

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS SOCIALIZADORES NA ESFERA CONTRATUAL

CONSIDERATIONS ABOUT THE RECONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW AND THE INCIDENCE OF SOCIAL PRINCIPLES ON THE CONTRACTS

THÂMARA KAROLINE CORREIA DE FREITAS¹
 CLAUDIO ROBERTO SHIMANOE²
 LAIS DE OLIVEIRA FLAREÇO³

RESUMO: A presente pesquisa visa refletir sobre o processo de reconstitucionalização do direito privado, que veio a modificar sua hermenêutica e inserir novos institutos, em especial, na seara dos negócios jurídicos bilaterais. Analisa-se que o Estado brasileiro sofreu diversas alterações influenciadas por relevantes fatos históricos nacionais e internacionais. Essas mutações, por consequência, afetaram o ordenamento jurídico pátrio, que, paulatinamente, retirou o direito civil do centro do sistema. Por sua vez, com alto teor garantista, a Constituição Federal de 1988 tornou-se a mola mestra do ordenamento. Sendo assim, verifica-se que houve modificação na interpretação contratos, pois estes passaram a ser afetados pelos princípios socializadores advindos da reconstitucionalização do direito civil. Entretanto, salientes são as discrepâncias existentes entre o foco civilista pautado em um Estado Liberal (patrimonial) e o constitucionalista (humanista), embasado no então Estado Social. Desse modo, através de um estudo doutrinário, jurisprudencial, de legislações infraconstitucionais e normatizações esparsas, pretende-se demonstrar como é possível dirimir essa dicotomia. Nesse vértice, observa-se que as relações jurídicas contratuais não podem pautar-se exclusivamente em princípios clássicos, tais como, a autonomia da vontade e a força obrigatória, mas que, por outro lado, também esses não podem ser anulados pelos princípios socializadores da função social e boa-fé objetiva. Assim, enseja-se o entendimento de que estes não excluem os primeiros, mas apenas os mitigam em certas circunstâncias, a fim de propiciar a devida segurança jurídica para a sociedade.

Palavras-chave: Contratos, Princípios, Função social.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on the process about reconstitutionalization of private law, which came to modify its hermeneutic and insert new institutes, in particular on bilateral legal transactions. It is analyzed that the Brazilian State has undergone several changes influenced by relevant national and international historical facts. These mutations therefore affected the Brazilian legal system, which gradually withdrew the civil law system center. In turn, the Federal Constitution of 1988, with high warranter content, became the mainspring of the system. So it turns out that there was change in the interpretation contracts, as they have become affected by socializing principles arising from reconstitutionalization of civil law. However, protruding are discrepancies between the civilian focus ruled in a liberal state (equity) and the constitutionalist (humanist), based on the then Social State. Thus, through a doctrinal, jurisprudential study of infra-constitutional legislation and sparse norms, it is intended to demonstrate how you can resolve this dichotomy. In this hand, it's observed that the contractual legal relations can't be based exclusively on classical principles, such as freedom of choice and the binding force, but on the other hand, also these can't be overridden by socialization principles of social function and objective good faith. Thus, understanding it entails-that they do not exclude the first, but only mitigate in certain circumstances in order to provide the necessary legal certainty to society.

Keywords: Contracts, Principles, Social role.

Sumário: Introdução - 1 O surgimento dos contratos e seu ápice no âmbito nacional revestido de liberalismo 1.1 Histórico - 1.2 Direito contratual no Brasil - 2 Princípios contratuais clássicos - 2.1 Princípio da autonomia da vontade - 2.2 Princípio da obrigatoriedade dos contratos - 3 A constitucionalização e a reconstitucionalização do direito privado - 3.1 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 1916: um processo de constitucionalização do Direito privado - 3.2 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002: um processo de reconstitucionalização do Direito privado - 4 Princípios socializadores dos contratos - 4.1 Princípio da função social dos contratos - 4.2 A ordem econômica constitucional e a dignidade da pessoa humana - 4.3 Princípio da boa fé objetiva - 5 - Contrapostos entre a função social do contrato e a boa-fé objetiva *versus* autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos - 6 Considerações finais - Referências.

¹ Pós-graduanda em Direito do Trabalho e aluna especial do Mestrado em Administração - Unicentro, Guarapuava/PR. Email: thamarakorreia@hotmail.com.

² Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Atualmente é professor de ensino superior da Faculdades Mater Dei e professor da Faculdades Guarapuava. Email: Shimanoeadv@hotmail.com.

³ Pós Graduação Stricto Sensu em direito Processual Civil, pelo Centro Universitário Barão de Mauá. aluna especial do Mestrado em Administração - Unicentro, Guarapuava/PR. Email: laismkt@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A ciência humana que estuda as normas jurídicas e sua aplicabilidade na sociedade estabelece que juntamente com e como esta, o direito evolui. Com o desfilarmos dos anos, as mudanças fáticas foram inquestionáveis: as evoluções nas civilizações, a fomentação da economia, as mudanças nas formas de governo, nas ideologias e nos diferentes modos agir.

Conjuntamente, o direito foi alterado dada a sua necessidade de acompanhar o ritmo de evolução da sociedade. No cenário nacional, em épocas não muito remotas, viu-se o enaltecimento do Estado Liberal no apogeu de um Brasil pós militar. Não havia interferência estatal nos negócios de particulares, e estes regravam seus contratos com base no patrimonialismo emanado da ótica do “ter”.

Sendo assim, havia predominância da autonomia da vontade, sendo os sujeitos livres para contratar. Portanto, o que fosse estipulado deveria ser cumprido, isso, pois, ao firmarem o acordo tinham plena liberdade de aceitar, ou não, as condições impostas. Outro enfoque que era dado para vinculação dos contratantes era a aplicação irrestrita da força obrigatória dos contratos, onde o pacto faz lei entre as partes e deve ser por elas cumprida.

Não obstante, com o surgimento da Constituição Federal de 1988 altamente garantista e embasada no Estado Social, asseguraram-se de modo primordial os direitos fundamentais do homem, onde os negócios jurídicos passaram a ser regidos com base nos princípios socializadores que colocam o homem em posição privilegiada, retirando o patrimônio do ápice dessas relações.

Dessa maneira, dá-se nova roupagem ao direito civil: surge a incidência da boa-fé objetiva nos contratos, que tenta mitigar a força do *pacta sunt servanda*, adotando regras de um agir com lealdade, sem abusos, com incidência de obrigações razoáveis que não permitam a onerosidade excessiva a uma das partes e grande desvantagem para outra, independentemente do que foi anteriormente ajustado.

Nessa mesma vertente, a função social dos contratos irrompe-se igualmente como princípio socializador, sendo aplicada como para limiar a autonomia da vontade, protegendo as partes de possíveis disparidades, bem como de seus reflexos da esfera individual e social do sujeito.

Conforme demonstrado, tendo em vista os ideais distintos entre o Estado

Liberal e o Estado Social, evidencia-se uma problemática quanto da interpretação dos contratos. Surge a indagação de em havendo divergência na aplicação dos princípios, qual deles haveria de prevalecer. Ainda, questiona-se se houve anulação dos princípios clássicos (*pacta sunt servand* e autonomia da vontade) em detrimento aos socializadores (função social e boa-fé objetiva).

Assim, sumariadas essas razões, o presente estudo busca elucidar a maneira de aplicação dos aludidos princípios, sendo estes ajustados aos preceitos constitucionais e ao período socializador vivenciado. Portanto, foi embasado em pesquisas de cunho qualitativo, distribuindo-se em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. A primeira foi realizada em diversas fontes bibliográficas de estudo jurídico acerca da evolução no sistema jurídico, princípios constitucionais socializadores e princípios clássicos contratuais. Acerca da pesquisa jurisprudencial, efetuou-se pesquisa da aplicação fática da temática pertinente ao trabalho no Superior Tribunal de Justiça, bem como em Tribunal de instância ordinária. Por fim, na pesquisa documental, desenvolveram-se estudos de normas constitucionais, legislações infraconstitucionais.

1 O SURGIMENTO DOS CONTRATOS E SEU ÁPICE NO ÂMBITO NACIONAL REVESTIDO DE LIBERALISMO

1.1 HISTÓRICO

De plano pode-se afirmar que existe certa dificuldade em apontar precisamente um período para o surgimento dos contratos, uma vez que, as doutrinas divergem sobre sua origem como relação jurídica e ainda, tendo em vista que o contrato podia ser realizado de forma verbal ou escrita, não trazem com precisão a época de seu apogeu, nem tampouco acordam sobre qual foi a civilização berço.

Em contrapartida, não há divergências em declarar que o contrato remete às mais remotas civilizações, pois, nos primórdios das sociedades, quando o homem percebeu que não poderia sobreviver por si só, iniciou-se o processo das civilizações, onde se destacam os Mesopotâmicos, Egípcios, os Hebreus, Fenícios, Persas, Gregos e Romanos.

Cada civilização ocupava uma região diferente, desenvolvia as mais diversas

faculdades e possuía suas peculiaridades. Todavia, conforme as primeiras sociedades foram evoluindo-se, viu-se que, individualmente, cada grupo não mais era capaz de suprir suas necessidades, ou, que seria mais eficaz realizar “trocas”.

Logo, surgiram os escambos de produtos artesanalmente confeccionados, das caças, dos grãos e dos serviços. Tais “transações”, ainda que efetuadas de forma simplista, sem princípios basilares e implicações jurídicas, podem ser denominadas como as primeiras formas de contratos.

Todavia, conforme asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, remetendo-se ao conceito simplista de contrato “acordo de vontades” sabe-se que essa pactuação nem sempre se operou perante todas as civilizações, fato é que, na época bárbara a violência era o modo mais eficaz de se obter alguma coisa, seja a propriedade de um bem, a realização de algum serviço ou qualquer outra vontade empregada pela parte mais forte. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012)

Posteriormente, como menciona o historiador Gilberto Cotrim, a insegurança provocada pelas invasões dos bárbaros ocorridas nos séculos IX e X, implicou migrações de grupos europeus ocidentais dando origem aos sistemas feudais. Os feudos eram, *a priori*, autônomos, mas logo essa autonomia deixou de existir, haja vista a necessidade de circulação de mercadorias e a fomentação da economia. (COTRIM, 2005)

Nessa ótica, abandonado o “estágio de barbárie” e vindo à tona a necessidade de circulação de riquezas e mercadorias, o homem passou a utilizar o contrato como fonte primordial para obtenção de seus propósitos, seguindo, logicamente, os preceitos e princípios estabelecidos a sua época e civilização. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012)

Vislumbrados os primórdios contratuais, nota-se que este ultrapassou séculos e veio se aperfeiçoado conforme as necessidades de cada civilização, sendo que Arnoldo Wald (2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 39) assevera que:

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto às que existiam na antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

Não obstante, Caio Mario Pereira analisando o contexto histórico dos contratos, afirma que não diferentemente do que ocorreu com o direito em sentido

amplo, o Direito Romano os estruturou, em um primeiro momento, condicionando a sua existência a um elemento material responsável pela exteriorização da forma, sendo ela apenas *verbis, re ou litteris*, ou seja, pela palavra, entrega da coisa ou indicação no codex. Note-se que não se fala em consensualismo, autonomia ou vontade das partes. Somente após um período surgiu a possibilidade de se contratar pelo simples *solo consensu*. Entretanto, havia apenas quatro contratos consensuais reconhecidos por *Gaius*: venda, locação mandato e sociedade. (PEREIRA, 2012)

Em que pese a teoria que condiciona o surgimento dos contratos à civilização romana, Orlando Gomes citando Bonfante, alega que o Direito Romano não originou os contratos, e que “cada sociedade, juridicamente produtora, cada escola doutrinária – desde os canonistas, passando pelo pelos positivistas e jusnaturalistas – contribuíram, ao seu modo, para o aperfeiçoamento do conceito jurídicos do contrato e duas figuras típicas.” (apud GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p.41- 42)

Seguindo esse silogismo, além das contribuições peculiares de cada grupo o movimento iluminista francês, de base antropocêntrica, contribuiu de forma inquestionável para a “consagração fervorosa” do *pacta sunt servanda*, firmando a *vontade racional do homem*. Nesse diapasão, nota-se o surgimento da autonomia da vontade como primazia da existência de um contrato, abrindo as portas para o individualismo. Aduz-se que, “a elevação da autonomia privada à categoria de dogma, calcada na mencionada visão antropocêntrica e patriomonalista, refletiu-se amplamente em toda a concepção dos contratos até o final do século XIX e início do seguinte”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012)

Ocorre que, a inserção de um sistema baseado no individualismo gerou diversas discrepâncias e desequilíbrios sociais, sendo estes amenizados pelo dirigismo contratual do século XX, o qual foi amparado pelos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental. Sendo assim, o homem, que antes era o centro do universo e visto como o próprio Deus, foi recolocado na sociedade. Tal fato desencadeou diversas modificações na seara dos contratos passando a existir um inegável processo de solidarização social.

Dessa forma, narrado o sucinto histórico dos contratos, constata-se a sua evolução concomitantemente com o desenvolvimento sociedade, bem como nítido é que e as modificações foram sendo realizadas de acordo com as necessidades e realidades das civilizações, chegando atualmente a ser uma ramificação dos fatos jurídicos geradores de obrigações, e segundo o doutrinador Orlando Gomes, pode

ser definido como um “acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem”. (GOMES, 2008, p. 6)

1.2 DIREITO CONTRATUAL NO BRASIL

Dadas as considerações basilares acerca do histórico dos contratos, faz-se necessário explanar, de maneira breve, seu surgimento e evolução no ordenamento pátrio.

Sabe-se se da existência de diversas tentativas para se chegar a um Código Civil Brasileiro, sendo que a sua formação estava prevista nas primeiras Constituições brasileiras. Entretanto, o primeiro projeto elaborado em 1858 por Teixeira de Freitas, não foi acolhido. Posteriormente, houve outras inserções de projetos para a codificação do direito civil, todavia, somente após a Proclamação da República o trabalho de Clóvis Bevilacqua foi aprovado.

Influenciado pelos Códigos Civis alemão e francês, o projeto de Bevilacqua foi sancionado em janeiro de 1916 e entrou em vigor em 1 de janeiro de 1917. O aludido Código era composto de duas partes: a geral e a especial. De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, na parte geral eram abrangidos os conceitos e diretrizes das pessoas, dos bens, dos fatos jurídicos. Por sua vez, a parte especial versava sobre o Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das obrigações e Direito das Sucessões. Evidentemente, os contratos no Código Civil de 1916 estavam inseridos na parte especial das obrigações, como assim o é no Código Civil de 2002. (BEVILAQUA, 2009)

Com predominâncias individualistas importadas do período de seu gênese, o Código Civil de 1916 refletia um Estado Liberal, conseqüentemente, não intervencionista, o que abria margens para o direito absoluto de propriedade e para o enaltecimento da liberdade de contratar que se fundava, em sua essência, na autonomia da vontade e no *pacta sunt servanda*. (GONÇALVES, 2009)

Certamente o direito acompanhou os deslindes da sociedade da época a qual fora criado, traduzindo nos textos da lei os costumes e as concepções sociais que exigiam do direito uma contínua adaptação.

Nesse diapasão, Francisco Amaral (apud GONÇALVES, 2009, p. 21) escreveu:

O referido código refletia as concepções dominantes em fins do século XIX

e início do século XX, em grande parte ultrapassadas, baseadas no individualismo então reinante [...] foi um código em sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica física e étnica em que revelava.

De fato, predominava o “ter” em detrimento ao “ser.” Note-se que quando sancionado e vigente o Código Civil de 1916, vigorava a Constituição Federal de 1891, a qual colocara fim a um período de Monarquia e estabelecia formalmente uma República Federativa. Não havia mais o poder moderador, nem tampouco o absolutismo decorrente da Revolução Francesa e da ascensão da burguesia.

Nesse contexto, elucida-se que justamente para tornar possível a autonomia das partes e a intervenção mínima do Estado, os direitos fundamentais não eram codificados, existindo somente no plano de valores naturais, “libertando” a sociedade do “Estado Burguês”.

Dessa maneira, Paulo Lobo estabelece que desde a constituição brasileira de 1824 até a de 1891, era o Estado Liberal que exercia influência para a criação das normativas jurídicas, sendo apenas, a partir de 1934, de modo autocrata ou democrata, que surgiram as constituições com fulcro em um Estado Social. (LOBO, 2010)

2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS

O Código Napoleônico esboçava a ótica do “ter”, sendo este a inspiração para a codificação das relações jurídicas, os contratos foram embasados pela autonomia da vontade e pela obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*: o contrato faz lei entre as partes).

2.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, como é conceituado atualmente, nos remete ao direito romano. Desde Roma as pessoas são livres para contratar com quem desejarem, sobre qualquer objeto, e em qualquer condição que elencarem, cabendo apenas a elas estabelecerem o conteúdo do contrato.

Entretanto, foi após Revolução Francesa que tal princípio teve seu ápice embasado pela liberdade e individualismo, que atingiu a esfera contratual. O Código

Civil Francês em seu artigo 1.134 estabelecia que “as convenções legalmente constituídas tem o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram”. (GONÇALVES, 2012, p. 41)

Tendo em vista a grande influência francesa, a autonomia da vontade (respaldada na liberdade) estava intimamente ligada com a propriedade, pois a primeira manifestação de direitos individuais foi a garantia da propriedade privada do indivíduo. Em assim sendo, o contrato nada mais seria do que acordo para circulação de bens. (VENOSA, 2011)

Sendo assim, o aludido princípio se auto explica: existe a ampla liberdade de contratar, e mediante um acordo de vontades as partes disciplinam seus interesses que, obviamente, refletirão na esfera jurídica, seja o contrato típico ou atípico. O que era contratado não era modificado, pois as partes possuíam total liberdade para transacionarem ou não.

Indubitavelmente, se houvesse discrepância, desigualdades, desproporcionalidade e irrazoabilidade, o Estado não atuava, pois, partia-se do princípio que conhecidas as condições do contrato, as partes munidas de livre arbítrio anuíram com as cláusulas, ainda que estas lhe trouxessem excessivas desvantagens ou prerrogativas.

De qualquer forma, é importante ressaltar que a liberdade de contratar possui duas vertentes: a liberdade propriamente dita, que é aquela em que o sujeito aceita ou não contratar escolhendo as nuances do contrato, e a liberdade de escolha de modalidade do contrato. (VENOSA, 2011)

Ainda, reportando-se a um contexto histórico, evidencia-se que em cada período a autonomia da vontade ganhou mais força, uma vez que, a Revolução Francesa enalteceu a “liberdade” da classe do Terceiro Estado Feudal (burguesia) e a República trouxe à tona a “liberdade” do antigo Regime Monarca - Absolutista (fundamentado na Revolução Francesa), sendo que a Era Republicana não mediou esforços para “libertar” os indivíduos das opressões e intervenções do Estado, refletindo nitidamente na esfera contratual.

2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

Por sua vez, também denominado como *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos estabelece que o contrato faz lei entre as partes, não

podendo essas esquivar-se de cumprir o que fora anteriormente acordado. Inserida como princípio da obrigatoriedade dos contratos, visava-se uma segurança jurídica sólida sendo reconhecida a sua utilidade econômica e social. Em outras palavras, se assim não o fosse, haveria apenas “intenção” não havendo o que se falar em validade jurídica. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012)

Nesse íterim, para que um contrato seja válido e possua eficácia, ele deve, logicamente, ser cumprido pelas partes; seu propósito deve ser alcançado e cada sujeito da relação deve empenhar esforços para cumprir com o que se comprometeu. (VENOSA, 2011)

Em assim sendo, o *pacta sunt servanda* funde-se ao princípio da autonomia da vontade fazendo com que a palavra dos homens tenha força de lei, a qual por sua vez, implicava reflexos na esfera jurídica, não sendo possível a intromissão do Estado.

Ao longe se percebe a falácia da segurança jurídica apontada. Inegavelmente, é de suma importância que haja obrigatoriedade no cumprimento com o que foi pactuado, entretanto, muitas vezes o que foi convencionado não pode ser suportado por uma das partes, interferindo diretamente na esfera de seus direitos fundamentais.

Ante o acima exposto, fixado o contexto histórico de evolução dos contratos verifica-se que estes foram primordialmente inseridos no ordenamento jurídico pátrio (1916) sob a ótica de um Estado Liberal, que se abstinha de intervir nas relações entre os particulares, tendo em vista a fomentação da economia e do capitalismo – que se voltava para o patrimonialismo - bem como, considerando as cicatrizes que carregava de um período Monárquico e, conseqüentemente opressor.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 1916: UM PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Após o esboço histórico elucidado no título anterior, verifica-se que o direito civil codificado foi introduzido no Brasil em 1916, enquanto vigia a Constituição de 1891. Ao decorrer dos anos, e passado cada estágio na história das Revoluções, das Guerras Mundiais, da Era Vargas, do fim do Militarismo e início de um Estado de

Direito – altamente democrata, bem como das outorgas e promulgações de novas Constituições, em meados da década de 80 eclodiu-se a necessidade da aprovação de uma nova Constituição.

Já em 1988, sobre a ótica de um Estado Social, foi promulgada a Constituição Federal da República do Brasil, com alto teor garantista, trazendo em seu bojo o enaltecimento da dignidade da pessoa humana e formulando os direitos da pessoa humana, sejam eles individuais ou coletivos, sociais ou políticos.

Por sua vez, nessa nova política e forma de governo – que acarretaram diversas modificações na sociedade – o Código Civil de 1916 foi recepcionado pela Constituição de 1988, entretanto, sua peculiaridade marcante de cunho patrimonialista somadas a intervenção mínima do Estado e autonomia da vontade, não parecia coadunar com os princípios e objetivos elencados pela nova Constituição.

Em assim sendo, a Constituição de 1988 não possuía apenas *status* de supremacia formal como ocorreu nas demais. Além disso, conforme assevera o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Luís Roberto Barroso (2005), considerando sua forte posição democrata, que ela revelava uma supremacia “material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”; de certa maneira, era uma ferramenta inovadora no sistema, que de plano seria ao mesmo tempo o centro, a base e o ápice do ordenamento jurídico.

Anteriormente a promulgação da Constituição de 1988, o centro do sistema jurídico brasileiro era o Código Civil de 1916; dele precediam as demais leis, sendo visto por muitos como um direito geral, um direito basilar; tanto é que, a teoria geral do direito encontrava-se esculpida no aludido código. Nesse vértice, a vigente Constituição “passa a não ser um sistema em si – com a sua ordem, unidade harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”. (BARROSO, 2005, p. 2)

Drasticamente, o Código Civil de 1916 perdeu sua “pompa”, sendo que a Constituição de 1988 passou a ser a Lei do Código, ao passo que este veio a ser ordenamento da Constituição. Em linhas gerais, o Direito Civil sempre embasou o ordenamento jurídico, sendo precursor da normatização das relações jurídicas e mola mestre da ascendência de outros institutos jurídicos, e agora, passava a estar submetido a princípios, valores e objetivos de um ordenamento que não possuía 1/10 de seu tempo histórico! (LOBO, 2010)

Entretanto, não foi apenas o direito privado o precursor para criação da Constituição brasileira de 1988, sendo que esta buscou fundamentos em tratados internacionais referentes aos direitos humanos. Separava-se o privado do público, sendo que este passara a intervir de forma direta e indireta nos institutos do primeiro.

A constituição, fazendo jus a sua nomenclatura, passa a ter natureza superior uma vez que nela continham todos os princípios basilares dos sistemas jurídicos, sejam eles de ordem social, individual, político e econômico, sendo que as todas as leis e atos de governo ficaram a ela submetidos. (MALUF, 1998)

Importante mencionar que a Constituição acabou atingindo o direito privado em largas escalas, como por exemplo, a modificação que a Carta Magna trouxe no que diz respeito a igualdade entre homens e mulheres, em detrimento ao que antes era estabelecido pelo Código Civil de 1916.

Conquanto, na ótica patrimonialista buscava-se a “demarcação dos espaços distintos e até contrapostos”, uma vez que houve certa “disjunção”. Atualmente, basilar e lógico é compreender que existe uma unidade hermenêutica, devendo haver interpretação do direito privado segundo a Constituição. (LOBO, 2010, p. 2-3)

Posto isso, evidente foi o processo de centralização e conservação da regulação jurídica pela Constituição de 1988, em sua dimensão formal ou substancial. E tal concentração da regulação do direito afetou significativamente o mundo dos contratos, haja vista o processo de constitucionalização do direito privado que pôs o homem em posição central nas relações jurídicas, sendo ele, um “sujeito de necessidade”. (FACHIN, 2007, p. 1)

Cumprido salientar que a constitucionalização do direito civil foi um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, fazendo com que os mesmos se submetessem as novas regras da função social do contrato e da boa fé objetiva, sem, contudo, esquecer da dignidade da pessoa humana. (LOBO, 2010)

Entretanto, os desafios para a constitucionalização do direito privado foram muitos. Empreende-se destacar que anteriormente à Constituição Federal de 1988 as relações jurídicas eram embasadas sobre a ótica patrimonialista do “ter” - e nessa época fora criado o Código Civil de 1916.

Todavia, após a década de 80, em seus princípios e objetivos basilares a Carta Magna enaltecia a ótica do “ser”. Certo então foi que ocorreu um choque fatal

entre os dois ordenamentos: patrimônio x pessoa humana, sendo que a nova hermenêutica jurídica fez com que o Direito tivesse como fim último “a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento”. (FACHIN, 2007, p. 1)

Por outro lado, além de ter a pessoa humana como centro das atenções jurídicas, fala-se na necessidade de uma emancipação do direito da esfera patrimonial, pois outro desafio encontrava-se no abandono da “postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegie a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando sua emancipação”. (FACHIN, 2007, p. 1)

Outrossim, o aplicador do direito presenciou as alterações sofridas pelo Direito Civil, e ainda que este seja regulador das relações jurídicas entre os particulares, não há que se falar em sua aplicabilidade em discordância com o texto constitucional. Não obstante, os desafios encontrados pelos operadores do direito, sejam eles de suprimir a era liberalista ou mitigar o patrimonialismo em detrimento ao socialismo, a nova hermenêutica civilista deve adaptar-se ao consagrado na Constituição, pois a ela submete-se.

Muito embora, fala-se que estes desafios “foram” enfrentados, todavia, com o surgimento do Código Civil de 2002, ainda existiam discrepâncias. Um fato relevante deve-se sobrepor a tal interpretação, qual seja a reconstitucionalização do Direito Civil (LOBO, 2010).

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002: UM PROCESSO DE RECONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A rigor, antes mesmo de promulgada a Constituição Federal de 1988, viu-se a necessidade de modificações no direito civil pátrio. Em 1972, foi apresentado um Anteprojeto para o que seria o “Novo Código Civil” e em 1975 enviado para o Congresso e assim, transformou-se no Projeto Lei n. 634/1975. Conquanto, sabe-se que esta legislação apenas entrou em vigor no ano de 2003.

Dada a demorada tramitação, o Poder Legislativo efetuou diversas tentativas de atualização de nossa legislação civil, até que “se ultimasse a reforma do código”. Diversas Leis esparsas foram criadas, tais como, a Lei dos Registros Públicos, Lei do divórcio, o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da mulher casada, entre

outros. (GONÇALVES, 2012, p. 21)

Assim, a descontento de muitos civilistas, o Código Civil de 2002 abriu as portas para a reconstitucionalização do direito civil. A corrente dos civilistas aduz que a supressão da autonomia da vontade e a intervenção estatal, retirou do direito civil sua característica de direito privado, calcando as relações entre particulares de cunho publicista.

Muito embora haja a constitucionalização do direito civil, não há o que se falar em perda da característica de sua natureza civil e privada, pois na relação entre particulares o Estado apenas intervém para dirimir desigualdades e salvaguardar direitos, e não suprime as relações entre os indivíduos que estão seguindo os preceitos constitucionais. (LOBO, 2010)

Em que pese tais alegações, ainda que o código civil de 2002 tenha “disciplinado suficientemente a matéria” este também está submetido ao que o constituinte de 1988 estipulou. Não obstante que este tenha mantido, na medida do possível, os preceitos estabelecidos pelo Código de 1916, fizeram-se necessárias algumas modificações, principalmente no campo das relações jurídicas – que englobam os contratos – como foi o caso da inserção dos princípios da boa-fé subjetiva e a função social dos contratos.

Entretanto, antes mesmo de elucidar as referidas modificações encabeçadas pelo surgimento dos princípios esculpido sobre a ótica de um Estado Social, faz-se *mister* abordar o processo de reconstitucionalização do Direito Civil. Paulo Lobo, em seu trabalho sobre o aludido tema, assevera acerca das razões e implicações do processo do que chamamos de “reconstitucionalização do direito civil”.

Nota-se que, na seara das relações interpessoais e individuais a constituição juntamente com o direito civil são os dois institutos que mais se fazem presentes no cotidiano do homem, seja ele como sujeito de obrigações ou detentor de direitos individuais, coletivos, sociais ou políticos. Sendo assim, evidente é que tais institutos estão intimamente ligados quando da sua aplicação fática. (LOBO, 2010)

Fato é a existência de divisões do direito, levando em consideração seu conteúdo, objeto, forma da relação jurídica, entre outros. Todavia, não há como separar absolutamente o direito civil do direito constitucional, até por que ambos, mesmo sendo um de cunho privado e outro de cunho público, possuem uma “correlação dinâmica ou dialética” que expressa a “unidade da experiência jurídica”. (REALE, 2003, p. 339)

Agora, muito embora haja correlação entre eles existem objetivos e objetos diferentes. Levando em consideração o prisma sobre qual a sociedade atual subsiste, evidente é que os valores sociais, ou seja, o plano axiológico que remete a dignidade da pessoa humana, deve-se sobrepor ao plano lógico que reflete os interesses do Estado e do mercado.

Não se é mais possível admitir que o mais forte sobreponha suas vontades sobre o mais fraco, como ocorria à época do Estado Liberal. É evidente que o direito civil em sua essência é patrimonialista, mas este caractere não pode de maneira alguma suprimir a dignidade da pessoa humana. (LOBO, 2010)

A reconstitucionalização do direito civil tem como pilar a “elevação dos fundamentos civil ao *status* constitucional”, que culminou para na supremacia do Estado Democrático e Social de Direito, com “consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo”. (LOBO, 2010, p. 7)

Sobre essa ótica, verifica-se que, simplista é a ideia de apenas assegurar que a Constituição é hierarquicamente superior e que todas as normas infraconstitucionais devem submeter-se aos seus preceitos. O âmago da questão encontra-se exatamente no processo de reconstitucionalização do direito civil, o qual é de suma importância para que possamos vislumbrar as dicotomias existentes e a necessidade de adaptação do direito privado às realidades de um Estado Social. Como precursor de tal fenômeno, o Código Civil de 2002 na esfera contratual traz em seu bojo a primazia da aplicabilidade dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

4 PRINCÍPIOS SOCIALIZADORES DOS CONTRATOS

4.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Com efeito, o Código Civil de 2002 manteve no que foi possível a estrutura do Código Civil de 1916. No entanto, abarcou várias modificações no campo da Teoria Geral do Contrato, como a imposição legal dos princípios da função social e da boa fé objetiva.

Diante de tal preceito, de acordo com Gustavo Tepedido, embora a função

social tenha sido introduzida no nosso ordenamento jurídico em 1946 pela então vigente Constituição da República, na esfera dos contratos, esta tinha o condão de demonstrar que cada contrato tinha uma “função” em face da fomentação da economia e do comércio, mas nada se falava em principiologia jurídica. (TEPEDIDO, 2008)

Entretanto, é de extrema importância antes mesmo de falar acerca da função social do contrato, tecer breves comentários sobre a função social da propriedade, haja vista que tal instituto elencado na Constituição de Federal de 1988 também foi uma das inovações do Estado Social. Ademais, existe uma relação íntima entre os dois institutos que refletem diretamente na sociabilidade do direito, que deve ser observada na interpretação dos contratos. (REALE 2000 apud Fiúza, 2002)

Com a inserção da função social da propriedade no ordenamento pátrio surgiram discussões doutrinárias para conceituar exatamente a função social da propriedade. Algumas correntes ensinaram que a função social possuía ligação íntima com as alterações dos modos de produções da sociedade, sendo ela imposta de acordo com o que o mercado necessitava. Existiam ainda aqueles que acreditavam ser um princípio componente do próprio conceito de propriedade, e não uma limitação a esse direito real. (BITTAR, 1991)

Por sua vez, a corrente majoritária e adotada atualmente, aduz que a função social consiste na limitação ao direito de propriedade com o objetivo de impedir o exercício absoluto do proprietário para satisfação particular, e sim obedecer aos ditames do princípio em tela visando o interesse social. Em suma, declara Washington B. Monteiro, que a referida função “pode ser interpretada como subordinação do direito individual ao interesse coletivo”. (MONTEIRO, 2011, p. 111)

Com a função social da propriedade buscou-se uma imposição ao proprietário, para que este não tenha direitos reais absolutos, caso sua propriedade não propicie um bem geral à sociedade. Da propriedade deve emergir um benefício para a coletividade em geral, seja esta benesse de cunho, social, econômico, ambiental, laboral, entre outros.

Como se vê, há íntima conexão entre a função social da propriedade e a função social dos contratos por uma conclusão lógica: os contratos, em sua grande parte, versam sobre propriedades. Ainda, seus objetivos são similares, uma vez que os efeitos contratuais não se limitam aos contratantes (individuais), mas sim estendem a coletividade.

Na acepção de Humberto Theodoro Júnior (2004), a conhecida como “moderna função social” foi introduzida ao Código Civil de 2002, sendo um instituto ligado aos negócios jurídicos que trouxe fagulhas da reconstitucionalização do direito privado.

Foi exatamente com esse diploma e seus reflexos severos no mundo dos contratos, que tal princípio passou a ser alvo de maiores reflexões e estudos, considerando a sua disposição legal prevista no art. 421 do Código Civil de 2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (TEPEDINO, 2008, p. 2)

Muito embora pareça haver uma supressão do direito privado com o advento da função social dos contratos, Caio Mario Pereira, ensina que a função social do contrato foi inserida juntamente aos princípios clássicos do contrato, tais como força obrigatória e a autonomia de vontade, entretanto, não se limitam apenas em ser aplicado de modo “agregado”, mas sim a impedir a prevalência destes, “diante do interesse social maior”. (PEREIRA, 2004). Em outras palavras, haverá certa mitigação aos princípios clássicos (esfera individual) se estes não forem efetivados conjuntamente com a função social (esfera coletiva).

A função social do contrato, coadunada com o ideia de proteção e enaltece o antropocentrismo retirando do centro da relação a propriedade. Conforme as lições de Theodoro Junior (2004, p. 94), “na abstenção de condutas contratuais nocivas a terceiros, portanto, é que opera a função social do contrato (como limite da liberdade de contratar”.

Percebe-se que não há supressão do principio da autonomia, ocorrendo apenas certa mitigação ao seu alcance para que este não tenha validade absoluta quando presentes o interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o mais importante é visualizar a incidência da função social na elaboração e efetivação dos contratos. Segundo tal instituto, cabe ao contrato promover a distribuição de riquezas de forma equitativa, não podendo ser uma fonte de enriquecimento sem causa, nem de abuso de poder e de consequências irrazoáveis e desproporcionais, mas, sim deve ele ser um instrumento da justiça social.

Nesse sentido, deve direcionar a economia com base nos principais objetivos

sociais constantes nos artigos. 1^o e 3^o da Constituição⁵, pois mesmo que existam os pressupostos de validade de eficácia do negócio jurídico, não sendo obedecido o disposto nesses artigos, o contrato não estará cumprindo a sua função social. (LOUREIRO, 2002)

Não obstante, cumpre salientar que a função social deve ter como foco e base os princípios da operabilidade e da sociabilidade. No Código Civil brasileiro, essa função social está caracterizada através de regras que reprimem os atos socialmente indesejados como, por exemplo, no artigo 478.⁶ (SANTOS, 2004)

Dados os pilares da função social, fica clara a ideia de que todo o contrato, ainda que estipulado pela livre vontade das partes e que faça lei entre elas, deverá seguir ditames constitucionais, refletindo a intervenção mínima que o Estado efetua para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, e que sem a observância de tal preceito, o contrato, ainda de que de cunho essencial privado, será declarado inconstitucional e acarretará carência de efeitos jurídicos, sendo ele nulo de pleno direito. (PEREIRA, 2004)

4.2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De maneira breve, é importante destacar que o texto constitucional estabelece uma correlação entre a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. Conforme aduzido anteriormente, no início do século XX, surge o Estado Social (BARROSO, 2002). Faz-se necessário explicar que nesse modelo de Estado houve a inclusão na Constituição da organização da ordem econômica e social, devendo elas agir concomitantemente e harmonicamente.

⁴ Artigo 1^o da Constituição Federal de 1988: “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: - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵ Artigo 3^o da Constituição Federal de 1988: “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 origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶ Artigo 478 do Código Civil: “Os contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Em seu trabalho, Paulo Lobo (2010) faz os referidos apontamentos. Ele destaca que, conforme dispõe o art. 170 da Constituição de 1988, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” é uma finalidade da ordem econômica, sendo, por sua vez a justiça social instituto criado para “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (BRASIL, 1988, Constituição da República Federativa Brasileira, art. 3º inciso VII do art. 170)

Sobre esse vértice, vê-se que a ordem econômica em nosso país deve ser organizada de tal forma a proporcionar um equilíbrio social. Não obstante a necessidade de circulação de riquezas e da fomentação da economia nacional, o próprio texto constitucional elenca que não há que se falar em ascendência econômica, sem que seja posto no centro da relação a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a ordem econômica nacional que remete a ideia de propriedades e patrimônios está subordinada ao princípio da proteção (advindo da função social dos contratos) aplicada principalmente à dignidade da pessoa humana, sendo a pessoa natural sujeito de deveres individuais e coletivos. Por conseguinte, escancara-se que a o direito civil de cunho essencialmente patrimonialista está submetido, e deve ser regido sobre a ótica social da nossa Constituição.

4.3 PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA

Ao lado da função social do contrato, a boa-fé objetiva também foi uma das novidades elencadas pelo Código de 2002. Anteriormente, o ordenamento privado adotava a boa-fé subjetiva. É de suma importância tecer comentários acerca da diferente latente entre os dois institutos.

A boa fé subjetiva, engajada no Código Civil de 1916, “consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação sem ter ciência do vício que o inquina”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 102)

Em outras palavras, o agente está calcado por um estado de ignorância ou consciência em relação a determinada circunstância, e diz-se “subjetiva, justamente porque, para sua aplicação deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção”. (GONÇALVES, 2012, p. 5)

Em contrapartida, a boa-fé objetiva “consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 103). É ainda definida como uma norma que exige ações embasadas na lealdade e honestidade do agente, estando prevista no artigo 422 do atual diploma civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Observa-se que a principal diferença entre os dois institutos está em reconhecer que a boa-fé objetiva vislumbra um comportamento omissivo, onde a parte se abstém de prejudicar a outra parte, ao passo que a boa-fé objetiva suplica por um comportamento positivo, devendo o sujeito agir sobre o dever de cooperação. (PEREIRA, 2012, p. 18)

A boa-fé objetiva pode ser considerada como um “elemento interpretativo do contrato”, o qual propicia “[...] a criação de deveres jurídicos [...] e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do [...] *inciviliter agere*, que proíbe comportamento que viole a dignidade da pessoa humana” (PEREIRA, 2012, p. 18). Sob esse vértice, fica clara a precisão com que o diploma civil de 2002, requereu resguardar a dignidade da pessoa humana, em consonância com os princípios constitucionais.

Não obstante, cabe ressaltar que a boa-fé enaltecida no Código Civil de 2002 deve estar presente em todas as fases dos contratos, seja nas tratativas, na execução e ainda após o adimplemento da obrigação, quando existirem responsabilidades *a posteriori*. De igual forma, explicitou-se no enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.⁷

Assim, a regra de conduta que se traduz na boa-fé objetiva, é também considerada como uma norma aberta, ou seja, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa um “dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto, sob uma compreensão social e histórica”. (VENOSA, 2011, p. 387-388)

Nesse diapasão, ainda faz-se *mister* esclarecer que a boa-fé objetiva possui funções que se operam dentro de um contrato, em todas as fases, conforme citado acima, quais sejam, a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção, a função interpretativa e de comutação e, a função delimitadora do exercício de

⁷ I Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários do CNJ Federal, 2002.

direitos subjetivos.

Em uma primeira análise, a função criadora de deveres jurídicos conexos ou de proteção foi inserida no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor⁸, o qual estipula que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, que também consagra o princípio constitucional da igualdade material.

Assim, existem os deveres tanto para o sujeito passivo, como para o sujeito ativo; entretanto, não há um rol taxativo para esses deveres, sendo eles inúmeros e prescindidos de uma boa-fé objetiva que atua como fundamento normativo. Exemplificando tais obrigações, pode-se citar a lealdade e confiança recíprocas, a assistência, a informação o sigilo, dever de esclarecimento, dever de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte. (COSTA, 2000 apud GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 102-106)

Por sua vez, a função interpretativa estabelece que “os negócios jurídicos serão interpretados conforme a boa-fé e o uso do lugar de sua celebração” (art. 113 do Código Civil). Nesse vértice, endente-se que o sujeito a quem couber interpretar o contrato, havendo no instrumento uma lacuna, deverá tecer sua interpretação à luz da boa-fé objetiva, fixando “as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da solidariedade”. (REALE, 2003, p. 75-77)

Já a função delimitadora do exercício de direito subjetivos, está intimamente relacionado ao disposto pelo constituinte de 1988 ao estabelecer que o desenvolvimento sócio econômico deve ocorrer sem que haja desvalorização da pessoa humana. Com a aplicação dessa função da boa-fé objetiva, tornar-se impossível o reconhecimento de cláusulas abusivas (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012). Dessa feita, evidencia-se que há mitigação dos direitos de uma das partes quando da imposição de cláusulas no contrato que estipulem abusividade e excessiva onerosidade.

Posto isso, em suma temos que o princípio da boa-fé objetiva deve ser utilizado na interpretação do contrato, não guardando relações com sua estrutura formal, Sendo assim, vê-se que no negócio jurídico – no caso em tela, os contratos – não deve prevalecer a literalidade da linguagem em detrimento ao pretendido, mas sim, deve-se aduzir a real intenção das partes. (GOMES, 2012)

⁸ Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

5 CONTRAPOSTOS ENTRE A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA *VERSUS* AUTONOMIA DA VONTADE E FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Após comentários acerca do processo de reconstitucionalização do direito privado e a conseqüente inserção dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato na hermenêutica dos negócios jurídicos bilaterais, necessário é fazer uma análise sobre incidência fática conjunta dos princípios, sejam eles clássicos ou socializadores.

Em que pese a atual vigência dos institutos da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, não se pode ignorar o fato de que eles refletem um direito privado, em sua essência fortalecido pelos pilares de um Estado Liberal, conforme anteriormente explanado. Além da ideia de supressão dos princípios constitucionais, vem se à tona uma discussão inteiramente de cunho civil. Surge uma contraposição entre os princípios da autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos (ideal liberal) *versus* função social do contrato e boa-fé objetiva (ideal social).

Em um primeiro momento, torna-se arcaico embasar as relações privadas exclusivamente nos princípios liberais. Nesse diapasão, assevera Paulo Lobo que a “restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais”. (LOBO, 2010, p. 16)

Diferentemente do que ocorria em meados do século XIX, o Estado não pode restar inerte e conceder ampla liberdade para que os indivíduos elaborem “leis” que devam ser cumpridas inquestionavelmente pelas partes. Deve haver um freio, uma limitadora que impeça o caos de uma desordem jurídica, e é exatamente aí que a função social do contrato age estabelecendo a ordem pública e em nome dos bons costumes é permitida a revisão judicial dos contratos. (DINIZ, 2012)

No que concerne a parte da obrigatoriedade dos contratos, a boa-fé objetiva “visa evitar o exercício abusivo de direitos subjetivos”, fazendo com que a interpretação extrapole a forma literal elencada, não cedendo espaço às cláusulas abusivas. O reconhecimento da legitimidade das referidas cláusulas vai em total desencontro com o atual sistema constitucional “que busca o desenvolvimento sócio econômico sem desvalorização da pessoa humana”. (GAGLIANO; PAMPLONA,

2012, p. 14)

Este posicionamento reflete a importância de se interpretar as normas privadas em consonância com os princípios civis estabelecidos pelo Estado Social, que por sua vez, possuem íntimos laços com o disposto na Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar, que não deve haver anulação dos princípios clássicos, pois sua aplicabilidade equilibrada é de suma importância para existência efetiva dos contratos. Nesse diapasão, o contrato depende de uma manifestação de vontade para que venha existir, ao passo que esses dificilmente produziram seus efeitos se as partes não fossem obrigadas a cumpri-lo.

De fato, o que deve ocorrer é sua aplicação harmônica com os princípios socializadores, de forma que os contratos propiciem a liberdade e a particularidade que o direito privado assegura ao mesmo tempo em que permitam a interferência do Estado quando houver ofensa aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.

Entretanto, havendo choques entre eles e não sendo possível sua aplicação harmônica, por força do Estado Social que atua em nossos tempos, deve prevalecer aquele que enaltece a dignidade da pessoa humana. Não é prudente conferir prerrogativas que retrocedam ao Estado Liberal e mitiguem os direitos fundamentais. Nas palavras de Lobo (2010), o liberalismo deve dar vez ao socialismo, onde “sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana”.

Assim, no que concerne a mitigação dos princípios socializadores dos contratos, observa-se a disposição da atual jurisprudência colacionada abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. SÚMULA 5/STJ.1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, **é permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do *pacta sunt servanda* vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual.** 2. A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de que a cobrança da capitalização mensal de juros é admitida nos contratos bancários celebrados a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, qual seja, 31/3/2000, desde que expressamente pactuada. Na hipótese em concreto, não há pactuação expressa acerca do referido encargo, razão pela qual se aplica o enunciado da Súmula 5/STJ.3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 32.884/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 01/02/2012) (grifei)

Ainda, no que tange à boa-fé objetiva, na I Jornada de Direito Civil estipulou-se que, além de levar em conta os princípios contratuais clássicos, a boa-fé será acionada para dirimir controvérsias nos contratos: “Enunciado 26: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil⁹ impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. (2002)

Dessa feita, vislumbra-se na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de o juiz interpretar o contrato, bem como retificá-lo se necessário, à luz dos princípios socializadores:

CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CDC. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. LEASING. DEVOLUÇÃO DO BEM ARRENDADO. RESTITUIÇÃO DO VRG PAGO ANTECIPADAMENTE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RECURSAIS DESASSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ. **1. A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda*.** Precedentes. 2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, faz-se devido o cumprimento das parcelas vencidas e em aberto até a retomada do bem pelo arrendatário, ressalvando seu direito quanto à devolução ou compensação em seu favor dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. A diluição do valor residual ao longo do prazo contratual, cuja cobrança é feita juntamente com as parcelas das contraprestações, não impede que o arrendatário, por sua livre opção e interesse, desista da compra do bem objeto do contrato de *leasing*. Retomada a posse direta do bem pela arrendadora, extingue-se a possibilidade de o arrendatário exercer a opção da compra; por conseguinte, o valor residual, que antecipadamente vinha sendo pago para essa finalidade, deve ser devolvido. Precedentes. 3. A alegação de que o acórdão recorrido procedera à alteração no indexador pactuado no contrato de arrendamento mercantil mostra-se completamente desassociada das questões tratadas e decididas pelo acórdão, caracterizando fundamentação deficiente e, por conseguinte, óbice à exata compreensão da controvérsia, o qua atrai, de forma inexorável, a dicção da Súmula 284/STF. 5. É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual a verificação do grau de sucumbência de cada parte, para fins de aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 21 do CPC, enseja incursão à seara fático-probatória dos autos, vedada pela Súmula 7 desta Corte.6. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1383974 /SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012) (grifei)

⁹ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Conquanto, em relação à função social dos contratos, o enunciado 21 da I Jornada de Direito Civil¹⁰ dispôs que “a função social do contrato prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002, constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em relação a terceiros”. Evidencia-se ser o princípio da função social um pressuposto de largo alcance; encontra-se esculpida norma que se preocupa com a interferência dos efeitos contratuais na esfera dos sujeitos alheios a obrigação.

Ainda sobre esse vértice, além de seu alcance geral, o princípio da função social permeia os redutos dos direitos individuais de cada sujeito. Muito embora existam preceitos que aduzem ser de suma importância a observância da autonomia da vontade, sendo esse um princípio basilar dos contratos, o enunciado 23 da já referenciada Jornada de Direito Civil, limitou a liberdade de contratar quando esta ferir direitos fundamentais do homem:

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

Dessa feita, nota-se a incidência dos princípios socializadores na esfera do Direito consumerista, principalmente no tocante aos processos revisionais de juros incidentes em contratos entre instituições financeiras e consumidores:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL -AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO -PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE -FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO -TAXA DE JUROS LIMITADA A 12% AO ANO - CAPITALIZAÇÃO -DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - COMPENSAÇÃO -POSSIBILIDADE -SUBSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA PELO IGP-M (FGV) -RECURSO IMPROVIDO. 1.0 **princípio da autonomia da vontade não é absoluto, e a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato** (Código Civil, art. 421). 2. O Conselho Monetário Nacional perdeu a competência para limitar taxas de juros, pois, com a Constituição de 1988, a regulamentação da matéria passou a ser feita por meio de lei complementar de competência do Congresso Nacional, sem possibilidade de delegação.3. A Lei da Usura continua vigente e eficaz, tem papel limitador dos juros, proíbe a capitalização mensal deles, foi recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, portanto, só pode ser alterada por outra lei complementar. 4. O Código Civil, no art. 591, proíbe a estipulação de taxa de juros, moratórios ou remuneratórios, acima da que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda

¹⁰ I Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários do CNJ Federal, 2002.

Nacional, ou seja, um por cento ao mês (CTN, art. 161, § 1º). 5. Não está o autor obrigado a comprovar, *ab initio*, a abusividade afirmada, visto que, não raras vezes, a cobrança abusiva de encargos não é expressa, mas velada. 6. Reconhecida a nulidade de determinadas cláusulas abusivas, a revisão dos valores pagos e a apuração do débito contratual é consequência esperada para a efetividade da decisão judicial, bem como a restituição de valores pagos que porventura sobejarem o montante devido. 7. É admitida a incidência da comissão de permanência, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. (AC 25794/MS 2008.025794-0, Rel. Ministro SIDENEI SONCINI PIMENTEL, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2009, DJe 30/04/2009) (grifei)

Além do mais, a boa-fé objetiva e a função social do contrato possuem respaldos no princípio da equivalência material, onde deve ocorrer um “justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes”. (LOBO, 2010, p. 29)

Em outras palavras, as obrigações e direitos devem seguir uma linha de proporcionalidade, de modo que uma parte não passe a ter vantagens excessivas, e a outra, possua obrigações desvantajosas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma indubitável, a evolução o direito, bem como de seus institutos, está atrelado a evolução da sociedade. Evidenciadas as mutações relevantes na forma de “pensar o direito”, verificou-se a sua incidência na esfera do direito privado, em especial, nos contratos.

Evidenciou-se a transformação que o sistema jurídico passou, tendo em vista que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, este passou a ser garantista e intervencionista, havendo uma reconstitucionalização do direito privado. Dessa forma, o Direito civil por ser a fonte do novo constitucionalismo, acabou vinculado aos próprios princípios constitucionais.

Por sua vez, antes de tal mutação, os contratos primordialmente refletiam uma ideologia de liberdade para circular riquezas, bens ou serviços, e de fato, faz-se necessária essa autonomia de vontade das partes para a sua existência. De igual forma, previam que uma vez celebrado, o pacto deve ser cumprido trazendo eficácia e garantia de alcance do objeto contratual, com o comprometimento das partes em cumprir o que elas mesmas impuseram, sem que incidisse condescendência.

Destarte seja essa a base do direito contratual, o Estado Social - nascido das inovações da Constituição de 1988- fez-se inserir no bojo das interpretações contratuais e de seus respectivos cumprimentos, o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, abrindo alamedas para que o próprio Estado tenha condições de inibir e impedir existência de acordos que firam os seus atuais preceitos basilares: direitos fundamentais do homem.

Diante de tal inserção, considerando que tais institutos são frutos excêntricos da reconstitucionalização do direito civil, surgiram divergências entre constitucionalistas e civilistas, estes últimos que alegavam haver uma supressão radical no direito privado, tendo em vista a “intromissão” e imposição constitucional, que afetou diretamente os contratos.

Entretanto, percebe-se que os princípios clássicos contratuais de maneira alguma foram anulados ou excluídos do ordenamento, uma vez que, caso isso realmente se sucedesse, não haveria que se falar na existência dos contratos. Impossível é imaginar a celebração de um contrato sem vontade das partes; e ainda, não haveria razão para celebrar um contrato se as partes não fossem obrigadas a cumpri-lo; este não surtiria seus efeitos, não alcançaria seu fim.

Fato é que não seria razoável aplicar exclusivamente os princípios clássicos, pois assim certamente estaríamos retroagindo e criando uma insegurança ante a inércia estatal. Ainda, não se pode falar em aplicar somente a boa-fé objetiva e a função social, pois sem os princípios clássicos não haveria contrato.

Todavia, é importante ressaltar que o ideal é que os princípios socializadores dos contratos ajam conjuntamente com os princípios clássicos, de forma harmônica e equilibrada; uma vez que, a existência de uns, depende também da existência dos outros para fazer surtir segurança jurídica.

Sendo assim, havendo dissenso entre a aplicação dos mesmos, não sendo possível sua aplicação harmônica, restou demonstrado que devem prevalecer os princípios socializadores, pois estes guardam estrita ligação com os direitos fundamentais do homem que devem predominar sobre qualquer situação de cunho patrimonial, salientando que não haverá exclusão dos princípios clássicos, mas apenas e tão somente sua mitigação, tendo em vista a defesa de um bem maior.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **A propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, 2002, Diário oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

_____. **Constituição Federal do Brasil**, 1988, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS CNJ FEDERAL, **I Jornada de Direito Civil, 2002**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf> >. Acessado em 12 de abril de 2013.

COTRIM, Gilberto. **História Geral e Global**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luis. **Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense**, 2007. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/constitucionalizacao-do-direito-civil/1098> >. Acessado em 12 de abril de 2013.

_____; TEPEDINO, G. **Notas sobre a função social dos contratos: O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo filho. **Novo curso de Direito Civil: Contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de Direito Civil – Contratos teoria Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, **Constitucionalização do Direito Civil**, Brasília a 36. n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no Novo Código Civil**. 12. ed. São Paulo: Método, 2002.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

STJ. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Pesquisa Livre**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Artigo recebido em: Fevereiro/2016

Aceito em: Junho/2016