas relações privadas, o debate sobre os limites exógenos da propriedade e do contrato, a teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. (FACHIN, 2008, p. 19)

As palavras de Gustav Radbruch (1997, p. 256) sintetizam com clareza essa substituição de valores em um ordenamento jurídico:

É precisamente na medida em que este direito social se esforça por tornar bem evidente a diferenciação social dos indivíduos, atendendo à sua diversa situação de fraqueza ou de força e tornando possível a protecção de um e a limitação do poder de outros, que, pode dizer-se, ele substitui ao pensamento liberal da igualdade o pensamento social da equiparação – à justiça comutativa à justiça distributiva – e coloca, enfim, no lugar do *governe-se cada um como puder* a assistência social organizada e especialmente a assistência do Estado.

Nesse contexto, as situações jurídicas patrimoniais e os interesses da iniciativa econômica devem voltar-se para o atendimento desses valores, bem como, funcionalizar sua

---

<sup>4</sup> 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: I – a soberania; II – a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo jurídico. Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>5</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

promoção por meio de seus institutos. É o que Canaris (1996, p. 75) denomina de adequação dos valores escolhidos pelo legislador num sistema de unidade interna e adequação da ordem jurídica (sistema axiológico ou teleológico)<sup>6</sup>:

[...] uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas conseqüências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores (seja através de legislação, seja por via da interpretação criativa do Direito).

As normas civis que antes eram lidas com inspirações liberais, agora passam a ser lidas e aplicadas de acordo com a solidariedade constitucional e por meio da hermenêutica constitucional, tendo em vista que, a definição legislativa não tem força meramente indicativa ou explicativa, mas é vinculante para o intérprete que de acordo com o conteúdo e o valor que a cada vez a interpretação sistemática e unitária do ordenamento lhe atribui. (PERLINGIERI, 2007, p. 29)

Importa esclarecer, nesse contexto valorativo, valendo-nos ainda dos ensinamentos do autor, que o valor é unitário, mas seus aspectos são múltiplos: políticos, sociológicos, filosóficos, jurídicos. Dessa forma, o valor se torna o resultado sincrético, devido a seus variados aspectos que concorrem entre si. (PERLINGIERI, 2007, p. 30)

Mas qual o papel dos valores para o Direito? Eles são as referências, um ponto de apoio seguro sobre o qual se funda um dado normativo no contínuo processo de adequação da norma ao fato e do fato à norma durante o labor hermenêutico. (PERLINGIERI, 2007, p. 30-31)

Ressalte-se que, os valores aos quais se deve fazer referência no desenvolvimento da atividade hermenêutica são os valores jurídicos, pois o Direito nasce como uma síntese e

---

<sup>6</sup> Canaris (1996) denomina sistema axiológico ou teleológico não apenas no sentido de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e valores, portando no sentido no qual a jurisprudência das valorações é equiparada à jurisprudência teleológica.

equilíbrio entre os valores impostos e os valores livremente escolhidos, sendo que a busca por esse equilíbrio é o problema de base do ordenamento. (PERLINGIERI, 2007, p. 31)

O Direito civil-constitucional busca a realização dos valores jurídicos, eleitos pela Constituição por meio também, do espaço privado, em geral destinado à tutela dos valores livremente escolhidos dentro do espaço legal reservado à autonomia privada.

Evidencia-se, nesse sentido, dentro do direito civil-constitucional a revalorização dos interesses presentes nos institutos privatísticos em conformidade com a tipologia histórico-social da Constituição, na qual coexiste a tutela aos interesses patrimoniais ao lado dos interesses existenciais que se projetam sobre o direito civil contemporâneo, a gerar a funcionalização de seus institutos como instrumentos de veiculação e concretização dos direitos fundamentais.

Esse diálogo hermenêutico entre os valores fundamentais (Constituição) e o Direito Civil é o que Canaris (1996, p. 126) denomina de dialética geral, onde a alteração do primeiro é sucedida necessariamente por modificações no sistema objetivo (codificação).

O Direito Privado Brasileiro vigente, assim como seu inspirador o sistema germânico, caracterizam-se como um sistema imóvel, mas apresentam pontos de vista valorativos móvel que são veiculados por meio das cláusulas gerais, tais como os bons costumes, o interesse social, a boa-fé, a probidade, entre outras que são normas de aplicabilidade direta e não apenas cláusulas de intenção.

Nesse sentido é o pensamento de Canaris (1996, p. 137):

Encontram-se numerosos exemplos da mobilidade do sistema, em especial onde as previsões normativas rígidas se complementam e acomodam através de cláusulas gerais: para determinar se um despedimento é anti-social, se existe um fundamento importante, se um negócio jurídico ou um comportamento são contrários aos bons costumes, etc. [...] O Direito positivo compreende, portanto, partes do sistema imóveis e móveis, com predomínio básico das primeiras.

Ressalte-se que, essa mobilidade do sistema conferida por normas abertas, tais como as cláusulas gerais, apreende uma carência de conteúdo valorativo rígido, uma vez que este será determinado no momento da aplicação da norma, como resultado do trabalho hermenêutico-constitucional levando-se sempre em conta os valores jurídicos do período histórico-situacional de efetivação dessas normas, razão pela qual lhe conferem mobilidade dentro do sistema.

Orlando de Carvalho (1995, p. 90) observa que essa repersonalização do direito civil assentada em uma diretriz personalista tende a incidir sobre todo o Direito, pois se trata de um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.

Nesse sentido, Tejerina Velázquez (2007, p. 13) afirma com propriedade que: “Propiciar que o Direito fomente um Estado ‘ético-político’, há de, paralelamente, ajudar o desenvolvimento humano com liberdade”.

É nessa perspectiva civil-constitucional ou metodologia civil-constitucional fundada juridicamente na supremacia da Constituição e na incidência direta de suas regras, princípios e valores sobre o Direito Civil, que também passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza proteção ao consumidor articulando o direito contratual com o projeto social da ordem jurídica em vigor no país. (NEGREIROS, 2002, p. 93-107)

O direito contratual contemporâneo lê seus princípios clássicos<sup>7</sup>, segundo a óptica civil-constitucional, renovando-se conceitualmente e articulando-se com os novos princípios<sup>8</sup> trazidos pela óptica solidarista e que encontram seu fundamento na Constituição seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), seja

---

<sup>7</sup> Faz-se referência aos princípios contratuais segundo a concepção da teoria contratual clássica vigente à época do período histórico do Estado Liberal, a saber: autonomia da vontade, força obrigatória dos pactos e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

<sup>8</sup> Refere-se aqui, aos princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio econômico ou material dos contratos. (NEGREIROS, 2006, p. 105)

como princípios instrumentais da óptica solidarista (art. 3, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art. 170 e ss.) que o direito contratual é parte integrante. (NEGREIROS, 2002)

Verifica-se, assim, que na atual compreensão do direito privado brasileiro, como um sistema civil-constitucional aberto, poroso e plural<sup>9</sup>, já não se faz mais possível à distinção entre o Direito Público e o Direito Privado com base apenas na intervenção pública na esfera dos interesses do direito privado, tendo em vista a interpenetração dos espaços públicos e privados, mas far-se-á, agora, com base no interesse preponderante, embora em alguns temas seja difícil visualizar sua natureza, tendo em vista a evolução do mundo tecnológico e as situações nas quais o sujeito de direito se insere. (FACHIN, 2008, p. 07-15)

Reelabora-se, assim, a dogmática do direito civil à medida que se alteram as relações entre o cidadão e o Estado e a natureza híbrida de alguns temas que emergem da conjugação da evolução tecnológica e da sociedade contemporânea.

Nessa perspectiva civil-constitucional, as cláusulas gerais do Código Civil, assim como as normas constitucionais, carecem de um sentido fixo, imutável, razão pela qual necessitam de uma interpretação dinâmica, sempre conjugando o sistema de valores adotados pelo legislador constituinte e o sistema real de valores da sociedade que poderá variar no contexto histórico.

Assim, é por meio da atividade hermenêutica do intérprete que se dará a efetividade da norma que se vai aplicar ao caso concreto, determinando seu alcance e objetivo. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 47) esclarece-nos:

Quando se lê um dispositivo, acredita-se que se aplique a inúmeras situações. É exatamente a interpretação que vai aclarar qual o objetivo, o alvo daquela norma, determinando seu raio de alcance face aos inúmeros

---

<sup>9</sup> Em harmonia também, com o pensamento de Gustavo Tepedino (2001), Pietro Perlingieri (2007), Luiz Edson Fachin (2008) e Bruna Lyra Duque (2007).

casos concretos que surgem. [...] A interpretação obriga uma opção, dentre as escolhas possíveis, por aquela que seja a melhor.

Esse diálogo permanente entre a Constituição e o Código Civil de 2002 só será possível por via da hermenêutica constitucional na interpretação das cláusulas gerais, delimitando seu alcance e determinando seu conteúdo no caso concreto de modo a respeitar e concretizar as escolhas valorativas da República, para que a mobilidade que conferem ao sistema do direito civil faça com que este se mantenha operacional diante da realidade complexa em função da qual existe.

As inflexões constitucionais no direito privado brasileiro e suas cláusulas abertas desafiam uma interpretação sistêmica, valorativa e dinâmica, pois conforme ressalva Gustav Radbruch (1997, p. 288): “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”.

Dessa forma, as hipóteses concretas que não foram primariamente previstas pelo legislador ordinário e o constituinte, com a técnica legislativa das cláusulas gerais, carecidas que são de preenchimento valorativo e conteúdo rígido, torna-se possível manter a unidade valorativa do sistema jurídico atribuindo às normas civis um caráter de relatividade no que se refere a sua interpretação em consonância com uma determinada situação histórica e o pensamento jurídico geral<sup>10</sup>, como o que ocorreu com o Direito Contratual cuja mudança do pensamento jurídico geral em determinado momento histórico reconduziu sua compreensão atual a valores ético-jurídicos e sociais (Estado Social), o que anteriormente era assentado apenas nos valores liberais do século XIX.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Expressão utilizada no sentido atribuído por Karl Larenz (1997, p. 191 e ss.) em Metodologia da Ciência do Direito.

<sup>11</sup> “O Estado Liberal tem em vista uma sociedade livre da gestão ou direção do poder. O Estado Social intervém na sociedade para transformá-la”. (DUQUE, 2007, p. 53)

O Direito Privado Brasileiro apresenta-se revitalizado, com sua normativa definida por um renovado contexto axiológico que culmina também na renovação de sua metodologia interpretativa, pois seus institutos estão harmonizados com os valores constitucionais e funcionalizados para que as normas civis os veiculem e os concretizem numa integração hermenêutica constante do Código Civil com as leis especiais e com a Constituição Brasileira.

O Direito Privado contemporâneo tem um novo cânone de interpretação de sua dogmática: reconstruindo-a por via da interpretação objetiva das normas constitucionais e sua incidência direta e imediata nas relações pertinentes ao direito civil contemporâneo, que segundo Fachin (2008, p. 17) “revela a coerência da construção que recolhe a força criadora dos fatos por meio da porosidade constitucional”.

Torna-se assim, um desafio, a construção e reconstrução sistêmica da dogmática do direito civil na articulação contínua entre a tutela dos valores eleitos pela República e sua concretização nas relações interprivadas por meio da aplicação das cláusulas gerais.

Importante, todavia, compreender de que forma se dará a leitura dessas cláusulas abertas no sistema positivo que configura considerável abertura com largo reclamo a atividade do intérprete do direito para concretização de suas normas.

Segue-se, assim, na tentativa de construir esse entendimento a mercê dessa espécie normativa cujo conteúdo precisa ser preenchido pelo intérprete, consolidando uma estrutura principiológica do direito civil que é a tônica da própria Constituição Federal.

### **1.3 Hermenêutica Constitucional: A releitura do Direito Civil diante das cláusulas gerais**

A Constituição Brasileira de 1988 é uma construção sistêmica constituída por regras e princípios que encampam opções axiológicas.

As regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, seja ela uma imposição, uma permissão ou uma proibição como exemplo, a regra sobre a maioria que no ordenamento jurídico brasileiro dá-se aos dezoito anos. (CANOTILHO, 1999, p. 1087)

Elas caracterizam-se pelo conteúdo normativo definido rigidamente pelo legislador, aplicando-se no modo tudo ou nada (DWORKIN, 2002, p. 39), podendo ou não ser cumpridas, não autorizando sua ponderação pelo intérprete e no caso de apresentarem antinomias, excluem-se.

Já os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, podendo ser objeto de ponderação e harmonização em caso de conflito, pois são normas jurídicas de otimização, com grau de abstração elevado e por isso, permitem vários graus de concretização de acordo com a situação fática e jurídica. (CANOTILHO, 1999, 1086-1087)

Ressalte-se que para Dworkin (2002), os princípios apresentam uma dimensão de peso *prima facie* o que não solucionaria o problema da interpretação de normas abertas como as cláusulas gerais e os princípios, já para autores como Alexy (2003) e Canotilho (1999), essa dimensão de peso será atribuída ao princípio no momento de sua aplicação ao caso concreto por meio do processo de ponderação que é o procedimento aplicado de acordo com os dados fáticos para se fazer o sopesamento entre os princípios e seus valores tutelados durante o labor hermenêutico.

Nesse sentido não há que se falar em hierarquia normativa entre os princípios e seus valores numa possível colisão de direitos em matéria contratual. Mas, a abertura normativa conferida às normas reguladoras do direito contratual amplia o alcance da atuação judicial na atividade interpretativa.

Contudo, essa maior discricionariedade hermenêutica não poderá ser exercida de forma aleatória, subjetiva, mas em razão de alguns critérios objetivos e vinculativos para o julgador, acredita-se que tais critérios serão fornecidos pela hermenêutica constitucional.

Dessa forma, a qualitatividade das renovadas formas legislativas do direito civil construir-se-á por via da hermenêutica constitucional na interpretação das cláusulas gerais do Código Civil, fazendo-se a leitura não só das cláusulas gerais, mas de todo o contexto normativo do Direito Privado Brasileiro em conformidade com os princípios de interpretação constitucional (COELHO, 2007, p. 96) ou postulados (BASTOS, 2002, p. 170): da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da maior efetividade possível e da harmonização.

Para proceder-se esse labor hermenêutico na leitura sistêmica da Constituição, far-se-á necessária a compreensão dessas categorias normativas e de alguns elementos extraídos do próprio constitucionalismo e não propriamente do texto constitucional que se caracterizam como instrumentais hermenêuticos a fornecer critérios interpretativos, sem os quais não é possível interpretar a Constituição, designados como postulados ou axiomas (BASTOS, 2002, p. 165-167) ou como princípios estruturantes (CANOTILHO, 1999, p. 1109).

Durante a atividade interpretativa, tais elementos devem ser conjugados no seu todo, não podendo o intérprete valer-se de um ou outro isoladamente, mas apenas na sua totalidade, pois é por meio desses postulados/princípios de interpretação que a atividade interpretativa do julgador deverá desenvolver-se.

Tais postulados figuram como um limite à subjetividade do intérprete num sistema constitucional constituído por normas abertas, o que não se confunde com a abertura da Constituição como ressalta Canotilho (1999, p. 1106), apenas significa que há normas constitucionais que pressupõem uma maior discricionariedade ou liberdade de conformação que outras.

A compreensão desses postulados faz-se necessária para o desenvolvimento da atividade interpretativa constitucional, bem como para a compreensão da dogmática do direito

privado brasileiro, cujo labor hermenêutico desenvolver-se-á de forma sistêmica do Código Civil em conformidade com a Constituição.

A observância dos postulados da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da maior efetividade possível e da harmonização é essencial para uma atividade interpretativa válida do texto constitucional e do direito civil-constitucional cuja análise, neste estudo, baseia-se no referencial teórico da obra de Celso Ribeiro Bastos (2002).

O postulado da supremacia da Constituição consubstancia a superioridade hierárquica do diploma constituinte no ordenamento jurídico brasileiro que deverá ser interpretado sempre a partir da Constituição (BASTOS, 2002, p. 172). É a Constituição o ponto de partida para o intérprete realizar a interpretação de todo direito infraconstitucional, inclusive o Direito Civil.

O segundo postulado a que se refere é o da unidade da Constituição que consubstancia a interpretação sistemática da Constituição, de modo a compreendê-la em sua unidade sistêmica, sem contradições entre suas normas, mas no sentido de sua integração ao sistema de valores constitucionais. Esse postulado é uma decorrência lógica da supremacia da Constituição que se impõe sobre as leis infraconstitucionais.

Nas palavras de Canotilho (1999, p. 1109), “o princípio da unidade da constituição é uma exigência da coerência narrativa do sistema jurídico”. E nesse sentido, Bastos (2002, p. 174) ressalta que o princípio da unidade é como um princípio de decisão destinado aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, para que as compreendam como se fossem obras de um mesmo autor a expressar a correta concepção de direito e de justiça, o que o autor chama de vontade unitária da Constituição.

Tal coerência valorativa do diploma constitucional externada pela sua unidade sistêmica direciona, também, o intérprete do Direito Civil a compreender sua dogmática

dentro dessa coerência valorativa e unitária do diploma fundante do sistema jurídico brasileiro, a Constituição.

Já o postulado da maior efetividade possível traz a idéia de que o dispositivo constitucional deve ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia, preservando o seu núcleo material ao ser interpretado e aplicado pelo intérprete.

O direito civil vigente harmoniza-se com tal postulado na medida em que a compreensão da dogmática civil estrutura-se, entre outras, sobre a cláusula geral da operabilidade que impõe ao intérprete a busca pela máxima concretização das normas civis na solução do caso concreto e, conseqüentemente, essa busca pela efetividade das normas civis veicula a concretização das normas constitucionais que por meio delas ingressam no direito privado com a atividade interpretativa do direito civil em conformidade com a Constituição.

Cumpre-nos a análise do postulado da harmonização que busca conciliar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, evitando contradições na compreensão de suas normas isoladamente, de modo que prevaleça a maior efetividade possível de todas tendo em vista a coerência e a unidade da Constituição cuja interpretação deve realizar-se na sua totalidade e não na interpretação fragmentada de suas normas, pois todas coexistem no sistema jurídico brasileiro, devendo-se, pois, diante da interpretação do caso concreto buscar a maior efetividade possível de todas as normas e o mínimo necessário e inevitável de restrição a algumas.

Nas palavras de Celso Bastos (2002, p. 179): “à regra constitucional deverá ser atribuído um sentido pelo qual ela se torne o mais coerente possível com um princípio (implícito ou explícito) constitucional válido para a hipótese”.

O autor (2002) nos alerta para a compatibilização necessária na interpretação das normas constitucionais entre a norma especial com regra de caráter geral, pois na legislação ordinária prevaleceria a especial. Exemplifica-nos no tocante a interpretação constitucional da

regra geral da propriedade privada e a necessidade de desapropriação para fins de reforma agrária, ressaltado que nesse caso, os prejuízos para o proprietário da terra deverão ser mínimos.

É a hermenêutica constitucional que fornecerá os instrumentais para se proceder a leitura da dogmática do direito privado brasileiro em conformidade com a Constituição e, conseqüentemente, é por meio dela que deverá guiar-se o intérprete para a compreensão e interpretação das cláusulas gerais dispersas pela codificação civil, especialmente as cláusulas da função social do contrato e da boa-fé objetiva que conferem novas diretrizes axionormativas ao direito contratual na atualidade.

## **CAPÍTULO II - O TEXTO CONSTITUCIONAL E AS CLÁUSULAS GERAIS: ELEMENTOS INFORMADORES E INTERPRETATIVOS DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO**

### **2.1 Diretrizes teóricas do Código Civil de 2002**

O legislador do Código Civil vigente abandonou a exclusividade de legislar valendo-se apenas da espécie normativa de regras rígidas e fechadas que já trazem em seu dispositivo a decisão para o caso concreto (já conhecido pelo legislador antes de codificá-lo) que pretendeu regulamentar, definindo, assim, os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes a delimitar taxativamente as categorias do Direito privado, como ocorrera com o Código Civil de 1916 que refletia uma codificação resultante do pensamento jurídico positivista do século XIX<sup>12</sup>.

O Código Civil anterior, dessa forma, revelava-se esgotado em suas próprias fontes, não conseguindo responder às necessidades jurídicas que ensejavam de novos fatos sociais protagonizados por sujeitos de direito, atores constantes de uma realidade em mutação.

O monismo<sup>13</sup> preconizado pelo positivismo jurídico já não se sustentava na realidade que o Direito precisava regulamentar, ensejando o aparecimento de vários microssistemas que refletiam o processo de ampliação do código por meio de suas normas que vão se distendendo mediante a interpretação até um ponto que culmina por transformá-las e ampliar as fronteiras do Código concebido como lei estatal. (LORENZETTI, 1998, p. 77-78)

---

<sup>12</sup> O positivismo jurídico é uma manifestação do pensamento jurídico à época da Revolução Francesa que compreendia o direito como fato e não como valor, considerando que: sua fonte preeminente é a legislação (monismo), os princípios não são considerados normas, não há lacunas no ordenamento e sua interpretação se dá de forma mecanicista. (BOBBIO, 1999, p. 131 e ss.)

<sup>13</sup> A lei como fonte única do Direito que provém do Estado. (LORENZETTI, 1998, p. 77-78)

A partir de meados do século XX, a filosofia do Estado Liberal dá abertura para os aspectos sociais<sup>14</sup> dos princípios e normas privatísticas como deveres da atividade econômica privada, anteriormente relegada às normas constituídas somente pelo Código Civil.

Nesse contexto, consolida-se uma fase diretiva e regulamentar no Direito Privado por intermédio do legislador constituinte que estabelece na Constituição Federal de 1988, princípios e normas sociais que devem ser observadas pelo legislador ordinário na interpretação dos institutos do direito privado, delimitando seus contornos, anteriormente, estabelecidos apenas pela autonomia da vontade e informando os parâmetros interpretativos do direito privado como um todo, o qual não é mais considerado um fim em si mesmo e passa a ter uma função social na sociedade contemporânea.

Assim, esclarece-nos Gustavo Tepedino (2001, p. 07):

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.

Revela-se uma mudança nos axiomas e na visão sistemática<sup>15</sup> do direito civil que é constituída de elementos básicos, estruturantes, a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório que antes se encontravam no Código e que agora se percebe que estão no Código, na Constituição, nos tratados, nos costumes, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais. (LORENZETTI, 1998, p. 79)

Nesse contexto de qualitativas transformações do Direito Civil, o Código vigente tem sua estrutura central voltada para a proteção da pessoa e não mais para o patrimônio como na

---

<sup>14</sup> Eugen Ehrlich (1986) foi um dos juristas (entre outros) a considerar o Direito como expressão também da realidade social numa concepção sociológica do Direito para o qual a aplicação do Direito deve levar em conta os dados sociais como objetivos materiais a alcançar e os valores sociais a serem respeitados.

<sup>15</sup> O pensamento sistemático concebe o Direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que, além de uma ordem interna, tem uma conexão conceitual interna e encerra em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que se apresentam na vida social. [...] O pensar sistemático parte de uma totalidade. (LORENZETTI, 1998, p. 80)

codificação anterior, harmonizando-se, assim, com os valores tutelados pelo texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

Revela-se, também, na codificação atual, uma normatização aberta, com a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, dos princípios ético-orientadores, que apresentam um direito positivo mais flexível às mudanças sociais.

Nesse cenário civilístico-constitucional, o legislador ordinário ao lado da técnica legislativa de normas regulamentares acolhe também a forma de legislar por cláusulas gerais, em razão do que esclarece-nos Pietro Perlingieri (2007, p. 27): “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.

Tais cláusulas podem ser encontradas por todo o Código Civil, como a da boa-fé e probidade (art. 422), da função social dos contratos (art. 421) e também na Constituição, como a solidariedade (art. 3º), entre outras.

Permite, dessa forma, que o sistema se atualize constantemente de acordo com as necessidades singulares de cada caso concreto que emanam da realidade social de acordo com o período histórico a exigir no processo hermenêutico, adequações e valorações a cargo do magistrado, cuja discricionariedade, com a abertura das normas, ganha maior autonomia, mas coerência e interpretação vinculante aos valores e critérios ofertados pelo ordenamento constitucional.

E diante de uma maior discricionariedade do julgador, adverte-nos sobre a importância das definições legislativas para diminuir a discricionariedade interpretativa:

Embora com funções e fins diversos, é vinculante para o intérprete de acordo com o conteúdo e o valor que, a cada vez, a interpretação sistemática e unitária do ordenamento lhe atribui. As definições legislativas, portanto, mesmo quando, não exprimem normas, têm sempre uma relevância normativa, porque fazem parte de um contexto unitário com os outros enunciados; eles também estão sujeitos a interpretações e isso constitui um limite intrínseco de ordem semântica. (PERLINGIERI, 2007, p. 29)

O Direito Civil na contemporaneidade expressa valores de igualdade substancial e solidariedade, voltados para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Nos dizeres do autor (2007, p. 46): “Igualdade e solidariedade são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.

Por isso, muitos autores<sup>16</sup> utilizam a expressão “despatrimonialização”, pois o legislador rompe com o individualismo e patrimonialismo de outrora, para adotar, em harmonia com o texto constitucional, a pessoa como valor primário e base axiológica do ordenamento jurídico brasileiro, devendo sempre prevalecer sobre a proteção patrimonial.

O patrimônio tem sua concepção modificada, não é mais considerado um atributo da pessoa e submetido a sua vontade com o intuito de preservar o cidadão frente ao Estado como era concebido no século XIX, mas atualmente, é considerado um instrumento de atuação econômica a serviço do desenvolvimento da pessoa. (LORENZETTI, 1998, p. 62)

Os valores existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais. É nesse sentido que o intérprete do direito deve compreender o direito civil-constitucional.

Nesse contexto de renovação axiológica e sistêmica, os dizeres de Lorenzetti (1998, p. 45) caracterizam em apertada síntese essa fase de transição: “O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais”.

O Código Civil tem assim, sua estrutura assentada em três cláusulas gerais principais: na socialidade, na eticidade e na operabilidade que expressam os valores eleitos pelo legislador ordinário a indicar as diretrizes interpretativas de compreensão dos institutos do direito privado, funcionalizando seus aspectos sociais, éticos e de concretude que deverão ser buscados pelo intérprete na aplicação das normas civis.

---

<sup>16</sup> (FACHIN, 2008; MARQUES, 2006; TEPEDINO, 2001; PERLINGIERI, 2007).

A solidariedade é o valor expresso pelas normas que estabelecem direitos e deveres sociais, em contraposição ao conteúdo normativo individualista do código anterior que dispunha sobre a tutela do indivíduo em seu aspecto subjetivo e não como partícipe de uma coletividade.

Hoje, os principais institutos de Direito Privado são considerados sob sua perspectiva de funcionalidade social. Assim, o contrato, a empresa, a família, a propriedade não podem sucumbir as suas respectivas funções sociais, pois como norma de ordem pública, torna-se imperativa sua observância e enseja sanção em caso de seu descumprimento.

A ética é outro valor estrutural do direito privado na contemporaneidade, o ordenamento tutela o comportamento probo, honesto, leal, a boa-fé positiva e não apenas a ausência de má-fé, como no passado. Os valores éticos devem corresponder a uma atividade positiva do sujeito do direito no desenvolvimento de suas atividades interprivadas contribuindo para o desenvolvimento da personalidade e a promoção e respeito à dignidade da pessoa humana.

O Código Civil revela-se envolto em um contexto normativo que almeja coibir comportamentos de improbidade no desenvolvimento das relações civis, resgatando o valor da confiança nas relações privadas, em meio à crise ética e moral que permeia a sociedade do século XXI.

Pietro Perlingieri (2007, p. 23) resume bem a questão: “As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a grande derrotada”.

Daí a necessidade do resgate de valores éticos pelo ordenamento jurídico a fim de que a justiça encontre um equilíbrio entre a pessoa e o patrimônio, entre o indivíduo e a coletividade da qual faz parte. E com clareza costumeira, conclui, o autor supra (2007, p. 23): “Muito, se não tudo, depende da cultura do país, da honestidade intelectual dos operadores”.

Dessa forma, vislumbra-se uma codificação civil caracterizada pela abertura de suas espécies normativas, a incorporar ao lado das regras, os princípios, as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e pela potencialização hermenêutica dessas normas a possibilitar com maior elasticidade, flexibilidade, a adequação da norma ao fato diante do caso concreto, atribuindo, dessa forma, maior operabilidade às normas civis nas situações que elas devem regulamentar.

Confere-se ao ordenamento civil uma abertura semântica de suas normas e incorporam-se a sua estrutura positiva, a tutela de valores em coerência axiológica com a Constituição Federal de 1988. Assim, as cláusulas gerais da eticidade, da socialidade e da operabilidade constituem as diretrizes teóricas que estruturam a codificação civil vigente, culminando por proporcionar, também, nova diretriz teórica ao direito contratual contemporâneo e a renovação de sua principiologia informadora.

## **2.2 Diretrizes da Teoria Contratual Contemporânea**

A Constituição Federal de 1988 consolida o modelo do Estado Democrático Brasileiro que traz a incorporação dos direitos sociais em harmonia com os direitos individuais mediante a constitucionalização da ordem econômica e social, objetivando uma sociedade livre, justa e solidária<sup>17</sup>, que tem na dignidade da pessoa humana seu fundamento<sup>18</sup>.

Com essa opção legislativa pelos direitos sociais, em oposição aos acolhidos durante o modelo político do Estado Liberal, os direitos individuais têm sua tutela recepcionada apenas se estiverem em conformidade com os direitos sociais, ou seja, o Estado assegura o

---

<sup>17</sup> Art. 3º da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>18</sup> Art. 1º da CF: 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.

exercício de ambos, mas fundamentados na harmonia social, de modo que o exercício dos direitos individuais não anule ou desconsidere os direitos sociais. Consolida-se, assim, o aspecto social dos direitos subjetivos.

Nesse contexto, a compreensão do instituto do contrato à época inspirara a teoria contratual clássica no esquema da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal, atribuindo-se assim, a vontade das partes consequência vinculante. (GLITZ, 2002, p. 211)

De acordo com a concepção clássica, a principiologia contratual se assentava nos princípios da autonomia da vontade, no princípio da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) e da eficácia relativa do contrato às partes contratantes.

Esses princípios nortearam todo o direito contratual na fase Liberal cuja intervenção Estatal não se cogitava em nome da garantia a igualdade formal entre os partícipes da relação contratual e em respeito ao princípio quase absoluto da autonomia da vontade na seara obrigacional/negocial como força criadora dessa relação jurídica.

O contrato como expressão da autonomia privada não foi suficiente para solucionar os conflitos oriundos das práticas de mercado que evidenciava um forte desequilíbrio entre as partes contratantes e revelava que “o consentimento não é um texto normativo auto-suficiente”. (LORENZETTI, 1998, p. 537)

Nesse sentido, ressalta o autor (1998, p. 537): “O juiz convoca permanentemente a lei, os princípios gerais, os precedentes judiciais, a fim de desenvolver o programa privado ou para retificá-lo”.

Com o declínio do liberalismo econômico, evidenciava-se, de um lado, a flagrante insuficiência da concepção clássica do direito contratual para solucionar os conflitos e de outro a crescente construção doutrinária e jurisprudencial voltada para amenizar as desigualdades e buscar o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

Nesse contexto de ruptura, estabelece-se com a Constituição de 1988 o rompimento formal com os valores liberais e consolida-se no Estado Brasileiro, o modelo político do Estado Social com adoção expressa dos direitos sociais a inferir ao direito contratual mudanças axiológicas significativas.

A política do Estado Social (ou *Welfare State*) enseja uma leitura do instituto do contrato, bem como de seus princípios informadores sob uma perspectiva de índole constitucional garantindo-se a conjugação do exercício dos direitos sociais e individuais em harmonia social, o que se concretiza, mais adiante, na compreensão do Direito Privado Brasileiro com o Código Civil de 2002.

Os princípios informadores do direito contratual da fase antecessora não foram recepcionados pelo Código Civil de 2002 nos moldes de sua concepção clássica, pois sofreram os reflexos da opção política consolidada pelo Estado do Bem-Estar, de modo que esses princípios são revisitados sob a perspectiva civil-constitucional, integrando a teoria contratual contemporânea compreendidos em conjunto com as cláusulas gerais (sociais) da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do princípio da equivalência material.

Ressalte-se que no momento atual, os princípios clássicos “redelineados” e os princípios sociais incorporados pelo Código Civil, se direcionam para atender concomitantemente os valores da justiça, da igualdade substancial, da liberdade e da livre iniciativa, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Os princípios anteriores não deixam de existir, mas integram uma teoria que recebe três novos princípios contratuais que proporcionam um redimensionamento dos princípios clássicos, inferindo-lhes um novo enfoque interpretativo sob a perspectiva social a consagrar, na atualidade um “novo” paradigma contratual que desafia o direito contratual a conjugar constantemente os interesses sociais e os privados, buscando-lhes o equilíbrio de

modo a não comprometer a natureza e a instrumentalidade jurídica do instituto do contrato à realidade a qual se destina: o mercado.

Lorenzetti (1998, p. 514) adverte-nos sobre o impacto dos efeitos do contrato que muitas vezes transcende a “privacidade” das partes e sobre a análise particularizada do contrato que impede, muitas vezes, de perceber a globalidade do “negócio” celebrado, revelando que o contrato não é um fenômeno economicamente neutro como entendia a teoria clássica, mas tem efeitos distributivos.

Tanto as normas derivadas da autonomia privada como as regulamentações intervencionistas têm efeitos econômicos distributivos. Na norma privada advertem-se disposições que trasladam os riscos de uma parte a outra, ou ainda a terceiros. Na norma de ordem pública, visualiza-se uma direção da economia, ou a proteção de terminados setores, tudo o que importa trasladação de efeitos econômicos.

Evidencia-se, dessa forma, uma reestruturação axiológica e interpretativa do direito contratual, que tem suas bases assentadas nas diretrizes teóricas do Código Civil<sup>19</sup>, revelando sua natureza vinculante a perspectiva constitucional do direito privado brasileiro.

Nesse sentido, esclarece-nos os dizeres de Rodrigo Toscano Brito (2007, p. 07) acerca do tema:

O princípio da eticidade, sem embargo, autoriza que o legislador busque, na relação jurídica concreta, a aplicação do princípio da concretude, ou seja, pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação, que esteja, eventualmente, arrebataada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes, e prejudicando a outra. Na mesma linha de raciocínio, o princípio da socialidade determina o limite máximo dessa busca. O princípio da eticidade funciona como um desbravador, um bandeirante da socialidade. O legislador permite que o juiz, mediante as cláusulas abertas que existem a sua disposição, atue concretamente para obter a melhor solução para o caso, levando em consideração a função social do instituto em discussão.

---

<sup>19</sup> Refere-se aqui as três cláusulas gerais principais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

O contrato passa a ser concebido, também como instrumentalizador da justiça social e o Estado agora é legitimado a intervir no exercício dos direitos de liberdades e não apenas garantir os efeitos decorrentes do exercício desses direitos subjetivos.

Concretiza-se, assim, o que já era objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, uma fase de direção representada pela intervenção estatal por meio do Legislativo e do Judiciário no direito privado e, conseqüentemente, no direito contratual mediante a utilização de uma estrutura normativa aberta, principiológica em conformidade com a estrutura normativa da Constituição.

Com a adoção de um direito principiológico, em detrimento da adoção de um sistema composto apenas de regras de conteúdo fixo, o conteúdo do direito contratual não é mais intangível, mas está vinculado aos princípios sociais e as regras, princípios e valores constitucionais, cuja inobservância autoriza o magistrado a revisar o contrato, restabelecer seu equilíbrio, a sua função social, modificar seu conteúdo e até resolvê-lo quando não for possível ou eficaz readequá-lo ao contexto normativo constitucional.

Esclarece-nos Tereza Negreiros (2002, p. 166) sob a essência da teoria contratual contemporânea:

[...] No domínio das relações contratuais, a concepção de justiça, outrora formulada em termos de autonomia e liberdade, altera-se profundamente à luz do princípio do equilíbrio econômico. Em lugar da liberdade, ressalta o valor da paridade e do equilíbrio, que conforme se procurou demonstrar acima, aproxima a justiça contratual de uma certa tradição filosófica que considera a regra de justiça uma regra de distribuição paritária, proporcional e, nesta medida, uma regra em todos os seus sentidos e projeções, social.

Verifica-se, assim, que ocorre um redelineamento do instituto do contrato seguido de um redimensionamento de sua principiologia que remodela a compreensão dos princípios clássicos por meio de sua leitura civil-constitucional e que incorpora princípios sociais, os quais compreendidos em conjunto dão unidade a principiologia informativa do direito contratual brasileiro na atualidade.

### 2.2.1 Cláusulas gerais: Uma tentativa de compreensão

Nesse momento, direciona-se a pesquisa para uma tentativa de compreensão do que vem a ser essa espécie normativa das cláusulas gerais para buscar compreender qual o seu papel na teoria contratual e como se deverá realizar sua leitura pelo intérprete do direito.

Nesse cenário de redelineamento da estrutura principiológica contratual a inferir uma leitura dos contratos e de sua teoria geral à luz de um Código Civil funcional que instrumentaliza a concretização de normas de ordem pública e que se assenta em uma base constitucionalizada do direito privado conferindo-lhe coerência com a estrutura normativa porosa, aberta e plural da Constituição é que se insere o importante papel atribuído as cláusulas gerais.

As cláusulas gerais são consideradas normas de tessitura aberta, fluída que conferem ao intérprete as diretrizes teóricas para a sua aplicação, mas deixam em aberto um vazio axiológico para o posterior preenchimento pelo intérprete em conformidade com as peculiaridades do caso concreto e dentro dos contornos valorativos delimitados pela unidade sistêmica do ordenamento jurídico, vinculando-o na formação de seu convencimento e na fundamentação objetiva de sua decisão.

Nas palavras de Wiecker *apud* Nery Junior (2006, p. 428) “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”.

Diferem, contudo, da tipologia normativa dos conceitos legais indeterminados, pois nestes a solução já esta preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma e a solução por ela trazida ao caso concreto, de modo que as conseqüências advindas do conceito já estão contidas da norma. O juiz, nesse caso, não exerce nenhuma função criadora. (NERY JUNIOR, 2006, p. 426)

No Código atual, o legislador optou por um sistema normativo que compreende junto de uma imobilidade de princípio, um setor no qual os pontos de vista valorativos competentes são móveis (CANARIS, 1996, p. 137), que é o caso da mobilidade de determinadas áreas do direito civil, como o direito contratual, conferida pela espécie normativa das cláusulas gerais que “complementam e acomodam” as normas rígidas da legislação civil para que estas não se tornem obsoletas diante da realidade social cambiante, evitando assim o engessamento do sistema, consoante o que ocorreu com o Código Civil de 1916.

Propositalmente, o legislador optou por uma estrutura normativa mista que concilia várias espécies normativas, incorporando a técnica legislativa das cláusulas gerais que implica em uma maior autonomia do magistrado na interpretação da norma para tornar possível certa mobilidade ao sistema do Direito Privado.

Essa espécie normativa pode ser compreendida, na definição de Alberto Gosson Jorge Junior (2004, XVII) como:

[...] normas enunciadas pelo legislador com conteúdo propositalmente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema e uma realidade cambiante a requerer respostas mais ágeis para solução dos conflitos sociais.

E continua a esclarecer-nos (2004, p. 10):

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica.

Para Larenz (1997, p. 310) a boa-fé, a justa causa, o prazo razoável, etc são exemplos de normas a que denomina de pautas de valoração carecidas de preenchimento valorativo de que se vale o legislador para determinar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica, necessitando de um pensamento orientado a valores para sua concretização.

Ressalva (LARENZ, 1997, p. 311), contudo, que não são pautas destituídas de conteúdo, como se fossem fórmulas vazias pseudo-normativas compatíveis com todas ou quase todas as formas concretas de comportamento ou regras de comportamento, mas contém uma idéia específica que não se reduz, contudo, em uma simples definição conceitual, mas cujo preenchimento de conteúdo será alcançado mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não é só cunhada pela tradição, mas é compreendida como estando em permanente reconstituição.

Também, sobre as cláusulas gerais, Judith Martins Costa (2001, p. 05) diz-nos que:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

Nas palavras de Gustavo Tepedino (2002, p. XIX) as cláusulas gerais são:

Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.

Observa-se que as cláusulas gerais são normas de estrutura aberta, cujo conteúdo axiológico será preenchido pelo intérprete no momento de sua aplicação, ora já trazendo expressamente o valor jurídico protegido, ora remetendo o intérprete a valores que poderão estar fora do ordenamento jurídico e por meio da aplicação das cláusulas gerais, tais valores podem ser inseridos no interior do ordenamento jurídico pela atividade jurisdicional, no momento do labor hermenêutico.

Larenz (1997, p. 407) observa que só alguma das cláusulas gerais contém uma remissão a normas extrajurídicas dadas em outro lugar remetendo como no exemplo dos bons costumes que expedem para a moral social que é em cada caso reconhecida, mas nunca como uma lei moral absoluta.

Nesse sentido, também é o pensamento de Judith Martins Costa *apud* Jorge Junior (2004, p. 23):

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferi-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistêmicos no interior do ordenamento jurídico.

Para Larenz (1997, p. 298-408), a compreensão de uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance, devendo, pois, compreender essa valoração pelo julgador dentro do quadro que lhe é dado pela norma.

Ressalte-se que, nesta pesquisa sustenta-se que a valoração das cláusulas gerais pelo intérprete no desenvolvimento de sua atividade hermenêutica deve se dar dentro do contexto normativo constitucional, à luz de uma interpretação constitucional do ordenamento privado brasileiro.

Assim, a cláusula geral atribui ao intérprete uma função conformadora da norma, conferindo-lhe maior autonomia para adequar a norma ao caso concreto e fazer o trânsito dialético valorativo entre o contexto histórico no qual foi criada pelo legislador e o que ela significa na atualidade, orientando sua aplicação aos valores da ordem normativa vigente de acordo com o momento histórico-situacional que será aplicada, tornando, assim, o

ordenamento privado operacional durante o processo contínuo de desenvolvimento econômico, político, tecnológico e social.

Nas palavras de Larenz (1997, p. 159):

[...] a interpretação da lei é um processo contínuo, no qual as idéias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas. [...] O resultado em cada momento obtido por este processo é o Direito presentemente em vigor. Ele é, portanto, produto comum do legislador, da jurisprudência e das forças atuantes do comércio jurídico e das convicções comuns que neste se formam, do *common sense*.

Nesse cenário jurídico civil-constitucional, a principiologia informadora do direito contratual foi redelineada pela adoção das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato inseridas na perspectiva constitucional do direito privado, inferindo-lhe novas diretrizes interpretativas a nortear a compreensão dos contratos na atualidade. É o que, na seqüência, se propõe analisar.

## **CAPÍTULO III – AS CLÁUSULAS GERAIS ADOTADAS PELA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA**

### **3.1 A Função Social do Contrato**

Em consonância com o novo cenário político, econômico e social, a ética, a lealdade, as proibições das partes na celebração de um negócio jurídico passam a ser normas imperativas cuja observância é obrigatória em todas as fases do negócio.

O contrato já não é produto apenas da vontade das partes, mas resulta de uma conjugação dessa vontade com a finalidade social do instituto, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do modelo político do Estado Brasileiro.

O Código Civil vigente adotou, expressamente, as cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato atribuindo ao instituto uma finalidade social compreendendo-o em conjunto com os direitos sociais, resultado da consolidação de uma leitura constitucional do direito privado.

No pensamento de Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 41), são três as principais funções dos contratos:

Uma econômica, na medida em que representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens; outra regulatória, enquanto enfeixa direitos e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes; e por fim, social considerando que seu exercício dirige-se para a satisfação de interesses sociais.

A função social do contrato surge como um limite à autonomia da vontade e ao princípio da força obrigatória dos pactos, mitigando seus efeitos caso a função social do contrato não seja respeitada, e possibilitando, ainda, a intervenção estatal, por meio da

atividade jurisdicional, para que o equilíbrio econômico entre as partes seja restabelecido, assegurando a observância de sua funcionalidade social.

Observa que na legislação em vigor prevalece o interesse coletivo sobre o individual, os valores sociais em detrimento dos interesses subjetivos. Assim, a liberdade contratual só poderá ser exercida nos limites da função social cuja observância é imperativa pelas partes contratantes. É a prevalência do interesse público sobre o particular, antes, considerado conteúdo volitivo intangível sob o manto do direito privado.

Nesse sentido é o pensamento de Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 47):

O atendimento à função social do contrato, portanto, observa-se tanto da ótica invidual-coletiva, uma vez que a garantia de igualdade de condições aos contratantes ao permitir a justa circulação de riquezas resulta num bem-estar coletivo, quanto da ótica coletivo-individual, em que a proteção do grupo social é, em última instância, o asseguramento da igualdade e da liberdade individuais.

Nos dizeres de Judith Martins Costa (2001, p. 15):

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função meta-individual que integra aquele direito. [...] Há, portanto um valor operativo, regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa 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 à doutrina, no apontar de exemplos.

A liberdade contratual sofre limitação de seu exercício pela cláusula em questão, pois o exercício daquela está condicionada aos limites desta. Ressalte-se que nela está contido o princípio da função social do contrato, pois embora sua espécie normativa seja a de cláusula geral, em seu núcleo há o princípio informador da norma.

Em seu contexto normativo, o Código vincula o instituto a um interesse social do qual, no exercício de suas funções, não poderá se dissociar. Ressalta-se, aqui, que o interesse

social estará mais presente em alguns tipos de contrato do que em outros de acordo com sua natureza e o reflexo de seus efeitos no contexto social, por isso, como princípio informador do direito contratual deverá ser ponderado e sopesado para se estabelecer o alcance que terá no caso concreto.

O instituto do contrato é assim, redelineado diante de uma nova realidade jurídica que remodela seu conceito e as bases principiológicas de sua teoria geral estabelecendo novas diretrizes para compreensão do direito contratual na contemporaneidade.

Nessa renovação conceitual e principiológica da teoria contratual, o Estado também tem seu papel jurídico modificado em razão dos novos valores incorporados pelo Estado Social a refletir-se no direito contratual caracterizando sua fase dirigista, tendo em vista que o Estado intervém, por meio do legislador e do juiz, para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. (GODOY, 2007, p. 06)

A funcionalização social corrobora o valor erigido do solidarismo constitucional imposto pelo ordenamento ao instituto do contrato, apresentando alguns aspectos funcionais relevantes dentro desse contexto normativo que reconhece ao contrato sua concepção social além da econômica.

### **3.1.1 A Função Social do Contrato no Direito Privado**

No contexto histórico do individualismo e voluntarismo, se desenvolviam as relações contratuais. Dessa maneira, a liberdade contratual no Código de 1916 expressava a supremacia da autonomia da vontade no seu sentido formal e a autonomia privada fundamentava-se na máxima de que o que não estava expressamente proibido era permitido.

O Código Civil de 2002 e a adoção da cláusula geral da função social do contrato expressa no artigo 421<sup>20</sup> do referido diploma, infere ao direito contratual contemporâneo, caráter limitativo, sancionador e também regulador a implicar no redimensionamento do instituto no contexto histórico atual.

Aqui, faz-se necessário comentar sobre o Projeto de Lei n. 6.960/2002, que prevê mudanças terminológicas nesse dispositivo para se substituir na redação atual, a expressão liberdade de contratar para liberdade contratual e suprimir a expressão “em razão”.

Tais modificações se fazem necessárias pelo fato de que liberdade de contratar e liberdade contratual não compartilham o mesmo significado conceitual: enquanto aquela se refere à liberdade do sujeito de direito de vincular-se ou não a um determinado pacto; a segunda trata-se da liberdade de discutir as condições do contrato, suas cláusulas, prazos, enfim, seu conteúdo, razão pela qual se revela oportuna tais alterações.

No tocante a segunda alteração, a supressão da expressão “em razão”, também se revela oportuna, pois o dispositivo em questão se refere à liberdade contratual impondo limites ao seu exercício na medida em que a subordina aos limites da função social e não condicionando a sua existência. (BIERWAGEN, 2003, p. 48)

Em relação a sua categoria jurídica, trata-se de uma cláusula geral que se fundamenta no princípio constitucional da solidariedade, atuando como um limite à liberdade contratual, ou seja, funciona como um limite externo para um direito subjetivo, configurando-se como um princípio informador do direito contratual.

Esse, também, é o entendimento de Claudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 111) que a compreende, tal como redigida pelo Código, como uma cláusula geral restritiva e regulativa e também um princípio porque enquanto forma legislativa fluída reenvia o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento.

---

<sup>20</sup> Art. 421 do CC de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Hoje, não se fala em Direito Privado dissociado da axiologia do Direito Constitucional, pois as normas constitucionais passam a ter aplicabilidade imediata, passando ao centro do sistema legal, inclusive do Direito Privado cujas diretrizes teóricas fundamentam-se e harmonizam-se com a Constituição Federal de 1988.

Na lição de Paulo Velten (2006, p. 415):

Esse é o direito privado do nosso tempo. O direito que tem a dignidade do ser humano, a sociabilidade e a solidariedade como parâmetros maiores, direito que tem a Constituição Federal no vértice do sistema e como parâmetro de funcionalidade.

Abandona-se o individualismo liberal e volta-se à atenção para o social, o coletivo, valorizando e revitalizando os ideais do Estado Constitucional e Democrático de Direito que tem na dignidade do ser humano e na socialidade seus parâmetros maiores.

O Direito privado passa a preocupar-se com a função social de seus institutos, com preceitos éticos orientadores de conduta no seio social que devem nortear as relações civis. Assim, o Direito privado se reconstrói e evolui baseado em uma de suas principais cláusulas gerais: a socialidade.

A cláusula da Socialidade traz a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, ressaltando-se os valores do bem comum, do interesse social, e deixando para trás a visão individualista que interpretava as relações contratuais como sendo apenas um vínculo obrigacional entre o indivíduo e o contrato ao qual se obrigou.

Nessa reconstrução e evolução legislativa, o instituto do contrato é revisto e redimensionado, rompendo com a supremacia de seus princípios clássicos e principalmente com a dicotomia direito público e direito privado, pois não há uma fronteira rígida a separar os interesses públicos dos privados, estabelecendo-se uma ordem civil-constitucional não só no campo dos contratos, mas na compreensão do direito privado do nosso tempo.

No tocante as alterações qualitativas de natureza dos institutos patrimoniais, Perlingieri (2007, p. 33) ressalta que estes não são imutáveis, são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.

E vai além, afirmando que não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário e nesse sentido, a divisão do direito privado e público torna-se apenas quantitativa e não mais qualitativa. (PERLINGIERI, 2007, p. 55)

No entendimento de Gustavo Tepedino (2001, p. 19):

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública na atividade de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública.

Segundo o entendimento atual, a autonomia privada não pode mais ser entendida como a supremacia da regulação dos interesses dos particulares, posto que, remodelada, seu exercício deve estar sempre condicionado à função social estabelecida pelo legislador, da qual o contrato não pode estar dissociado.

O artigo 421 do Código civil mitiga o princípio de que o contrato é lei entre as partes, na medida em que volta sua preocupação para os efeitos reflexivos que o pacto poderá ocasionar na sociedade em geral, evidenciando-se um Estado protecionista e dirigista, preocupado com os impactos sociais dos institutos privados.

O contrato, um dos principais institutos do Direito Privado, revela-se funcionalizado socialmente, assim como a economia privada e as situações jurídicas patrimoniais, como um

todo, abandonam os fundamentos clássicos sobre os quais se sustentavam durante a concepção política, econômica e jurídica do Estado Liberal.

O Estado, na atualidade, deixa de desempenhar um papel apenas garantidor dos interesses individuais patrimonialistas e assume características de um Estado intervencionista delineado pela Constituição de 1988, que consolida a interferência do Poder Público nas relações privadas e direciona o Direito Civil para a preservação e instrumentalização dos direitos e valores constitucionais, definindo limites a atuação dos interesses privados. (TEPEDINO, 2001, p. 204)

### **3.1.2 A Função Social do Contrato: caráter limitativo e sancionador**

A cláusula geral da socialidade é um dos pilares básicos sobre o qual se sustenta a realidade jurídica do direito privado na contemporaneidade. Como uma das expressões dessa socialidade preconizada pelo Código Civil, a função social do contrato vem balizar o interesse privado com o interesse social, de modo que aquele não despreze a existência deste, buscando um equilíbrio entre ambos.

Nessa perspectiva, a cláusula da função social do contrato vem estabelecer um limite para o exercício da liberdade contratual, que nos moldes do liberalismo desprezava o interesse social e instrumentalizava o domínio do economicamente menos favorecido pelo detentor do poderio econômico.

A atribuição de uma função social ao contrato tem como principal escopo evitar a ilicitude e o abuso do direito no desenvolvimento da relação negocial de modo a promover o equilíbrio entre as partes na realização dos interesses econômicos e na preservação do interesse social, direcionando as partes para a observância da razoabilidade e proporcionalidade na estipulação das regras contratuais convencionadas.

Ademais, não significa que a liberdade contratual restou eliminada da teoria contratual, mas, sim, que seus interesses estão limitados e condicionados à função social do contrato, não permitindo que os interesses particulares se sobreponham ao interesse da coletividade ou reflitam negativamente sobre a mesma.

Nesse contexto, o contrato passa a ser um instrumento da realização da justiça social, do equilíbrio econômico, da igualdade material, enfim, um dos instrumentos de conformação dos direitos fundamentais, dos quais o direito privado como um todo deve ser veiculador e concretizador.

A autonomia da vontade, como outrora, não pode mais valer-se de uma manifestação individual e patrimonialista, no qual o Estado figurava apenas como garantidor de que a vontade declarada pelas partes fosse respeitada na íntegra, ignorando circunstâncias supervenientes ou intercorrentes, ou ainda, pré-existentes, no desenvolvimento da relação contratual.

Observa-se que os princípios contratuais clássicos sofrem significativa limitação com a cláusula geral da função social do contrato, consolidando a tendência doutrinária e jurisprudencial que já acenava pela imposição de certos limites aos interesses patrimoniais.

A autonomia da vontade, a força obrigatória dos pactos, a intangibilidade contratual, a relatividade dos efeitos do contrato, a liberdade de iniciativa, princípios consagrados na acepção clássica do instituto subsistem relativizados na teoria contratual contemporânea, pois seus contornos conceituais e interpretativos devem conjugar-se com os limites impostos ao seu exercício, sob pena de restrição de seus efeitos diante da inobservância da função social do contrato.

O Código impõe aos contratantes a observância do interesse social e afasta o individualismo que propiciava o abuso do direito e a vantagem excessiva a uma das partes do contrato.

Os preceitos sociais somam-se aos éticos, indicando as novas diretrizes jurídicas sobre as quais devem pautar-se o intérprete na compreensão do direito privado em geral e em especial das relações contratuais.

A função social do contrato, como cláusula geral que é, permite ao magistrado restabelecer o equilíbrio entre as partes por meio da revisão judicial do contrato, utilizando-se de várias possibilidades, podendo decidir pela resolução do negócio jurídico, pela anulação ou declaração de nulidade, o que poderá possibilitar, também, a determinação de um desfecho diverso do pactuado pelas partes, ou ainda, a modificação do conteúdo do contrato para restabelecer o equilíbrio material entre as partes.

Como bem observa Perlingieri (2007, p. 33):

O jurista e especialmente o juiz, é chamado a exercer uma função de suplência em relação ao Poder Legislativo e àquele Executivo, freqüentemente com justo equilíbrio, mas por vezes, superando os limites autorizados.

Essa autorização pela legislação civil de intervenção jurisdicional no conteúdo do contrato não é nova, tendo em vista que consolida as tendências e opções consideradas pela doutrina e pela jurisprudência<sup>21</sup> que já admitia decisões que determinavam ou modificavam o conteúdo das relações contratuais a fim de combater a ilicitude, o abuso de direito, e restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, sancionar a atuação contrária a boa-fé objetiva.

A relativização do princípio da intangibilidade dos contratos é uma realidade que se revela em harmonia com a leitura do instituto dos contratos num ordenamento civil-constitucional, que optou, lentamente, pela superação do individualismo e patrimonialismo

---

<sup>21</sup> Dano Moral - Responsabilidade Civil - Candidato a emprego - Informações desabonadoras prestadas pela ex-empregadora - Necessidade de ser preservada a liberdade do patrão em prestar esclarecimentos sobre seu antigo funcionário - Dados, todavia, transmitidos que desqualificaram totalmente o autor como profissional, sem que se constatasse uma base concreta de fatos que justificasse acusações tão graves - Violação da boa-fé objetiva e do dever pós-contratual de lealdade - Ato ilícito configurado - Ação parcialmente procedente - Recurso da empregadora desprovido. (Apelação n. 174962-4/0-00 - Campinas - 3ª Câmara "A" de Direito Privado - 18/11/05 - Rel. Des. Êneas Costa Garcia - v.u. - V. 306). TJSP. Acesso em 10/08/07

para individualizar-se numa tendência normativa institucional atenta aos valores existenciais no qual a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial. (PERLINGIERI, 2007, p. 33)

O fato é que a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais conferiu ao magistrado maior autonomia para a resolução do caso concreto e no tocante ao direito contratual, sua operabilidade gera certa apreensão de alguns agentes do direito, que se revelam receosos a certa instabilidade nas relações negociais provocadas por tamanha discricionariedade.

Mister ressaltar que a cláusula geral da função social do contrato é um instrumento de realização dos direitos fundamentais, tutelados em sua máxima expressão no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, onde a pessoa é o valor primordial a ser protegido pelo Direito em todas as suas esferas de atuação.

Dessa forma, a discricionariedade do magistrado encontra contornos delimitativos e vinculativos de seu exercício hermenêutico no texto constitucional. Nesse sentido, pode-se dizer que a discricionariedade do magistrado é regrada e encontra-se vinculada ao texto constitucional devendo-se, pois, o julgador se valer da hermenêutica constitucional que fornecerá os parâmetros interpretativos da codificação infraconstitucional, especialmente na forma legislativa de cláusulas gerais e princípios para encontrar seu sentido e alcance no caso concreto.

No entendimento de Cláudia Lima Marques (2005, p. 275-276):

[...] Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio Código de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). [...] Assim, também, a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual.

O texto constitucional é o limite e o parâmetro informador da atuação jurisdicional, não podendo o magistrado atribuir à função social do contrato, contornos interpretativos que

não encontrem fundamento na Constituição Federal, pois o Direito Privado está vinculado aos comandos constitucionais, assim como toda norma infraconstitucional.

Esse é o Direito Privado que se evidencia no nosso tempo, de perfil constitucional e funcionalizado socialmente e com preceitos ético-orientadores sobre os quais devem pautar-se as relações civis.

### **3.1.3 A eficácia interna da Função Social do Contrato**

O modelo clássico do contrato reconhecia ao instituto apenas a sua função econômica e regulatória, não reconhecendo que seus efeitos pudessem ter um reflexo social (BIERWAGEN, 2003, p. 41). E nesse cenário, o papel estatal era o de garantir o desenvolvimento da livre iniciativa, como propulsora do desenvolvimento econômico do país.

O Estado era o solucionador dos conflitos que se instauravam nas relações contratuais, bem como, em todas as decorrentes do desenvolvimento das relações privadas.

Com o passar do tempo, o Estado garantidor revelou-se insuficiente para combater as desigualdades sociais, que resultavam do livre exercício da autonomia privada para atingir seus interesses individuais.

Entrevia-se que o desenvolvimento econômico não era impulsionado pela garantia absoluta da livre iniciativa nas relações contratuais. Pelo contrário, a opressão econômica surgia como o resultado de uma igualdade formal na concepção voluntarista da liberdade contratual, e o modelo liberal não tardou a revelar uma real desigualdade a reclamar sua recompreensão.

Observa Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 16-17):

Em diversos termos, a desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações impôs – já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de

solidarismo, de que é instrumento um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo.

A função social vem balizar os interesses individuais e os interesses sociais nas relações privadas à medida que impõe limites aqueles e funcionaliza o instituto a atuar como instrumento de promoção do programa constitucional que tem na dignidade da pessoa humana sua base axiológica, bem como, a atuar também como instrumentalizador da justiça distributiva do Estado Social.

É o que Perlingieri (2007, p. 37), ao comentar sobre o solidarismo constitucional italiano, denomina de igual dignidade social de que a igualdade é instrumento, impondo àquela ao Estado no agir contra as situações econômicas, culturais e morais que tratem os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade.

Nesse sentido, a liberdade jurídica de cada indivíduo deve ser exercida de acordo com suas próprias diferenças. (GODOY, 2007, p. 128)

O contrato tem sua compreensão redimensionada. Rompe-se com a compreensão individual e patrimonialista da livre iniciativa, impondo limites a configuração interna dos contratos, pois inúmeras vezes as condições de validade do contrato e o condicionamento de sua execução dependem ou residem em disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes, como exemplo, os contratos de transferência de tecnologia e análogos, em especial os celebrados com empresas no exterior que se sujeitam cumulativamente a aprovação e registro do INPI e do Banco Central. (GRAU, 2003, p. 85)

Observa o autor que as normas jurídicas sobre os contratos já não se contêm nos limites do Direito Civil e outras normas passam a ser sobre eles apostos, como o que se sucede modernamente por meio de um conjunto de regras impositivas a definirem ora fórmulas contratuais necessárias, ora a obrigação de contratar ou não contratar, eclodindo uma

série de situações em que ocorre falta de espontaneidade na vinculação contratual tendo em vista também as limitações de uma economia dirigida. (GRAU, 2003, p. 84-87)

Para Claudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p. 123):

[...] a função social do contrato não é simplesmente em limite negativo à liberdade contratual, integrando-lhe mesmo o conteúdo e cumprindo, ademais, tal qual vem de se asseverar, um papel afirmativo, positivo, de fomento de escolhas valorativas do sistema.

A origem normativa do contrato não está mais exclusivamente na vontade, mas no poder normativo da função social do contrato, o qual como instrumento da ordem econômica e como meio de circulação de riquezas deve estar vinculado a sua eficácia social, como concretizador dos valores sociais que o ordenamento elegeu.

Pode-se dizer que a função social do contrato, na sua eficácia interna, vem promover e preservar o equilíbrio econômico entre as partes, garantindo ou restabelecendo uma igualdade substancial entre elas, bem como, vem, também, operar no sentido de promover a justiça distributiva, a permitir o livre desenvolvimento da pessoa humana em seu aspecto individual e social.

No entendimento de Paula Castello Miguel (2007, p. 152): “A função social do contrato, conforme já assinalado, deve ser entendida a partir de dois elementos, quais sejam o princípio do equilíbrio contratual e o atendimento ao bem comum, aos interesses sociais”.

Contudo, nesse sentido, a autora faz uma ressalva em relação aos contratos interempresariais paritários quanto à aplicabilidade da função social do contrato sobre os mesmos, entendendo que:

[...] deve-se concluir que o preenchimento do princípio da função social do contrato para as contratações interempresariais entre iguais não precisa preocupar-se com a garantia do equilíbrio contratual, pois este é assegurado pela paridade entre os contratantes. Deve-se, ainda, preservar as cláusulas livremente pactuadas pelas partes, uma vez que essa preservação favorece o desenvolvimento da atividade empresarial e, em consequência, o desenvolvimento nacional, o bem comum.

Em que pese o respeitável entendimento da autora, não parece isento às críticas, tendo em vista que a ordem econômica é funcionalizada pelo legislador constituinte, através da função social não só do contrato, mas também da propriedade, direcionando o desenvolvimento da economia, ainda que de modo a limitar os direitos individuais, mediante a redução dos poderes do titular de um direito privado que não se harmonize com outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, o meio ambiente.

Pode ocorrer nesse caso, de haver paridade entre as partes contratantes, mas o contrato afetar o meio ambiente, cumprindo só o aspecto interno da função social: o equilíbrio econômico entre as partes. Nesse caso, a eficácia externa da função social do contrato também terá que ser restabelecida para se considerar o contrato equilibrado, revelando a preocupação da legislação não só com as partes vulneráveis, mas com a questão da vulnerabilidade em si que poderá afetar um direito metaindividual como o meio ambiente equilibrado.

O equilíbrio econômico entre as partes (no seu aspecto interno e externo) deve ser assegurado em qualquer espécie de contrato e em qualquer fase contratual, podendo ocorrer situações nas quais, inicialmente, o princípio em questão esteja presente e no decorrer da execução do contrato, ou ainda, eventualmente, numa fase posterior a sua conclusão, o desequilíbrio contratual manifeste-se por motivos alheios a vontade da parte que se tornou vulnerável a *posteriori*, prejudicando-a excessivamente e conseqüentemente, não irradiando efeitos positivos para a sociedade, afastando-se do escopo contratual do bem comum.

Em tais casos, a vulnerabilidade não é inicial, mas pode se tornar uma qualidade superveniente de uma das partes no transcurso do desenvolvimento da relação contratual, exigindo do julgador o preenchimento da cláusula social atentando-se para as peculiaridades que o caso sob análise ensejará, diferentemente, das diretrizes valorativas observadas para a proteção da parte vulnerável, quando esta é de início, facilmente identificável na espécie contratual.

O equilíbrio contratual, nos contratos interempresariais entre iguais, deve ser restabelecido quando a vulnerabilidade de uma das partes eventualmente surgir no desenrolar da relação contratual, não sendo motivo para resolver totalmente o contrato que se deu em condições de igualdade substancial.

Deve-se, pois, nesses casos, preservar os efeitos contratuais até então produzidos entre as partes e também de seus reflexos perante a sociedade, a reclamar apenas a adaptação de suas condições, contraprestações, conteúdo diante da nova realidade factual de uma das partes, não podendo valer-se da cláusula em questão para o descumprimento do livremente pactuado, o que prejudicaria a segurança da atividade empresarial e seu respectivo desenvolvimento, culminando por prejudicar também o desenvolvimento econômico do país e, conseqüentemente, a promoção do bem comum.

Segue-se à análise da eficácia externa da função social do contrato que pode ser compreendida como a projeção dos reflexos de sua operabilidade perante terceiros e a coletividade.

### **3.1.4 A eficácia externa da Função Social do Contrato**

A função social projeta-se, primeiramente, no interior do pacto celebrado, ou seja, sua imperatividade normativa dirige-se aos partícipes da relação contratual que devem promover os valores tutelados constitucionalmente nas suas relações interprivadas.

Em seu aspecto externo, a função social tem sua força normativa dirigida à coletividade, a fim de promover e garantir o desenvolvimento da sociedade, podendo, por isso, suscitar efeitos sobre terceiros que não integram a relação contratual.

A eficácia externa da função social vem mitigar o princípio da relatividade dos contratos, o qual será abordado em item posterior, suscitando uma releitura de tal princípio

diante do reconhecimento do contrato como instituto fundamental na economia de mercado. Por isso, a atuação estatal dinamiza instrumentos e mecanismos que condicionam e direcionam o exercício da liberdade contratual (GRAU, 2003, p. 84). O reconhecimento de sua função social é um desses mecanismos de intervenção<sup>22</sup>.

O direito contratual contemporâneo reconhece que o contrato não é indiferente à atividade econômica e, portanto, seus efeitos podem refletir sobre a sociedade, reconduzindo a questão da oponibilidade do contrato a sua recompreensão no eclodir desse novo contexto no qual está inserido.

Eros Grau (2003, p. 84) observa que os contratos hoje são menos que uma construção da vontade humana do que uma contribuição da atividade humana à arquitetura geral do desenvolvimento econômico de um país que o Estado mesmo passa a definir. Assim:

Os contratos, então se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos.

Como instrumento da atividade econômica que extrapola os limites internos entre as partes contratantes, a operabilidade da cláusula da função social perante terceiros será construída pelo julgador de acordo com o caso concreto e as necessidades que ele suscitar, não sendo possível prever taxativamente todos os tipos contratuais nos quais seus efeitos poderão projetar-se socialmente de forma mais ou menos abrangente, atingindo terceiros ou a coletividade, ainda mais numa era de economia complexa e globalizada.

Alguns exemplos podem ser citados em relação à concretude da eficácia externa da função social, tais como nos contratos de massa, contratos de seguro-saúde, convênios médicos, financiamento de imóveis, entre outros. Tais contratos exigem a atuação jurisdicional delimitada, de acordo com a necessidade de respeito e promoção do valor

---

<sup>22</sup> Entendido o vocábulo como atuação na área de outrem. (GRAU, 2003, p. 82)

jurídico tutelado, tendo em vista a evidente função social que alguns contratos, de acordo com seu objeto, expressam na esfera social.

Visualiza-se, que a função social do contrato, projeta-se não só entre as partes contratantes, mas também poderá refletir sobre o corpo social de modo a flexibilizar a aplicabilidade do princípio da relatividade do contrato e a reconhecer ao instituto o interesse social de que é portador em determinados casos, a exigir do Judiciário uma atuação refletida e adequada a reconhecer-lhe sua eficácia social.

Importa, também, nesse contexto de reconstrução do direito contratual, proceder-se à análise da cláusula geral da boa-fé que estabelece diretrizes ético-orientadoras de conduta, impositivas de um padrão de comportamento, sobre as quais devem pautar-se o desenvolvimento das relações civis na atualidade, em especial das relações contratuais cuja teoria geral a recepciona como um dos princípios sociais a incorporar sua principiologia informadora.

Tem-se, pois, o erigir de um novo paradigma: o da boa-fé, não apenas em relação a sua incidência no direito contratual, mas no direito privado como um todo, como um sistema jurídico aberto a provocar um novo olhar sobre seus institutos.

### **3.2 A Boa-fé: subjetiva e objetiva**

O direito civil constitucional consolida a incorporação de valores éticos, sociais e cujo eixo central fundamenta-se na tutela à pessoa, resgatando o valor da confiança e da probidade nas relações humanas a estabelecer um modelo de sistema ético-jurídico no direito privado.

A cláusula geral da boa-fé se apresenta em dois aspectos: o objetivo e o subjetivo, o que impede sua conceituação num sentido único.

A boa-fé objetiva, nos dizeres de Claudia Lima Marques (2005, p. 216) significa:

[...] uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: pelo cumprimento contratual e a realização dos interesses das partes.

Já a boa-fé subjetiva pode ser compreendida como a intenção do indivíduo no momento da celebração de qualquer negócio jurídico, refere-se ao estado de espírito do sujeito, ou seja, aos seus aspectos internos.

A boa-fé na sua acepção subjetiva também é contemplada pelo Código Civil vigente, em regra no campo dos direitos reais, mas foi na acepção objetiva que a mesma foi contemplada pelo direito contratual contemporâneo.

A boa-fé objetiva eclode na legislação civil como norma imperativa que deverá ser observada pelos partícipes na celebração do negócio jurídico. Assim, o “contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta”. (MARQUES, 2005, p. 218)

Na concepção de Judith Martins Costa (2001, p. 17), a boa-fé objetiva:

[...] quer significar segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242<sup>23</sup> do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos – modelo de conduta social, arquétipo ou Standard jurídico segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”[...] O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

De acordo com a Cláudia Lima Marques (2005, p. 215), a boa-fé objetiva apresenta várias funções na teoria contratual contemporânea:

A primeira função é uma **função criadora**, seja como fonte de novos deveres, deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual,

<sup>23</sup> Art. 242: “O devedor está obrigado a efetuar a prestação de acordo com os requisitos da fidelidade e boa-fé, tendo em consideração os usos do tráfico”. (EIRANOVA, 1998, p. 119)

como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito, ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma **função limitadora**, seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. A terceira é a **função interpretadora**, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame. (grifos nossos)

Ressalte-se que o conteúdo volitivo do contrato foi limitado pela presença da cláusula geral da boa-fé, cuja vagueza implicará na discricionariedade do intérprete a desafiar sua função criadora, possibilitando a intervenção jurisdicional nos negócios jurídicos quando for constatado desvio ético no comportamento de qualquer dos contratantes, podendo culminar na declaração de nulidade do negócio jurídico ou alteração de cláusulas abusivas que estejam desequilibrando economicamente o pacto.

Observe-se que a cláusula geral da boa-fé objetiva revolucionou a compreensão do direito contratual, bem como, de todo o direito obrigacional, pois estabelece um padrão de comportamento externo baseado na probidade das relações humanas e que deverá ser observado pelo homem médio, no desenvolvimento de suas relações interprivadas.

Pela amplitude das regras de conduta abarcadas pela cláusula geral da boa-fé, sua efetividade dependerá da atuação do intérprete cuja discricionariedade deve valer-se das peculiaridades de cada caso concreto, em certo tempo, em certo meio social de acordo com cada momento histórico, já que o seu conteúdo não pode ser rigidamente fixado.

A mobilidade do sistema, ou seja, a possibilidade de adequação da norma ao momento histórico do momento de sua aplicação foi o objetivo da técnica legislativa baseada em cláusulas gerais, pretendendo o legislador afastar-se do modelo dogmático-formalista do Código Civil de 1916, que culminava por engessar o sistema impedindo sua efetividade na solução das demandas frente a uma realidade política, econômica e social cambiante.

Assim, nos dizeres de Judith Martins Costa (2001, p. 22): “Por estas características a cláusula geral da boa-fé objetiva só pode dar frutos em um sistema aberto”.

Contudo, Paula Castello Miguel (2006) ressalta que, em relação ao preenchimento da cláusula geral da boa-fé objetiva pelo intérprete, deverá levar-se em consideração se o contrato (interempresarial) sob análise foi celebrado entre partícipes iguais ou desiguais na relação negocial, sendo, pois, obrigatória sua observância em ambas as hipóteses contratuais. Mas, em relação àquele, os deveres impostos pela cláusula em questão serão menores do que os deveres impostos pela mesma cláusula em uma relação desenvolvida por contratantes desiguais. Eis a síntese do pensamento da autora (2006, p. 157):

A diferença na aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos interempresariais entre iguais e aos contratos interempresariais entre desiguais deve-se ao fato de que uma conduta correta e honesta em relação a um contratante vulnerável exige mais cuidados em razão dessa condição que em relação a um contratante que se encontra em condição paritária com o outro.

Embora a autora aborde a questão sob o aspecto dos contratos interempresariais, nada impede que tal pensamento, analogamente, se dê em relação a outras espécies contratuais, enfatizando-se o aspecto da paridade ou não entre os contratantes.

A autora (2006, p. 158-159) sustenta ainda que a vulnerabilidade deva ter um enfoque diferenciado quando se tratar de empresários como partícipes de uma relação contratual, pois a estes o risco do negócio caracteriza a álea empresarial que nunca poderá ser eliminada de uma contratação interempresarial, como se verifica em seus dizeres:

O risco é inerente à atividade empresarial e não há regra prevista em qualquer diploma legal capaz de proteger o empresário dele. A tentativa de revisão de contrato interempresarial, fundada no fracasso do empresário, é contrária à boa-fé objetiva, pois conduta normal, correta, leal e honesta do empresário, por menor e mais vulnerável que seja, é assumir os riscos inerentes à sua finalidade empresarial.

Em que pese à razoabilidade do pensamento da autora, não se pode olvidar que a boa-fé objetiva deve estar presente em todas as fases contratuais e seu preenchimento poderá se dar de forma diferenciada pelas partes contratantes de acordo com a fase contratual em que se encontram, e, assim sendo, a sua inobservância, ou sua má aplicabilidade, em qualquer das fases contratuais por uma das partes contratantes deve ser reprimida e punida pelo julgador, ainda que estejamos diante de partícipes em condições de igualdade na relação negocial e se trate de um contrato interempresarial.

Outro aspecto a que se merece fazer ressalva é o fato de que partes iguais no momento da celebração do pacto, durante a sua execução ou ainda, eventualmente, na fase pós-contratual, poderão tornar-se desiguais, a reclamar, nesse momento, a interpretação da cláusula em questão levando-se em conta a superveniência da vulnerabilidade, ainda que, inicialmente, ela fosse inexistente.

Dessa forma, a boa-fé objetiva, como cláusula geral e um dos princípios contratuais contemporâneos, desempenha várias funções no ordenamento civil vigente e especificamente no direito contratual a desafiar uma análise dessas funções que a aplicabilidade da boa-fé objetiva poderá desempenhar nesse contexto normativo.

### **3.2.1 As funções da boa-fé objetiva**

A boa-fé é uma das cláusulas gerais ético-orientadoras do intérprete no exercício de seu trabalho hermenêutico em matéria contratual, apresentando diversas funções no desenvolvimento da atividade interpretativa que com ela tem um campo mais vasto de atuação, não restrito a termos fixos, cerrados, possibilitando que o magistrado valore e preencha seu conteúdo com aspectos substanciais trazidos pelo caso em análise.

Observa com propriedade Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 54):

Não resta dúvida, portanto, de que a boa-fé, enquanto princípio e, agora, como norma posta, trata-se de um critério irrecusável no trabalho hermenêutico dos contratos. Nesse sentido, caberá ao intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, adaptando-lhe o teor do contrato, mas também, na medida em que a boa-fé estabelece um modelo de comportamento, ordenando-lhes que procedam de forma leal e honesta, dirigindo a sua compreensão, também, pela idéia de conduta escorreita entre os contratantes.

A boa-fé objetiva poderá exercer várias funções na leitura do direito contratual contemporâneo, a saber: função integrativa, função de controle e a função impositiva.

A função de integração realiza-se na autorização legal conferida ao magistrado para adequar o caso de acordo com as circunstâncias concretas que se apresentam para a análise. Podendo, por meio da cláusula em questão, integrar valores éticos no contexto de preenchimento axiológico do conceito de boa-fé, que podem estar fora do ordenamento, em consonância com os usos e costumes do lugar de celebração do pacto, por exemplo.

Observa-se que a função integrativa permite ao magistrado preencher seu conteúdo de acordo com o contexto do contrato em análise e sempre em conformidade com a Constituição.

Assim, a função integradora da boa-fé pode funcionar também para suprimir eventuais lacunas que se revelem no contrato por não terem sido especificadas em suas cláusulas de modo preciso e específico.

Outro aspecto funcional da boa-fé objetiva é o controle que estabelece ao exercício dos direitos das partes na relação contratual, como resultado do exercício, muitas vezes, abusivo da autonomia da vontade de uma das partes, pois como nos adverte Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 56), “[...] há determinados comportamentos que, não obstante se mostrarem lícitos, nem por isso se adaptam aos padrões éticos propostos pela boa-fé, e, por isso, devem ser limitados”.

Dessa forma, a boa-fé exerce um controle sobre o exercício da autonomia da vontade, delimitando seus contornos e, conseqüentemente, limitando seu conteúdo e alcance quando necessário para coibir condutas abusivas que se revelem contrárias aos preceitos estabelecidos pela norma em questão.

A boa-fé objetiva também exerce a função impositiva, posto que, como norma jurídica posta, na condição de regra de conduta ética, impõe que os contratantes adotem uma conduta honesta, leal, de confiança, enfim, de probidade em todas as fases da relação contratual. Assim, a conduta ética estabelecida pela cláusula da boa-fé é um dever imposto aos contratantes, na orientação de suas vontades, em especial no direito contratual.

A boa-fé, também, pode estabelecer deveres secundários que poderão surgir nas várias fases da contratação, de acordo com a natureza do contrato, os usos, a lei, entre outros aspectos singulares de cada caso em particular permitindo um campo vasto para o exercício do trabalho hermenêutico do intérprete.

Em que pese à margem de discricionariedade do intérprete, seja uma constante na interpretação de normas abertas, como as cláusulas gerais e os princípios, Paula Castello Miguel (2007, p. 148) lembra-nos que:

Vale destacar que a associação de cláusulas gerais à definição de objetivos e diretrizes balizam a interpretação do julgador, oferecem-lhe parâmetros interpretativos, reduzindo, em conseqüência, sua margem de discricionariedade.

Assim, o Texto Constitucional é o informador dos parâmetros interpretativos de todas as cláusulas gerais presentes no ordenamento civil, indicando os valores que devem nortear sua interpretação e operabilidade dentro do sistema, buscando sua adaptabilidade às condições de cada caso concreto, em especial no direito contratual dentro do contexto normativo unitário, no qual deve ser compreendido o sistema jurídico.

O sistema civil recepcionou, também, ainda que indiretamente, o princípio da equivalência material dos contratos, previsto para os contratos de adesão, mas que de acordo com o texto constitucional e a teoria contratual contemporânea se consubstancia como um princípio contratual aplicável a toda espécie contratual, oferecendo a tutela da parte mais vulnerável na relação negocial a integrar também sua principiologia. É o que se passa a analisar.

### **3.3 A equivalência material dos Contratos**

O princípio da equivalência material, ou também denominado equilíbrio econômico do contrato, vem também integrar a estrutura principiológica informadora dos contratos na contemporaneidade, compreendendo-se, também, no contexto da eticidade, socialidade e operabilidade que estruturam a codificação civil em perfeita harmonia com o texto constitucional que tem na pessoa seu “bem” de maior valia.

O princípio em questão traz consigo a idéia de razoabilidade, proporcionalidade, de justiça social, que estão presentes na estrutura do direito contratual, bem como de todo o direito obrigacional. Assim, o contrato deve se apresentar como instrumento de justiça social, revelando-se equilibrado em seu conteúdo, nos encargos e vantagens atribuídos a cada uma das partes da relação contratual.

Os dizeres de Tereza Negreiros (2002, p. 157) revelam-nos a essência do princípio em questão:

De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente no processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas, sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes. Definitivamente, a justiça contratual deixa de ser concebida como uma decorrência inexorável da autonomia da vontade.

Observa-se que com a adoção do princípio do equilíbrio econômico, o conteúdo do contrato não é mais intangível e deve corroborar para a justiça social, evitando o enriquecimento sem causa, a onerosidade excessiva para uma das partes, numa justa e equilibrada distribuição dos encargos e dos riscos do negócio pactuado.

A justiça social expressa à opção política do Estado Brasileiro que tem o dever não só de proteger no âmbito das relações interprivadas, mas também de promover de modo a coibir a utilização dos institutos privatísticos, típicos instrumentos de predomínio da auto-regulação dos interesses, como o contrato e a propriedade, de afrontá-la ou desconsiderá-la no desenvolvimento de suas relações civis.

Sobre a justiça social e sua importância não só no direito contratual, mas em todo o ordenamento civil esclarece-nos Pietro Perlingieri (2007, p. 49):

O valor da justiça social, expresso no Texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc.

Torna-se evidente que o instituto jurídico do contrato e a teoria legal que o envolve sofrem a influência do tipo de organização político-social a cada momento afirmado a expressar essa influência exógena pelo princípio da relatividade do contrato.

Esse relativismo condensa essas transformações: “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”. (ROPPO, 1977, p. 24)

Nesse contexto político-econômico e social, o direito contratual não tem mais sua eficácia estruturada na autonomia da vontade e na igualdade formal, consolidando-se dentro de uma nova principiologia direcionadora de sua compreensão, a atribuir importância a igualdade substancial ao lado da formal, relegando, a um segundo plano o formalismo de

outrora para aferição de sua validade o que permitia injustiças contratuais manifestas ao longo da história.

O legislador preocupou-se com o tratamento desigual para contratantes desiguais, uma tutela maior para a parte vulnerável na relação negocial, que, na maioria das vezes, não tem poder de negociação algum. Tal princípio permite que o magistrado revise o contrato, modificando-o, parcial ou totalmente, ou ainda, opte pela sua resolução.

Em relação à atuação estatal, observa Enzo Roppo (1977, p. 22):

[...] constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.

Ressalte-se que o escopo primordial do legislador é sempre pela preservação do contrato, em respeito à vontade e circunstâncias manifestadas pelos contratantes, intervindo, apenas, para direcionar a conformação de determinados interesses, quando estes tornarem o pacto desequilibrado, ou afrontem algum dos outros princípios sociais já analisados, ferindo assim preceitos constitucionais dos quais o instituto dos contratos não pode desvincular-se.

Tal intervenção incide sobre os contratos com o escopo de refletir-se sobre as operações econômicas, “de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*”. (ROPPO, 1977, p. 23)

Revela-se, na atualidade, um direito contratual preocupado não só com a parte vulnerável, mas com a questão da vulnerabilidade em si que poderá atingir quaisquer das partes numa relação negocial, ainda que inicialmente elas se apresentassem substancialmente iguais, impactando negativamente sobre as operações econômicas.

Nesse sentido, a necessidade de se compreender o princípio de modo mais abrangente segundo o entendimento de Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 21):

Mas, além da proteção dos contratantes vulneráveis, o princípio deve ser entendido de modo mais abrangente, como se estivéssemos mesmo diante da noção de gênero e espécie; vale dizer, abarca não só a proteção dos contratantes vulneráveis, mas “também” daqueles que, embora não sendo visto ou conceituados como tais, possam ser vítimas de desequilíbrio objetivo contratual, daí falar em equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo.

Há doutrinadores, contudo, que não compreendem o princípio em questão com tal abrangência, como expressa o pensamento de Paula Castello Miguel (2006, p. 138 e ss.).

A autora (2006), em sua monografia *Contratos entre empresas*, sustenta que o preenchimento das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato e do princípio da equivalência material deve ser diferenciado levando-se em consideração se o intérprete está diante de contratos interempresariais entre iguais ou entre desiguais.

Sustenta que nos contratos interempresariais entre iguais a intervenção estatal deve ser mínima, garantindo-se a liberdade de contratar como meio para se atingir também o bem comum.

Conclui-se, então, que a escolha da vulnerabilidade como critério para diferenciar contratos interempresariais entre iguais e contratos interempresariais entre desiguais, a fim de oferecer liberdade aos primeiros e proteção aos segundos, respeita o princípio da isonomia, previsto no Texto Constitucional. (MIGUEL, 2006, p. 138)

Em relação à função social do contrato, assim revela-se seu entendimento:

[...] deve-se concluir que o preenchimento do princípio da função social do contrato para as contratações interempresariais entre iguais não precisa preocupar-se com a garantia do equilíbrio contratual, pois este é assegurado pela paridade entre os contratantes. Deve-se, ainda, preservar as cláusulas livremente pactuadas pelas partes, uma vez que essa preservação favorece o desenvolvimento da atividade empresarial e, em consequência, o desenvolvimento nacional, o bem comum. (MIGUEL, 2006, p. 153)

Observa-se, nessas assertivas, a verificação da vulnerabilidade como critério diferenciador para o tratamento contratual justo apenas na fase de celebração do pacto, desconsiderando-se que a questão da vulnerabilidade poderá se dar durante a execução do contrato, transformando a condição de iguais em uma desigualdade extrema.

Em que pese o respeitável entendimento doutrinário asseverado, a vulnerabilidade deve ser compreendida como critério diferenciador em qualquer fase da relação contratual, podendo dar causa a necessidade da intervenção estatal por meio da atividade jurisdicional, para restabelecer o equilíbrio que, inicialmente, estava presente em equivalente relação contratual.

O princípio da equivalência revela-se de fundamental importância para a funcionalização dos princípios sociais no direito contratual que incorpora a axiologia Constitucional em seus dispositivos, tutelando os valores eleitos pelo modelo político brasileiro e a veicular por meio de suas normas e seu instituto jurídico: o contrato, a concretização das regras, valores, direitos constitucionais e seus objetivos políticos de direção da economia.

A compreensão do equilíbrio econômico deve incidir sobre qualquer espécie contratual a reclamar maior intervenção e, portanto, o chamamento ao princípio nos contratos que contam com partes mais vulneráveis, conforme corrobora, os dizeres de Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 21):

Por isso, do ponto de vista principiológico, não se pode diferenciar a natureza do contrato, ou seja, se civil, empresarial, de consumo ou qualquer outro. Se a ótica é a do equilíbrio, este deve ser observado em qualquer contratação, devendo-se admitir que, nos contratos que contam com a participação de contratantes vulneráveis, seja mais usual o chamamento do princípio e, certamente, maior a intervenção estatal.

O direito contratual tem na busca e na manutenção do equilíbrio econômico entre as partes, um princípio orientador, do qual pode socorrer-se a parte que se sentir lesada, para solicitar ao Judiciário o restabelecimento do equilíbrio contratual a reclamar sua revisão, independente da natureza do contrato e do momento contratual no qual se tornou vulnerável.

## **CAPÍTULO IV - A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS DIANTE DAS CLÁUSULAS GERAIS DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA**

### **4.1 Autonomia da vontade**

O princípio da autonomia da vontade é um dos pilares clássicos sobre o qual tem sua base o instituto dos contratos e a partir do qual se dá o nascimento do contrato que passa a ser entendido como o resultado da declaração de vontade das partes contratantes baseado no exercício pleno da liberdade de contratar e a liberdade contratual<sup>24</sup>.

A autonomia da vontade representa a liberdade de contratar e a liberdade contratual baseada na vontade dos indivíduos de se obrigarem livremente e acordarem sobre o conteúdo a que se vinculam, caracterizando assim o exercício pleno da liberdade subjetiva, na qual a vontade se pressupõe plenamente livre.

Essa concepção de liberdade, na qual não há separação entre a vontade e o ato voluntário predomina na teoria contratual clássica, denominada individualismo jurídico para o qual a vontade condiciona a existência dos contratos.

Nos dizeres de Olney Queiroz Assis (2002, p. 509):

A análise histórica mostra a toda evidência que primeiro aparece o contrato e só depois é que se articula a liberdade de contratar. Portando, historicamente é o contrato que condiciona o aparecimento da liberdade de contratar; o contrato se revela não como uma instituição que pressupõe a liberdade como comumente é tratado pela tecnologia jurídica, mas que institucionaliza a liberdade.

---

<sup>24</sup> Refere-se à liberdade de contratar a possibilidade que o indivíduo tem de querer ou não realizar um contrato e com quem. Já a liberdade contratual compreende a possibilidade que o indivíduo tem de discutir o conteúdo do contrato, suas condições, prazos, enfim suas cláusulas, pressupondo-se a igualdade das partes para convencionarem.

Na antiguidade, a liberdade de contratar não aparecia dotada de subjetividade, mas estava relacionada à posição que o indivíduo ocupava na comunidade, ou seja, estava condicionada ao *status* político, econômico e social do indivíduo.

Já no período do Estado Liberal, a liberdade de contratar aparece como um direito subjetivo que os indivíduos têm de livremente pactuarem entre si, suscitando a idéia de que a liberdade é algo inerente à condição humana.

No modelo contratual clássico, o sujeito é livre para pactuar o que quiser, dentro do limite de não ofensa à ordem pública e aos bons costumes, obrigando-se livremente sobre o que melhor lhe aprouver. A vontade aqui é indeterminada, não há previsibilidade quanto ao seu conteúdo.

Classicamente, prevalece o princípio da intangibilidade do contrato, ou seja, o seu conteúdo não pode ser determinado ou modificado pelo Estado. Este tem que ser apenas garantidor do resultado contratual convencionado pelas partes: “os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse na livre escolha dos contraentes privados”. (ROPPO, 1977, p. 32-33)

Isso promovia a crença de que no interior da vontade há uma ausência absoluta de coação ou de necessidade (ASSIS, 2002, p. 510), dando a impressão que a vontade do indivíduo é absolutamente livre de qualquer interferência que possa resultar na discrepância entre a vontade subjetiva e a vontade expressamente declarada.

Essa concepção do princípio da autonomia da vontade predomina no direito contratual clássico, que a fundamenta como expressão da liberdade de contratar desprovida de qualquer interferência factual, seja política, econômica ou social, para a qual não se admitia que pudesse haver um limite positivo a essa autonomia, mas apenas limites negativos como exceções de algum princípio.

Essa liberdade contratual autônoma gera a ilusão de que somos livres a pactuar de acordo com nossos interesses, livres de influências externas. Mas, ao longo da história, evidencia-se que essa liberdade contratual sempre foi uma ficção, tendo em vista que nunca foi ilimitada.

Os limites negativos ao seu exercício eram verificados no respeito à ordem pública e aos bons costumes (como exceções) e na realização indireta, por meio da “vontade livre” das partes, dos interesses do sistema capitalista que é justamente o interesse particular de uma classe, a burguesa, detentora dos meios de produção e não o interesse geral de toda a sociedade, embora o pensamento difundido à época fizesse crer na sua coincidência. (ROPPO, 1977, p. 39)

Mas, nos dizeres de Orlando Gomes (2001, p. 24):

Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à organização política e à infra-estrutura ideológica.

Note-se assim, que como a liberdade contratual subjetiva sempre foi uma ilusão, também a heteronomia estatal se revela como tal, ao passo que também sofre influências de natureza política, econômica e social em consonância com os interesses da organização política e a estrutura ideológica de cada momento histórico, bem como da classe dominante de cujos interesses o Estado sempre foi representante.

Decerto que, na teoria clássica, essas limitações à autonomia da vontade, embora existissem, não foram suficientes para impedir os abusos decorrentes do exercício exacerbado da autonomia da vontade, acabando por reclamar, gradativamente, uma recompreensão da liberdade contratual.

Nos dizeres de Orlando Gomes (2001, p. 26), “o pensamento jurídico se modificou radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

Essa ideologia da autonomia da vontade expressa pela liberdade contratual fundamentada na vontade subjetiva do indivíduo sobre a qual incide apenas limites negativos, agora passa a ser percebida como algo inoportuno e inadequado à realidade política, econômica e social contemporânea.

Passa-se assim, na atualidade, a contrapor-se ao princípio em questão, impondo limites positivos ao seu exercício, a imposição de regras de comportamento (boa-fé), de distribuição dos riscos (equilíbrio econômico entre as partes), de realizar a finalidade social (função social do contrato), integrando-se o princípio da autonomia da vontade com os novos princípios contratuais.

A autonomia da vontade é recompreendida a luz de sua leitura na perspectiva civil-constitucional, resultando em um novo enfoque para o princípio no contexto do direito contratual contemporâneo que expressa sua renovação principiológica. Fala-se agora, na heteronomia estatal e no dirigismo contratual. (GRAU, 2003, p. 84)

Na verdade, a soberania da liberdade subjetiva nunca existiu de fato, mas sem dúvida seu exercício já foi mais amplo de acordo com o momento histórico em que se deu seu ápice de aplicabilidade<sup>25</sup>.

A política, a economia e as questões sociais sempre influenciaram o ordenamento jurídico e a interpretação de suas normas a direcionar, ainda que ideologicamente, a conduta do indivíduo no desenvolvimento de suas relações civis.

O filósofo alemão Hans Kelsen (1999, p. 105-106) já discorria sobre a ficção jurídica da liberdade:

---

<sup>25</sup> Século XIX: hegemonia política, econômica e cultural da burguesia. (ROPPO, 1977, p. 32)

A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual só somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável, e, portanto, não seja livre.

E continua o autor (1999, p. 107):

Por vezes não se nega que a vontade do homem seja efetivamente determinada por via causal, como todo o acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se a sua vontade fosse livre. Quer dizer: crê-se que se tem de manter a liberdade da vontade, a sua não-determinação causal, como uma ficção necessária.

[...]

Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer.

Na compreensão atual, a autonomia da vontade sofre limitações significativas com as cláusulas gerais do Código Civil, que surgem como novas normas contratuais a serem observadas, juntamente com os princípios contratuais consagrados pela teoria clássica, mas cujo parâmetro interpretativo destes sofre mudanças em sua metodologia.

Evidencia-se assim, que a liberdade de contratar, representada pelo dogma da autonomia da vontade como difundida na concepção clássica do instituto dos contratos, é uma ficção e dessa forma não deve e não pode mais ser compreendida.

A vontade como compreendida pelo direito contratual hoje, vem reafirmar o entendimento de Kelsen (1999, p. 107), de que a vontade é causalmente determinada por uma imputação ético-jurídica. Observa o autor que, a vontade nunca foi livre como queria fazer crer a teoria contratual clássica, pois a vontade era pré-determinada pelo interesse expresso pela norma:

A questão, porém, não é a de saber se a nossa ação é causada pela nossa vontade – isso não nega o indeterminismo -, mas a de saber se a vontade é ou não causalmente determinada. (...) O que, com a questionada imposição do problema se demonstra é apenas que a imputação ético-jurídica é possível e de fato se verifica sendo a vontade causalmente determinada.

E, nesse sentido, Kelsen (1999, p. 107) afirma que a vontade é causalmente determinada pelo legislador ao estabelecer a norma e que o significado da norma é produzido pelo intérprete autêntico. E, portanto, a liberdade não pode mais ser concebida como a possibilidade de se agir como se quer.

Kelsen também já discorria sobre a imputação ético-jurídica da vontade individual expressa através da norma, o que se consolida com o advento do Código Civil de 2002 e adoção de normas ético-orientadoras do comportamento humano nas relações civis, em especial nas relações contratuais, tais como a boa-fé (objetiva), o dever de agir com eticidade, lealdade, respeitar a função social do contrato, consolidando a renovação do direito contratual como até então concebido classicamente.

Com o Código Civil de 2002, passa-se a uma legislação voltada para o social, para o bem comum, em detrimento do eixo patrimonialista do Código Civil de 1916 que na compreensão liberal do princípio da autonomia da vontade, embora seu exercício nunca tenha sido ilimitado, suscitava abusos decorrentes dessa compreensão e tutela jurídica da liberdade contratual nos moldes clássico, tornando-se um poderoso instrumento para propiciar a satisfação dos interesses da classe dominante da época – a burguesia, de cujos interesses, o Código Civil de 1916 era legítimo representante.

Enquanto na concepção clássica da autonomia da vontade, a lei pressupunha uma igualdade formal entre as partes para legitimar o exercício da liberdade contratual, a concepção atual do princípio em questão ressalta a desigualdade de fato que existe entre os homens a influenciar significativamente o desenvolvimento de suas relações contratuais e a merecer a intervenção do Estado nos pactos celebrados. Impõem-se, assim, condutas ético-jurídicas no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas, bem como de todas as relações civis, reconstruindo a estrutura do Direito Privado Brasileiro nessa direção.

Rousseau (2006, p. 29), em sua obra “O Contrato Social”, já ressaltava para a desigualdade fática entre os indivíduos:

[...] é que o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito.

Em contraposição a essa desigualdade factual entre os homens, o direito contratual vem posicionar-se no sentido de equalizar as partes contratantes, não apenas por convenção ou direito, mas levando-se em conta quem são os sujeitos nas relações contratuais e mudando-se o paradigma interpretativo do instituto dos contratos: de mero instrumento de operações econômicas a concretizador e veiculador de escolhas políticas do legislador constituinte.

Essa mudança na concepção contratual não significa o declínio do princípio da autonomia da vontade, mas apenas a sua flexibilização na coexistência com os princípios contratuais da boa-fé (subjéctiva e objectiva), da igualdade formal e substancial entre as partes, da função social do contrato que serão interpretados na perspectiva do direito civil-constitucional.

Como o Direito reflete a realidade política, econômica e social, também o contrato, instituto que se perpetua no tempo representa a realidade social, política e econômica de seu tempo. O instituto foi renovado a fim de se adequar à realidade do mundo contemporâneo e às necessidades de seus usuários.

Os novos princípios contratuais somam-se aos já existentes e suscitam um novo parâmetro interpretativo do instituto, na atualidade, bem como dos princípios consagrados pela teoria clássica, até então de aplicabilidade quase absoluta, embora não ilimitada.

Nesse contexto de renovação, importa analisar comparativamente o princípio da autonomia da vontade segundo sua concepção clássica e na sua compreensão pelo direito contratual atual.

### 4.1.1 A Autonomia da Vontade na Teoria Contratual Clássica

No auge do liberalismo, durante o século XIX, o individualismo econômico dava ensejo à concepção tradicional do instituto dos contratos cujo fundamento se estruturava no dogma da autonomia da vontade, legítima representante da liberdade individual como imperativo contratual.

Na concepção clássica, a autonomia da vontade está relacionada à idéia de uma vontade plenamente livre, sem interferência externa, fundamentada na liberdade do indivíduo de pactuar livremente, de auto-obrigar-se, de acordo com seus interesses.

Segundo o pensamento de Cláudia Lima Marques (2005, p. 60):

[...] é a vontade que, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.

Há alguns doutrinadores que entendem que é o contrato que legitima a vontade. (ASSIS, 2002, p. 509)

Em que pese à divergência doutrinária de que o contrato é anterior a liberdade ou de que esta é quem condiciona o aparecimento do instituto, o que se evidencia é que na concepção tradicional dos contratos a vontade é a sede da liberdade individual, difundindo a idéia de que essa vontade é totalmente livre para se manifestar a legitimar assim, a obrigação pactuada entre as partes de modo a atribuir-lhe força obrigatória.

Segundo a visão tradicional, observa Cláudia Lima Marques (2005, p. 63): “Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato”.

No entendimento clássico, a autonomia da vontade tinha que ser preservada em respeito à liberdade subjetiva expressa pelo indivíduo e autorizada pela lei. Aqui, a regra geral

era a não interferência do Estado nos contratos e a prestação da tutela jurisdicional a fim de preservar o pactuado, ou seja, à vontade declarada pelas partes, de modo a garantir aos contratantes, o resultado que pretendiam alcançar com a celebração do contrato.

A interferência do Estado ficava restrita a possibilidade de que a vontade de uma das partes na relação contratual estivesse viciada, ensejando, então, a anulação ou a nulidade do negócio jurídico. Pelo que se observa a eficácia do pacto está condicionada a vontade que o ensejou.

Nessa fase, não se questiona se o conteúdo do contrato é justo ou injusto, mas se a vontade é livre ou viciada, pois ainda que injusto o conteúdo contratual, se a vontade manifesta for livre de vício de consentimento, obriga o indivíduo aos termos do negócio jurídico celebrado. Fundamenta-se a validade desse consentimento, na vontade declarada pela parte no momento da celebração do pacto.

Verifica-se, aqui, a influência Kelseniana (1999) na interpretação dos contratos segundo a visão tradicional, pois o contrato será interpretado consoante a sua validade, pois em conformidade com Kelsen, a norma poderá ser válida ou inválida, nunca justa ou injusta.

Observe-se que mesmo no ápice da amplitude reconhecida à autonomia da vontade no direito contratual, sempre houve a imposição de limites legais ao exercício dessa autonomia, seja por motivos políticos, econômicos ou sociais que limitavam o exercício da liberdade contratual das partes em determinados contratos, submetendo-a aos preceitos legais.

Mas, via de regra, na concepção clássica do Direito Contratual as normas legais eram supletivas, ou seja, aplicadas quando as partes não se manifestassem expressamente sobre algo.

O caráter de subsidiariedade dos dispositivos legais prevalecia na teoria clássica, o que refletiva o momento histórico da época em que essa teoria se desenvolvia e alcançava sua maior amplitude.

Garantia-se a liberdade do indivíduo de pactuar e por consequência a não interferência do Estado na formação dos pactos, fundamentando-se essa exacerbada liberdade na igualdade presumida das partes em uma relação contratual. Era a proteção do indivíduo em face do Estado e de modo disfarçado, o incentivo para expansão do sistema capitalista que “reclamava a eliminação de qualquer obstáculo a mais livre, segura e intensa circulação de bens”. (ROPPO, 1977, p. 31)

Note-se que a liberdade de contratar/contratual já se evidenciava como uma ficção, uma utopia jurídica, que se mostrava interessante ao Estado difundí-la como verdade entre os homens da nação.

Num país massacrado por desigualdades, das mais variadas naturezas, desde o remoto tempo de seu descobrimento ao surgimento, avanço e o desenvolvimento do sistema capitalista, ao longo da história, consolida-se e aumenta essas desigualdades entre os homens.

Por isso, partes livres e iguais - o que Roppo (1977, p. 37) denominou de igualdade de possibilidades abstratas - sempre foi uma qualidade presumida das partes, uma verdadeira ficção jurídica que o interesse estatal se esforçava em manter, gerando em nós, a ilusão de que éramos plenamente livres para contratar, a refletir a resistência e a indiferença do ordenamento jurídico, por muito tempo, em olhar mais atentamente ao desenvolvimento das relações contratuais sustentada nos moldes da teoria clássica.

Os abusos decorrentes do exercício da autonomia da vontade expressos pela ampla liberdade contratual e pela igualdade presumida das partes fizeram com que o direito contratual sofresse significativos questionamentos, colocando-se em dúvida, a partir do final do século XIX e início do século XX, a compreensão clássica do princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, questionando-se também a igualdade formal das partes nessas relações.

Inicia-se, então, um olhar mais atento ao sujeito receptivo da declaração de vontade e não só a proteção ao sujeito emissor (LORENZETTI, 1998, p. 546) e as circunstâncias fáticas do contexto econômico e social no qual está inserido.

Gradativamente, o pensamento liberal norteador do modelo clássico foi perdendo espaço para o pensamento característico da ordem política do Estado Social para a qual é relevante a justiça distributiva, os objetivos econômicos que tem o Estado e que impõe a população a visão utilitarista do contrato em função de seus reflexos econômicos (LORENZETTI, 1998, 544-554), transformando o pensamento jurídico contemporâneo em relação ao Direito Contratual.

Passa-se de uma concepção subjetivista para uma concepção funcional do contrato, relegando-se importância de seus reflexos sobre a ordem econômica a inferir no âmbito social.

Nesse contexto, o dogma da autonomia da vontade e da presunção de igualdade das partes se flexibilizam diante do reconhecimento das desigualdades econômicas, políticas, sociais e jurídicas entre os indivíduos a reclamar a intervenção (atuação) estatal no âmago dos contratos, instaurando-se a fase do dirigismo contratual.

Consolida-se, assim, com o Código Civil de 2002 a nova base principiológica do direito contratual contemporâneo, que incorpora novos princípios informadores de direção e interpretação do instituto, bem como, modifica, significativamente, sua própria estrutura conceitual.

## **4.1.2 A Autonomia da Vontade na Teoria Contratual Contemporânea**

Observa-se, que o princípio da autonomia da vontade como legitimador do contrato e fonte de obrigações passa a ser questionado, no final do século XIX, início do século XX, em relação à amplitude de sua compreensão à época.

Nesse sentido, discorre com propriedade, Claudia Lima Marques (2005, p. 64):

Nas discussões do fim do século XIX, no início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos. É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste.

Nesse contexto, ao atribuir-lhe limites mais rígidos a reduzir seu amplo exercício de outrora com o escopo de estabelecer direção ao instituto jurídico do contrato, acentua-se, na atualidade, uma maior intervenção do Estado na dinâmica contratual, não mais com a atribuição de natureza supletiva aos preceitos legais/contratuais, mas principalmente como normas imperativas a direcionar a utilização do instituto, impondo limites positivos a condicionar o desenvolvimento das relações negociais.

A concepção tradicional que sustentava sua base na autonomia da vontade e na presunção de igualdade entre as partes contratantes, reconduz-se para realização de interesses sociais da ordem econômica brasileira a incutir nos contratos a proteção de seus efeitos econômicos sobre a sociedade.

Observa Claudia Lima Marques (2005, p. 163) que:

Em muitos casos o acordo de vontade era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

Assim, a teoria contratual caminha no sentido de tentar coibir os abusos do voluntarismo, propiciada pela amplitude conferida às partes de auto-obrigarem-se, abrindo os olhos para uma desigualdade fática entre os indivíduos que representam uma desigualdade real na celebração de um contrato.

O Direito Contratual vem, na atualidade, consolidar-se como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais, pois como bem observa Lorenzetti (1998, p. 159), a pessoa se apresenta como núcleo do sistema e ponto de articulação entre a ordem constitucional e a privada, aplicando-se as normas protetivas da pessoa ao Direito Privado e os direitos personalíssimos jusprivatistas adquirem significado constitucional.

Estabelece-se, assim, no Direito Privado normas como a função social do contrato e a boa-fé objetiva que impõe as partes o dever de honestidade e lealdade em todas as fases da relação contratual. Restaura-se, pois, a confiança como valor a ser tutelado no direito contratual contemporâneo.

Note-se que a ilusão da liberdade contratual, como se fazia acreditar pela teoria clássica, assentada na difusão conceitual-liberal do dogma da autonomia da vontade, descaracteriza-se, pouco a pouco, no direito contratual contemporâneo, desmistificando a ideologia que o envolvia no passado.

Nesse contexto de transformação ou renovação do Direito Contratual, aparece a necessidade de uma nova concepção sobre a liberdade subjetiva, tendo em vista que a concepção clássica que a compreendia como o livre arbítrio do indivíduo em contratar e a pressuposição da igualdade formal no exercício de sua liberdade contratual não foi recepcionado com o mesmo entendimento.

Na atualidade, o Estado assume um papel regulamentador e interventor, passando a intervir de forma mais acentuada na esfera privada, pois onde o Estado perceber a

engenhosidade da burguesia, ele atuará a fim de garantir a igualdade das partes e proteger o hipossuficiente na relação contratual.

O Estado aparece como interventor que impõe limites ao exercício da autonomia da vontade no âmbito das relações contratuais, o que pode ser verificado nos contratos de leasing, alienação fiduciária em garantia, nos contratos de trabalho para os quais o Estado-Legislator estabelece normas de ordem pública que não podem ser modificadas pelas partes.

A intervenção estatal em si não caracteriza nenhuma novidade, mas antes aparecia dissimulada no tecido social, e na atualidade ela emerge desprovida de máscaras a esconder sua atuação.

Essa intervenção vai se tornando cada vez mais acentuada e a liberdade de contratar muitas vezes não mais existe em face do mandamento imperativo da lei, culminando na decadência conceitual que lhe imprimia a teoria clássica, a reclamar um novo modelo teórico de compreensão do instituto na atualidade.

O contrato perdeu sua natureza individualista, ensejando a socialização do instituto, pois não é mais suficiente que a norma tenha sido efetivamente estabelecida de maneira legítima pela norma fundamental correspondente, para ser válida ou inválida (KELSEN, 1999), mas, agora, o conteúdo da norma tem grande relevância para o ordenamento jurídico, em especial para o direito contratual.

Eclode, assim, um novo conceito de contrato e, conseqüentemente, uma renovação de sua principiologia informadora a consolidar o que se tem denominado de socialização do direito contratual.

Assim, valendo-nos dos dizeres de Cláudia Lima Marques (2005, p. 167):

É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

O direito contratual assume sua função social, atuando como protetor do indivíduo e inibidor de abusos impondo limites positivos e negativos ao exercício da autonomia da vontade nas relações contratuais.

O direito contratual passa a ser mais tópico e menos universal, no sentido de que está mais voltado para a ação, tornando-se mais operacional, pois a decisão se constrói quando se está diante do problema.

Dessa forma, o juiz tem maior autonomia para revisar os contratos, podendo modificá-los, rescindi-los ou mesmo dar uma solução diferente do convencionado pelas partes, tendo em vista que os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida na coexistencialidade com os princípios da boa-fé (objetiva e subjetiva), da função social do contrato e do equilíbrio real entre as partes, formando na totalidade a principiologia informadora do direito contratual atual.

O Direito Contratual mudou. Portanto, necessário se faz que os olhos que o vêem também sejam novos, pois de nada adiantaria continuar-se a olhá-lo como antigamente, consoante a advertência expressa pelos dizeres da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Elaine Harzheim Macedo *apud* Marques (2005, p. 187): “O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam”.

O Código Civil vigente estabeleceu normas ético-orientadoras da conduta humana a refletir-se no direito contratual: mitigando os princípios clássicos e incorporando princípios ético-orientadores do comportamento das partes: “Daí surgir o legislador com o intuito de estabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, mitigando o princípio da autonomia da vontade e privilegiando os deveres de correção e lealdade ínsitos na boa-fé objetiva”. (JORGE JUNIOR, 2004, p. 25)

O que na concepção de Thomas Wilhelmsson *apud* Negreiros (2002, p. 301) se identifica como:

[...] a virada de uma “abordagem abstrata” para uma “abordagem voltada para a pessoa”, o contrato deixa de habitar o “céu dos conceitos”, deixa de estar reduzido a um acordo de vontades entre sujeitos abstratos, considerados apenas no que respeita à sua capacidade jurídica, e passa, então, por um processo de “socialização” – o que significa estar sujeito a influências exógenas.

E continua, a supracitada autora (NEGREIROS, 2002, p. 310), discorrendo sobre a diferenciação entre as teorias contratuais:

A teoria contratual contemporânea difere da teoria clássica quanto ao modo de compreender aquele que contrata. Opõe-se à forma abstrata e atomizada com que a teoria clássica concebe o sujeito contratante, reconhecendo na disparidade de poder negocial, provocada pela vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, um fundamento para que a relação contratual sofra intervenções heterônomas, seja por meio de normas cogentes, seja por meio de medidas judiciais.

Nessa breve análise sobre a autonomia da vontade, evidencia-se o declínio na concepção onipotente da vontade do indivíduo que passa a ser interpretada conjuntamente com valores éticos e sociais, tais como a equidade, a boa-fé, a sociabilidade, a confiança, os quais passam a ser condicionantes do exercício da autonomia da vontade na atualidade.

Na observação de Claudia Lima Marques (2005, p. 213):

[...] o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.

O Direito Contratual, assim como todo o Direito Civil, está sendo utilizado como instrumento de realização de política social, pois as normas contratuais tornam-se cogentes e não mais complementares ou supletivas.

O Estado atuará não apenas como regulador, mas também como interventor no instituto dos contratos, à medida que confere ao legislador e ao juiz a possibilidade de criar,

complementar ou modificar o conteúdo volitivo do contrato, tendo em vista que a tutela jurídica que lhe é conferida pelo direito contratual hoje, não é mais intangível como na concepção clássica.

O contrato não pode mais ser entendido como instrumento a serviço dos interesses jusprivatísticos, mas em equilíbrio com eles deverá, também, atender sua função social a refletir positivamente sobre a coletividade. O individualismo característico do instituto na sua concepção clássica não encontra respaldo no direito privado do século XXI.

Outro aspecto importante a ser considerado na teoria contratual contemporânea é a base constitucional dessa nova realidade, não só a contratual, mas a realidade de todo o ordenamento jurídico no século XXI. E dessa forma, a base do direito contemporâneo se evidencia atrelada aos direitos fundamentais e a reconstrução de sua dogmática na perspectiva civil-constitucional.

Na seqüência, propõe-se a análise do princípio da força obrigatória dos pactos e sua compreensão no direito contratual contemporâneo.

#### **4.2 Força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*)**

O princípio da obrigatoriedade dos contratos expressa à força vinculante dos contraentes ao pacto firmado, atribuindo-lhe, força de lei sobre as disposições que acordarem.

Tal princípio, na concepção clássica, não permitia que o conteúdo do contrato fosse questionado, pois se fundamentava na presunção de igualdade (formal) entre as partes contratantes e, portanto, na liberdade de livremente se obrigarem.

Com o desenvolver da história, a liberdade que outrora justificava a aplicação quase absoluta do princípio em questão, revelava-se desproporcional entre os contratantes economicamente desiguais, levando o contrato a tornar-se instrumento de dominação pela

parte detentora do poder econômico, em nome do exercício de uma suposta liberdade que na realidade escravizava o hipossuficiente na relação contratual.

Questionava-se, a partir de flagrantes desigualdades fáticas, de um lado a vinculatividade das partes às disposições contidas no contrato, de outro a necessidade de o instituto ter força obrigatória, pois fomenta a confiança de modo a contribuir para o desenvolvimento das relações econômicas e sociais, promovendo um mínimo de segurança jurídica.

Contudo, como a autonomia da vontade sofreu ao longo do século passado restrições limitativas de sua atuação, também a noção de força obrigatória dos contratos foi sendo reformulada diante da ordem pública solidarista consolidada com a Constituição Federal de 1988.

Em um cenário no qual convivem a relativização da autonomia da vontade, do conteúdo do contrato e o abrandamento de sua força vinculante ao lado de uma massificação social que coloca os detentores do poder econômico em posição de domínio a ditar as regras da sociedade capitalista do século XXI, torna-se necessário reconstruir a compreensão do princípio do *pacta sunt servanda* no direito contratual brasileiro.

Na concepção atual, a lógica contratual entendida como a lógica da vontade não se sustenta e foi substituída por uma nova percepção jurídica do contrato que se ocupa de conceber o contrato segundo a lógica da justiça contratual, preocupando-se com a igualdade substancial entre os contratantes, que se reflete no tratamento desigual aos contratantes faticamente desiguais e, conseqüentemente, sua proteção pelo ordenamento, solidificando uma concepção social do instituto.

Dessa forma, ocorreu uma releitura do princípio em face da ordem política que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu inspirando o repensar do direito contratual com a própria reconstrução da dogmática do Direito Privado.

Não significa, contudo, que o princípio em questão, assim como o princípio da autonomia da vontade, desapareceu da teoria contratual, mas que sua concepção foi repensada e sua interpretação suavizada, relativizada, ganhando contornos de flexibilidade diante das exigências da situação em análise, de modo a permitir que o Estado interfira no conteúdo volitivo do contrato no caso deste causar desequilíbrio econômico entre as partes, autorizando o julgador a proceder na sua correção por meio da revisão do contrato.

Observa-se que o papel do Estado em relação ao direito contratual foi funcionalmente modificado, pois agora se revela árbitro no balizamento dos direitos e deveres contratuais das partes em nome de um dirigismo contratual pautado em condutas éticas e preceitos sociais positivados pelo ordenamento.

O Estado passa a ter o dever de proteger as regras, os valores e os direitos constitucionais, garanti-los e principalmente promovê-los por meio das legislações infraconstitucionais, coibindo comportamentos jusprivatísticos que submetam o interesse social ao interesse individual, bem como, sacrifiquem a dignidade da pessoa humana em nome do patrimônio. A noção de confiança é incorporada como valor jurídico e objeto de tutela no cenário econômico.

A codificação civil incorporou institutos jurídicos, tais como a lesão, o estado de perigo, entre outros, (que não são objetos da pesquisa aqui desenvolvida) com o escopo de permitir a revisão do contrato, restabelecendo o equilíbrio entre as partes, a coibir comportamentos de improbidade nas relações contratuais e a direcionar o instituto a cumprir sua função social dentro de seu objeto de existência. Eis a compreensão do princípio da força obrigatória dos pactos na teoria contratual contemporânea.

Passa-se agora à análise do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e sua recepção e redimensionamento nesse contexto renovador.

### 4.3 Princípio da Relatividade dos efeitos do Contrato

A noção da relatividade dos efeitos contratuais quanto princípio informador da teoria contratual compreende que as declarações decorrentes do contrato só têm efeito entre as partes contratantes, não atingindo terceiros que dela não participaram.

Essa concepção se harmoniza com a compreensão clássica do princípio visualizado como instrumento de satisfação de interesses individuais das partes contratantes com poder de se auto-regulamentarem, decorrendo a intangibilidade do conteúdo volitivo a não autorizar a intervenção estatal no pacto validamente celebrado.

Durante muito tempo compreendeu-se o contrato apenas em seu aspecto interno, na produção de efeitos entre as partes celebrantes e negligenciaram-se seus aspectos externos, ou seja, os efeitos produzidos por alguns contratos que poderiam atingir, além dos partícipes da relação contratual, terceiros e até mesmo a coletividade.

Essa compreensão sofre um redimensionamento diante da adoção dos princípios sociais, reconhecendo o legislador seu valor social, além dos interesses individuais dos contratantes, isoladamente considerados na regulação de seus interesses.

Ressalte-se que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato ainda vigora. Contudo, sua interpretação dar-se-á de forma mais atenuada, considerando-se agora os efeitos externos que o contrato poderá acarretar dentro de uma coletividade do qual os contratantes estão inseridos.

Assim, protege-se não só o interesse individual dos contratantes, mas também o interesse geral de todos os possíveis contratantes.

Com a leitura do princípio dentro do contexto de uma teoria contratual funcionalizada socialmente, o princípio da função social do contrato pressupõe o reflexo de

seus possíveis efeitos a terceiros não participantes da relação contratual cujo interesse, hodiernamente, é tutelado pelo direito contratual.

Configura-se como a imposição de um limite social à liberdade contratual de outrora, que concebia apenas a operatividade dos efeitos dos contratos como efeito exclusivo “*inter partes*” (entre as partes).

O contrato, agora, é um instituto privado que tem interesse social relevante, não só para fazer prevalecer o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, mas como instrumento a contribuir para o desenvolvimento econômico e social e as escolhas políticas de direção da economia estabelecidas pelo constituinte.

Ressalte-se, contudo, que a aplicação do princípio em questão, interpretado, conjuntamente com o da função social, guardará, também, os limites de proporcionalidade e razoabilidade em consonância com sua maior ou menor repercussão ou reflexo na seara social. Não podendo, pois, aplicar-se de modo a não respeitar a vontade das partes contratantes, quando, os efeitos do contrato celebrado não atingirem ou não se refletirem sobre a coletividade sob pena de se comprometer a segurança jurídica do tráfego econômico.

Em conformidade com pensamento de Pietro Perlingieri (2007, p. 229), se referindo à função social da propriedade, analogamente, a essência do pensamento do autor a compreensão do mesmo princípio em relação aos contratos é válida: “A ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”.

Sobre a socialidade, continua a esclarecer-nos:

Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico,..., o próprio regime jurídico – ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares – deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles não-patrimoniais; isto é, aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja, no regime das vicissitudes que lhe interessam. (PERLINGIERI, 2007, p. 236)

Trata-se, pois de recompreender o princípio da relatividade dos efeitos do contrato nesse contexto de ruptura e renovação da teoria contratual na qual convivem os velhos e os novos princípios a desafiar sua harmonização.

Na seqüência, desloca-se para a análise do princípio da intangibilidade dos contratos e seu redelineamento.

#### **4.4 Princípio da Intangibilidade dos Contratos**

A noção do princípio em questão aflora na teoria clássica, como a garantia de imutabilidade do conteúdo do contrato a repelir qualquer interferência que pudesse vir a modificar seu conteúdo volitivo. Tal princípio, conjuntamente com o da obrigatoriedade dos pactos, vinculava os contratantes ao conteúdo contratual pactuado inicialmente.

Com o redimensionamento dos princípios clássicos e a adoção dos princípios contemporâneos, o conteúdo dos contratos não é mais intangível como no passado. Outros valores, tutelados pelo ordenamento, devem estar garantidos prioritariamente em detrimento do conteúdo subjetivo acordado.

A liberdade, a igualdade substancial, a boa-fé, a função social devem estar em harmonia com o conteúdo convencionado pelas partes sob pena de possibilitar a intervenção judicial para modificá-lo, revendo suas condições ou até mesmo, numa situação extrema, quando não for possível a reestruturação do conteúdo volitivo inicial para se restabelecer o equilíbrio, a justiça ou mesmo garantir a sua função social, o contrato poderá ser resolvido judicialmente, ainda que esta não seja a vontade das partes firmadoras.

Nesse corolário de releituras conceituais e mudanças de paradigmas: do voluntarismo para o solidarismo, em que pese os avanços jurídicos na dinâmica contratual, se faz necessária a análise desse intervencionismo judicial no âmbito do direito contratual, se há um limite ou

parâmetros a direcionar essa atuação judicial cada vez mais acentuada no instituto do contrato que eclode como um instrumento jurídico privado com característica social.

Como deverá se realizar essa atuação jurisdicional, a fim de evitar que se incorra em arbitrariedades ou abuso de direito no exercício de uma maior discricionariedade conformadora da norma conferida pelo legislador constituinte e ordinário na interpretação do direito contratual na atualidade. É o interesse a que se move no capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO V - LIMITES À ATIVIDADE JUDICIAL NA DINÂMICA CONTRATUAL**

### **5.1 A Insegurança Jurídica e os Critérios para os limites da atuação judicial nos Contratos**

Em que pese os novos contornos atribuídos ao instituto do contrato com sua respectiva renovação principiológica e consolidação de uma fase de direção e intervenção estatal no direito contratual, tal estrutura jurídica, contudo, não legitima uma atuação judicial indiscriminada nos contratos o que corroboraria para a insegurança jurídica e prejuízo da utilização do instituto no tráfego jurídico-econômico nacional.

Nesse cenário, faz-se necessário um balizamento de interesses e valores com a observância das cláusulas gerais da eticidade, operabilidade e socialidade que orientam o comportamento das partes e a atividade interpretativa do julgador em relação ao direito contratual, bem como do Direito Privado cuja compreensão deverá se desenvolver nos contornos oferecidos pela hermenêutica constitucional, articulando-se os vários fatores hermenêuticos.

Busca-se um critério que possa justificar a escolha do julgador diante de várias escolhas possíveis na integração, complementação e conformação das cláusulas gerais no caso concreto, que muitas vezes, em matéria contratual, traz a lume valores colidentes: o interesse individual e o interesse coletivo que podem se chocar em determinados contratos, como é o caso dos contratos de convênio médico, prestação de serviços de natureza essencial como água, luz, entre outros.

Nesse sentido, Norma Sueli Padilha (2006, p. 96) corrobora o entendimento que diante de uma normativa carente de um preenchimento valorativo mediante conceitos jurídicos de textura aberta, torna-se necessária sua valorização pelo órgão aplicador. Nesse sentido, investiga a quem caberá determinar qual valor deverá prevalecer em caso de colisão no caso concreto, e questiona:

[...] será possível introduzir algum tipo de procedimento de tipo objetivo que permita fornecer o critério de opção entre uns ou outros valores colidentes, preenchendo essa lacuna de racionalidade no sistema? (PADILHA, 2006, p. 109)

Diante de normas abertas, como as cláusulas gerais e os princípios, o confronto de valores é – em muitas hipóteses – inevitável e, por isso, essa tipologia normativa amplia o espaço para o exercício do poder discricionário judicial na realização do sopesamento de valores no caso concreto, escolhendo a predominância de uns em conflito com outros.

Mas para que esse exercício seja legítimo e se afaste da possível atuação arbitrária, faz-se necessário que esse poder se balize em critérios oferecidos pelo próprio sistema jurídico. Esses critérios parecem-nos que serão fornecidos pelos instrumentais hermenêuticos constitucionais.

Nesse sentido observa Canotilho (1999, p. 1137):

A articulação destes vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito.

Ressalta o autor (1999, p. 1138) que a interpretação é uma atividade vinculada durante a qual o intérprete deve partir da norma constitucional para a análise do caso concreto e não o contrário sob pena de conduzir-se a um casuísmo sem limites.

Contudo, adverte-nos que em face do caráter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário aproximar a norma constitucional da realidade nos diferentes níveis de realização ou de concretização, o legislativo, o judicial e o administrativo. (CANOTILHO, 1999, p. 1147)

Pode-se dizer que as cláusulas gerais da eticidade, da operabilidade e da socialidade funcionam como critérios a orientar a atividade interpretativa em relação ao direito contratual contemporâneo, reconduzindo, o intérprete, na aplicação das normas civis à “norma jurídica geral” (CANOTILHO, 1999, p. 1147), limitando sua atuação intervencionista à medida que vincula sua atividade hermenêutica à norma constitucional e torna possível concretizá-la por meio de sua aplicação ao caso concreto.

A dignidade da pessoa humana é a base axiológica do ordenamento jurídico brasileiro cujo conteúdo jurídico, nos dizeres de Barroso (2003, p. 38), “vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais”.

O princípio atua também como norteador do processo hermenêutico que poderá resultar em uma intervenção judicial nos contratos, em caso de colisão entre as regras do contrato e o princípio em questão ou, ainda, caso aquelas o afrontem sob algum aspecto, devendo o pacto ser imediatamente revisto pelo intérprete para afastar o aspecto atentatório ao valor constitucional tutelado.

Para intervir é preciso ponderar, e a lei de ponderação para Alexy (2003) submete o processo de ponderação a três fases: a primeira deve-se determinar a intensidade da intervenção; já na segunda, ressaltar a importância das razões que a justifica; só na terceira, realizar-se-á a ponderação no sentido estrito e próprio. (PADILHA, 2006, 119)

Da tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre a observância pelas partes contratantes dos princípios contratuais sociais decorrentes das cláusulas gerais da

eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, funcionalizadas como critérios interpretativos a limitar a intervenção judicial no domínio dos contratos.

A cláusula geral da eticidade, conforme já aludido, traz critérios ético-jurídicos a orientar comportamentos de probidade nas relações contratuais e no desenvolvimento das relações interprivadas como um todo, incorporando ao ordenamento valores como justiça, equidade, lealdade, boa-fé que devem ser observados pelas partes contratantes e sopesados pelo intérprete julgador de uma demanda contratual em conflito com valores individuais do ordenamento.

Impõe-se às partes normas de conduta positivas no sentido de que a ausência de um comportamento desleal já não é suficiente nas relações civis, faz-se necessário um agir positivo, com lealdade e probidade.

A imputação de uma conduta ética positiva já é um critério interpretativo para o magistrado valer-se no momento de desenvolvimento da atividade hermenêutica e respectiva aplicação da norma ao caso concreto.

No entendimento de Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 163):

Diante disso, há um critério geral a que o magistrado deve ater-se na análise do caso concreto, qual seja, o de realizar a solução mais justa e equitativa no caso específico, não se limitando a uma aplicação fria da norma, ao formalismo legal, ainda que o caso concreto assim o autorize. Nessa linha de raciocínio, cabe indagar: o contrato é justo e equitativo? A intervenção foi suficiente para promover o equilíbrio e a justiça do contrato?

Observe-se que essa cláusula geral constitui um parâmetro importante para balizar a atuação do magistrado no momento de interpretação e aplicação da norma, de modo a indicar se a intervenção foi suficiente para afastar o desrespeito ao valor fundamental da pessoa humana, da justiça, do equilíbrio entre as partes, da igualdade substancial, da boa-fé, da função social do instituto e ainda, garantir proteção ao valor da liberdade, que também é um direito fundamental, mas que a própria Constituição autoriza a lei a restringi-lo. Mas não de

forma a desconsiderá-lo ou limitá-lo além do suficiente e necessário para se restabelecer ou alcançar o equilíbrio contratual.

A intervenção deve ser pautada no mínimo sacrifício ao valor que será prejudicado em prol do valor colidente que deverá prevalecer no caso concreto. O núcleo mínimo do valor sacrificado deverá ser respeitado na ponderação.

Importante ressaltar que, a busca pelo equilíbrio do pacto deve ser uma constante em qualquer fase contratual, de modo que o magistrado deve valer-se sempre dos princípios de interpretação constitucional (COELHO, 2007, p. 96): o princípio da razoabilidade, da adequação e da proporcionalidade na busca pela realização da justiça contratual.

O intérprete deve valer-se desses instrumentais hermenêuticos para realizar a difícil tarefa interpretativa de ponderação de bens jurídicos colidentes e só depois falar-se em restrição de direitos, liberdades e garantias das normas constitucionais consagradoras desses direitos (CANOTILHO, 1999, p. 1195). Como é o caso no tocante ao direito contratual, dos direitos de liberdades e da livre iniciativa.

Outro parâmetro importante, do qual deve valer-se o magistrado como critério interpretativo do instituto dos contratos, bem como de todos os institutos de direito privado, é a socialidade, ou seja, o legislador civilista pré-determinou a atuação do intérprete no sentido de fazer prevalecer o interesse social toda vez que este se encontrar em conflito com interesses meramente individuais.

O magistrado tem maior autonomia para concretização das normas civis, na busca da melhor solução para o caso concreto, adequando-a as peculiaridades do caso específico, segundo os parâmetros fornecidos pela eticidade, mas também segundo os parâmetros valorativos fornecidos pela cláusula geral da socialidade, por meio do reconhecimento legal da função social do contrato que juntamente com o equilíbrio contratual deve estar presente

nos contratos em que há interesse coletivo ou social em colisão com os meramente individuais.

A cláusula geral da operabilidade, por fim, também é uma das diretrizes interpretativas não só do direito contratual, mas de todo o ordenamento civil, pois autoriza ao magistrado libertar-se do formalismo exacerbado de outrora, legitimando-o a buscar a melhor solução para o caso concreto, dentro da tríade de valoração: fato, valor e norma (REALE, 1994) funcionalizando as normas civis de modo a torná-las operáveis no caso concreto, ou seja, atribuir-lhe uma efetividade real na solução do caso *sub judicie* e uma mobilidade sistêmica e temporal.

Nesse sentido, é o pensamento de Gustav Radbrunch (1997, p. 231-232):

A vontade do legislador, cuja determinação constitui o fim que se tem em vista em todo o trabalho de investigação do intérprete, não pode jamais fixar-se, por isso, num determinado conteúdo válido duma maneira definitiva e duma vez para sempre” Pelo contrário, tal vontade deve sempre ser suscetível de fornecer novas significações, novas soluções, e dar sempre novas respostas para as novas necessidades e para os novos problemas jurídicos das diferentes épocas que se forem sucedendo.

Observe-se que, essas cláusulas gerais orientam os parâmetros hermenêuticos dos julgadores ao analisar um contrato, intervindo em seu conteúdo, quando necessário.

De modo algum, o sistema jurídico autoriza ou legitima a intervenção judicial indiscriminada e fora dos contornos valorativos recepcionados pelo legislador civil e principalmente, fornecidos pelo Texto Constitucional, informador axio-normativo e hermenêutico de toda legislação infraconstitucional.

As cláusulas gerais são uma espécie normativa que comportam, propositalmente, um conteúdo aberto, lacunoso, escolhida pelo legislador para delegar sua integração e complementação aos concretizadores das normas civis: o juiz.

Essa integração e complementação realizam-se dentro de contornos pré-definidos pelo legislador constituinte que delimita os contornos da atividade hermenêutica, estabelecendo limites ao poder discricionário delegado ao juiz.

Assim, pode-se dizer que os limites discricionários impostos ao juiz ao colmatar lacunas, revela-se também impositivo ao espaço discricionário de atuação hermenêutica que lhe é conferido pelas cláusulas gerais, pois ao interpretá-las e aplicá-las, o juiz não cria o direito, mas realiza uma prévia escolha dentre as várias axiologicamente possíveis para fundamentar e sustentar sua decisão. (DINIZ, 1995, p. 299)

Tal escolha não é incondicionada, tendo em vista que o critério que utiliza para realizar suas valorações não tem natureza axiológica pessoal, mas, o processo de valoração, está direcionado pelas pautas axiológicas da ordem jurídica, interpretando-as de acordo com as situações fáticas e o momento de sua aplicação, por isso é vinculado, embora se trate de uma operação axiológica. (DINIZ, 1995, p. 294)

O legislador confere ao magistrado um poder discricionário, mas não lhe autoriza o exercício arbitrário, pois sua atuação está condicionada às valorações positivas do sistema jurídico. A discricionariedade na interpretação do direito é uma qualidade do ato judiciário de adaptar e complementar a lei, nunca criá-la (competência do legislativo).

Assim, “as decisões dos magistrados estão condicionadas pelo sistema jurídico em seus três subconjuntos: normativo, valorativo e fático”. (DINIZ, 1995, p. 288)

Nesse sentido, não há que se falar em critérios subjetivos de interpretação do direito contratual, mas nos aspectos objetivos das cláusulas e princípios que compõem a estrutura do instituto dos contratos na contemporaneidade, sem olvidar-nos do princípio de conservação do contrato que deverá ser sempre objetivado, a fim de não se comprometer a segurança jurídica do instituto a impactar negativamente no cenário econômico.

Na busca de um contrato justo, equilibrado, funcionalizado socialmente, o magistrado, quando necessária a sua intervenção por meio da revisão contratual, deve priorizar a tentativa de conservação e manutenção do contrato e quando, ineficaz ou insuficiente tais medidas intervencionistas, valer-se, então, da resolução contratual, em caráter de excepcionalidade.

Ressalte-se, pois, que se sustenta a continuidade do pacto como regra geral e apenas em caráter de exceção, quando as circunstâncias fáticas assim o exigirem, o magistrado deverá optar pela resolução do contrato.

Como é o caso da interpretação da função social do contrato que enseja a possibilidade de revisão judicial do pacto caso este a afronte sob algum aspecto. Aqui, como uma norma aberta, cujo preenchimento valorativo dar-se-á no momento de sua interpretação com o fato concreto, deverá haver uma compatibilização entre as normas que garantem a liberdade individual, tutela os valores sociais, a livre iniciativa e a realização da justiça social.

Isso significa que o dispositivo civil da função social do contrato, ao ser interpretado, deverá buscar sua máxima efetividade em conformidade com o texto constitucional de maneira que sua aplicação se dê com o mínimo prejuízo ou sacrifício para a liberdade individual e a garantia da livre iniciativa na conjugação com os valores sociais, pois não pode interpretar uma norma de forma incoerente com o sistema, desconsiderando totalmente o núcleo material de outras normas constitucionais.

A dogmática do direito privado brasileiro, dessa forma, apresenta-se caracterizada não só pela dialética entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, mas também pelo diálogo constante entre as fontes normativas e, nesse contexto de construção permanente, as cláusulas gerais possibilitam a veiculação de valores ou princípios jurídicos provenientes da Constituição Federal ou da construção doutrinária e jurisprudencial. (MARQUES, 2007, p. 62)

As cláusulas gerais, por serem passíveis e carentes de preenchimento valorativo, permitem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda que de forma indireta, pela atividade interpretativa que se desenvolvera por meio da hermenêutica constitucional.

Esse parece-nos o entendimento que melhor atende o interesse social, tendo em vista que o contrato é um instrumento de circulação de riquezas e, portanto, fomentador do trânsito econômico de um país cujos efeitos positivos ou negativos de suas oscilações refletem sobre toda a coletividade.

Observa com propriedade Norma Sueli Padilha (2006, p. 176) em relação à abertura conferida ao sistema pelos direitos fundamentais, que tal abertura é do tipo qualificada, vinculada a um sistema aberto frente a valores, o que não submete o resultado à pura arbitrariedade da mera decisão.

Analogamente, esse parece o entendimento que deve ser atribuído a abertura conferida ao Código Civil pela forma normativa das cláusulas gerais que ensejará o processo de valoração do julgador ao interpretar e decidir um caso concreto, conjugando-se durante o labor hermenêutico, a tríade valorativa: fato, valor e norma. (REALE, 1994)

As cláusulas gerais são afetas a esse preenchimento valorativo *a posteriori*, quando o julgador se encontrar diante do caso concreto. Contudo, embora a lei autorize o intérprete a exercer dentro de certos limites a função de legislador e a efetuar no lugar deste, juízos de valor e decisões de vontade, não autoriza uma atuação arbitrária e falta de objetividade na sua decidibilidade resultada do processo hermenêutico de tipologias normativas abertas. (PADILHA, 2006, p. 72)

Nesse contexto de interpretação de normas abertas, a discricionariedade judicial deverá pautar-se, também, pela aplicação dos instrumentais da hermenêutica constitucional: a proporcionalidade e a razoabilidade como máximas balizadoras da atuação estatal no direito

privado brasileiro, em especial em relação à atuação judicial nos contratos para aferir-lhe o máximo possível de objetividade evitando-se possível arbitrariedade ou abuso de poder. É o que se passa a analisar no tópico seguinte.

### **5.1.1 A Razoabilidade como máxima limitativa da atuação judicial nos Contratos**

É a hermenêutica constitucional que fornecerá os instrumentais para se proceder a leitura da dogmática do Direito Privado e serão também, esses instrumentais que atuarão como critérios limitativos da atuação estatal por meio da interferência judicial no contrato na interpretação e conformação dos princípios e das cláusulas gerais ao caso concreto chamado a revisar.

Os pressupostos constitucionais, conforme já aludido, fornecem os parâmetros hermenêuticos para se proceder a leitura de normas abertas ou principiológicas. Também, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade configuram diretrizes hermenêuticas da atividade interpretativa. (BASTOS, 2002, p. 231)

A razoabilidade é um dos meios fornecidos pela Constituição para interpretá-la a funcionar como “um guia na atividade interpretativa”. (BASTOS, 2002, p. 233) como um comando de não arbitrariedade dirigido ao julgador.

Para Sampaio (2003, p. 63) durante seus estudos sobre o tema na doutrina alemã, a razoabilidade toma um sentido de juízo de pertinência que se apresenta como um argumento de não-arbitrariedade (sentido geral da razoabilidade) ou como um argumento metodológico que se aplica como critério aferidor do respeito à igualdade.

Observa que, nos países da América Latina, influenciados pela elaboração conceitual norte-americana de razoabilidade, ela tem sido empregada como parâmetro de controle do legislativo e do judiciário. (SAMPAIO, 2003, p. 70)

Assim, afirma que “a razoabilidade tem sido empregada como pauta de avaliação da ‘justiça’ ou ‘correção’ da atividade dos agentes estatais, inclusive do legislador [...]”. (SAMPAIO, 2003, p. 64)

O emprego da razoabilidade na interpretação das cláusulas gerais para se buscar a avaliação de “justiça” do contrato deverá se dar no sentido de justiça trazido pelo Constituição, considerada como o documento que contém o “conjunto de princípios e regras incorporadores de ‘valores básico’ do ordenamento jurídico”. (CANOTILHO, 1999, p. 1078-1079)

Nesse sentido, a interpretação das normas abertas na dinâmica contratual deve se balizar pela razoabilidade de diferenciações e a necessidade razoável de adoção de medidas judiciais interventivas no conteúdo do contrato para se alcançar o valor preponderante que deva ser priorizado no caso concreto.

É o que Canotilho (1999, p. 1217) denomina de princípio de proibição de arbítrio que considera inadmissível diferenciação de tratamento desprovida de justificação razoável segundo critérios objetivos e diante de situações manifestamente desiguais que ensejam o tratamento também desigual. Só nesse contexto é legítima a diferenciação.

Já para Humberto Ávila (2006, p. 128-129) tanto a proporcionalidade como a razoabilidade são postulados normativos, conceituando-os como deveres que estruturam a aplicação de normas jurídicas, estabelecendo a vinculação entre elementos e impondo determinada relação entre eles.

Assim, para o autor (2006, p. 130), a razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida.

Observe-se que para a aplicação da razoabilidade, ela suscita a existência de elementos específicos apresentando conforme esses elementos aceções diversas.

O autor (2006, p. 139) apresenta três vertentes para a razoabilidade: a razoabilidade como equidade, a razoabilidade como congruência e a razoabilidade como equivalência.

Na primeira aceção, a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual e a consideração de seu aspecto individual. Assim, conclui Humberto Ávila (2006, p. 142):

[...] a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar a incidência da norma e é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. [...] A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF).

Na segunda aceção proposta pelo autor (2006) a razoabilidade como congruência exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. Assim, verifica-se que em tal aceção, o postulado da razoabilidade necessita de um suporte empírico existente, sob pena de correr o risco de sua aplicação desvincular-se da realidade e violar os princípios do Estado de Direito, valendo-se de razões arbitrárias e desrespeitando procedimentos institucionalizados.

O autor (2006, p. 145) conclui que sua aplicação depende da congruência entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida adotada, ou seja, entre a relação critério e medida, pois, “diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade”.

Na terceira aceção do postulado, a razoabilidade como equivalência, o autor assegura que esta exige também uma relação de equivalência entre a medida adotada e o

critério que a dimensiona, apresentando-se como um dever de vinculação entre duas grandezas.

A razoabilidade revela-se um critério limitativo da atuação judicial nos contratos, mas também, um critério orientador para o magistrado intervir na dinâmica contratual, de modo a buscar sempre a manutenção da dignidade da pessoa humana, a priori, e, na seqüência, restabelecer o equilíbrio contratual, priorizando a preservação do pacto, quando possível, através da adoção de medidas intervencionistas razoáveis com a necessidade de reestruturação que o caso em particular suscita, ou seja, nem o mais, nem o menos, apenas o suficiente para adequar o pacto às normas cogentes.

Sobre a razoabilidade, Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 170-171) esclarece-nos:

Na verdade, o juiz deve procurar averiguar se o objeto, se as atitudes dos contratantes são adequadas, plausíveis e justificáveis com os fins que se pretende alcançar. De fato, o razoável deve estar na razão, nos meios e nos fins.

Na óptica do razoável, o magistrado deve orientar-se na interpretação do pacto, guiando-se pela busca do equilíbrio contratual, pela observância da função social do contrato, pela exigência do comportamento leal, probó, de boa-fé das partes contratantes, enfim, uma análise do contrato inserido dentro do contexto econômico e social do qual faz parte e para os quais seus efeitos terão projeção, priorizando, assim, o interesse social em detrimento do individual, quando aquele com este entrar em conflito.

Dessa forma, verifica-se que a razoabilidade caracteriza-se como balizadora no controle da atuação judicial na interpretação dos contratos que não poderá exceder nos limites hermenêuticos condicionados a medidas razoáveis para o alcance do fim colimados pelo ordenamento.

A arbitrariedade e o abuso de direito não encontram respaldo na maior autonomia conferida ao magistrado pelas cláusulas gerais na interpretação e aplicação das normas de

direito contratual. Razão pela qual não se entende que a utilização das cláusulas gerais provocará a insegurança jurídica na utilização do instituto no cenário econômico.

No tópico seguinte, analisar-se-á o princípio da proporcionalidade, também a figurar na dinâmica contratual contemporânea como um critério limitador da atuação jurisdicional intervencionista nos contratos.

### **5.1.2 A Proporcionalidade como máxima limitativa da atuação judicial nos Contratos**

A proporcionalidade é um importante critério orientador e balizador da intervenção judicial nos contratos à medida que permite analisar a relação de causalidade entre um meio e um fim, ou seja, se a medida judicial é a mais adequada àquela situação fática diante dos efeitos que suscitará para as partes e, eventualmente, até para terceiros, a fim de que se alcance o fim objetivado pela norma e visando sempre que possível à manutenção do pacto.

Nesse sentido, é um importante instrumento de controle dos atos judiciais, pois afasta a possibilidade do abuso de direito na interpretação do contrato e, conseqüentemente, da aplicação da norma pelo magistrado.

Para Robert Alexy (2007, p. 110 e ss.) a proporcionalidade tem natureza principiológica e compõe-se de três princípios parciais: o princípio da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio da idoneidade e da necessidade implicam na otimização<sup>26</sup> de um determinado princípio relativamente às possibilidades fáticas, de modo que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária a ponderação<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Para Alexy (2007, p. 64) princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Já as regras são

Segundo o autor (2007), o princípio da idoneidade refere-se ao meio mais idôneo empregado para a obtenção do resultado com ele aspirado. Já quanto ao princípio da necessidade, refere-se ao quão esse meio é necessário para se obter esse resultado. O meio não será necessário se existe um meio atenuado que seja menos interveniente.

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito, segundo o autor, deixa formular-se como uma lei de ponderação: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam”. (ALEXY, 2007, p. 68)

Segundo essa lei de ponderação, o autor (2007, p. 64) esclarece-nos que ela deve se realizar em três graus: o primeiro se refere a necessidade de determinação da intensidade interventiva, o segundo se refere a importância do fundamento que a justifique e só no terceiro grau é que se realiza a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.

Assim como a ponderação é utilizada para colisão de normas de natureza principiológica que veiculam valores por meio do direito por elas estabelecido, também, em relação às cláusulas gerais, o princípio da proporcionalidade, como exposto, torna-se um importante cânone diretivo da atividade hermenêutica dessa tipologia normativa e, portanto, também de controle dessa atividade judicial dentro de sua margem legítima de atuação. Tal princípio orienta-se para a solução de casos em que há conflitos de direitos e valores, impondo ao intérprete o sopesamento de importância entre eles.

Para José Adércio Leite Sampaio (2003, p. 62) a proporcionalidade se desdobra em três máximas: da adequação ou instrumentalidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

---

mandamentos definitivos que só podem ser cumpridas ou não, pois contém fixações no espaço da fática e juridicamente possível.

<sup>27</sup> Para Alexy (2007, p. 64) a ponderação é o método a ser utilizado em caso de conflito de normas principiológicas que veiculam direitos fundamentais.

A máxima da adequação deve ser entendida como a aptidão do meio escolhido para promover ou produzir o resultado pretendido, já à máxima da necessidade compreende-se na análise dos meios disponíveis para se obter o resultado almejado, devendo optar-se pelo menos gravoso ao direito que se irá restringir e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito que demanda o sopesamento entre os bens jurídicos tutelados. (SAMPAIO, 2003, p. 62)

Para Norma Sueli Padilha (2006, p. 176) a proporcionalidade representa o “procedimento adequado para a melhor solução possível ao conflito, determinando uma otimização que obriga que se acate prioritariamente um princípio, atingindo-se outro o minimamente possível”.

E ao priorizar um princípio em detrimento do mínimo sacrifício ao outro, a autora observa que exige, nesse processo, uma operação valorativa, fático e material de uma compreensão voltada ao problema concreto, o que não poderá se realizar usando a interpretação tradicional por meio da subsunção, que se revela inapta para solucionar casos que envolvem a colisão de valores e, portanto, uma operação axiológica.

Em uma interpretação divergente, Humberto Ávila (2006, p. 160), considera a proporcionalidade um postulado que enseja algumas indagações: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”.

Especificamente em relação à sua aplicabilidade no campo do direito contratual como critério balizador, limitador e de controle da atividade judicial nos contratos, o magistrado deve indagar se a atuação judicial adotada é a menos gravosa às partes envolvidas para se atingir o fim colimado, ou seja, se a medida é proporcionalmente invasiva na real necessidade para se restabelecer o equilíbrio contratual ou afastar violação ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, a interpretação das normas abertas, sejam cláusulas gerais ou princípios, será direcionada segundo os parâmetros fornecidos pelo princípio da proporcionalidade, não podendo extrapolar os contornos delimitados pelo sistema jurídico na concessão de um espaço maior de discricionariedade conferida ao julgador para interpretação dessa tipologia normativa, sob pena de tornar-se um ato arbitrário, sem respaldo legal a implicar sua anulação.

Assim, um meio será considerado proporcional quando sua aplicação resultar no equilíbrio entre o direito que se necessita promover e a restrição imposta a outro direito igualmente relevante, mas que no caso concreto tem sua densidade de aplicação reduzido diante do outro que precisa ser perquirido em prioridade:

Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. (ÁVILA, 2006, p. 169)

Observa-se, assim, a importância da proporcionalidade no controle dos atos do Poder Judiciário, especialmente em matéria contratual que apresenta parte de seu conteúdo regulamentar normatizado por cláusulas gerais.

Esse princípio fornece ao intérprete elementos orientativos de sua atuação hermenêutica pautando sua atividade pela observância de medida mais adequada, razoável e proporcional para atingir o fim que se objetiva alcançar, numa correlação de causalidade entre meio e fim, sendo que o fim poderá ser previamente estabelecido pelo legislador, ou ainda, ser revelado apenas no decorrer da atividade hermenêutica do intérprete, valendo-se dos elementos extraídos da análise do caso em particular e segundo as diretrizes fornecidas pelo ordenamento jurídico ao qual sua atividade jurisdicional está vinculada.

Assim, pode-se dizer que a proporcionalidade, independente de sua compreensão como princípio ou postulado, é um critério de que deve valer-se o intérprete do direito para a

realização de sua atividade jurisdicional, na aplicação de medidas judiciais na interpretação de um contrato, proporcionais à necessidade de sua reestruturação, seja para restabelecer o equilíbrio entre as partes, seja para coibir o desvio do instituto de sua função social ou para reprimir qualquer infração às normas contratuais vigentes, bem como às normas constitucionais, em especial à preservação da dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais.

A ponderação é o meio mais adequado para solucionar colisões de normas principiológicas, mas para ponderar é preciso utilizar alguns critérios informativos que orientem o intérprete ao realizar o sopesamento de valores expressos por diferentes normas de acordo com o caso concreto.

A teoria dos princípios<sup>28</sup> apresenta-se também como um caminho para a interpretação das cláusulas gerais, possibilitando ao intérprete maior flexibilidade ao compreendê-las e aplicá-las diante do caso concreto, conferindo-lhe, portanto, maior autonomia hermenêutica ao mesmo tempo em que o vincula ao ordenamento jurídico como um todo, não autorizando uma interpretação fragmentada dessas normas, mas sim uma interpretação integrada com a hermenêutica constitucional.

Segundo Alexy (2007, p. 69), a constituição brasileira apresenta direitos fundamentais numerosos, sendo que, os sociais generosamente formulados, o que possibilita o risco de serem declarados não vinculativos e compreendidos como meras proposições programáticas. Com a aplicação da teoria dos princípios, as normas constitucionais podem ser levadas a sério, ou seja, cumpríveis dentro de uma reserva do possível “no sentido daquilo que o indivíduo possa requerer de modo razoável da sociedade”.

---

<sup>28</sup>Segundo a teoria dos princípios, se uma intervenção em direitos fundamentais é justificada, deve ser respondida por uma ponderação. Essa teoria pode estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais e possibilita um caminho intermediário entre a vinculação e a flexibilidade. Enquanto a teoria das regras fornece apenas a alternativa da validade ou não validade. (ALEXY, 2007)

Nesse sentido, a teoria dos princípios também pode ser aplicada a espécie normativa das cláusulas gerais, pois ao mesmo tempo em que são carentes de conteúdo fixo, são vinculativas e devem ser cumpridas de modo que concretizem os valores constitucionais nas relações privatísticas.

Alexy (2007, p. 131) afirma que há duas operações fundamentais da aplicação do direito, a subsunção e a ponderação. Quando se trata de normas tipologicamente formuladas como cláusulas gerais, pode-se dizer, que elas desafiam uma aplicação por meio da ponderação, pois assim como os princípios, também poderão ser cumpridas em diferentes graus de acordo com as possibilidades fáticas, jurídicas e valorativas.

O princípio da proporcionalidade é um instrumental para aplicá-las ao caso concreto de acordo com as possibilidades jurídicas. Assim, Alexy (2007, p. 133): “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Nesse sentido deve caminhar a solução em caso de colisão entre o princípio da autonomia da vontade e o da função social do contrato por exemplo. Quanto maior a necessidade de restrição a liberdade contratual, maior deverá ser a importância de promover a função social de determinado contrato. Como, por exemplo, a necessidade de atuação judicial na análise de um contrato de plano de saúde que se nega a fornecer tratamento à determinada patologia por presumi-la preexistente à contratação.

Nesse contexto, buscou-se analisar os critérios para se estabelecer o limite da atividade estatal na dinâmica contratual, a fim de que a teoria contratual contemporânea e a espécie normativa das cláusulas gerais possam dar bons frutos no desenvolvimento das relações civis e econômicas na sociedade capitalista do século XXI.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo deste estudo implica reafirmar a reestruturação do Direito Privado Brasileiro no contexto do modelo político dos direitos sociais incorporados pela Constituição da República e o redelineamento jurídico dos institutos privatísticos, especialmente o contrato e sua principiologia informadora, redimensionados à luz de um direito civil de perspectiva constitucional.

O Direito civil assume um papel social e ético, perquirindo a funcionalização de suas normas, razão pela qual o legislador incorporou à codificação a técnica legislativa das cláusulas gerais, centralizando toda a estrutura ideológica e política do código em três cláusulas gerais principais: a socialidade, a eticidade e a operabilidade, que constituem a base na qual se assentam as diretrizes orientadoras para a compreensão do sistema civil na contemporaneidade.

Em meio a esse cenário, as cláusulas normativas abertas tutelam em primazia os valores existenciais em detrimento dos interesses de natureza meramente individual e patrimonial, funcionalizando os instrumentos de direito privado de modo a contribuir para o desenvolvimento da pessoa – valor-base do sistema jurídico brasileiro.

As normas civis passam a tutelar e impor comportamentos de probidade no desenvolvimento das relações interprivadas, numa imposição legal positiva de um agir ético avesso a satisfazer-se apenas com a ausência de seu aspecto negativo como acontecia na codificação anterior.

Tutela, também, a operabilidade das normas civis que foram elaboradas de modo a serem operacionalizáveis no caso concreto, visando garantir-lhes maior efetividade por meio de normas com textura aberta, porosa que permitem maior flexibilidade a atividade hermenêutica do julgador ao realizar a adequação, integração ou complementação dessas

normas de acordo com a tríade: fato (concreto), valor e norma dentro dos contornos legitimados pelo diploma constitucional.

A espécie normativa das cláusulas gerais apresenta um núcleo diretivo que permite ao intérprete o preenchimento de seu conteúdo axionormativo levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, ora já trazendo em seu texto o valor tutelado, ora remetendo o intérprete a valores que poderão estar fora do ordenamento.

Essa forma legislativa confere mobilidade a certas partes do sistema, permitindo sua permanente atualização com o período histórico-situacional que é chamado à regular. Funcionaliza, assim, por meio dos institutos jurídicos e de suas normas reguladoras a realizar as escolhas políticas da Constituição da República.

O Direito Civil eclode como um microssistema de índole constitucional e harmoniza-se com o valor-base do ordenamento jurídico que tem na pessoa humana um dos fundamentos de constituição do Estado Brasileiro.

Centra-se na proteção da pessoa e não tem mais seu foco de existência voltado quase que exclusivamente para a proteção jurídica do patrimônio como acontecia com o diploma de 1916.

Modifica-se a maneira de compreender o patrimônio que, agora, apresenta-se sob outro aspecto funcional: a serviço do desenvolvimento da personalidade – da pessoa humana.

Esse redelineamento do Direito Privado Brasileiro evidencia a coerência do sistema civil com os valores eleitos pelo constituinte, harmonizando-se também em seu aspecto metodológico, pois não há como compreender o Direito Civil desprovido de uma interpretação à luz dos mandamentos constitucionais.

O Direito Civil-Constitucional só pode ser compreendido por meio da nova hermenêutica constitucional, considerando que: as normas constitucionais se aplicam diretamente à legislação infraconstitucional e utilizando-se dos instrumentais hermenêuticos,

principiológicos e procedimentais para realizar a interpretação das normas civis de tipologia aberta, como as cláusulas gerais, os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados em coerência sistêmica conferida pelo texto constitucional na sua conjugação com a legislação ordinária e especial.

As cláusulas, gerais por apresentarem uma textura normativa aberta, podem ter em seu conteúdo uma regra, um valor, um princípio, conceitos jurídicos indeterminados ou ainda, remeter o intérprete para a busca de seus elementos fora do sistema jurídico positivo, nas circunstâncias fáticas do caso concreto e que por meio delas adentram ao direito positivo.

Ressalte-se que essa elasticidade conferida pelo diálogo de fontes no desenvolver da atividade interpretativa vincula o julgador ao preenchimento axionormativo dessas normas de acordo com a compreensão orientada pela diretriz teórico-valorativa fornecidas pelo texto constitucional.

Nesse contexto de modificações técnico-legislativas intensas, o Código Civil apresenta espécies normativas constituídas por núcleos de direitos sociais que modificam significativamente a compreensão conceitual do instituto do contrato ao qual também é atribuído um aspecto social, dando ensejo ao redelineamento da principiologia informadora do direito contratual na contemporaneidade.

Com a adoção de algumas cláusulas gerais, que na teoria contratual funcionam como normas principiológicas, os princípios clássicos foram revisitados segundo a óptica do Direito Civil-constitucional que incorporou na codificação os valores eleitos pelo constituinte e a utilização de uma nova metodologia na leitura das normas civis de textura aberta: a hermenêutica constitucional cujos instrumentais fornecerão as diretrizes para uma leitura sistêmica coerente da principiologia contratual diante das novas cláusulas gerais com caracteres sociais, culminando por renová-la.

Esses instrumentais hermenêuticos são extraídos do próprio constitucionalismo e são denominados de postulados: da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da maior efetividade possível e da harmonização.

Tais postulados fornecem as diretrizes para se compreender as cláusulas gerais do Código Civil e outras espécies normativas de textura aberta que conferem ao direito civil pontos de vista valorativos móveis a desafiar uma elasticidade maior ao labor hermenêutico do julgador que deverá guiar-se pela aplicação da norma em coerência sistêmica e em harmonia com os valores eleitos pela Constituição da República, permitindo durante a atividade interpretativa a dialética permanente entre o Direito Civil e o Direito Constitucional.

O postulado da supremacia da Constituição indica a superioridade hierárquica do Diploma Constitucional que deve ser sempre o ponto de partida para qualquer interpretação judicial.

A unidade da Constituição traz à lume a interpretação sistemática do diploma que deverá ser interpretado levando-se em consideração sua unidade axionormativa de modo a não compreendê-la em partes, interpretando seus dispositivos de forma fragmentada.

Já o postulado da maior efetividade possível direciona o intérprete para uma explicação que garanta ao dispositivo constitucional a maior eficácia possível na aplicação ao caso concreto, preservando-se seu núcleo material.

E no tocante ao postulado da harmonização, busca encontrar o equilíbrio valorativo nas normas constitucionais, evitando contradições na compreensão isolada de seus dispositivos e, em caso de colisão, a harmonização dos valores colidentes de modo a não excluir a incidência de nenhum. Embora possa se atribuir maior densidade normativa a um deles em determinado caso concreto com o mínimo de sacrifício denso-normativo do outro.

Na seqüência, desenvolveu-se a análise da função social do contrato, cláusula geral inovadora que atribui ao instituto tipicamente de natureza privada, uma funcionalização social

em harmonia com a ordem social de uma Constituição compromissória como é a brasileira de 1988.

O contrato, até então, aparecia como um instituto típico de proteção do patrimônio e instrumentalizador da circulação de riquezas de uma nação. O que ainda o caracteriza, embora, com delimitações mais sensíveis aos interesses sociais protegidos constitucionalmente.

Assim, atribui-se ao contrato uma função social, além da tradicional função econômica e regulatória, reconhecendo-lhe o reflexo de seus efeitos sobre a coletividade dentro da qual se desenvolvem as relações dele oriundas, razão pela qual a liberdade contratual, hoje, é exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Tem-se na função social um limite para os abusos que a liberdade contratual quase absoluta de outrora provocava às partes vulneráveis no desenvolvimento das relações contratuais, comprometendo o respeito à igualdade substancial, à equidade, aos valores de justiça e à dignidade da pessoa humana.

A função social do contrato tenta equilibrar o interesse individual das partes contratantes com o interesse social que alguns tipos contratuais apresentam de forma mais acentuada (contratos de convênios médicos, contratos de adesão, contratos de consumo, etc) buscando harmonizá-los.

Ressalte-se aqui a preocupação na definição do que se entende por interesse social, a fim de que os direitos sociais não sejam utilizados para satisfazer interesses substancialmente individuais, como muitas vezes costuma acontecer.

Exemplo típico da utilização mascarada dos direitos sociais para satisfazer interesse essencialmente individual é o caso de pedidos judiciais para que o sistema único de saúde custeie próteses, ou mesmo operações ou tratamentos de saúde no exterior que não estão assegurados pelo sistema público de saúde (SUS), pela obviedade de sua escassez econômica.

Importa ressaltar, que não se questiona o direito à saúde como um importante direito fundamental de natureza social, mas o que não se sustenta é que o direito à saúde, individualmente considerado, sobreponha-se ao perecimento do direito à saúde de milhares de usuários que serão prejudicados pela concessão de um interesse subjetivo de apenas um usuário que conseguiu judicialmente tal prótese, operação ou tratamento cujo custo gira em torno de milhares de dezenas de reais.

Não há mágica para o custeio dessa concessão judicial, tal importe será retirado de outros serviços prestados pelo sistema único de saúde, com redução da verba orçamentária destinados a outros setores da saúde pública, seja, por exemplo, na redução de verbas para custear remédios para diabéticos, seja na diminuição do repasse de verbas para os hospitais públicos.

O sacrifício do direito à saúde da coletividade, que representa todos os usuários do serviço público de saúde, bem como de seus usuários em potencial, é evidente, revelando-se flagrante o desequilíbrio na tutela entre o interesse social e o individual.

Tal interpretação equivocada se aplicável no tocante ao direito contratual comprometerá a segurança jurídica do instituto como instrumentalizador da circulação de riquezas e fomentador da economia de uma nação, base na qual os mais variados negócios jurídicos se desenvolvem.

Os magistrados, que irão aplicar a norma em questão, deverão atentar-se para o conceito de interesse social presente no caso sob sua análise, evitando que em nome de um interesse social com caráter eminentemente subjetivo se comprometa o verdadeiro sentido atribuído pelo ordenamento civil e pela Constituição Federal ao interesse social ou a tutela do bem comum.

O manto dos direitos sociais não poderá ser utilizado para instrumentalizar a realização de interesses meramente individuais, sob pena de desvio de sua finalidade primária

para a qual todos os direitos com núcleo social foram criados, inclusive os princípios sociais dos contratos.

Outra cláusula geral presente na codificação civil vigente é a boa-fé objetiva que foi recepcionada como princípio contratual a integrar sua principiologia informadora. Assim, a boa-fé objetiva exige dos partícipes de uma relação contratual uma postura correta, honesta, leal em todas as fases de desenvolvimento da relação negocial.

A boa-fé objetiva impõe uma diretriz ético-orientadora ao comportamento das partes no desenvolvimento de suas relações contratuais, a exigir, de forma imperativa que as partes tenham uma conduta ética ativa, ou seja, uma atuação positiva, tendo em vista que a aspiração normativa de uma conduta ética negativa, omissa, representada apenas pela ausência de má-fé, não se revela suficiente, como se fazia na compreensão clássica, bem como na estrutura do Direito Privado sob a égide do Código Civil de 1916.

A ética torna-se norma positiva e, portanto, de observância obrigatória não somente na área do direito contratual, mas como norma de ordem pública deve ser observada no desenvolvimento de todas as relações civis.

Resgatam-se, por meio da reestruturação do Direito Privado com assento constitucional, valores éticos a inspirar uma atuação de probidade no desenvolvimento das relações privadas.

Dessa forma, constata-se que a boa-fé objetiva poderá exercer três funções principais no direito contratual: integrativa, de controle e uma função impositiva.

A função integrativa permite ao magistrado a adequação da norma ao caso concreto no momento de sua aplicação, autorizando o preenchimento de seu conteúdo valorativo de acordo com as peculiaridades trazidas pelo caso específico, muitas vezes, remetendo o julgador a valores éticos que podem estar fora do ordenamento jurídico, em consonância com

os usos e costumes do lugar da celebração do pacto. Também, a função integrativa permite a supressão de eventuais lacunas que se revelem no contrato.

Outro aspecto funcional da cláusula da boa-fé objetiva é o controle que desempenha sobre o exercício, muitas vezes, abusivo da autonomia da vontade, delimitando seu conteúdo e alcance. O exercício da autonomia da vontade, nesse sentido, não é mais compreendido no poder agir como se quer. As questões éticas devem orientar e condicionar seu exercício.

A terceira função exercida pela boa-fé objetiva é a impositiva, uma vez que a norma em questão impõe as partes contratantes um comportamento leal, honesto, correto, caracterizando-se como um dever ético-jurídico imposto aos contratantes na orientação de suas vontades.

Nesse redelineamento, analisou-se o princípio da equivalência material dos contratos que passa a integrar também a principiologia informadora do direito contratual na atualidade que eclode preocupado com o equilíbrio nas relações contratuais, comprometido com o escopo de coibir o enriquecimento sem causa, a onerosidade excessiva para uma das partes, revelando-se atento não só com a parte vulnerável, mas com a questão da vulnerabilidade em si.

O núcleo do princípio é o equilíbrio econômico do pacto e refere-se à tutela da igualdade substancial entre as partes, de modo a garantir-lhes um tratamento diferenciado quando revelarem-se em condições de desigualdade real.

Tal princípio orienta-se pela diretriz contratual que visa à justiça social, numa justa e equilibrada distribuição dos encargos e dos riscos do pacto celebrado. O conteúdo do contrato não é mais intangível como outrora, mas pode sofrer interferência jurisdicional quando o Judiciário for chamado a revisar um contrato que se revelar desequilibrado economicamente.

Ressalte-se que o direito contratual toma como regra geral, a manutenção do pacto de acordo com o estabelecido pela vontade das partes, legitimando e autorizando a atuação

judicial apenas quando o contrato se revelar contrário ao interesse social, afrontar as normas estabelecidas ou revelar-se economicamente desequilibrado. O princípio da conservação do pacto é a regra geral que norteia o direito contratual contemporâneo, figurando as formas judiciais interventivas como exceções.

A compreensão conceitual dos princípios contratuais clássicos foi renovada pela leitura civil-constitucional redefinindo seu conteúdo e alcance.

A compreensão clássica da autonomia da vontade restabelece-se em outros contornos interpretativos a delimitar-lhe em bases sociais seu conteúdo e alcance no direito contratual contemporâneo.

Embora, seu exercício nunca tenha sido ilimitado, era exercido de forma quase absoluta pelos contratantes, caracterizando a própria compreensão conceitual do contrato (clássico), como figura jurídica que resultava da vontade das partes contratantes de livremente se obrigarem e estipularem os termos da obrigação ao qual se vinculavam. E ao Estado caberia a função de garantidor de seu fiel cumprimento nos termos estabelecidos.

Com a renovação da teoria contratual, o contrato não se centra quase que exclusivamente na vontade das partes, mas eclode, agora, como um instituto funcionalizado socialmente a impor um novo modo de compreender juridicamente a liberdade contratual que não é mais entendida como a possibilidade de agir como se quer.

A autonomia da vontade é compreendida dentro do contexto da desigualdade factual que existe entre os homens, o que os impedem, na maioria das vezes, de exercerem a liberdade contratual em condições paritárias. E a essa desigualdade o ordenamento jurídico de base axiológica social não pode ficar indiferente.

A concepção do princípio flexibilizou-se para coibir os abusos do voluntarismo de outrora, pois a igualdade entre as partes não é mais presumida. Fala-se agora na igualdade

substancial que leva em consideração quem são as partes na relação negocial e quais circunstâncias fáticas estão inseridas.

A quase onipotência da vontade na dinâmica do direito contratual entra em declínio impondo-se que a sua compreensão e interpretação se dêem conjuntamente com valores éticos e sociais que condicionam e dão validade ao seu exercício.

Não há que se falar na insegurança jurídica provocada pelo declínio do dogma da vontade, pois este enquanto dogma não mais subsiste, mas como princípio informador do direito contratual sim, o qual deve respeitar sempre a harmonização com os demais princípios contratuais e não ensejar situações que mereçam a intervenção judicial para repelir ou sancionar o desrespeito às novas normas contratuais cogentes.

O dogma da autonomia da vontade não poderá mais ser utilizado para a opressão da parte contratante vulnerável, beneficiando o detentor do poderio econômico por meio de um contrato economicamente desequilibrado que favoreça o enriquecimento sem causa ou ignore os deveres éticos impostos aos contratantes.

Outro princípio clássico a sofrer uma reformulação conceitual foi o da força obrigatória dos pactos que foi recepcionado pela teoria contratual contemporânea com contornos interpretativos menos rígidos, com alcance mais limitado e com uma imperatividade menos intensa.

Seu núcleo normativo é de que o contrato faz lei entre as partes, vinculando-as as cláusulas acordadas e encontra seu assento jurídico na concepção da liberdade contratual clássica, entendida como a liberdade que as partes dispõem de se auto-obrigarem nas condições que melhor lhes aprouver.

Com a renovação principiológica e a mudança de paradigmática na área do direito contratual, a tal princípio foi atribuído uma carga vinculativa menos densa, a refletir um direito contratual com o olhar mais atento para os partícipes da relação contratual, quem são e

em quais circunstâncias factuais estão inseridos. O conteúdo contratual não é mais intangível e pode ensejar sua revisão, assim como as abstrações legais são menos inflexíveis.

À época da predominância da concepção clássica não se permitia ao julgador questionar se o conteúdo do contrato era justo ou injusto, a lei impunha a presunção de uma igualdade formal entre as partes contratantes de se obrigarem mutuamente em condições paritárias, dela decorrendo o rigor na imperatividade vinculativa, quase absoluta do princípio em questão.

Hoje, o princípio da força obrigatória é compreendido em harmonia com os demais princípios sociais que condicionam sua maior ou menor aplicabilidade no caso concreto.

O contrato poderá ser revisado pelo magistrado, a fim de que se restabeleça o equilíbrio econômico entre as partes, podendo o julgador anular ou considerar nulas as cláusulas consideradas abusivas, atuando de modo a reprimir e afastar comportamentos de improbidade nas relações contratuais para que se possa garantir e promover que o contrato cumpra sua função social dentro de seu objeto de existência.

Essa é a essência do princípio do *pacta sunt servanda*, cuja aplicabilidade, mais ou menos rígida, dependerá da análise de quem são partícipes na relação contratual, focando-se na análise da existência ou não da condição de igualdade substancial entre eles, do interesse social que envolve o objeto do contrato, para posteriormente analisar-se a imperatividade da força obrigatória entre os mesmos.

Nada mais justo que se dê tratamento desigual aos faticamente desiguais a fim de que se garanta, promova por meio dele a dignidade da pessoa humana e coíba a instrumentalização do instituto como enfraquecedor das partes vulneráveis, não só entendida a vulnerabilidade em relação ao poder econômico, mas também no contexto das condições factuais de negociação que dispõem uma ou outra parte na relação negocial, o que poderá torná-la flagrantemente desigual e, portanto, desequilibrada por vezes *a priori*, outras vezes, o

desequilíbrio poderá se dar nas fases contratuais posteriores, caracterizando uma vulnerabilidade superveniente.

Aqui, ressalta-se, mais uma vez, a preocupação da legislação não só com a parte vulnerável, mas também com a questão da vulnerabilidade em si que poderá ocorrer antes, durante ou após o término do contrato.

Na seqüência, também se propôs a análise do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos que na concepção clássica era compreendido no sentido de que o contrato produzia efeitos somente entre as partes contratantes, não atingindo terceiros alheios à relação negocial – aspecto interno dos efeitos contratuais.

No redelineamento de sua compreensão, considera-se a possibilidade de alguns tipos contratuais cujos objetos, apresentem interesse social, possam ter seus efeitos refletidos sobre a coletividade ou terceiros que não participaram da celebração do pacto – dimensão externa dos efeitos contratuais.

Compreende-se o princípio, na atualidade, de acordo com o reflexo, maior ou menor, de seus efeitos no âmbito social, com o escopo de proteger o interesse geral de todos os possíveis contratantes, quando o interesse individual dos partícipes da relação contratual com aquele não harmonizar-se.

Em contratos cujo objeto tem um interesse social latente, tais como, os contratos de seguro saúde, de financiamento para habitação, contratos de consumo, entre outros, o Estado tem que garantir a tutela da pessoa e sua dignidade, bem como, a prevalência do interesse geral do bem comum, em detrimento de interesses individualizados que por ventura, possam sufocar o interesse social e, conseqüentemente, desconsiderar ou afrontar a dignidade da pessoa humana para realizar-se individualmente.

Aqui a importância do procedimento metodológico da ponderação na interpretação de normas abertas como as cláusulas gerais e os princípios para balizar valores colidentes que

por meio da atividade interpretativa, o julgador de acordo com as peculiaridades do caso concreto densificará para mais ou para menos a dimensão de peso atribuída a um valor tutelado por meio de uma norma aberta que permite esse processo de valoração.

Também, a releitura do princípio da intangibilidade dos contratos foi objeto de investigação da pesquisa, que na concepção clássica garantia a imutabilidade do conteúdo contratual, vinculando as partes contratantes ao conteúdo inicialmente pactuado. O conteúdo contratual à época não era quase objeto de revisão judicial.

Nesse sentido, tal concepção não foi recepcionada na atualidade, pois seu redimensionamento jurídico autoriza a modificação no conteúdo dos pactos, por meio da atuação judicial, quando necessária para restabelecer o equilíbrio, a justiça, a boa-fé, a garantia de cumprimento de sua função social e observância dos direitos constitucionais. Assim, o conteúdo contratual volitivo pode ser revisitado judicialmente, podendo ser questionado e reparado.

Não obstante, a modificação de conteúdo permite-se a resolução judicial do contrato, quando impossível ou insuficiente à revisão de seu conteúdo volitivo inicial para garantir os valores tutelados pelo ordenamento, tais como: a justiça, a equidade, a boa-fé, a função social, a dignidade da pessoa como prioridades em detrimento da proteção do patrimônio.

Importa ressaltar que a preservação do contrato deve sempre ser perquirida pelo magistrado, assim, como o respeito à vontade das partes contratantes, autorizando apenas a intervenção judicial quando estritamente necessária para restabelecer a prevalência dos valores tutelados pelas normas contratuais cogentes que não tenham sido observadas ou estejam sendo afrontadas pelo pacto.

Falou-se até agora da reestruturação da principiologia contratual diante das cláusulas sociais e sob o olhar do direito civil-constitucional, evidenciando-se a mudança de paradigma nas relações contratuais, bem como do Direito Privado Brasileiro a estruturar-se no valor base

de tutela da pessoa como prioridade em relação à tutela do patrimônio e a consolidar um período de dirigismo contratual, caracterizado pela atuação estatal cada vez mais acentuada na dinâmica dos contratos.

A mudança do papel estatal em matéria contratual revela-se na transição funcional de um ente garantidor do fiel cumprimento da vontade declarada pelas partes, para um ente com uma atuação mais ativa, de direção que intervém nas relações antes relegadas a intangibilidade da esfera privada.

Como as normas abertas, como as cláusulas gerais e os princípios conferem uma elasticidade hermenêutica maior para o julgador exercer seu poder discricionário ao interpretá-las, eclode o questionamento sobre o controle e o conteúdo dessa discricionariedade com receio de certa dose de subjetivismo a gerar insegurança jurídica na utilização do contrato no tráfego jurídico-econômico, do qual faz parte.

Por essa razão, no último capítulo dessa pesquisa apresenta-se uma tentativa de compreensão de possíveis critérios objetivos para conduzir e limitar à atuação judicial na dinâmica contratual, tentando compreender a proporcionalidade e a razoabilidade como máximas diretivas e de controle para a atuação jurisdicional, a fim de que se evite criar situações de insegurança jurídica em relação ao instituto dos contratos, desviando-o de seu escopo funcional primário no cenário econômico nacional.

Dessa forma, conclui-se que as cláusulas gerais da socialidade, da eticidade e da operabilidade e os núcleos valorativos trazidos em seus corpos normativos orientam a aplicação do direito contratual, bem como de todo o ordenamento civil, funcionalizadas normativamente de modo a atuar como importantes diretrizes orientadoras no balizamento entre o fato, valor e norma para orientar a atividade hermenêutica do intérprete, pautando-se pela aplicação correta das normas civis em harmonia com os valores tutelados pela

codificação civil que se revelam em coerência axionormativa com o texto constitucional que é seu informador.

Acredita-se nos postulados hermenêuticos como importantes instrumentos a orientar uma correta interpretação do direito contratual com acentuado assento valorativo constitucional, bem como de todo o Direito Privado de natureza civil-constitucional, fazendo a leitura jurídica de suas normas abertas por meio da hermenêutica constitucional.

Os direitos fundamentais também se revelam importantes balizas a orientar a atuação judicial nos contratos, conferindo-lhe objetividade por meio do processo de valoração e ponderação de bens e legitimidade ao exercício mais amplo da discricionariedade do julgador na fundamentação de sua decisão diante de uma tipologia normativa aberta.

Acredita-se, também, que a razoabilidade e a proporcionalidade funcionam como balizas a orientar a atividade jurisdicional interventiva nos contratos e servem como parâmetro de controle dessa atuação.

A razoabilidade e a proporcionalidade caracterizam-se como normas que estruturam a aplicação de outras normas que podem ser princípios, regras, cláusulas gerais, conceitos indeterminados. Assim, ambas tornam mais objetivo o limite válido e legítimo de intervenção judicial nos contratos.

Pode-se dizer que o razoável deve estar presente na própria razão de ser do contrato, ou seja, na razão de sua existência, nos fins objetivados por meio dele e por fim, nos meios utilizados para atingi-los. Qualquer atuação que desconsidere uma intervenção dentro dos limites da adequação, da razoabilidade e da suficiência para preservar a dignidade da pessoa humana, restabelecer o equilíbrio e a justiça contratual, com respeito às normas vigentes deverá ser coibida pelo direito.

A intervenção judicial não deverá ser a mais, nem a menos, mas suficiente e necessária para promover os valores tutelados pela ordem jurídica, não legitimando, o abuso

do poder ou arbitrariedade na aplicação de suas normas de modo a comprometer a finalidade para as quais foram criadas pelo legislador.

A discricionariedade judicial é vinculada nos contornos valorativos estabelecidos pela Constituição da República para sua atuação. É uma atuação condicionada aos valores escolhidos pelo constituinte e não pelo valor pessoal eleito pelo julgador.

A proporcionalidade também figura como importante critério orientador e limitativo da atuação judicial nos contratos à medida que permite a verificação da relação de proporcionalidade existente entre as vantagens obtidas pela adoção do meio interventivo empregado pelo magistrado em comparação às desvantagens causadas.

O sacrifício a um valor deverá ser o mínimo necessário para se garantir ou promover o outro com ele colidente, de modo que nenhum seja desconsiderado, mas apenas tenha sua dimensão de peso diminuída naquele caso específico que enseja essa densidade no sopesamento de valores por meio da ponderação.

A proporcionalidade guia a ponderação adequada e proporcional entre o bem tutelado com maior valia em detrimento da restrição imposta ao outro, que deverá corresponder a um bem sacrificável em favor do outro que deverá prevalecer no caso concreto. Não se trata de hierarquia axionormativa, mas de dimensão maior ou menor de peso atribuída ao valor juridicamente tutelado no caso concreto.

Como nos contratos de seguro saúde, nos quais há tipicamente valores colidentes: o direito à saúde e o direito de reajuste no valor das mensalidades pela empresa de acordo com a faixa etária dos clientes. O reajuste não poderá ser de tal monta que impossibilite a maioria dos contratantes em seguir com o contrato e nem insignificante a ponto de comprometer a solvibilidade da empresa prestadora de serviços.

O sopesamento de valores deve seguir a lógica da simetria, restringir um valor em benefício de outro na proporção do necessário e suficiente para atingir o escopo objetivado

pela norma, em consonância com as necessidades suscitadas pelas singularidades do caso sob análise.

Dessa forma, a máxima da proporcionalidade fixa os limites de atuação do julgador, fornecendo-lhe uma diretriz orientadora e demarcando-lhe os termos valorativos, dos quais não poderá distanciar-se na adoção das medidas interventivas resultante de um processo de ponderação e valoração.

Ao cabo dessas linhas conclusivas, não se teve a pretensão de exaurir a discussão sobre o tema, nem torná-lo fechado às conclusões aqui apresentadas, mas apresentar uma tentativa de compreensão da espécie normativa das cláusulas gerais e seu reflexo na reestruturação da principiologia informadora dos contratos que têm provocado algumas reflexões no pensamento jurídico nacional.

Objetivou-se analisar criticamente a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais pelo legislador civil, analisando as modificações pelas quais passaram a estrutura formal e axiológica do Direito Privado Brasileiro desde o Estado Liberal até o Social da Constituição de 1988 e os reflexos provenientes desse redelineamento axionormativo no redimensionamento da principiologia contratual contemporânea.

Essa transfiguração paradigmática do Direito Privado corroborou também para reestruturar a dinâmica contratual que consolida o instituto do contrato, além de instrumento de circulação de riquezas e fomentador da economia, também como instrumento de concretização de valores existenciais, com assento nos direitos fundamentais, por meio da atribuição de uma finalidade social a integrar o próprio conceito do instituto.

O legislador passou a exigir, das partes contratantes, comportamentos probos, éticos no desenvolvimento das relações negociais que eclodem também como veiculadoras dos direitos fundamentais a serem concretizáveis por meio da legislação ordinária.

Eis o direito contratual que se evidencia em nossos tempos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **As obrigações e os contratos**. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2011/726>. Acesso em 24 de outubro de 2005.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: Justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmen Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Cone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código civil. Código de processo civil. Constituição federal**. CAHALI, Yussef Said (org.). 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Orlando. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Centelha, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Judith Martins. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONEDA, Daniel. Uma mera formalidade. In: RAMOS, carmen Lúcia Silveira (org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro, 2002.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIRANOVA, Emilio Encinas. **Código Civil Alemán: Comentado BGB**. Madrid: Marcial Ponds, 1998.

ERLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Org.). **O novo Código Civil: Homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

GIANULO, Wilson. **Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? In: **Revista crítica jurídica**. n. 18, Junho de 2001. Disponível em <http://www.unibrasil.com.br/aside/publicacoes/critica/18/H.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2006.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. In: **Revistas dos tribunais**. n. 741. jul. 1997.

MATOS, Olgária. **Discretas esperanças: Reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo**. São Paulo: Editora Nova Alexandrina, 2006.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: Novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. Coleção Perspectivas de Direito Privado. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil-Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PADILHA, Norma Suely. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Leme: Edijur, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Os novos poderes e o papel do Direito**. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst\\_da\\_dogmatica\\_victor\\_hugo\\_velasquez.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_victor_hugo_velasquez.pdf). Acesso em 12 de março de 2008.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELTEN, Paulo. Função Social do Contrato: cláusula limitadora da liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.