

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

**CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO :
EM BUSCA DE SUA FORMULAÇÃO NA
PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor. Curso de
Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

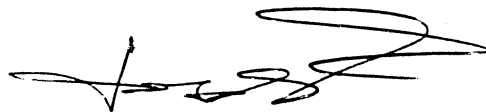
**Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Co-Orientador: Prof. Dr. Vito Rizzo**

**CURITIBA
2000**

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO : EM BUSCA DE SUA
FORMULAÇÃO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Formada pelos professores:

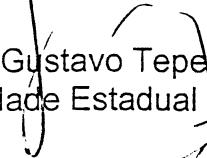


Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Orientadores:



Prof. Dr. Vito Rizzo
Università degli Studi di Camerino



Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Fernando Facury Scaff
Universidade Federal do Pará



Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 30 de agosto de 2000

Pensei, inicialmente, *quem me dera pudessem minhas mãos descrever o que se passa em meu coração*. Lamentei não ter recebido do Senhor o dom da palavra culta e o toque do poeta.

Senti, por outro lado, a benevolência divina ao ter sido agraciado com *Munira*, fonte de todas as belas palavras, chama eterna de toda a poesia. Recebi o seu amor. E o amor, na sua simplicidade, não exige palavras nem poesia ... basta amar.

Para *Munira*, com amor, *sempre*.

Agradecer, para quem tem a felicidade de ser rodeado por amigos, é sempre tarefa difícil, pois há o risco do esquecimento. Mas estaria sendo injusto se, neste momento de alegria, não fizesse expressa referência a algumas pessoas e instituições.

Agradeço aos amigos do *Popp & Nalin Advogados Associados S/C*, na figura de Májeda Popp e Carlyle Popp, pela inesgotável paciência com minha índole teimosa e, sobretudo, por lutarmos juntos no dia a dia, em busca de nossos sonhos.

Os meus agradecimentos aos alunos da PUC/PR, turmas A e B, atuais quartos anos (2000) noturno, pois com eles a caminhada começou e prosseguirá no futuro que se abre. Ao Curso de Direito da PUC/PR, pela ajuda financeira recebida para os deslocamentos a Camerino, cujos resultados positivos vêm estampados neste trabalho, comprovando o quanto é gratificante investir no docente.

O meu apreço ao Prof. Dr. Vito Rizzo, pela gentil acolhida na *Università degli Studi di Camerino* e por ter, prontamente, aceito a co-orientação desta tese.

O especial reconhecimento ao orientador exemplar, Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, pela dedicação, além do esperado e do possível, com quem aprendo, a cada encontro, dentre tantas lições, que “... *ensinar é percorrer a geografia do construir*”.

O meu fraterno abraço à Prof^a Dr^a Maria Cristina de Cicco, pelas ricas conversas acadêmicas, em Camerino, por sua sinceridade e seus gestos de amizade.

Ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde tudo iniciou, da graduação ao doutorado, e ainda prossegue.

Meu agradecimento a todos aqueles que acreditam em mim e também aos que desacreditam, pois *a videira floresce melhor em terreno ruim e tempo adverso*.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	viii
RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	01
1 PREMISSA METODOLÓGICA	06
1.1 A ESCOLA ITALIANA DO PENSAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL NAS PALAVRAS DE PIETRO PERLINGIERI	06
1.2 A LEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	08
1.3 RAZOABILIDADE, EXIGÊNCIAS SÓCIOECONÔMICAS E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI	29
2 INCURSÕES SOBRE O PENSAMENTO SISTEMÁTICO	32
2.1 O SISTEMA : PREÂMBULO	33
2.2 SISTEMA E SISTEMA JURÍDICO	34
2.3 ABERTURA DO SISTEMA	47
2.4 O SISTEMA DE DIREITO CIVIL QUE TEMOS : FUNDAMENTOS TEÓRICOS	52
2.5 O SISTEMA CODIFICADO	56
2.5.1 Razões de existência de um Código Civil: reflexões críticas	57
2.5.1.1 O contrato no Código Civil brasileiro	62
2.5.2 O contrato no Projeto de Código Civil	65
2.5.2.1 Um novo código civil : (in)oportunaidade política	68
3 PRENÚNCIO DA RESISTEMATIZAÇÃO	72
3.1 O SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL : UM CAMINHO A TRILHAR	73
3.2 FORÇA GERADORA E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	80
3.3 O SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL : REFLEXÕES PRAGMÁTICAS E COMPARATIVAS ENTRE ALGUNS SETORES DO DIREITO CIVIL	88

4 DA RAZÃO AO CAOS DO CONTRATO	93
4.1 A RAZÃO DO CONTRATO : FORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MODERNA TEORIA CONTRATUAL	94
4.2 O CAOS DO CONTRATO : MASSIFICAÇÃO E DECLÍNIO DA GEOMETRIA EUCLIDIANA DAS OBRIGAÇÕES	103
4.3 O CONTRATO NO ORDOLIBERALISMO	115
5 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA NOVA ORDEM CONTRATUAL	119
5.1 A BOA-FÉ NEGOCIAL	119
5.1.1 Revisão do papel do Código de Defesa do Consumidor na teoria contratual contemporânea	120
5.1.2 Aplicação subjetiva da boa-fé objetiva	124
5.1.3 Os plúrimos momentos de aplicação da boa-fé objetiva	130
5.1.4 Boa-fé objetiva e justiça contratual	133
5.2 BOA-FÉ, EQUIDADE E JUSTIÇA CONTRATUAL	139
5.3 TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	142
5.4 CONFIANÇA E SATISFAÇÃO DOS INTERESSES DOS CONTRATANTES	153
6 LIVRE INICIATIVA, AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE CONTRATUAL	160
6.1 AUTONOMIA PRIVADA NA CONTEMPORANEIDADE : CONSTRUINDO O SEU PERFIL	172
6.2 SOLIDARIEDADE CONTRATUAL	175
6.3 SOLIDARIEDADE CONTRATUAL E MERCADO	186
6.4 INTERESSE DO DEVEDOR AO ADIMPLENTO : DIREITO AO ADIMPLENTO	194
6.5 DEVER DE COOPERAÇÃO DO CREDOR AO ADIMPLENTO	199
7 RELEITURA ESSENCIAL SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL	206
7.1 DECADÊNCIA DO MODELO CONTRATUAL BASEADO NO DIREITO SUBJETIVO DE CRÉDITO	208
7.2 SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA E CONTRATO PÓS-MODERNO	210
7.3 SEGURANÇA JURÍDICA: NOVAS BASES CONTRATUAIS	219
8 FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS: RAZÃO DE SER	222
8.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	228

8.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL	239
8.3 CONSEQÜÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	244
8.3.1 A nulidade virtual do contrato	245
9 O ESCOPO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	256
9.1 REALIZAÇÃO DOS VALORES EXISTENCIAIS DO HOMEM	256
9.2 DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO CONTRATO.....	264
CONCLUSÃO : PROPOSTA DE FORMULAÇÃO DE CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO	267
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	274

LISTA DE ABREVIATURAS

CR	- Constituição da República Federativa do Brasil
Cc	- Câmara Cível
CC	- Código Civil brasileiro
BGB	- (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>) Código Civil alemão
Code	- Código Civil francês
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
Projeto	- Projeto de Código Civil brasileiro
CLT	- Consolidação das Leis Trabalhistas
Direito	- Direito objetivo
direito	- Direito subjetivo
LICC	- Lei de Introdução ao Código Civil
Código Civil de 1865	- Código Civil italiano de 1865
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJPR	- Tribunal de Justiça do Paraná
TAPR	- Tribunal de Alçada do Paraná
TST	- Tribunal Superior do Trabalho
GG	- Lei Fundamental de Bonn
ADCT	- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CRI	- Constituição da República Italiana
RT	- Revista dos Tribunais
RTJ	- Revista Trimestral de Jurisprudência

RESUMO

A presente tese visa investigar o contrato das relações interprivadas numa perspectiva contemporânea. Para tanto, e por conta do esgotamento do sistema codificado de contrato, vigente no Código Civil brasileiro, de 1916 (séc. XX), mas com todo o seu desenvolvimento teórico assentado no final do século XIX, recorre-se à metodologia de constitucionalização do Direito Civil, fazendo-se a leitura deste ramo do Direito à luz da Carta Constitucional brasileira de 1988. O objetivo imediato da tese é a contribuição científica para a construção do conceito pós-moderno de contrato, a partir da metodologia eleita, com a finalidade imediata de reconhecimento dos variados perfis da contratação interprivada, neste final de século e início do século XXI, com exposição das perspectivas, dos fundamentos principiológicos e dos valores civis-constitucionais envolvidos, tendo em vista a definição contemporânea do instituto contratual. Assim, busca-se colher diretamente da Constituição os princípios e valores que fundamentam o contrato, atualmente, levando-se em conta a indispensável dedicação que a Carta Constitucional brasileira faz ao homem, neste trabalho, nomeado como sujeito titular de uma situação jurídica subjetiva. O desate da pergunta, a partir do título, assimilada ao longo do texto (qual o conceito contemporâneo de contrato?) encontra sua resposta no próprio ordenamento constitucional e no reconhecimento de que, hoje, concorrem em relevância e tutela jurídica, tanto os interesses patrimoniais quanto os existenciais do sujeito contratante.

ABSTRACT

This thesis aims to investigate the contract in inter-private relationships from a contemporary perspective. To this purpose, and due to the exhaustion of the contract codified system in effect in the Brazilian Civil Code dating from 1916 (20th century), but with all its theoretical development established in the end of the 19th century, the constitutionalization methodology of the Civil Right is the preferred option, making a reading of this Law's branch at the light of the Brazilian Constitutional Charter from 1988. The immediate aim of this thesis is the scientific contribution to the construction of the post-modern concept of contract based on the selected methodology, with the immediate purpose of recognizing the diverse inter-private engagements profiles in this end of the century and beginning of the 21st century, exposing the involved perspectives, fundamentals, and civil/constitutional values in view of the contemporary definition of contractual institution. Thus, the principles and values that lay the foundation for the contract nowadays are taken directly from the constitution, taking into account the indispensable dedication that, in this work, the Brazilian Constitutional Charter concedes to man, designated as titular subject of a subjective juridical situation. The untying of the question, since the title, which is assimilated through out the text (What is the contemporary concept for contract?), finds its answer in the constitutional arrangement itself, and in the recognition that, today, both patrimonial and personal Interests of the contracting subject contributes in relevance and juridical tutelage.

INTRODUÇÃO

A tese se destina à investigação mediata do conceito atual de contrato, aqui denominado de pós-moderno, aplicável às relações interprivadas. Imediatamente, o trabalho visa desconstruir o contrato moderno, sugerindo as bases para uma nova formulação. A tese está, antes, no meio do que no fim.

Toma-se, como premissa fundamental, a superação do conceito moderno de contrato, baseado na vontade individual dos contratantes o que não mais encontra exata ressonância na realidade fática. A problemática enfrentada reside na desconexão entre o discurso que insiste em sustentar um contrato nucleado na vontade dos sujeitos (liberdade contratual), sem a devida atenção para o fato de que esta manifestação de vontade é, quiçá, o dado menos significativo na composição do contrato contemporâneo.

A problemática está antes na própria desconexão entre a realidade fática do Código Civil de 1916 e a vontade constitucional instituída pela Carta de 1988 do que no discurso doutrinário e jurisprudencial. Indica um sujeito “contratante civil” diverso do “contratante constitucional”, com papéis distintos, pois de individualista passou a social. O norte do trabalho aponta para a necessidade de revisão da função do contrato e do contratante interprivado, na atual conformação constitucional, alterando o significado do comportamento contratual, no âmbito coletivo, para que se realize a propagada justiça social da Constituição. Por derradeiro, a problemática desaguará na formulação conceitual de um contrato voltado à harmonização do instituto na moldura constitucional.

O trabalho ficará delimitado aos segmentos contratuais localizados no "Direito Privado" (terminologia clássica que, efetivamente, não se afina a este estudo, mas que, na falta de outra melhor, é aqui empregada para o mero fim introdutório). Não se ignora a importância do sistema contratual privado na esfera pública das relações jurídicas, tanto que, no âmbito das licitações públicas, o legislador da Lei nº 8.666/93 determina sejam os contratos públicos interpretados pelos princípios do "Direito Privado". A tese não se ocupa, portanto, de abordar os contratos do dito "Direito Público"; no entanto, uma vez que se conclua pela inexistência dos ramos estatificados do Privado e do Público, a teoria, aqui desenvolvida, pode ser irrestritamente a eles (contratos públicos) aplicada, até porque sejam privados, sejam públicos, no plano desta tese, todos os contratos no Brasil estão submetidos à legalidade constitucional.

Como o próprio subtítulo revela, a premissa metodológica investigativa está direcionada para a leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República brasileira de 1988, entendendo-se o sistema jurídico como aberto e suscetível de aplicação direta dos princípios constitucionais ao tema contratual, de forma direta e irrestrita. O homem está no vértice da normativa constitucional e, logo, para além de uma investigação meramente patrimonial do contrato, seus valores existenciais são, aqui, versados com especial atenção. O homem e os seus valores fundamentais erigem a nova ordem constitucional que determina o fio condutor da tese.

Essa análise constitucional é executada, fundamentalmente, por intermédio, da leitura da escola italiana e de alguns escritos de Pietro PERLINGIERI, autor europeu de renome, considerado um dos quatro juristas italianos do século XX, em função, dentre outros fatores, do seu apreço pela metodologia aqui eleita. Sobre

este mesmo assunto outros autores foram consultados e estão indicados ao longo da tese.

O pensamento sistemático, na perspectiva civil-constitucional, acaba por ser convocado para justificar a direta aplicação da normativa constitucional nas relações interprivadas, mesmo em espaços jurídicos onde exista o regramento infraconstitucional, gozando de plena validade e eficácia.

Esse enfoque comporta um alerta: a investigação sistemática do Direito, mesmo que indiretamente, e já discorrendo sobre a conclusão do trabalho, inibe, como não poderia deixar de ser, ilação unívoca, lógica e fechada sobre qualquer conceito jurídico. O conceito de contrato, que será ao final apresentado, é, antes, fruto do amadurecimento e da constatação de mudanças no estado das coisas, que objetivo final da pesquisa.

A tese apresentada à comunidade acadêmica está no processo de seu desenvolvimento, não havendo relação de compromisso com o conceitualismo racional, muito próprio do período moderno do Direito, o que se revelaria verdadeiro paradoxo, no âmbito deste trabalho. Em outras palavras: o novo conceito de contrato, que será anotado, decorre da constatação histórico-política decadente do conceito voluntarista, total e absoluto, inserido no ordenamento privado nacional e da leitura do contrato, à luz da constituição. Para atingir tal amadurecimento, “pequenas teses” são apresentadas ao longo da pesquisa, sendo o conceito pós-moderno de contrato o arremate natural do estudo, com olhos no momentâneo contexto histórico, político e social.

Sem embargo das considerações antes feitas, será apresentado um conceito, ou melhor, um axioma científico, pós-moderno de contrato, o qual entendo ser de

indiscutível originalidade.

Por outro lado, a busca pela formulação de um novo conceito de contrato é objeto de antiga provocação a qual se mantém insolúvel até agora. Sem querer dar o ar da pretensão, a angústia acadêmica que me afligiu, ao escrever sobre o assunto, já havia sensibilizado Orlando GOMES, quando ele, ao analisar o fenômeno da massificação das relações contratuais, conclui pela existência de novas figuras que excediam o modelo clássico de contrato, “[...] impondo a necessidade de rever seu próprio conceito”.¹ O autor, infelizmente, não chegou a amadurecer a sua constatação.

Vencidas a justificativa metodológica e a necessária explicação temática, passa-se ao desenvolvimento do núcleo da tese, a partir da verificação inicial dos porquês do contrato e do seu conceito moderno, cujas premissas foram absorvidas pelo ordenamento jurídico privado brasileiro, entrando em profunda crise, o que sugere a formação de uma nova teoria contratual. A pós-modernidade, aqui versada como movimento filosófico, que atinge incontáveis ramos da ciência, dentre os quais o jurídico, parte da experiência modernista para repensar e sugerir novos paradigmas, em processo de reconstrução da Ciência Jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com os princípios fundamentais da ordem contratual, lançados pelo modernismo (liberdade contratual, obrigatoriedade e relatividade dos contratos), todos com perfil dogmático, baseados em princípios gerais outros (liberdade e igualdade) e que, hoje, são objeto de amplas reflexões. A tese busca, também, contribuir para esse debate, indicando a nova ordem principiológica dos contratos.

Sempre tomando como bússola o dado constitucional, o trabalho busca

localizar naquela normativa princípios e regras aplicáveis aos contratos, sintonizando o comportamento da livre iniciativa, da autonomia privada e da solidariedade contratual.

Verticalizando o estudo, passa-se à releitura dos elementos fundantes da relação jurídica contratual, mediante apreciação do direito subjetivo de crédito e do dever jurídico de débito, para indagar sobre a adequação de tais conceitos jurídicos, por conta da metodologia eleita.

A função social do contrato é presença indispensável em trabalho que verse sobre o tema, após a Constituição de 1988. Referente ao assunto, tudo está por ser feito e construído, buscando-se desta forma evoluir no pensamento contratual contemporâneo.

A busca pela reformulação conceitual do contrato “privado” funciona, aqui, como *miragem teórica*, por ser fruto do inconformismo que pretende desconstruir o conceito individualista do contrato, sem prejuízo, no entanto, de que uma proposta conceitual seja apresentada.

1 PREMISSE METODOLÓGICA : A LEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

1.1 A ESCOLA ITALIANA DO PENSAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL NAS PALAVRAS DE PIETRO PERLINGIERI

Nas lições de Pietro PERLINGIERI, o pensamento civilístico italiano encontra grande propulsão e conseqüente ressonância, no cenário europeu. Desde a década de sessenta, período em que o autor se dedica ao pensamento das obrigações, destaca-se o seu refinamento dogmático, ao rever os marcos modernos do direito italiano, notadamente em dois volumes do festejado *Commentario del Codice Civile*,² sob a coordenação de Scialoja e Branca, movimentando-se entre clássicos e refinados estudos transcendentais à dogmática, em *Scuole, Tendenze e Metodi: problemi del diritto civile*,³ até a sua mais recente obra, síntese conclusiva de um grande arco temático de investigação, denominada *Manuale di Diritto Civile*, e, no Brasil, *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, lançado após da minuciosa tradução da Professora de Camerino Maria Cristina de CICCIO.

Parâmetro significativo para justificar a referência a Pietro PERLINGIERI, nestas linhas inaugurais, está no amadurecimento de suas idéias sobre a constitucionalização do Direito Civil, desde Camerino, em seu *Produzione Scientifica*

² PERLINGIERI anota, brilhantemente, os arts. 1.230 a 1.259 do Código Civil italiano, destacando-se neste volume, as p. 1-56, parte introdutória do comentário, ao abordar, como ninguém mais, “*dei modi di estinzione delle obbligazione diverse dall’adempimento*”, sobre o que se falará em separado.

³ Nessa obra, em verdade uma coletânea espetacular de artigos datados de meados da década de sessenta e setenta, destacando-se, dentre outros: *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura a evitare. Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, “*Depatrimonializzazione*” e *diritto civile*.

e realtà pratica: una frattura da evitare (1969), passando ao estudo napoletano *Norme costituzionale e rapporti di diritto civile* (1979), na qual, segundo Natalino IRTI, o nervosismo denunciado do discurso camerte acaba se definindo na firmeza de uma escolha, que pode ser anunciada como *“l'ordinamento giuridico costituisce un'unità sistematica; tale unità è sorretta dalla legalità costituzionale, cioè dall'insieme dei “valori” accolti nella Carta repubblicana; questi valori orientano l'interpretazione della legge; il lavoro costruttivo della dottrina, la decisione dei casi concreti. [...]”*, desembocando na obra mais penetrante, *Il Diritto Civile Nella Legalità Costituzionale*. É a dedicação a este árduo processo de desenvolvimento do pensamento jurídico que fez com que Natalino IRTI localizasse na figura de Pietro PERLINGIERI um dos *quattro giuristi del nostro tempo*.⁴

Identifico, como um dos grandes problemas a ser superado pelo sistema judiciário brasileiro, a ruptura entre uma sociedade brasileira pós-industrial deste início de século XXI e um Código Civil que se vincula a uma família nucleada no casamento, ao direito proprietário absoluto do indivíduo e ao contrato, cuja descrição econômica não supera a da histórica circulação de riquezas.

A escola de pensamento de PERLINGIERI, no atual momento sócio-político brasileiro, surge como opção viável de aplicação atualizada do Direito Civil, na medida em que autoriza a ampliação do circuito do sistema civil fechado, calcado no envelhecido código, para uma dimensão mais ampla ... para uma dimensão civil-constitucional. Sua presença, neste trabalho, funciona como marco teórico da parte metodológica, não obstante incursões em diversas obras e autores, sobre o mesmo assunto, contribuindo para o desenvolvimento do Direito Civil que se deseja

⁴ Natalino IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*. Rivista di Diritto Privato, out./dez. 1998.

apresentar.

1.2 A LEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A leitura do Direito Civil à luz da Constituição, antes de implicar modismo, decorre de uma fundamentada metodologia interpretativa da normalística cível, aqui abrangidos princípios e regras.

Aparentemente, pode-se afirmar ser lugar comum e de discurso fácil sustentar a plena eficácia das normas constitucionais, matéria já consagrada pela doutrina pátria mais autorizada, conforme obra fundamental de Luis Roberto BARROSO,⁵ cuja normatividade da Constituição, para além da mera concepção programática, já vem reconhecida na Europa desde a década de cinquenta,⁶ embora considerando posicionamentos opostos, como será visto neste capítulo. Todavia, sem pretender invadir a complexa seara do Direito Constitucional, quanto às implicações no Direito Civil e, mais especificamente, no ramo contratual, ainda se sustenta -- em plena virada do século XX, na suma aplicação do princípio da autonomia da vontade, externando a mínima importância que se atribui a valores e princípios constitucionais que, efetivamente, vieram modificar a moldura jurídica do contrato, incluindo, neste plano, o *status* jurídico dos contratantes -- a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato. Ou seja, mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem

⁵ *In: O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira*, 1990.

⁶ Alessandro PIZZORUSSO, *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano : le fonte scritte*, 1996, p. 75.

os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*.^{7 8}

A proposta desta tese é, justamente, discordar desse pensamento contratual ancorado no séc. XVIII, estabelecendo, neste primeiro momento, os pressupostos metodológicos gerais,⁹ pelos quais se torna viável a leitura contemporânea do contrato e desenvolvimento final de um novo conceito que o defina. Leitura esta não somente nova, mas imprescindível para quem sustenta a legalidade constitucional, nos indistintos campos do Direito.

A constitucionalização do Direito Civil não é o único mas, sim, representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados. Por exemplo: na Europa, o comunitarismo fez emergir as leis

⁷ TJPR - 3743600 - Apelação Cível - Acórdão 16878 - 2ª Cc - Relator Des. Sidney Mora - julg: 01/12/1999. "Decisão: acordam, os excelentíssimos senhores desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao apelo. Ementa: ação monitoria - contrato bancário - juros reais - limite constitucional de 12% ao ano - inexistência de lei complementar reguladora - inaplicabilidade - anatocismo - vedação - impossibilidade de cobrança de comissão de permanência com correção monetária - Código de Defesa do Consumidor - inaplicabilidade aos contratos bancários - multa contratual devida - princípio "pacta sunt servanda". Apelo provido, em parte, para manter a multa contratual no índice pactuado entre as partes. Decisão mantida quanto aos demais termos" (grifei).

⁸ TJPR - 82447500 - Apelação Cível - Acórdão 16385 - 3ª Cc - Relator Juiz Ronald Schulman - Julg: 23/11/1999. "Decisão: acordam os desembargadores integrantes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Ementa: ação monitoria - instrumento de confissão e renegociação de operações de crédito - embargos - procedência parcial - exclusão da TR como índice de correção monetária e substituição pela média INPC-IGPM - recurso - provimento - possibilidade de utilização da TR, vez que expressamente convencionada entre as partes - cláusulas do contrato perfeitas, não eivadas de nulidade. cabível na espécie a utilização da TR como medida de correção monetária, tendo em vista que o índice foi livremente convencionado entre as partes, devendo ser honrado o princípio do "pacta sunt servanda", da liberdade contratual e da autonomia da vontade" (grifei).

⁹ Não se ignora a possibilidade de inclusão de outros elementos que possam vir a compor esta introdução metodológica, como, por exemplo, a superação entre o Público e o Privado, aqui não referido, explica-se, por se considerar, a não ser por uma finalidade didática, completamente superada e irrelevante a velha dicotomia, ainda mais sob o enfoque de um pensamento polarizado que de todo me parece descomprometido com a realidade (v.g. direta /esquerda, capital/trabalho), a ponto de não ensejar espaço nesta tese de doutorado.

supranacionais e, especialmente, as diretivas comunitárias as quais indicam o sentido a seguir, pelos membros daquela União. Momentaneamente, a experiência das diretivas não é aplicável ao Brasil, pois o país se encontra contextualizado em um modelo de mercado (MERCOSUL) intermediário entre uma Zona de Livre Comércio e uma Comunidade, o que não enseja a edição de leis comuns, embora esteja se inclinando para a harmonização de alguns textos, para a criação de um órgão legislativo e de um judiciário supranacionais, conforme já tive a oportunidade de esclarecer.¹⁰

Por outro lado, o desenho do MERCOSUL possibilita a manutenção da Constituição nacional como centro do ordenamento do Estado, sem que, por ora, se mostre necessário argumentar quanto à confrontação dela com “ordenamentos superiores” (tratados internacionais e diretivas comunitárias),¹¹ o que, neste contexto, coloca em xeque a própria forma de representação gráfica piramidal da hierarquia das leis, não mais se posicionando a Constituição em seu vértice exclusivo. No padrão comunitário a estrutura hierárquica legislativa é representada por um trapézio, disputando espaço a Constituição com outros ordenamentos superiores.^{12 13}

É delicada a localização do sujeito de direito na nova configuração da

¹⁰ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. Revista de Informação Legislativa, n. 135, p. 37-44, jul./set. 1997.

¹¹ CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição, 1998, p. 605.

¹² *Ibidem*, p. 606-607.

¹³ Toma-se como modelo hierárquico o ocidental continental, por exemplo o brasileiro, pois não se ignora que a própria palavra “constituição” possa usufruir uma conotação voltada à pluralidade de documentos escritos e mesmo de uma fonte não escrita, como se vê da Grã-Bretanha (*In*: PIZZORUSSO, Alessandro. Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano : le fonti scritte, 1998, p.

normativa fundamental, pois mesmo se reconhecendo a quebra funcional do Estado, ao menos na base constitucional encontrava ele tutela garantida. Agora, as novas normas que disputam o lugar supremo da Constituição parecem ter antes em vista a geografia globalizada do terceiro milênio que os habitantes que lá estão. Por ora, não é preocupação que assola a sociedade brasileira.

O primeiro (1º) passo para a compreensão desta nova metodologia está na própria regra jurídica, em sentido mais amplo, passando a técnica legislativa, do tipo hermético (preceito e sanção), às cláusulas gerais, abrangentes e abertas.¹⁴ O modelo estratificado da regra jurídica, composta de preceito e sanção, notabilizada, no seu todo, pelo sistema jurídico dito fechado, posterior objeto de análise, não se coaduna com a necessária plasticidade do tecido normativo às tendências sociais. A Constituição brasileira tem esta característica, repleta de dispositivos ávidos a serem concretizados com base na experiência hermenêutica.¹⁵

A segunda característica (2º) reside na redução do contexto técnico da linguagem empregada nos textos legais, visando o legislador, com isto, promover

74).

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil, 1999, p. 9.

¹⁵ Cabe destacar, neste sentido, o trabalho de Judith MARTINS-COSTA, defendendo o Projeto, no qual, em grande parte, justifica a revitalização do modelo codificado por conta da reflexibilização interpretativa das regras nele postas, por meio da técnica de cláusulas gerais, a exemplo dos artigos 420, quando versa sobre a função social do contrato, e artigo 421, este impondo o regime da boa-fé objetiva. Destaca-se: "O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenha como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução da codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais" (In O direito privado como um sistema em construção : as cláusulas gerais do Projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 139, p. 6, jul-set. 1998).

um atendimento às especificidades dos setores destinatários da regra elaborada, como a informática, a economia, as finanças, e outros.¹⁶ O comprometimento legislativo com a linguagem vulgar, a qual se distancia do apuro técnico e específico do Código Civil, implica maior eficácia das regras constitucionais e infra-constitucionais, sobretudo, realizando o comando constitucional de se construir um Estado Democrático de Direitos (art. 1º da CR¹⁷), democratizando-se o Direito com a funcionalização da linguagem técnico-jurídica.¹⁸

Em terceiro plano, (3º), ainda com referência à citada obra de Gustavo TEPEDINO, na mesma linha da reestruturação da regra, no seu sentido formal, encontra-se a sua descaracterização, quando assentada sempre em enredo sancionatório repressor (negativo). Sobretudo, a regra constitucional, enquanto vocacionada à programação das atividades do Estado e ao encaminhamento de um comportamento social desejado, acaba sendo vinculada a uma “função promocional do direito”, conforme ensina Norberto BOBBIO.¹⁹ Sobre o assunto, já asseverei que “O papel intervencionista no âmbito diretivo das empresas que fazem a dominação do mercado relevante se localiza num contexto de atual função do Estado, que ao invés de reprimir, estimula. Da leitura geral das obras de BOBBIO, Tercio Sampaio

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ CR. 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:”

¹⁸ Sobre o assunto, já anotei que “A linguagem constitucional afigura-se como deveras importante, tendo em vista que o texto da Lei Maior é fonte primeira da investigação do cientista do Direito. Além do mais, a plena efetividade de suas normas advém de uma clara e justificada interpretação das regras” (*In* Eficácia constitucional: uma rápida abordagem semiológica, hermenêutica e sancionadora das regras constitucionais, Estudos Jurídicos, v. 3, n. 1, ago. 1996, p. 13).

¹⁹ Gustavo TEPEDINO. Premissas metodológicas ..., p. 9.

Ferraz Junior descreve que, além da intervenção do 'desencorajamento', ou seja desestímulo às condutas indesejadas, o Estado moderno atua no 'encorajamento', através de um ordenamento promocional, finalizado por 'sanções positivas' ou 'premiais'. [...]”.²⁰ Não se apresenta tal configuração normativa no âmbito do Código Civil, pois repressora a sanção do esquema da regra, um vez que seu texto é fruto de um momento codificador em que tal estrutura normativa ainda não era concebida, detectando-se verdadeiro hiato, nesta passagem, entre a nova vocação constitucional e o Código Civil.

Em quarto lugar, (4^o) está a tendência em se condicionar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos atos jurídicos (*lato sensu*) atrelados à realização de valores superiores do ordenamento, tal como a dignidade da pessoa humana (art. 3^o, inc. III, CR), até porque este valor jurídico, dentre outros, encontra-se no vértice da estrutura legal, pois “Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito”.²¹ O intérprete deve, inicialmente, indagar se o contrato celebrado resguarda tais valores existenciais, para, em seguida, decidir sobre sua eficácia patrimonialista. O tema enseja considerações de maior fôlego, não somente no sentido da despatrimonialização do Direito Civil, mas, sobretudo, quanto a uma nova concepção estrutural e conceitual dos direitos e deveres existentes entre credor e devedor. A despatrimonialização e a nova estrutura de direitos e deveres entre contratantes serão oportunamente investigadas

²⁰ Paulo R. Ribeiro NALIN, Ética e boa fé no adimplemento contratual, 1998, p. 204.

²¹ Maria Celina B. M. TEPEDINO, A caminho de um direito civil constitucional, p. 26.

nesta obra.

Todavia, é oportuno frisar, neste momento inicial, que ler o Código Civil, à luz da Constituição, encarta a função, aqui empregada, de atual paradigma do contrato. Implica o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, justificada no Código Civil e que avança, não em sentido de "revogar" tal opção ideológica do legislador da época, mas no de relocá-lo e recondicioná-lo na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana.²²

A agregação da estrutura da regra, a partir da idéia de cláusula geral, associada aos valores constitucionais existenciais, implica, desde já, relevante desdobramento. Para Gustavo TEPEDINO,²³ os valores jurídicos inseridos na Carta têm um papel expansionista (subitem da premissa abordada), aplicáveis, particularmente ao tema em desenvolvimento, à integralidade da teoria contratual. Portanto, é equivocada a afirmação de que a grandiosidade da Constituição de 1988, com todos os valores e princípios que encarta, genericamente protetivos da dignidade da pessoa humana, enquanto sujeito contratante em qualquer relação interprivada, somente teriam compromisso com alguns segmentos, já legislados de modo especial, como as relações de consumo e as locatícias (locações imobiliárias urbanas), a construir um inaceitável "gueto legislativo".²⁴

Essa leitura patológica do Direito é decorrência direta da forma pela qual se faz a interpretação jurídica constitucional. Posicionando-se o intérprete a encarar,

²² Pietro PERLINGIERI. Perfis do direito civil : introdução ao direito civil constitucional. 1997, p. 4.

²³ In: As relações de consumo e a nova teoria contratual, p. 199-215, 1999.

²⁴ *Ibidem*, p. 215.

primeiramente, os estatutos infraconstitucionais, para em seguida indagar sobre a sua adequação à Carta, não compreenderá sua influência sistemática, passando a sustentar, conforme alerta TEPEDINO, que, somente em alguns segmentos positivados, os valores constitucionais se realizariam, tal como o da justiça social para a livre iniciativa, quando abordadas as regras consumeristas; porém tal valor (justiça social) não atingiria a livre iniciativa cível e comercial, v.g., nas relações locatícias.

Nesta linha de pensamento expansionista dos ditames constitucionais, não parece ser remota a concepção da “sinergia”²⁵ constitucional, cujos valores levam à criação de direitos subjetivos, os quais não se encontram previstos nela.²⁶ Desta forma amplia-se, consideravelmente, o papel do juiz, ao interpretar a Constituição, pois ele não se encontra mais adstrito ao julgamento da regular aplicação da Carta, enquanto conjunto ordenado de regras limitativas da atividade do Estado perante o indivíduo, em cuja idéia o Liberalismo Clássico assenta suas bases. Encontra-se atualmente o juiz (não somente aquele do Supremo Tribunal Federal, cujo papel de guardião da Constituição²⁷ decorre da própria Carta), em provocação constante para resolver os casos típicos do Direito Privado, sendo que, neste prisma, o Direito Constitucional serve como suporte ao desenvolvimento de uma nova *ratio*, na qual o Direito Civil se envolve e se transforma.²⁸

²⁵ Sinergia: “*sf (gr synérgeia)* 1. Simultaneidade de forças concorrentes. 2. Ação simultânea de diversos órgãos ou músculos, na realização de uma função. 3. [...]” (In: Michaelis : moderno dicionário da língua portuguesa. 1998, p. 1947).

²⁶ Pier Giuseppe MONATERI, Pensare il diritto civile, 1997, p. 24.

²⁷ CR. Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”.

²⁸ MONATERI. *op. cit.*, p. 26.

O enfoque interpretativo da Carta, conseqüentemente, há de ser outro. É uma efetiva mudança de atitude, pois “[...] deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)”.²⁹ A suma divisão do Direito, nos seus ramos do Público e Privado, tornou órfãos os civilistas dos pais do constitucionalismo moderno, por conta de que pouca ou nenhuma importância está sendo atribuída ao princípio (constitucional) da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, de relevante significado no cenário geral da interpretação das leis, na medida em que a presença da Constituição se torna cada vez mais evidente na solução das questões jurídicas.³⁰

Como alude CANOTILHO, trata-se de um princípio de *controle*, o qual ganha relevância, quando o emprego de elementos diversos de interpretação não oferece um resultado inequívoco, dentre os vários possíveis que procedem da análise normativa.³¹ É o princípio típico a ser aplicado na exegese do Código Civil, não somente ao tema do contrato, mas também na generalidade de seu arcabouço, pois evidente é a presença de lei sobre os temas interprivados, os quais ou por motivo de supressão, ou desatualização e especialização de partes relevantes de seu texto, acabam por não oferecer, ao intérprete, um sentido inequívoco na leitura da regra. Trata-se da permanente consideração, pelo juiz ordinário, dos princípios constitucionais ou constitucionalmente relevantes, na interpretação geral das

²⁹ Paulo Luiz Neto LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, n. 141, p. 100, jan./mar. 1999.

³⁰ GIULIANI ; PALAZZO ; FERRANTI, L'interpretazione della norma civile, 1996, p. 172.

³¹ CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da constituição, 1998, p. 1099.

regras.³² O papel do juiz ordinário, ou monocrático, neste momento, se engrandece, haja vista se endereçar a ele o princípio em questão, e seu empenho em resolvê-las, antes de remetê-las à Corte Constitucional (STF).³³

Na esteira de CANOTILHO, a interpretação das regras infraconstitucionais, conforme a Constituição, comporta três outras dimensões: o princípio da prevalência da constituição, ao dizer que a interpretação, dentre várias possíveis, não pode ser contrária ao texto e ao programa da norma ou das normas constitucionais; o princípio da conservação de normas, cuja regra (infraconstitucional) não deve ser declarada inconstitucional, antes de investigados os seus fins, podendo ser ela interpretada em conformidade com a Carta; o princípio da exclusão da interpretação, conforme a Constituição, mas *contra legem*, remete o intérprete à impossibilidade de interpretação contrariamente ao sentido e letra da lei, por meio de interpretação, conforme a Constituição, mesmo que se obtenha uma certa concordância entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional.³⁴ Um exemplo extraído da própria civilística lusitana, que, em verdade, marca os fluxos recíprocos de influências no sistema civil-constitucional, melhor esclarece o último princípio:

Ninguém pode invocar o princípio da igualdade para impugnar um testamento em que o testador beneficie um ou alguns filhos relativamente a outro. Não pode pedir-se uma indenização a uma pessoa que vende um prédio a outrem pelo mesmo preço que lhe tenha sido oferecido anteriormente por um terceiro, ou até por preço inferior, pois o vendedor exerce sua liberdade contratual que comporta a liberdade de escolha do outro contratante.³⁵

³² GIULIANI *et. alii. op. cit.*, p. 172

³³ *Ibidem.* p. 265.

³⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1109-1100.

³⁵ Carlos Alberto da MOTA PINTO, Teoria geral do direito civil, 1989, p. 76-77.

É que, mesmo sendo reconhecida a direta aplicação da normativa constitucional, nas atividades interprivadas, “[...] necessária se torna considerá-los à luz da função e do sentido de certos princípios e meio de actuação do direito privado que entraria em conflito com aqueles princípios constitucionais, [...]”.³⁶ Em idêntico sentido, PERLINGIERI, aludindo ao princípio da igualdade substancial da Carta italiana (art. 3, § 2º), explica não poder ele “*sic et simpliciter*” ser transplantado no direito civil sem ser harmonizado e sem que se torne compatível com o inteiro sistema normativo. segundo a hierarquia dos valores, e, portanto, com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais constitucionalmente garantidos.³⁷ Nota-se. aqui, um paradoxo da absoluta prevalência da Constituição aplicada num momento mais concreto, vez que, mesmo reconhecido o princípio em tela, contém ele alguma limitação.

PERLINGIERI demonstra que o princípio da igualdade e o valor da justiça social devem incidir sobre o Direito Civil, no plano interpretativo, para especificar os conteúdos concretos nos quais se revelam as cláusulas gerais da normativa infraconstitucional. No modelo italiano, as cláusulas de lealdade, estado de necessidade, diligência de boa-fé, função social, resultam em harmonia entre os interesses gerais, trazidos pela Carta, e os individuais.³⁸

Mostra-se, assim, uma metodologia indispensável: a da interpretação da norma ordinária à luz da Constituição, com destaque da questão da função social, mais adiante, vista em profundidade. Entende-se que, por meio dela, melhor se

³⁶ *Ibidem*, p. 77.

³⁷ PERLINGIERI, Perfis do direito civil : introdução ao direito civil constitucional, 1997, p. 49.

³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

explicam e harmonizam os interesses individuais e coletivos, envolvidos nas relações interprivadas.³⁹

A quinta (5^o) premissa para a constitucionalização do Direito Civil compreende-se na revisita às fontes do Direito e na reafirmação da prevalência da Constituição, em face do Código Civil. Tal premissa é corolário direto da anterior, quando reafirmada a interpretação da regra civil conforme a Constituição. Diga-se, a propósito, que a leitura aqui realizada não visa diminuir ou aniquilar o relevante papel do Código Civil, em nossa sociedade; ao contrário, procura revitalizá-lo, objetivando a conservação e renovação dos institutos civilísticos, neste momento de incertezas legislativas, quanto ao Projeto de Código Civil que se avizinha.

A rigor, a expressão “fonte do direito” comporta, genericamente, três conteúdos: no sentido histórico-evolutivo; no sentido da origem dos institutos; e no de “autoridade” de emissão de normas.⁴⁰ O presente trabalho privilegia o papel da “autoridade” constitucional.

Por não significar uma simples opção, é bom lembrar da prevalência constitucional em nosso ordenamento, mas voltado para a justificativa da manutenção da unidade do sistema, nele contidos seus vários “ordenamentos jurídicos” e, principalmente, em função do resgate ideológico, proporcionado pela atual Constituição de 1988, frente ao Código Civil de 1916. O Código Civil brasileiro não é fruto ou projeto do século XX, mas do século anterior. A Constituição de 1824 (Carta Imperial de 1824) o previu como programa de governo, apesar de o mesmo

³⁹ *Idem*, Il diritto civile nella legalità costituzionale, 1991, p. 195.

⁴⁰ Nelson SALDANHA, Filosofia do direito, 1998, p. 215.

ter sido concluído por Clóvis Bevilacqua, em 1899, e remetido ao Congresso, em 1900,⁴¹ já então, sob a égide da Constituição de 1891. Sua base reside numa proposta liberal de 1824, institucionalizadora do modelo oligárquico, cuja supremacia da Coroa era falsamente mitigada pelos Senado e Conselho de Estado (órgãos não eletivos), pois seus membros saíam de seu próprio seio e de uma Câmara dos Deputados (órgão eletivo), para qual o acesso era neutralizado, em face da manipulação oficial e da fórmula constitucional censitária.⁴² A primeira Carta Republicana (1891) não se livra de sua vocação liberal, até porque era o modelo econômico vigente, na qual se destaca a importância da propriedade imobiliária rural, que se consolidou nas mãos da burguesia latifundiária da cafeicultura, quando da sucessão de Floriano Peixoto por Prudente de Moraes, em 1894.⁴³ Nestas bases, surge o Código Civil brasileiro.

A evolução constitucional brasileira do século passado, refletida nos valores jurídicos, encartados pelo Código Civil, somente fez reproduzir a história da ascensão burguesa européia, de forma marcante, pela edição do *Code*, que colocava, no centro de suas atenções, a propriedade imobiliária e o contrato, como instrumento de acesso daquela classe emergente àquele valor jurídico supremo (propriedade imobiliária), em detrimento de uma decadente aristocracia. No Brasil monárquico, repetindo a história européia, os grandes proprietários, para sobreviver,

⁴¹ José de Oliveira ASCENSÃO, O direito : introdução e teoria geral, 1994, p. 296. Melhor explica o autor que o projeto do Código Civil "penou durante dez anos", em razão da oposição patrocinada por Ruy Barbosa junto ao Senado, até que foi sancionado em 1º de janeiro de 1916, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1917.

⁴² BARROSO, O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira, 1990, p. 7-8.

⁴³ *Ibidem*, p. 13.

podiam (legitimamente) vender seus latifúndios aos destituídos de títulos de nobreza, não obstante a concentração imobiliária ainda ser estigma em nosso perfil econômico.

A ideologia do Estado Social distancia-se daquela outra, do Estado Liberal, sem retalhar as conquistas da liberdade (contratual plena) e da igualdade (formal), todavia funcionalizando-as, para centralizar atenções no próprio ser e não mais no ter, com a introdução de uma cláusula geral de solidariedade social,⁴⁴ indiscutivelmente contida em nossa Carta.⁴⁵ Esta dobra gigantesca impõe a tarefa de resgate do Código Civil, por intermédio da ideologia constitucional, em difusão. A autenticidade do atual desenho social de nossa Carta se faz com a sempre presente circunscrição dos direitos individuais, nela contidos, a um propósito de justiça social, conforme define seu artigo 170, *caput*.

A cláusula da justiça social, ensina Frédérique FERRAND, é a notável presença de um Estado Social na Alemanha, pois *“Le caractère social de l’État allemand est affirmé dans l’art. 20, al. 1^{er} GG. [...] Par État social, la Loi fondamentale entend un État qui assure un minimum de sécurité et de protection sociale et poursuit notamment des objectifs de justice sociale”*.⁴⁶

⁴⁴ Sobre o tema, indispensável a leitura de Pietro BARCELLONA, referindo-se ao Estado Social introduzido pela Constituição de Weimar (1919), em comparação ao Estado Liberal até então prevalecente na Europa Ocidental: *“Questo programma viene attuato mantenendo in vita e riaffermando i diritto fondamentali, caratteristici della Stato di diritto liberale (cioè i diritti inviolabili dell’uomo) e introducendo, accanto a questi, il principio di solidarietà sociale”*. Diritto privato e società moderna, 1996, p. 113.

⁴⁵ CR. Art. 3^o, I. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inc. I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁴⁶ Na tradução livre: “A característica social do Estado alemão se afirma pelo artigo 20, alínea 1^o do GG (*Grundgesetz* – Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha). [...] Por Estado social, a lei fundamental entende um Estado que assegure um mínimo de seguridade e de proteção social e particularmente persegue os objetivos de justiça social.” (*In: Droit privé allemand*, 1997, p. 45).

O princípio da hierarquia constitucional mantém a unidade do sistema jurídico, em seus mais diversos (micro) ordenamentos, servindo a Constituição e leis constitucionais (v.g. disposições transitórias, emendas etc.) de fonte ordenadora e reguladora das inúmeras normas infraconstitucionais, mantendo, em torno de si, a unidade do sistema como um todo.

O sexto elemento (6º) metodológico para a constitucionalização do Direito Civil está no novo contratualismo. Um contratualismo contemporâneo, que revela a fórmula pela qual a sociedade exterioriza os seus interesses sócio-políticos por intermédio da negociação legislativa. Respeitados os múltiplos interesses sociais que se apresentam ao debate político, são redigidas leis setoriais (matéria em especial) e especiais (grupo ou pessoas em particular). É a renovação da secular idéia do contrato social, suplantando a concepção do legislador geral e abstrato pelo do “legislador-negociador”.⁴⁷

O novo contratualismo, que, por certo, desborda do enquadramento do Direito Civil, alcança inúmeros segmentos jurídicos. Historicamente a começar, não só na Europa, como também do Brasil, pela Convenção Coletiva de Trabalho, momento no qual as forças do capital e do trabalho “legislam” em causa própria e em atenção aos seus respectivos interesses.⁴⁸ A validade e eficácia de tais acordos têm sido

⁴⁷ Gustavo TEPEDINO, Premissas metodológicas ..., p. 10.

⁴⁸ Enzo ROPPO, O contrato, 1988, p. 322. “No universo dos conceitos jurídicos, na realidade, o contrato colectivo enquadra-se na categoria de contrato normativo, do qual constitui exemplo mais importante. O contrato normativo consiste no facto de, através dele se determinar, de modo vinculante para as partes, as condições que as mesmas serão obrigadas a inserir nos contratos singulares futuros que eventualmente venham a ser concluídos entre elas ou com terceiros [...]. A função do contrato normativo é, em suma, a de pré-determinar, em geral e abstrato, o conteúdo que deverá ser recebido numa série de contratos singulares concretos, que as partes do contrato normativo poderão de futuro concluir.”

reconhecidas pelo TST, mesmo em renúncia tácita da classe trabalhadora a garantias conquistadas e inseridas na Carta, em observância ao atual momento sócioeconômico e à preservação do valor maior do próprio trabalho.⁴⁹ A experiência do contrato normativo é tão válida que, mesmo em estatutos mais recentes, foi adotada pelo legislador pátrio, a exemplo da Convenção Coletiva de Consumo.⁵⁰

Mesmo nas relações da Administração Pública perceptível é a adoção, cada vez maior, de instrumento de contrato mais afinado com as relações interprivadas. É o caso brasileiro das Organizações Sociais, sistema por meio do qual uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, celebra contrato de gestão com o poder público, para a expansão de atividades destinadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação ambiental, à cultura, à saúde, conforme prevê a Lei nº 9.637/98. O poder público, por meio do contrato de gestão, abandona a sua tradicional função de executor daquelas

⁴⁹ Exemplo disso está na orientação geral do próprio TST que reconhece a validade e preponderância de Acordo Coletivo de Trabalho que autoriza a mitigação de conquistas individuais inseridos no artigo 7º, inc. XIII, da CR. Destacam-se alguns casos: *JORNADA DE TRABALHO. TURNOS INTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. EFICÁCIA DE ACORDO COLETIVO.* «Sendo a jornada elastecida de 6 (seis) para 8 (oito) horas, por acordo coletivo regularmente celebrado, indevidas as 7ª e 8ª horas como extras.» (TST, Rec. de Rev. 217869-7, TRT 9ª Região. (Ac. 2ª Turma), Rel: Min. José Luciano de C. Pereira, D.J. 19/06/98, Boletim Informativo da Juruá, 195/5576, Fonte: Banco de Dados da Juruá) e *ACORDO COLETIVO. EXCLUSÃO DOS INTERVALOS INTRATURNO PARA DESCANSO OU REFEIÇÕES DO TEMPO DE EFETIVO TRABALHO. VALIDADE. OFENSA AO ART. 896 CLT.* «Se a Constituição admite a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornando viável até a redução dos salários, a diminuição da jornada de trabalho e a adoção de turnos de revezamento superiores a seis horas, conforme se vê nos incs. VI, VIII e XIV, do art. 7º, da CF/88, deve ser Judiciário admitir que, na negociação coletiva, as Partes façam concessões mútuas, desde através de instrumento coletivo. Embargos providos para excluir da condenação as diferenças de horas extras decorrentes de cômputo dos intervalos de dez minutos na jornada de trabalho.» (TST, Embs. no Rec. de Rev. 206774-3, AC. SBDI-1 - 4ª Região, Rel: Min. Rider Nogueira de Brito, D.J. 07/08/98, Boletim Informativo da Juruá, 194/5427, Fonte: Banco de Dados da Juruá).

⁵⁰ CDC. Art. 107. "As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica pode regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo".

atividades, passando a ser o incentivador, o fornecedor dos recursos financeiros e o fiscal externo da execução.^{51 52}

O sétimo e último elemento (7^o) a ser acrescido à metodologia que se busca estabelecer no presente trabalho, refere-se ao enfrentamento, mesmo que por ora superficial, pois sua análise tardia poderia implicar omissão intolerável ou uma indesejada incompreensão, da possibilidade de direta aplicação das normas constitucionais às relações interprivadas. Não sem razão, à luz das premissas que justificam a existência de um sistema civil ainda codificado, em vigor (CC de 1916) e futuro (Projeto), unitário e totalizante, surge a impossibilidade de serem os princípios jurídicos, e mesmo as regras constitucionais, diretamente aplicáveis às relações interprivadas.

Nesse plano do pensamento limitador, de incidência direta da normativa constitucional às relações interprivadas, encontra-se uma primeira opinião que sustenta ser a norma constitucional “[...] um mero limite ou barreira à norma

⁵¹ In: Odete MEDAUAR. Direito administrativo moderno, 2000, p. 113.

⁵² O fenômeno não é de todo ignorado no direito comparado, até porque o modelo da Organização Social não é originalmente brasileiro, tecendo Enzo ROPPO valorosas considerações sobre o assunto: *“Mas, a par do que se salientou a propósito da relação entre contrato e lei, também as relações entre contrato e acção administrativa não evoluem de modo unidimensional, resultando, ao invés, caracterizadas, especialmente nos seus desenvolvimentos mas recentes, por tendências objectivamente contraditórias. É, de facto, verdade que a extraordinária expansão da intervenção pública nas actividades económicas privadas (um fenómeno que atingiu, no século, a generalidade dos países ocidentais) determina uma correspondente dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual, e que este processo corresponde a uma linha de tendência provavelmente irreversível; donde poderia retirar-se a conclusão de que o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito, pelo multiplicar-se das funções e dos poderes da intervenção da administração pública. Este é, no entanto, apenas um aspecto da evolução das relações de que nos ocupamos: porque é também verdade que estes mesmos fenómenos de acrescida intervenção dos aparelhos públicos na esfera da sociedade civil estão na origem iter exactamente oposto, com base no qual o contrato de apresenta com instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da acção administrativa – não já, portanto, simples objecto da intervenção pública, mais seu meio insubstituível. De modo que o contrato, se assim se pode dizer, celebra sua “vitória” sobre a actividade da administração pública.”* (Op. cit., p. 342 – grifos no original).

ordinária. [...], a norma constitucional atuaria excepcionalmente de forma residual, mas sempre sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários [...]”.⁵³ Ainda, uma segunda corrente afirma serem os princípios constitucionais efetivos princípios jurídicos gerais, sendo que esta aplicação seria empregada somente no momento interpretativo da norma ordinária, o que, no Brasil, redundaria na ineficácia das normas constitucionais, por conta da restrição imposta pela LICC, no seu artigo 4º,⁵⁴ ao escalar, hierárquica e sucessivamente, a aplicabilidade dos princípios gerais de direito, exauridos os recursos ao próprio tecido normativo, após a analogia e os costumes.⁵⁵ ⁵⁶ Os princípios constitucionais possuem uma dignidade hierárquica superior aos princípios gerais do Direito, com estes não se confundindo, sendo considerada efetiva subversão à ordem jurídica priorizar normas infraconstitucionais, em detrimento daqueles.⁵⁷

A resistência à plena eficácia e a aplicabilidade constitucional às relações interprivadas, na Itália, não é obra da doutrina, mas sim da jurisprudência da década de oitenta. É conhecida a interpretação da *Cassazione Civile*, que rebate a exigência de fidelidade ao dado constitucional, ao fornecer uma atual interpretação do velho princípio contido no artigo 4º do *Code*, ao sustentar que o juiz não teria a faculdade

⁵³ Pietro PERLINGIERI, Perfis do direito civil, 1997, p. 10.

⁵⁴ LICC. Art. 4º. "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

⁵⁵ PERLINGIERI. Perfis do direito civil ..., p. 10.

⁵⁶ *Idem*. Il diritto civile nella legalità costituzionale, 1991, p. 191.

⁵⁷ Gustavo TEPEDINO. Premissas metodológicas ..., p. 18.

de desaplicar a lei infraconstitucional, sob o pretexto da sua inconstitucionalidade.⁵⁸

Em verdade, não pode o civilista brasileiro hodierno, por todo o instrumental oferecido pela Carta de 1988 e com a superação do estigma de mera “Carta Política”, imaginar que o destinatário da norma constitucional é, somente, o legislador ordinário,⁵⁹ prisioneiro de sua atividade, para minuciosamente regulamentar, em sentido muito amplo, a família, a propriedade e o contrato, sendo imprescindível revisitar os institutos civilísticos, contidos na Constituição, inclusive para revitalizá-los à luz da legalidade constitucional, sem jamais suprimi-los.⁶⁰

Definitivamente, o caminho é outro, contendo a Carta uma verdadeira “força geradora” do Direito Privado, destinada tanto ao legislador como ao juiz e para os demais órgãos do Estado.⁶¹ O Código Civil não pode mais ser visto como uma categoria superior de “Carta” constitucional, como normalmente acontecia nos diplomas oitocentistas, sempre fundados sobre o instituto da propriedade e dos bens pertencentes aos particulares. Atualmente, aquele antigo desenho não mais prevalece, perante uma Constituição normativa que põe, no centro de seu ordenamento, a pessoa humana, consagrando a ela um valor preeminente.⁶² É com base nesta relocação das figuras legais que se busca reconstruir a idéia de contrato, sempre centrada na figura da pessoa humana (sujeito contratante) e na sua

⁵⁸ MONATERI, Pensare il diritto civile, 1997, p. 130.

⁵⁹ Essa é uma vocação antiga do constitucionalismo do séc. XIX, na qual os enunciados constitucionais sobre direitos e deveres deveriam ser considerados como diretivas ao legislador, sem possibilidade de direta aplicação pelo juiz (*In: PIZZORUSSO, op. cit.*, p. 74).

⁶⁰ Gustavo TEPEDINO, Premissas metodológicas ..., p. 10 e *passim*.

⁶¹ MOTA PINTO. *op. cit.*, p. 72.

⁶² RESCIGNO. Introduzione al codice civile, 1994, p. 57.

proteção constitucional.

Posição mais aceita, dentre aqueles que negam a proposta de aplicação direta das normas constitucionais, está na sua idéia de “aplicabilidade (somente) indireta”. Ou seja, somente podem ser aplicadas se, concomitantemente, for concretizada uma norma infraconstitucional, mediante a previsão constitucional expressa (regulamentar da *fattispecie* abstrata) ou por força de cláusula geral. Na falta da norma infraconstitucional, a constitucional não pode substituí-la, ou, mesmo, atuar isoladamente. A doutrina se refere a tal estilo (indireto) de aplicação da Carta, muito afim ao sistema germano, de “*combinato disposto*”, a partir da coordenação lógica de uma disposição ordinária, em face da constitucional.⁶³

Ainda, parece não ser adequado ao estudo que persegue um novo paradigma para o modelo contratual contemporâneo, baseado no método e técnica da constitucionalização do Direito Civil, realizar uma interpretação literal nos ditames constitucionais, visando restringir a expectativa social da população brasileira quanto aos institutos fundamentais do Direito Civil (propriedade, contrato e família), secularmente engessados no Código Civil, à espera de uma duvidosa reforma da lei ordinária, por meio de um Projeto, cuja única certeza é de que já nascerá com “plena capacidade civil”, eis que tramita há mais de 21 anos pelas casas legislativas federais. Tal entendimento não seria adequado ao propagado sentido expansionista da Constituição, de que fala Gustavo TEPEDINO, e com o que se concorda.

Sob esses prismas, a opinião que aceita a incidência direta das normas fundamentais à realidade do cotidiano, mas também a inibe, por meio de uma interpretação literal de seus preceitos, em flagrante espírito restritivo, parece ser

pior, do ponto de vista da sinceridade hermenêutica, do que aquela outra posição negativadora das normas constitucionais.⁶⁴

Do anteriormente exposto, resta patente a opinião sobre a plena, irrestrita e incondicionada aplicabilidade da norma constitucional às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes,⁶⁵ regramento infraconstitucional aberto às novas tendências sociais. Este pensamento figurará mais adiante, em linhas específicas do trabalho.

⁶³ PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi*, 1989, p. 121.

⁶⁴ Exemplo que se destaca e confirma o anteriormente referido se encontra na interpretação que Maria Helena DINIZ, faz do artigo 233 do Código Civil, comparado ao artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição, ao dizer: “*Não vislumbramos na nova Constituição Federal uma isonomia entre marido e mulher relativa aos seus direitos e deveres, pois o art. 226, § 5º, da Lei Maior refere-se ao igual exercício dos direitos e deveres do marido e da mulher na sociedade conjugal, arrolados no Código Civil (arts. 233 e s. e 240 e s.), ainda vigentes. Ante o caráter especial do preceito constitucional, não se poderá afirmar, entendemos, em que pese opiniões em contrário, que não mais há discriminação em separado dos direitos e deveres da mulher e do marido, visto que a Carta Magna não os igualou em direitos e deveres, mas sim no exercício desses direitos e deveres de cada um, contido no Código Civil. [...]*” (In: *Código Civil anotado*, 1995, p. 222). Discorda-se da renomada professora da PUC de São Paulo: a uma, por tudo o que já se disse e mais adiante será exposto, a justificar a plena eficácia da normativa constitucional às relações interprivadas. Seria absurdo se conceber que a Constituição de 1988 despendeu parte relevante de seu texto somente para confirmar o *status* jurídico matrimonial otocentista do Código Civil; a duas, porque não se pode concordar com um exercício de direito (em verdade – exercício - de faculdade jurídica), em nome próprio, sem que este não seja precedido por um direito subjetivo ou potestativo. Se a mulher exerce um direito (faculdade jurídica), em mesmo nível de direitos que o marido, é porque ela igualada pela Constituição àquele, recebendo direitos subjetivos patrimoniais e extrapatrimoniais. Sobre as faculdades jurídicas, a confirmar a equivocada interpretação da Carta, anota Francisco AMARAL: “*Faculdades jurídicas são os poderes de agir, contidas no direito subjetivo. Consistem na possibilidade de atuação jurídica que o direito reconhece à pessoa que se encontra em determinada situação. [...]. O exercício do direito subjetivo consiste na prática de atos próprios das faculdades que lhes formam o conteúdo.*” (In: *Direito civil : introdução*, 1998, p. 192 e 196), conduzindo referido exercício de direito à idéia de pretensão, sendo “*La prétension (Anspruch) est définée par le § 194 BGB comme “le droit d’exiger d’un autre un fait ou une abstension” [...]. Il s’agit donc d’un concept commun au droit des obligations, au droit des biens, au droit de la famille et au droit des la succession et, plus généralement, à l’ensemble du droit privé.*” (FERRAND, *Droit privé allemand*, 1997, p. 475). Vindo a confirma o que se disse, ou seja, de que decorre de um direito subjetivo, ensejador de pretensão, *in casu*, à mulher no âmbito da sociedade conjugal, a mulher pode exigir uma conduta ou uma abstenção de quem quer que lhe negue o *status* da sociedade conjugal.

⁶⁵ PERLINGIERI, *Pertis do direito civil ...*, p. 11-12.

1.3 RAZOABILIDADE, EXIGÊNCIAS SÓCIOECONÔMICAS E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

Apesar de não ser proposta deste trabalho a investigação dos métodos e técnicas de interpretação constitucional, parece oportuna a sua breve menção, pelos quais a lei civil deva ser interpretada à luz da constituição, genericamente baseados na razoabilidade, na consideração às exigências sócioeconômicas da aplicação da lei; e na comparação entre os interesses em jogo (proporcionalidade).⁶⁶ A interpretação é propositadamente e, em termos, deixada de lado, pois se entende que os princípios gerais e valores estabelecidos pela Carta têm relevância substancial e não meramente interpretativa.⁶⁷

A razoabilidade significa o juízo de valor executado pelo intérprete, na aplicação do princípio da igualdade. Portanto, o juiz deve privilegiar os dispositivos legais, que não violem referido princípio, pois “[...] se lhe compete a atuação concreta do princípio da igualdade no direito privado, terá também o dever de considerar a razoabilidade das diferenças, observando que o idêntico exige o tratamento igual de situações iguais e tratamento diferenciado de situações diversas”.⁶⁸ Enfim, é a conquista interpretativa do princípio da igualdade, distinção

⁶⁶ MONATERI, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁷ PERLINGIERI. *Scuole ...*, p. 122.

⁶⁸ GIULIANI *et alii. op. cit.*, p 269-270. Tradução livre de “[...] se le compete l'attuazione concreta del principio di uguaglianza nel diritto privato, avrà pure il compito di valutare la ragionevolezza delle differenziazioni, atteso che il medesimo esige il trattamento uguale di situazioni uguali e trattamento differenziato di situazioni diverse [...]”.

maior, talvez, entre o Estado Liberal Clássico e o Estado Democrático de Direito. Indubitavelmente, sua aplicação passa por um juízo axiológico de escolha, entre o que é discriminação injustificada e tratamento razoável entre *fattispecie* diversas, revelando o rompimento com o sistema lógico-matemático, neutro por excelência, em sublimação ao pensamento ideologicamente comprometido e transparente.⁶⁹

A interpretação que leva em conta as exigências sócioeconômicas da lei, em nosso sistema positivo, encontra seu fundamento no artigo 5º da LICC⁷⁰ e forte manifestação filosófica no movimento do Direito Alternativo.⁷¹

Identifica-se a proporcionalidade em sentido estrito como o “princípio da justa medida”, pelo qual os meios e os fins são contrapostos, para se avaliar se os meios de intervenção são proporcionais aos resultados pretendidos.⁷² Ao lado do princípio da igualdade, serve à indagação sobre a adequação do tratamento desigual entre sujeitos, em vista de um fim.⁷³

⁶⁹ *Ibidem*, p. 272-273.

⁷⁰ LICC. Art. 5. “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁷¹ Equilibrada e rápida manifestação sobre a escola do Direito Alternativo se encontra nas palavras de Edmundo Lima de ARRUDA JÚNIOR: “O direito alternativo é crítico do status quo, e não porta-voz das teses extintivas de todas as ordens, a começar pela jurídico-estatal moderna. As teses defensoras da extinção do direito estatal, quando e sinonimizado a um pressuposto direito burguês, padecem de anacrônico anarquismo romantizado, ou mesmo de certo leninismo desatualizado. Enquanto fenômeno social o Direito Alternativo indica o que Calamandrei já constatava quando uma ordem jurídica revela-se como desordem. Tal situação ocorre quando rompe-se o equilíbrio entre o direito estabelecido (*jus conditium*) e o direito a estabelecer-se (*jus condendum*). Assim sendo, o direito alternativo é ao mesmo tempo o novo e o velho, pois porta o gérmen reivindicativo de uma modernidade incumprida, e recoloca novas necessidades para o necessário aprimoramento da dogmática jurídica. ...” (In: Direito e século XXI, 1997, p. 25).

⁷² CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, 1998, p. 263. Ainda, do mesmo autor, anota que no sentido amplo, também conhecido como *princípio da proibição de excesso*, a proporcionalidade se refere, desde o séc. XVIII, ao problema da limitação do poder executivo, sendo medida às restrições administrativas das liberdades individuais.

⁷³ *Ibidem*, p. 1163.

Quando existente norma ordinária de aplicação direta, ainda em sede de interpretação, relevante verificar se esta não cria obstáculos à aplicação dos princípios e valores das normas hierarquicamente superiores, caracterizando, se constatado o processo inibidor, sua inconstitucionalidade, guardadas a ressalva supramencionada e observância ao sentido e alcance dos princípios infraconstitucionais, visando a uma adequada harmonia.⁷⁴

⁷⁴ PERLINGIERI, Scienze..., p. 191.

2 INCURSÕES SOBRE O PENSAMENTO SISTEMÁTICO

Na medida em que este trabalho se propõe a debater o instituto jurídico^{75 76 77} do contrato, inclusive, sob a ótica do sistema em que ele está incluído, mostra-se oportuno dedicar algumas linhas ao significado de sistema e de sistema jurídico.

⁷⁵ Cabe o esclarecimento de que se compreende o contrato como sendo inegável instituto jurídico, inclusive dentro dum pensamento sistemático, conforme esclarece ASCENSÃO: “A dogmática tende a reduzir à unidade o sistema jurídico: ou melhor, procura apresentar o que há de relevante no dado jurídico numa unidade, que corresponde à unidade existente na própria ordem normativa da sociedade. Para isso aproximará o que é semelhante, afastará o que é divergente; ordenará em institutos preceitos singulares; determinará as categorias (pessoas singulares, direito subjetivo ...) que travejam e iluminam o corpo do direito; formulará os conceitos que abrangem esses institutos e categorias que pouco a pouco se vão formando; detectará assim os princípios fundamentais que perpassam pelo sistema e o vivificam. [...]” (grifos no original) (In: José de Oliveira ASCENSÃO, O direito : introdução e teoria geral, 1994, p. 331).

⁷⁶ No mesmo sentido DOMINGUES DE ANDRADE, que reconhece a presença de um instituto jurídico mediante “[...] complexo de normas (pode às vezes tratar-se de uma só) que contém a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em abstrato.” (In: Teoria geral da relação jurídica, 1987, p. 5).

⁷⁷ O contrato não encontra relevância somente no campo da dogmática jurídica, alcançando, como visto em nota anterior o *status* de instituto jurídico, mas ainda, em face das suas raízes sociológicas inegáveis, o de instituição, por mim assim entendido, por ser figura social e pré-jurídica que precede o Direito positivado, sendo por este recebido. Não foi o Direito que criou a instituição econômica do contrato, em que pese ter a ele atribuído este nome (contrato) e seus contornos jurídicos. Para melhor compreensão do sentido de uma instituição jurídica, recorro a algumas passagens de J. BATISTA MACHADO (In: Introdução ao direito e ao discurso legitimador, 1990, *passim*.) “I - Na linguagem corrente – Instituição designa ao mesmo tempo a ação e o efeito de instituir, sendo que instituir significa introduzir, fundar, ordenar, construir e estabelecer qualquer coisa de estável e durável. [...]” (Ibidem, p. 14).

“Muitas vezes, sobretudo na linguagem jurídica, utiliza-se a palavra instituição para designar complexos normativos que se reúnem à volta de princípios comuns e regulamentam um determinado tipo de relações sociais (ou um determinado fenômeno social); ou, então, para designar a realidade social que está na base de tais relações (o próprio fenômeno disciplinado pelas ditas normas)” (loc. cit.).

“A palavra instituto também serve para designar, como já vimos, os locais ou centros onde determinadas actividades se processam por uma forma organizada” (Ibidem, p. 15). Assim, no entender do autor, o contrato é instituição jurídica, pois ao “[...] seu turno, as instituições da esfera econômica regulam a produção, distribuição e consumo de bens e serviços dentro da sociedade” (Ibidem, p. 19 – grifos no original). Mais adiante para exemplificar as instituições econômicas se serve o aludido autor das figuras do contrato, propriedade, associações profissionais, sociedades, câmaras de comércio, associações industriais etc..

2.1 O SISTEMA : PREÂMBULO

Por sistema, genericamente colocado, alcança-se uma idéia inconclusa, pois são várias as possibilidades conceituais, lógicas e filosóficas, que se propõem a explicá-lo, desde um vislumbrado surgimento de sua concepção, nas investigações de Aristóteles, que buscava sistematicamente organizar as ciências existentes, até os Estóicos, apontados como os efetivos idealizadores do pensamento sistemático, ao perseguirem a definição da ordem total cósmica.⁷⁸ Muitas variantes se reúnem ao redor do pensamento sistemático, como o lógico, pelo qual se busca codificar regras por meio das quais inferências válidas podem ser feitas. O sistema ptolemaico e o de Copérnico são exemplos rápidos da grandeza semântica da palavra *sistema*.⁷⁹

No plano do Direito e das fontes relevantes para este trabalho, pode-se delimitar a investigação sistemática ao sistema jurídico das famílias romano-germânicas do direito Europeu Continental, cuja referência histórica não retroagirá ao período do séc. XIII, momento em que se vislumbra, no continente europeu, a formação primária de um sistema jurídico, pelo estudo do Direito Romano nas Universidades, seguida, cronologicamente, da influência legalista e, logo, codificadora do Direito Natural.⁸⁰

Mostra-se evidente, desde já, que a concepção geral de sistema se ocupa da ciência e, sem redundância, de sistemas outros, não somente o jurídico, pois dedica-

⁷⁸ Franco MODUGNO. Sistema Giuridico, Enciclopédia Jurídica, v. 29, 1993, p. 1.

⁷⁹ Simon BLACKBURN, Dicionário Oxford de filosofia, 1997, p. 363-364.

⁸⁰ Renè DAVID. I grandi sistemi giuridici contemporanei, 1994, p. 29.

se **(A)** ao complexo de elementos interdependentes, destinados a formar um todo (v.g. sistema do corpo celeste) ou **(B)** a um complexo de noções, princípios e idéias, relacionados a alguma ciência ou atividade prática, subdividido em: **(b.1)** sistema organizado de doutrina filosófica ou científica, que toma como base um princípio comum (v.g. sistema de copérnico, aristotélico, etc.); **(b.2)** sistema como modo ou método organizado de um determinado modo (v.g. sistema tributário, social etc.); **(b.3)** sistema como procedimento ou conjunto de operações, tendo em vista um determinado fim (v.g. sistema de jogo, sistema econômico etc.).⁸¹

2.2 SISTEMA E SISTEMA JURÍDICO

Filosoficamente, a definição de sistema jurídico resulta de várias misturas operativas, destinadas ao conhecimento do fenômeno jurídico, e à elaboração doutrinária e jurisprudencial.⁸²

Por ser o sistema jurídico espécie do gênero sistema geral, enquadra-se, também, em qualquer uma das colocações retro formuladas, conforme exemplos comuns da bibliografia técnica, respectivamente: **(A)** ordenamento jurídico, em seu complexo interdependente (v.g. situação jurídica subjetiva, direitos subjetivos, dever jurídico etc.); **(b.1)** sistema doutrinário de um jurista específico (v.g. Pietro Perlingieri,

⁸¹ MCDUGNO, *op. cit.*, *loc cit.* Segundo o autor ainda, a diferença entre as duas últimas subdivisões é mais quantitativa que qualitativa, pois o método exprime a ordem das fases de um procedimento e o sistema o complexo organizado das várias fases.

⁸² Giorgio LAZZARO, Sistema Giuridico, Novissimo Digesto Italiano, 1957, v. 17, p. 459.

Hans Kelsen etc.) ou escola de pensamento jurídico (v.g. escola psicanalítica do Direito); **(b.2)** equivalente a um ordenamento jurídico positivo (v.g. ordenamento brasileiro) e **(b.3)** método dogmático e sistemático de interpretação do Direito.⁸³

Ainda, em grandes linhas, pode-se identificar, em BOBBIO, três concepções sobre sistema jurídico: uma primeira, fruto do Direito Natural, da escola racionalista, que se dedicou à criação de um sistema de Direito dedutivo, com base na geometria Euclidiana, calcado na máxima *geometrico more demonstratum*;⁸⁴ uma segunda, vinculada à idéia de sistema e de ciência do Direito em Savigny, instituidor da jurisprudência sistemática, cuja base está num método indutivo de organização da matéria, “[...] partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria interna”,⁸⁵ uma terceira e última vinculada ao relacionamento entre as normas jurídicas, ou seja, sobre a compatibilidade entre elas e que, uma vez aplicado, redundava na exclusão da incompatibilidade normativa.

O ordenamento jurídico somente é concebido como sistema porque nele não

⁸³ MODUGNO, *op. cit.* p. 1.

⁸⁴ Cita o autor uma passagem de Leibniz, para demonstrar o pensamento, em termos jus-racionalista: “De qualquer definição podem-se tirar conseqüências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias de demonstração, que não dependem dos fatos mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a Ciência do Direito, as quais não são de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos, mas servem para dar a razão dos fatos e regulá-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo uma só lei” (Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1997, p. 77).

⁸⁵ Em Savigny, pode-se observar uma exaustiva organização da matéria jurídica, assim como se vislumbra em outras ciências, tal como na zoologia. Exemplos máximos de tal construção se identificam com o de negócio jurídico, teoria do negócio jurídico, ordenando e classificando fenômenos dos mais concretos (v.g. o pagamento) aos mais gerais, quais sejam os atos jurídicos (*lato sensu*) (BOBBIO. *op. cit.*, p. 78-79).

convivem normas incompatíveis, deduz-se desta última variante.⁸⁶ Parece ser este último sentido o que ilustra o aspecto mais relevante da presente tese, sem prejuízo da importância das demais vertentes do pensamento sistemático. Todavia, é bom salientar que nem mesmo BOBBIO, reconhecido positivista, funcionalista e não estruturalista, defende a idéia de completude e coerência absoluta do sistema ordenado, haja vista advertir que a coerência se dá entre as partes simples de duas normas em oposição, e não do ordenamento no seu conjunto, pois se assim entendido – coerência do conjunto – num sistema dedutivo (é este que se positivou), a contradição entre duas regras colocaria em dúvida o próprio sistema, vez que pretende ser total, único e coerente, ao passo que, se exigida a coerência entre partes simples, somente uma ou duas normas cairão, na hipótese de não serem coerentes entre si.⁸⁷

Mais adiante, será visto que o modelo de sistema que se pretende adotar é o denominado aberto ou teleológico, em oposição a um sistema lógico-dedutivo atualmente preponderante, sem embargo de oferecimento conclusivo de um axioma,^{88 89 90} sempre funcionalizado, que possa definir o contrato que hoje temos.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 80.

⁸⁷ BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, 1997, p. 80.

⁸⁸ **Axioma** "Proposição apresentada como uma a partir da qual podemos começar; uma asserção tida como fundamental, pelo menos para os fins da investigação da causa. O método axiomático consiste em definir um conjunto de proposições desse tipo, assim como os processos de demonstração ou as regras de inferência que são permitidas, para derivar então os teoremas que daí resultam" (BLACKBURN, Dicionário Oxford de filosofia, 1997, p. 33).

⁸⁹ Para Karl LARENZ, o axioma reflete um "[...] número fechado de conceitos fundamentais ou 'axiomas', logicamente compatíveis entre si, 'últimos' em cada caso, quer dizer, não susceptíveis de inferência ulterior" (In: Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 230).

⁹⁰ Euclides, na sua obra Elementos, concebe um sistema formal lógico dedutivo de conclusões, ou seja, de teoremas, obtidos a partir de premissas – axiomas – de uma cadeia de silogismos. Inerente ao sistema matemático tradicional, tais silogismos não comportavam variações conclusivas e muito

No sistema teleológico, adversamente ao lógico-axiomático (fechado = não funcionalizado), há o reconhecimento de sua imperfeição, pois uma vez formada sua unidade interna por meio de princípios gerais, podem estes se mostrar contraditórios, o que seria inadmissível entre os axiomas.⁹¹

A leitura atual do sistema jurídico não poderia ser outra que não sob uma perspectiva aberta, sem rigor absoluto, logo, relativa. O próprio homem, atualmente, se mostra fragmentado (relativo) em seus vários “eus”, desconexo entre o seu pensar e o seu sentir, prova maior da superação do absoluto (fechado).

Sem pretender citar o desenvolvimento do pensamento jurídico sistêmico, assaz complexo, para não falar da amplitude de seu contexto histórico e filosófico, o que por certo desbordaria do próprio tema aqui versado, busca-se identificar um instrumento teórico que possa dar conta da metodologia mencionada ao início, no sentido de se articular uma resistemização do Direito Civil em torno do Direito Constitucional.

Vale dizer que se pretende, com esta parte inicial do trabalho, tão-somente definir o padrão de pensamento autorizativo da concepção de um sistema particular de Direito, que possa alcançar o Direito Civil e o Direito Constitucional, interpretando-se o primeiro à luz do segundo, com base numa coerência relativa ou simples dos elementos que os compõem, já que, a rigor, estão eles inseridos em sistemas menores e distintos, ante a clássica distância dos princípios que norteiam os ramos em particular e, até, por conta da força sempre presente da suma divisão do Direito nos dois grandes ramos do Público e do Privado.

menos dados exteriores à própria dedução. Assim se edificou o sistema fechado.

⁹¹ CANARIS. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1989. p. 102.

Destarte, esta primeira investigação se volta à interpretação concreta de casos em face de um sistema civil-constitucional, cabendo a advertência, pois o estudo sistêmico do Direito não se resume somente à questão da interpretação da norma posta diante do caso concreto, conforme anteriormente visto.

Portanto, o pensamento sistêmico mais corriqueiro, vale dizer o dogmático, indica a inviabilidade de se conceber uma aproximação tão grande entre os ramos do Constitucional e do Civil, sem embargo de uma idéia hierárquica sempre presente entre eles, mas que também relaciona o Direito Constitucional, indistintamente, a qualquer outro ramo do Direito, esteja ele contido no Público ou no Privado.

Essa pequena fração do sistema jurídico (direito civil-constitucional) que oportunamente será melhor enfocada, em verdade, está longe de esgotar uma desejada unidade e coerência do sistema jurídico como um todo, sempre em vista da resolução das inevitáveis contradições presentes na totalidade do sistema jurídico.⁹² Pretende-se, assim, resolver a pequeníssima parcela da problemática das relações civis à luz dos comandos constitucionais, pois ambos (Direito Civil e Constitucional) fazem parte do mesmo sistemas em seu complexo interdependente.

A busca deste marco servirá para justificar outros aspectos do trabalho, também relacionados à resistemização do Direito Civil, como aqueles da sua descodificação. A resistemização do Direito Civil, a codificação e a sua descodificação estão intimamente imbricados com a abordagem sistêmica, tendo em vista que o Código Civil – no modelo vigente e que um novo código, creio, não superará a razão exegética nele presente – é obra de um sistema jurídico fechado,

⁹² Juarez de FREITAS. A interpretação sistemática do direito, 1995, p. 25.

ao passo que a tônica, agora, é a de um sistema aberto.⁹³

Identifica-se a idéia de sistema fechado com o seu método lógico-dedutivo (jus-racionalista), enclausurado nele mesmo, sem que outras experiências (jurídicas e metajurídicas), possam renovar suas bases. Em que pese a vontade do Projeto, quanto à flexibilidade interpretativa das normas jurídicas do futuro Código Civil, o que seria ideal, não se crê que a cultura jurídica secular dos magistrados brasileiros, cujos métodos de análise do Direito vêm dos bancos escolares de graduação, possa ser modificada por mera recomendação do Senado, como se a nossa tradição positivista e exegética tivesse sido construída pela mera vontade do legislador, podendo ela, por força desta mesma vontade, mudar repentinamente. Ora, superar a leitura de um regramento jurídico fundamentalmente fechado, para um modo aberto, por meio de cláusulas gerais, é tarefa para gerações, se é que é possível, não havendo notícia de tal façanha no cenário ocidental.^{94 95}

⁹³ Elemento de inegável contradição entre uma leitura sistêmica do Direito e a razão sistêmica fechada do código advém do próprio reconhecimento de que o Código é somente um ponto de partida para a interpretação e aplicação do Direito, ao passo que, contrariamente, se propõe ele a ser, pela lógica que o edificou, completo e unitário. Nas palavras de René DAVID lê-se que: *"In tutti i paesi della famiglia romano-germanica, il punto di partenza di ogni ragionamento giuridico si trova in certi materiali di diritto scritto. Oggigiorno, questi materiali sono costituiti essenzialmente da testi di codici, di leggi e di decreti, mentre un tempo erano costituiti dai testi del diritto romano e da altre compilazioni, ufficiali o provate. Ma ovunque questi testi sono solo materiali di base. Piuttosto di vedere in essi qualcosa che fissa un sistema di norme, come fa una certa filosofia, noi li vediamo come i contorni, più o meno precisi, di una costruzione giuridica, che l'interprete há il compito di completare"* (In: I grandi sistemi giuridici contemporanei, 1994, p. 104).

⁹⁴ Ao abordar o método de constitucionalização do Direito Civil, logo na premissa inicial, fez-se referência à necessidade de compreensão das regras constitucionais enquanto cláusulas gerais, o que se apresenta coerente com sua vocação axiológica.

⁹⁵ Sustentando a necessidade do preenchimento do conteúdo da regra jurídica pelo próprio legislador do Projeto, a crítica ácida de Antônio Junqueira de AZEVEDO (In: Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos, Revista dos Tribunais, v. 775, p. 11-17). Afirma o autor que a legislação por meio de cláusulas gerais abertas (toma como exemplo o art. 421 do Projeto) não satisfaz os anseios da sociedade, que está a demandar anterior preenchimento do conteúdo da regra pelo legislador, como fez o constituinte, v.g., ao descrever a função social da propriedade (art.182, § 2º e 186 da Carta). Refere-se o autor, ao critério das cláusulas gerais, ao paradigma do Juiz (sistema aberto) e ao paradigma da lei ao se

Passo ainda inicial desta parte do trabalho é a indicação da jurisprudência como fonte da análise sistêmica do Direito, razão pela qual ela serve, nesta obra, em algumas passagens, para abordar a problemática entre as disparidades dogmático-conceitual e fáticas da análise contemporânea do contrato e de seus efeitos práticos.

⁹⁶ ⁹⁷ Justificativa para a adoção desse enfoque jurisprudencial não há maior que o próprio reconhecimento de que o “[...] núcleo do sistema é constituído de valores e de princípios que transcendem o âmbito da lógica estrita, por ter o intérprete jurídico que operar também com as denominadas inferências não-dedutivas”.⁹⁸

Portanto, é a constatação de que o sistema jurídico não pode ser encarado fora do contexto de valores materiais e históricos, de nada servindo para a efetividade do ordenamento jurídico as construções meramente abstratas do pensamento. Uma proposta sistêmica de cunho fechado em seus próprios enunciados já deu provas de sua inadequação para a resolução dos casos práticos

reportar ao pensamento positivista dogmático. De concordar com o autor na finalidade do seu artigo (crítica ao Projeto), mas não com a fundamentação exposta. A meu ver, com o anterior preenchimento da regra jurídica, volta-se ela ao seu caráter totalizante (tudo estaria na lei), retrocedendo-se ao momento denominado pelo mesmo autor como paradigma da Lei, o que nunca garantiu eficácia plena à lei e ao Judiciário. É um paradoxo dos tempos atuais.

⁹⁶ Karl LARENZ, ao falar das possibilidades interpretativas postas em favor do julgador, sustenta que “A Jurisprudência é precisamente por isso um ciência – abstraia-se, por um momento, da objecção dos partidários de um conceito “cientificista” de ciência -, porque problematizar por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação. [...]” (*In: Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 283), colocando a jurisprudência, assim, em nível científico, tanto quanto incomum, e até contraposto ao pensamento totalitário e único do sistema codificado - predominante – brasileiro, ou seja, do pensamento conceitual abstrato.

⁹⁷ Ainda, Juarez de FREITAS (*op. cit.* p. 25), “[...], afastada, por irrealista, uma visão estritamente normativista, até porque Direito é também e principalmente decisão axiológica ou escolha, resultam, em via de consequência, prejudicadas, para os efeitos de nossa abordagem, aquelas concepções consoantes as quais se deveria pensar o sistema de modo dedutivo, isto é, sob o enfoque de que todas as normas jurídicas seriam deriváveis unicamente de postulados gerais. [...]”. Neste sentido ainda, colaciona referido autor as opiniões de Eros Roberto Grau (*In: Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 24) e PONTES DE MIRANDA (*In: Sistema de ciência positiva do direito*, t. II, p. 248).

⁹⁸ Juarez de FREITAS. *op. cit.* p. 26.

que a vida oferece, v.g., a leitura que parte da jurisprudência faz do princípio da liberdade contratual, ainda centrada no voluntarismo jurídicos,⁹⁹ sem que se tenha dado conta de que a condição para o exercício de tal princípio está na funcionalização de seus efeitos, baseada na justiça social (art. 170, *caput*, da Carta).

A doutrina mais refinada também já deu prova da convivência em nosso sistema da controvérsia entre princípios fundamentais, ao tratar do tema do contrato em face da realidade pós-moderna da contratação em massa. A constatação é a de que existem, ao menos, dois modelos amplos de contrato: um primeiro, lastreado no voluntarismo jurídico e no dogma da vontade, especialmente presente em relações individuais; um segundo, decorrente das contratações de massa, mais comum na atualidade, no qual inexistente exercício concreto aparente da autonomia da vontade, apesar da formação eficaz de um contrato.¹⁰⁰ A renegada abertura do sistema privado a outras fontes, no caso, a constitucional, é que não mais se sustenta, sob pena de serem proferidas decisões contrárias à própria Constituição, aos valores e princípios fundamentais que encarta.

A concepção aberta do sistema se opõe frontalmente à idéia dos sistemas

⁹⁹ TJPR - 71792800 - Apelação Cível - Acórdão 3589 - 5ª. Cc - Relator Des. Antônio Gomes da Silva - julg: 18/05/1999. "Decisão: acordam os desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para confirmarem, por seus fundamentos, a decisão recorrida. Ementa: apelação cível - ação monitoria - Cédula Rural Pignoratícia - Dec. lei n. 167/67 - capitalização de juros, juros moratórias, TR, multa contratual, honorários advocatícios - verbas contratuais devidas - contrato de adesão - inexistência - código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/90) - inaplicável na espécie por se tratar o apelado de instituição bancária - recurso desprovido. Celebrado o contrato entre as partes e em face de sua natureza, não incidir o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), Há de ser o contrato honrado com toda as previsões e cláusulas nele inseridas, em atenção as prescrições legais ao que se convencionou, pois que, *pacta sunt servanda*" (grifei).

¹⁰⁰ Paulo Luiz Netto LÔBO, O contrato, 1986, p. 23. Entende o autor que ambos seriam contratos, um baseado em autonomia de vontade e outro sem autonomia de vontade, o que bem exemplifica a crise do modelo sistêmico fechados, pois o fenômeno da massificação andou muito à frente do ajuste positivo do ordenamento.

apriorísticos e aos puros conceitos formais. Igualmente se opõe ao pensamento formal da jurisprudência dos conceitos, tendo em vista de que os valores não se afinam, necessariamente, com a lógica formal dedutiva. Conduz-se o pensamento sistemático (aberto) para a conclusão de que o formalismo lógico não captura o Direito em toda sua complexidade.¹⁰¹ O abandono da busca pela maior apreensão da realidade fática é decorrência do pensamento centrado do sistema fechado em si e para si, formando o que se denomina de Teoria Geral dos Sistemas, o qual remete a metassistemas, “[...] assim como a semiologia descobriu a importância da metalinguagem, e a pluralidade de lógicas formais, frente à exclusividade da lógica clássica, abriram a possibilidade de uma metalogica. Sistemas que falam de sistemas, linguagens que falam de linguagens, lógicas que falam de lógica, tem-se aí a síntese da moderna epistemologia”.¹⁰² Essa certeza, decorrente da necessidade da busca pela verdade (*episteme*) do homem (verdade e certeza compõe o mesmo jogo sistêmico), acaba por se mostrar frágil, quando as ciências baseadas por essência na lógica formal (matemática, física etc.) acabam por se dar conta de que seus axiomas e postulados não passam de juízos de probabilidade, prontos a serem desmentidos ou superados. Os sistemas científicos absolutos, dentre os quais destaco a física, com a pós-modernidade, passam a ser relativos, como a Teoria da Relatividade, por exemplo, abatendo-se sobre o Direito esta nova forma de pensar.

Quanto à interpretação sistêmica do Direito, da que não se exclui a

¹⁰¹ FREITAS. *op. cit.* p. 37.

¹⁰² RUSSO. *Teoría general del derecho*, 1996, p. 210. Consta no original: “La Teoría General de los Sistemas permitió pensar en metasistemas, así como la semiología descubrió la importancia del metalenguaje, y la pluralidad de lógicas formales, frente a la exclusividad de la lógica clásica, abrió la posibilidad de una metalógica. Sistemas que hablan de sistemas, lenguajes que hablan de lenguajes, lógicas que ablan de lógica, he ahí la síntesis de la moderna epistemología.”

interpretação do Direito Civil, em face da Constituição, relevante constatar que é por meio dela que se faz a construção do sistema jurídico, enquanto aberto e sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, o que acaba por conduzir o intérprete à conclusão da incompletude do ordenamento jurídico.

Essa nova metodologia do pensamento jurídico, passando de dedutivo, conforme o modelo positivista, para o indutivo, encontra na sua origem a funcionalização dos institutos jurídicos, dentre os quais o contrato, com o reconhecimento da influência social na aplicação da lei, assume proposições ideológicas e concentra esforços na solução de problemas.

É um método de pensamento mais tópico, logo, menos apodítico, organizado em torno da problemática jurídica, e que prescinde de conceitos e princípios jurídicos mais abertos e funcionais. Exemplos legislativos deste método tópico, em nosso ordenamento, encontra-se no Código de Defesa do Consumidor,¹⁰³ destacando-se com grande prodigalidade a cláusula geral verificada no inc. IV (*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*), do artigo 51. Da leitura de tal artigo de lei, se no Brasil prevalecesse tal técnica legislativa e uma construção jurisprudencial forte das cláusulas gerais, não adstrita à tradicional subsunção¹⁰⁴ à regra, submetida a um rigoroso silogismo jurídico lógico dedutivo,¹⁰⁵ aliada à abertura do sistema (Civil - Consumidor), nenhum

¹⁰³ Cláudia Lima MARQUES, Contratos no código de defesa do consumidor, 1999, p. 105.

¹⁰⁴ “[...] verificação de factos que podem ser submetidos a um conceito jurídico, e isto de modo a podermos, da combinação desta premissa menor com a maior, deduzir a correspondente conclusão.” (In: Karl ENGLISH, Introdução ao pensamento jurídico, 1983, p. 98).

¹⁰⁵ É uma conclusão teórica mediata, realizada por meio de mecanismo lógico dedutivo. A

outro preceito sobre cláusula contratual abusiva seria necessária.

O sistema jurídico, na linha que se desenvolve, tem sido definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais,¹⁰⁶ ou, como define o próprio CANARIS, “[...] uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”.¹⁰⁷ Mais afinado ao escopo do presente trabalho, tendo em vista a necessária tropicalização dos conceitos que nos chegam dos modelos comparados e a focalização de nossa própria realidade fática, parece indiscutível a validade conceitual de sistema jurídico, oferecida por Juarez FREITAS,¹⁰⁸ como sendo “[...] uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

Notória, entre aqueles dois conceitos postos, uma derivação do segundo perante o primeiro, em razão da busca pela melhor interpretação da lei diante do regramento constitucional, de seus princípios, normas e valores,¹⁰⁹ em vista da

dedução implica a fundamentação legal da decisão, pois a proposição concreta fica submetida aos conteúdos gerais da lei (*In: ENGLISH, op. cit.*, p. 84-85).

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁷ CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1989, p. 78-79.

¹⁰⁸ FREITAS. *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁹ Conforme será visto no item 10.3 da tese, a definição de princípio jurídico, em face da idéia da norma jurídica, nem sempre é unânime entre os juristas (BOBBIO, p. 158 e seguintes), todavia, em se seguindo a linha de pensamento de Juarez de FREITAS (*op. cit.*, p. 41-42), ponderável a ela se referir quanto à sua compreensão sobre o que seja o princípio jurídico ou objetivo fundamental pelo que “[...] entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa

manutenção do Estado Democrático de Direito. Não é de se satisfazer, porém, com as referidas definições, pois o próprio CANARIS¹¹⁰ adverte que o conceito de sistema jurídico é questão de pequena clareza entre a doutrina mais especializada e dela obtendo-se somente respostas parciais à questão conceitual.

Portanto, é justo salientar que o aspecto axiológico que exsurge dos conceitos antes transcritos traduz-se em verdade, ao se encarar os casos jurisprudenciais paradigmas. Somente a idéia do Direito “como conjunto de valores jurídicos mais elevados”, comprometido com a sua realidade histórica,¹¹¹ justifica a convivência de princípios jurídicos que parecem tão distanciados pelo tempo, quais sejam: o dogma da vontade, enquanto paradigma do contrato moderno e a boa-fé objetiva, como paradigma contratual da pós-modernidade.

Por isso, mais importante para este trabalho do que estabelecer um conceito sobre sistema jurídico é a irrenunciável proposição de que deve ele “[...] realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica [...]”.¹¹² A unidade interior da ordem jurídica, já muito distante de sua ampla base positivista, decorre da aceitação de uma tal unidade interna como “[...] *“resultanti” occasionali degli innumerevoli interessi “causali” presenti nella società ed in lotta l’uno contro altro per*

disposição hierárquica superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas, [...]”. As normas, por sua vez, “[...] entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, [...]” devendo elas harmonizar-se com os princípios. Por fim, os valores, “[...] considerar-se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto sejam encarnações de valores, têm a forma mais elevada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade”.

¹¹⁰ CANARIS, *op. cit.*, p. 6-7.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 22-23.

¹¹² Juarez FREITAS, *op. cit.* p. 27.

il predominio. [...]”.¹¹³ Razão pela qual Coing, citado por LARENZ, afirma que, para a primeira jurisprudência dos interesses, o Direito não era nem uma unidade lógica, nem uma unidade moral, mas, como visto em primeiro lance, causa da luta social.

A carga axiológica do sistema jurídico e ainda a unidade interna da ordem jurídica, é que levam CANARIS a reconhecer a inadequação dos conceitos de sistema calcados nas concepções de sistema externo (Heck),¹¹⁴ sistemas puros (Kelsen),¹¹⁵ lógico-formal (Max Weber)¹¹⁶ e do próprio conceito encartado pela jurisprudência dos conceitos, baseado nas “[...] concordâncias e diferenças nas decisões de conflitos”, sem embargo de sua contribuição para o enriquecimento do debate acerca do tema.¹¹⁷ Para demonstrar a inadequação absoluta do sistema lógico-formal, exemplificando sobre a aplicação do princípio geral da igualdade, comenta o autor apontado que, sob aquela concepção, torna-se absurda a leitura material do princípio (tratar os iguais de modo isonômico e os diferentes de forma

¹¹³ Karl LARENZ, Storia del metodo nella scienza giuridica, 1966, p. 194.

¹¹⁴ Destina-se essa sistematização à estruturação do Direito “[...] a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível”, sem preocupação com sua unidade interna (*In* CANARIS, *op. cit.*, p. 26).

¹¹⁵ Inadequadas pois se revelam em categorias puras de natureza formal, enquadráveis em qualquer ordem jurídica (ahistórica), ao passo que a unidade valorativa é fundada num tipo material, revelando-se somente numa ordem jurídica historicamente determinada (*In*: CANARIS, *op. cit.*, p. 27).

¹¹⁶ Traduz-se na “[...] concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras *logicamente* claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os factos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial” (*In*: CANARIS, *op. cit.*, p. 29).

¹¹⁷ A crítica de CANARIS ao conceito de sistema jurídico oferecido pela jurisprudência dos interesses passa pela convicção de que os princípios formadores, por exemplo, do Direito Privado (autonomia privada, confiança, equidade etc.) não se confundem com as decisões em conflito, “antes lhes subjazem, dando-lhes sentido” [...]. Do contrário, os princípios, se submetidos às decisões em conflito, ficam privados de seu conteúdo ético-jurídico (*Op. cit.*, p. 63).

diferente, na medida das suas diferenças),¹¹⁸ pois a constatação das desigualdades parte de um juízo de valor, seguidamente acompanhado de um segundo juízo axiológico que é justamente o do tratamento desigual. Denota-se que o aspecto valorativo do conceito de sistema seguido tem como paradigma teleológico a regra da justiça, que é baseada na igualdade material.

2.3 ABERTURA DO SISTEMA

O sistema jurídico pode ser concebido em razão de sua proximidade com uma construção casuística, afinado com a construção jurisprudencial, ou com o modelo¹¹⁹ da codificação. No primeiro está reconhecida a incapacidade de completude e modificação do sistema, ao passo que no segundo, não.¹²⁰ O modelo codificado é designado de fechado, pois nada que seja Direito está fora do sistema do código, e tudo o que integra o sistema é Direito.¹²¹ Cabe a oportunidade de se questionar sobre a revisão da forma de se contemplar a metodologia do sistema jurídico.

Apesar de propagado o sistema fechado, ainda arraigada a idéia de que só com ele se obtém segurança jurídica, é verdade que mesmo o modelo codificado em si recebe modificação, influenciado por novos valores e princípios ou, ao menos,

¹¹⁸ CANARIS. *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁹ Por modelo entende-se a teoria que visa explicar um sistema: “[...] llamamos “modelo” a la explicación y “sistema” a lo explicado (In: RUSSO, *op. cit.*, p. 212).

¹²⁰ CANARIS, *op. cit.*, p. 103-104.

¹²¹ RUSSO, *op. cit.*, p. 217.

pela alteração do conteúdo de velhos princípios, na medida em que são constituídos por valores culturais e temporais. É o caso evidente do perfil objetivo do princípio da boa-fé, agora ressaltado diante de seu clássico conteúdo subjetivo.

O propósito da propagação abertura do sistema é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, comprometidos eles (valores), e por sua vez também os princípios, com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento. Há um contínuo aperfeiçoamento do sistema ("objectivo"), neste momento sendo a jurisprudência chamada a colaborar, o que indica a falácia da propagação completude. O sistema ("científico") está sempre em construção, nunca passando, em verdade, de um "[...] projecto de sistema".¹²² Ou ainda, no dizer de LARENZ,¹²³ há apenas uma "condensação provisória" do sistema que sempre deve permanecer aberto.

Razão maior não há para justificar o título deste trabalho, adstrito, quando da conclusão, à busca (construção) da incessante formulação conceitual do contrato.

Inegável, por exemplo, o papel da construção do ordenamento jurídico atribuído à jurisprudência referentemente aos institutos, por exemplo, do dano moral e dos direitos constituídos, em razão da convivência fora do regime civil do casamento (antigo concubinato). No último exemplo, é forte a presença do "direito sumular", no contexto das súmulas 380¹²⁴ e 382¹²⁵ do STF.

¹²² CANARIS, *op. cit.*, p. 106-107. O autor se refere nesta passagem ao sistema que denomina de científico (sistema científico), baseado em proposições doutrinárias da Ciência do Direito e de "sistema objectivo" aquele baseado no código em si.

¹²³ LARENZ, Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 234.

¹²⁴ STF. "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Por outro lado, há de se contra-argumentar que a experiência jurisprudencial exclusivamente vista, se entendida como ferramenta de abertura do sistema, em algum momento mais evoluído, não subsiste “a longo prazo sem um nexo de dedução conceptual e valorativo” (Viehweg), que tornasse as resoluções particulares racionalmente comprováveis e seu conjunto um sistema”.¹²⁶ LARENZ finaliza essa crítica à busca de alguma cientificidade à jurisprudência, referindo-se ao processo circular sugerido por ESSER, para quem “em todas as cultura jurídicas repete-se “um processo circular” de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema”.¹²⁷

A fragilidade da jurisprudência, enquanto método científico para imprimir a contínua construção do sistema, impõe o recurso principiológico, ou seja, a construção de um sistema de princípios jurídicos e não de conceitos jurídicos, justificando-se agora as linhas antes vistas sobre o tema. O conceito permite uma valoração externa, ou de modo indireto, ao passo que o princípio enseja uma valoração explícita. Valoração essa que não está fundada exclusivamente na ordem positivada, mas também na idéia de Direito e na da natureza das coisas, sendo móveis e históricos, alcançando uma configuração concreta no ato de valoração, em alusão a uma dada situação momentânea e cultural.¹²⁸

A idéia de natureza das coisas não é estranha à doutrina brasileira, sobre ela já tendo escrito Eduardo ESPINOLA, justamente em relação aos princípios gerais do

¹²⁵ STF. “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 232.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 236. Reporta-se LARENZ às concepções de CANARIS.

Direito, sendo que nela se “[...] buscarão os princípios gerais do direito, que, pois, se apresentam de uma variedade infinita, não havendo, nunca, a possibilidade de falharem à sua precípua missão de fornecer, sempre, uma regra capaz de solucionar qualquer espécie de fato”.¹²⁹ O recurso à natureza das coisas, porém, há de ser rigorosamente vigiado pelos operadores do Direito, pois nele se mostra ampla a discricionariedade do julgador

O sistema aberto não se esgota em si ou nos seus elementos componentes, mas sim, na força jurisprudencial, depreendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos. Ora, no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a idéia de Direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema. A justiça só passa a ser social quando se permite ao sistema ser informado com valores como: a dignidade do homem, a busca pela redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela dos hipossuficientes e vulneráveis etc.. Ao se cogitar em função social da propriedade se está, do ponto de vista da finalidade no instituto da propriedade, buscando reduzir a pobreza entre os brasileiros e, em última análise, dignificando os favorecidos pela lei, haja vista que não existe dignidade sem um patrimônio mínimo. A dinamicidade do movimento social implica a dos seus próprios valores, pois que a sociedade exige do sistema jurídico uma plasticidade a qual, no mínimo, deve se adaptar aos ventos da sua dinâmica. A função social do contrato não escapa dessa linha de argumento, como será oportunamente

¹²⁹ ESPINOLA ; ESPINOLA FILHO, A lei de introdução ao código civil brasileiro, 1999, v 1, p. 111.

enfrentado.

Nessa tendência de mudanças sobre as concepções do pensamento sistemático não se ignoram outras idéias ou método, que neguem o sistema dito fechado. Na convicção de que o sistema fechado, baseado em valores da modernidade como o da livre concorrência incondicionada, do individualismo, da unidade do Código Civil etc., os quais se opõem a uma realidade pós-moderna do pluralismo político e ideológico, das estratificações sociais, da proliferação das legislações especiais, não atende aos anseios de uma sociedade complexa, reconhece-se que o método sistêmico baseado na idéia de ordem não mais pode prevalecer.

Assim, invoca-se a construção de um sistema calcado no conceito dos problemas e de decisões políticas, sem que ele tenha, na sua base, um fundamento unitário (*ratio* universal), mas sim as inúmeras razões de uma sociedade politicamente plural (complexa), invocando-se, então, um “*diritto vivente*”.¹³⁰ Nesse ramo do pensamento jurídico, “o direito que vige é aquele realmente aplicado e o fundamento da sua vigência (e logo da sua obrigatoriedade) reside na sua correspondência à justiça (ou – como se usa dizer com vocabulário preciso e simples – à “justa solução do caso”)”.¹³¹

Apesar de não se ocupar o presente trabalho do referido “*diritto vivente*”, patente seu método no reconhecimento da efetivação da justiça calcado na

¹³⁰ Mario BARCELLONA, Diritto, sistema e senso : lineamenti di una teoria, 1996, p. 29-30.

¹³¹ *Ibidem*, p. 19. Tradução livre de “*il diritto che vige é quello realmente applicato ed il fondamento della sua vigenza (e dunque della sua obbligatorietà) reside nella sua corrispondenza alla giustizia (o – come usa dirsi con vocabolario appunto più sommesso – alla “giusta soluzione del caso”)*”.

jurisprudência, aponta mais um método variante para a superação do sistema fechado. Deve-se salientar, ainda, que na essência dessa escola se identifica a possibilidade de “[...] *la chiusura normativa del sistema non esclude affatto una apertura cognitiva [...]*”,¹³² sendo aberto e fechado, conforme o concebe, sendo os dois sistemas passíveis de convivência.

A abertura cognitiva do sistema, nessa visão, decorre dos elementos componentes do ambiente em que está localizado o sistema em apreço, notabilizando-se por ser uma fórmula mais ampla do que aquela proporcionada pelos princípios jurídicos, conforme antes visto. Os métodos, de qualquer sorte, não se excluem.

2.4 O SISTEMA DE DIREITO CIVIL QUE TEMOS : FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Momento irrenunciável na construção do sistema jurídico se dá com o jusnaturalismo, enquanto escola instituidora e fomentadora do pensamento moderno

¹³² *Ibidem*, p. 350-351. Na tradução livre: “[...] o fechamento normativo do sistema não exclui de fato uma abertura cognitiva [...]”. Vale transcrever a explicação de BARCELLONA: “Come si as, codesto paradigma nasce dalla critica della tradizionale configurazione dei sistemi, influenzata dalla metafisica occidentale/cartesiana, per la quale tutte le cose viventi sono considerate come entità chiuse” (Morin 3). Precisamente, esso nasce dalla considerazione che l’esistenza di un “sistema vivente” dipende necessariamente da un’alimentazione esterna proveniente dal suo ambiente e che, al tempo stesso, la sua conservazione dipende, altrettanto necessariamente, dal mantenimento della sua distinzione dall’ambiente che lo alimenta [...]. Di modo che un sistema deve darsi, contestualmente, come “aperto” e como “chiuso”.

A questo dispositivo (appareamento) contraddittorio risponde la configurazione di un sistema come “operativamente chiuso” e “cognitivamente aperto”. La sua chiusura operativa consiste nel fatto che le operazioni del sistema si producono, sempre e sola, in forza di operazioni dello stesso sistema: esso non riceve dall’ambiente inputs che producono direttamente sue operazioni né invia outputs che causano direttamente modificazione del suo ambiente [...]. La sua apertura cognitiva consiste, invece, nel fatto che il sistema si dota di dispositivi attraverso i quali si mette in condizione – per così dire – di osservare il suo ambiente in sé stesso [...].” (grifos no original).

e do método cartesiano. A formulação matemática e geométrica, naquele momento posta em face do Direito, garantia um resultado de imutabilidade decorrente, em especial, de seu método. Da imutabilidade do método matemático, note-se, originou-se a idéia de verdade e segurança jurídica: só é verdadeiro o que pode ser comprovado pelo método (exato) da repetição. O Direito tornou-se sinônimo de racionalidade, no mesmo contexto das ciências exatas.¹³³

Sem prejuízo de uma sutil mudança do pensamento racional no período iluminista,¹³⁴ avança-se em corrente do pensamento sistemático de maior destaque e influência, para o atual estado das coisas. Sob tal angulação, mostra-se indispensável uma breve inferência sobre a escola pandectista.

Do movimento pandectista herdou-se a concepção “fechada” do sistema jurídico, assim como o apego ao romanismo que buscava positivar. Em oposição à construção “aberta” de Savigny, a pandectista entra em jogo, afirmando que, para além do conceitualismo, dos seus preceitos e princípios, todos ajustados em termos de valores exclusivamente jurídicos, outros não eram aceitos.

A pandectista, no seu ápice histórico, teve papel relevante na manutenção e propagação do ideal liberal do final do século passado, culminando com sua obra máxima, o BGB. Grande parte da propagação do sistema pandectista se deve, justamente, à divulgação atribuída pelo liberalismo, que a apontava como sendo o mais justo para os padrões morais do momento. Importante salientar a relevância do

¹³³ *Ibidem*, p 3.

¹³⁴ Alega realidade histórica. É conhecida, nesse sentido, a obra de Montesquie *L'Esprit de la Loi*, que teria adotado a expressão a doutrina que com o Iluminismo surge a concepção de que ao Direito era imprescindível ao seu “espírito” em face de elementos que, segundo Montesquie, influenciavam o homem: o clima, a religião, as leis, as máximas dos governos, os exemplos das situações passadas, os usos e os costumes, formando um “*esprit général*” da sociedade.

conceitualismo piramidal do sistema da pandecta, particularmente fundado no conceito de direito subjetivo, que exprime o princípio da autonomia de vontade. De acordo com KANT, a autonomia seria o princípio supremo da moralidade,^{135 136} ou, mais amplamente, segundo MENGONI¹³⁷ concebia ela a ordem social como resultado natural do livre encontro das forças individuais sobre o mercado, baseada em estruturas simples e relativamente estáveis, postas em ordem de princípios jurídicos – propriedade, liberdade contratual e liberdade de trabalho - compostos de valores imutáveis. Predominava uma vontade legislativa uniforme, cujo futuro, já previsto pela lei, repetia o passado, ante a sua estabilidade imanente e para a qual os fatos e as relações sociais pouco importavam.¹³⁸

O BGB, de texto primorosamente sistêmico, foi concebido dentro de um padrão lógico-dedutivo, herdado do jusnaturalismo e do jusracionalismo dos sécs. XVII e XVIII, na base do sistema do *more geometrico demonstratum* (sistema de enunciados gerais, sobre proposições normativas, suscetível de verificar a falsificação à comparação da proposição do cálculo e da geometria), que dispensava investigação ou inferências *extra legis*.¹³⁹ O método dedutivo, um dos possíveis dentre vários do modelo inicialmente denominado intrínseco, tem como presunção a possibilidade de o jurista resolver problemas fáticos deduzindo da norma o que

¹³⁵ MODUNGO, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁶ Ainda sobre a influência Kantiana no pensamento moderno, *vide* o item 4.1 do presente trabalho.

¹³⁷ *Apud* MODUGNO, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ MODUGNO, *op. cit.*, p. 4.

expressamente declarou o legislador ou o que implicitamente estabeleceu.¹⁴⁰

Símbolo maior desse meio de pensar foi o desenvolvimento e inclusão de uma Parte Geral naquele código, que fazia com o que o intérprete, na falta de melhor elemento especial, se voltasse sempre a ela. O sistema lógico-dedutivo do BGB, com a novidade de uma Parte Geral, alcançou ordenamentos europeus e americanos de modo surpreendentemente rápido para a época, caso notório do Brasil e da Argentina. Efetivamente, o sistema lógico-formal implantado pelo BGB seduziu demais países em estado de codificação latente, pois, purificados os conceitos jurídicos daqueles metajurídicos, dispensado o intérprete da, nem sempre fácil, tarefa de colher e avaliar os valores existenciais do homem. Além do mais, o método lógico-dedutivo, de que se serviu a pandectista, pressupunha a irrestrita coerência de seus enunciados, de modo a apresentar, sempre, uma única solução para o caso sob análise.

Sobre o BGB, notável o elogio de alguns juristas de nosso tempo quanto à sua construção, tão bem pensada e refletida, fruto do amadurecimento germânico e das suas várias escolas do pensamento jurídico, dentre as quais se destacam: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses, o pensamento do Direito livre, o formalismo neokantiano e o psicologismo, a ponto de se dizer que a quietude subsequente era decorrência do equacionamento das grandes questões contempladas pelo novo código, limitando as explorações posteriores a, tão-somente, repensá-las ou aprofundá-las.¹⁴¹

¹⁴⁰ LAZZARO, *op. cit.*, p. 463. Destaca-se a afirmação do autor quanto à necessidade de se observar um momento indutivo no presente método, em razão da presunção da possibilidade da resolução do problema, pela dedução.

¹⁴¹ MENEZES CORDEIRO, Introdução, p. XI. *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento

O BGB teve, para além de sua já descrita influência formal na composição temática de nosso Código Civil (Parte Geral, Livros Especiais de Família, Reais, Obrigações e Sucessões) e de uma mínima, mas importante contribuição temática (62 artigos são dele derivados), no que tange ao conteúdo do nosso diploma civil,¹⁴² uma expressiva influência quanto à interpretação dos fatos jurídicos (*lato sensu*). Até hoje evoca-se a relevância que a doutrina, em geral, e a jurisprudência atribuem ao método lógico-formal dedutivo, sem que se diga e se reconheça a permeabilidade do sistema jurídico a fatores externos. A construção unitária do Código Civil será oportunamente abordada.

2.5 O SISTEMA CODIFICADO

A referências destas linhas no trabalho se destina à conclusão, antevendo uma pergunta que será, de todo, oportuna: o conceito de contrato contido no Código Civil atende aos atuais fatos da vida privada? Os fatos geradores da pós-modernidade, de modo muito rápido e inevitável, respondem a esta inquirição, pela constatação sobre a insuficiência do modelo codificado para tutelar todas as possibilidades contratuais. Tal constatação leva a uma outra pergunta: é oportuno se projetar um pseudo novo modelo codificado neste final do séc. XX, ou ainda, qual o modelo de contrato contido no Projeto de Código Civil? Todas estas interrogações

sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1989.

¹⁴² WIEACKER, História do direito privado moderno, 1993, p. 557, nota 47. "De 1.1.1916; na base de um projecto de C. Bevilacqua. [...]. As influências do BGB limitam-se ao sistema e à adoção de 62 (num total de 1807) parágrafos".

conduzem a algumas reflexões, mesmo que breves, sobre o tema da codificação e do contrato.

2.5.1 Razões de existência de um Código Civil : reflexões críticas

A motivação ideológica do projeto codificador do período oitocentista era a manutenção do *status quo*, alcançado pela classe burguesa que perseguia, dentre outros fins, o resguardo dos direitos individuais conquistados na Revolução de 1789 perante o Estado. Os códigos civis, frutos desse processo, serviram e servem de escudo do indivíduo, dos valores pessoais e bens jurídicos relevantes da época (v.g. propriedade privada, liberdade de casamento, liberdade contratual e direito sucessório) nas suas relações com o Estado.¹⁴³ Enfim, a motivação ideológica era a preservação do “mundo da segurança”.¹⁴⁴ Segurança jurídica que se identificava com regras destinadas ao perpétuo, assentadas num plexo de procedimentos e formalidades. As formas, neste prisma, representam a segurança ao cidadão, indissociável da ordem jurídica.¹⁴⁵ Não sem propósito, a valorização do direito processual (forma e instrumento) em detrimento do direito material, e da consagração constitucional de princípios eminentemente processuais, assentados

¹⁴³ Natalino IRTI, *L'età ...*, p. 7. Esclarece o autor que o Estado participava do exercício de tais direitos, inclusive enquanto tais bens e valores jurídicos estavam regulamentados pelo código. Todavia, assim como participava do exercício, estava impedido de restringi-los ou impedir seu uso pelos titulares. Toma como base o autor o Código Civil italiano de 1865.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 6. Na Tradução livre “*Il mondo della sicurezza*”.

¹⁴⁵ André-Jean ARNAUD, *O direito entre modernidade e globalização*, 1999, p. 216.

no âmbito dos direitos fundamentais da Carta brasileira de 1988, como, *v.g.* o *due process of law*, o princípio da inocência, o do juiz (tribunal) natural etc., todos estes princípios e tantos outros garantem, por meio das formas processuais, o mundo ideológico da segurança jurídica.

Quando da futura abordagem sobre o tema da boa-fé objetiva e do princípio da equidade e, também, da função social do contrato, perceber-se-á que a segurança jurídica contemporânea, no que se refere aos contratos, não está mais nas formas relacionais, mas no novo desenho da justiça contratual, que se funda na premissa do equilíbrio econômico e na efetivação dos valores existenciais dos contratantes.

A razão concreta da existência de um código, que acaba refletindo a sua realidade ideológica, decorre, mormente, da necessidade social de sistematização de um corpo legal, reunida em única compilação que acaba se tornando *il precipitato storico della legislazione*.¹⁴⁶

Nesse contexto, o código acaba sendo uma fonte de velhos direitos, apesar de sempre levar o nome de lei nova ou de um novo sistema de Direito. Não há como se afastar de uma lei e, particularmente, de um código, sua importância social e seu compromisso histórico. Um código, ou mesmo uma consolidação, pertencem a categorias históricas, em que pese serem arquitetados e construídos como modelos lógicos (organicamente composto, equilibrado, proporcional no seu todo e nas suas partes).¹⁴⁷

Em face da suposta categoria lógica que encerra a codificação civil, ela acaba

¹⁴⁶ Natalino IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili, Il codice civile*, 1991, p. 245.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 246.

sendo particularizada com o estigma da completude, propondo-se, na sua organicidade, a ser uma lei que regulamente todas as relações jurídicas do direito comum.^{148 149} Ora, não fosse a pretensa completude, não haveria mesmo razão para se propor a criação de um código, sendo melhor deixar o direito comum organizado em torno das compilações, leis ou sistemas legais preexistentes ao novo diploma. No Brasil, país arraigado ao culto jurídico do formalismo e do positivismo dogmático, a vontade do legislador acaba sendo detalhadamente frisada, redundante por vezes, sob pena do texto legal acabar como peça de biblioteca.

Além da completude, outra característica do texto codificado é a sua unidade, uma vez objetivar extinguir a fragmentação existente antes de sua vigência. Dessa característica observa-se, além da finalidade descrita anteriormente, o propósito de unificação do ordenamento em um mesmo diploma de lei. Não sem propósito, Kant define sistema (jurídico) como “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados”. Ainda, Savigny o conceitua enquanto “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”. Stammler, por sua vez, reporta-se a ele como “uma unidade totalmente coordenada”, e tantos outros que, em algum momento de suas construções filosóficas, enquadravam a idéia de sistema à de unidade.¹⁵⁰ E não só a unidade é núcleo dessas concepções, mas também a ordenação. Ordem interior e unidade encontram seus pressupostos na própria idéia de Direito: o primeiro, ao se reportar à aplicação do reconhecido

¹⁴⁸ IRTI, Consolidazione e codificazioni ..., p. 246.

¹⁴⁹ Do mesmo autor, de forma mais ampla, vide L'età della decodificazione, p. 8.

¹⁵⁰ CANARIS. *op. cit.* p. 10-11. Cita o autor, quanto ao pensamento desenvolvido no parágrafo. Binder, Hegler, Stoll e Coing.

“postulado da justiça” do princípio da igualdade material e o segundo, ao domínio da filosofia do Direito, também reconduzido ao princípio da igualdade material, no seu lado negativo (busca impedir a existência de contradições no ordenamento) e no seu lado positivo (tendência generalizadora da justiça que não permite que a ordem jurídica se perca em variedade infinita de valores singulares e desconexos, levando-a a critérios genéricos e de pequeno número).¹⁵¹

Percebe-se, assim, que completude e unidade acabam sendo dois lados de uma mesma moeda, pois ambas são causa e proposta da codificação.

Até por obviedade, o modelo codificado se denota pela estabilidade após o movimento. Com a codificação reúnem-se e congelam-se as normas, nas palavras de IRTI, que, ao dispor sobre a consolidação,¹⁵² antes fluíam alternando-se provisoriamente, até alcançarem um ponto de permanência e continuidade. Na consolidação, por não partir de uma construção orgânica, as normas se reúnem em torno de um momento, perfazendo parte de um todo, cuja grande diferença do modelo codificado é a de não manter o olhar no passado, mas a de levar o passado em direção ao futuro.¹⁵³

As consolidações, do ponto de vista histórico, antecipam-se ao código. Todavia, é fato notório em nossa atual construção do ordenamento positivo que as

¹⁵¹ CANARIS, *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁵² Sobre a consolidação, com olhos voltados ao sistema legal brasileiro, José de Oliveira ASCENSÃO, afirma “A consolidação é alguma coisa menos que o código, mas alguma coisa mais que a compilação. Não se limita como esta a juntar e eventualmente ordenar leis preexistentes; mas também não representa inovação, ao contrário do código. Por ela, os próprios textos existentes são alterados: o que passa para a consolidação não são as fórmulas, são as regras, e estas podem receber nova formulação” (*In: O direito : introdução e teoria geral*, 1994, p. 290).

¹⁵³ IRTI, *op. cit.*, p. 247.

consolidações se apresentam diante do código.¹⁵⁴ Exemplo inegável deste fator é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que, num processo fragmentário, acabou por retirar do Código Civil brasileiro parcela relevante da matéria contratual, resultado da evidente desatualização e inadequação da legislação civil para enfrentar os novos tempos industriais que se iniciavam em nosso país, notadamente em meados dos anos 40.¹⁵⁵ O conteúdo de justiça acomodada no Código Civil, mais do que simples desatualização, não coincidia com o da justiça laboral. É o primeiro sinal, no Brasil, de que a vontade contratual das partes, livremente manifestada, nem sempre é suficiente para preencher a moldura de justiça almejada pela sociedade.

A perda do contexto orgânico do Código Civil para a CLT foi significativa, em particular diante de que, historicamente, congêneres próximos (Código Civil português, Código Civil italiano) mantêm em seus bojos o contrato de trabalho devidamente regulamentado. Nosso Código Civil era por demais recente para sofrer tal fragmentação, que apontou seu precoce envelhecimento em face da desatenção do legislador aos fatores econômicos que se afiguravam na Europa no decorrer do séc. XIX (Revolução Industrial), especialmente, por terem advindo do Velho Continente a forma e a substância do nosso Código Civil. Mas nem de longe

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ A própria jurisprudência mais recente reconhece a diversidade de concepção do princípio da igualdade quando enfrentado à luz do CC e da CLT: "Direito do Trabalho *versus* Direito Civil. Inaplicabilidade da igualdade nas relações do trabalho. O Direito do trabalho encerra profunda significação moral que não deve ser esquecida e que vai coincidir, em última análise, com o ideal do respeito à dignidade da pessoa humana. Na sociedade capitalista que nos consome, a falta de trabalho não reflete mais só sob dimensão psíquica do ser social, mas em sua sobrevivência, o que acaba por aumentar os níveis de marginalidade e criminalidade. Esta brevíssima reflexão fugiu à recorrente, ao entender que dever-se-ia tratar empregados e empregadores igualmente, como faz o direito civil, com os contratos" (TRT 3ª Região - RO 22.552 - Belo Horizonte - Rel. Juiz José Miguel de Campos - j. 15/09/99 - DJ 11/11/99).

poderia o Código Civil dar a resposta social que esperavam os trabalhadores da década de quarenta, favorecidos que foram, inclusive, por uma jurisdição especial (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), atualmente em processo de reflexão e reestruturação, por conta da propagada globalização e da necessidade de ganho de competitividade industrial.

A cláusula de solidariedade contratual, singular e coletiva, apresenta-se como a grande mola propulsora ideológica da CLT, desde a década quarenta, efetivando a dignidade do contratante trabalhador. Tão forte a intervenção do Estado na legislação trabalhista que, por vezes, esquece-se da sua origem civil e da sua natureza contratual.

2.5.1.1 O contrato no Código Civil brasileiro

Por certo que o desenho do contrato estampado no Código Civil brasileiro de 1916 não destoa daquelas características antes aludidas. Além disso, o Código Civil, enquanto espinha dorsal do sistema privado nacional, traz um modelo realmente absoluto de contrato, sempre fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes. Tamanha a força vinculativa da vontade contratual no Código Civil brasileiro que é estranho ao seu texto assuntos já vertentes na Europa, fonte de grande inspiração do codificador, como a resolução ou rescisão negocial a partir da Teoria da Pressuposição (Windscheid - 1850¹⁵⁶), avaliada por conta dos estudos

¹⁵⁶ Vale destacar, a propósito da Teoria da Pressuposição, a frase de Windscheid à qual MENEZES CORDEIRO, sabiamente, atribuiu o qualificativo de profecia, “*É minha convicção firme*

preparatórios do BGB, ou ainda a própria teoria da *cláusula rebus sic stantibus*.

Nenhuma outra reflexão é necessária para se avaliar o poder vinculante da força da vontade contratual, quando se conclui que uma cláusula, à luz do Código Civil, por mais abusiva que possa parecer, nunca é inválida, desde de que livremente contratada, ressalvadas hipóteses pontuais, como a do art. 115 do código.¹⁵⁷ Nesse diapasão, apesar de em França ter sido cogitada a idéia do contrato de adesão, em 1901 (Saleilles), ele jamais encontrou espaço no Código Civil, pois o contrato, aqui, sempre é de *gré à gré*¹⁵⁸ -- de lado a lado -- nunca despersonalizado (massificado), portanto.

Neste momento, é importante frisar que a construção da teoria contratual feita a partir do Código Civil, e o texto legal nada se referindo a uma teoria geral dos contratos, vem pautada pela leitura do seu artigo 81 (*Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico*), inserida no âmbito da Parte Geral do Código.

Em verdade, a teoria geral do contrato, revestida e acolhida integralmente pela noção de "ato jurídico", acabou por servir como medida exata à teoria do negócio jurídico de E. Betti, que, para se adaptar àquela vertente teórica, respeitou a evolução jurisprudencial e doutrinária destes anos de vigência do Código Civil.¹⁵⁹

que a pressuposição, tacitamente expressa, far-se-á sempre valer de novo, faça-se o que se fizer contra ela. Expulsa pela porta, ela volta pela janela" (In: Da boa fé no direito civil, 1997, p. 1032).

¹⁵⁷ CC. Art. 115. "São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privem de todo efeito o ato, ou o sujeitem ao arbítrio de uma das partes."

¹⁵⁸ Numa tradução literal de "*vontade a vontade*".

¹⁵⁹ Judith MARTINS-COSTA, Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Direito do Consumidor*, n. 3, p.135, jul./dez. 1992.

No plano da interpretação dos atos jurídicos (*lato sensu*), vinculou-se o Código Civil à Teoria Subjetiva, ao dispor o artigo 85 que *Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*, bem revelando o perfil subjetivista e individualista impresso, pelo código nas relações em geral, em que predomina o querer íntimo em detrimento da vontade manifestada.

Seria injusto, porém, não compreender e não relacionar o fato da codificação ao momento histórico pelo qual passava o Brasil, cercado da premente necessidade de ressalvas e garantias individuais em texto legal (noção de segurança jurídica da modernidade), quando então debutava o regime político republicano, institucionalmente inaugurada a República em 24 de fevereiro de 1891, com a primeira Constituição Republicana. Nessa época, mostravam-se pujantes os debates em torno da codificação civil brasileira, que efetivamente se deram entre 1855 e 1915, e conforme assinalou o próprio codificador, Clóvis Bevilacqua “a consolidação das leis civis nos consumiu sessenta anos de trabalho, que tantos vão de 1855, época do início da Consolidação (de Teixeira de Freitas) até 1915”.¹⁶⁰

O perfil histórico do contrato no Código Civil é fruto da codificação europeia dos séculos XVIII e XIX, dela não discrepando; é uma síntese de tudo o que já se disse neste trabalho acerca do contrato da modernidade. Torna-se oportuno e interessante verificar o que oferece o legislador do Projeto do Código Civil, quanto às inovações contratuais, para concluir se os novos artigos bem demarcam os sinais da pós-modernidade e, especialmente, se guardam relação com a vigente Constituição.

¹⁶⁰ *Apud* Munir KARAM, O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao Projeto Bevilacqua) o sistema do Esboço, Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, n. 1, p. 328. 1988.

A comparação entre o Projeto e a Carta é indispensável, pois, no viés deste trabalho, intolerável se mostra uma nova lei civil que não realize a vocação solidarista da Constituição de 1988.

2.5.2 O Contrato no Projeto de Código Civil

Despontam como pontos favoráveis ao Projeto: a inclusão, no renovado capítulo das Disposições Gerais (*Dos Contratos em Geral* - Título V - Capítulo I - Seção I), da limitação do exercício da liberdade contratual a uma função social do contrato (art. 420¹⁶¹); a presunção da boa-fé, enquanto princípio geral dos contratos (art. 421¹⁶²), e uma vez incluída nas *Disposições Gerais*, distanciando-se do modelo corrente que suscita o princípio, de maneira pontual. Ademais, ainda na linha da boa-fé, reconheceu-se ter ela pluriaplicação na relação contratual, na medida em que se torna exigível sua observância, tanto na conclusão quanto na execução da avença.

Também deve ser mencionado o reconhecimento que o Projeto faz do contrato de adesão, tacitamente inserindo-o no regime do contrato geral, ao estabelecer seu artigo 422 critério de interpretação mais favorável ao aderente. O Projeto não regula expressamente o contrato de adesão, como o faz, por exemplo, o

¹⁶¹ Projeto CC. Art. 420. "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

¹⁶² Projeto CC. Art. 421. "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

artigo 54 do CDC, mas o recepciona em plano interpretativo.

Segunda regra acerca da interpretação do contrato de adesão, nos termos do artigo 423 do Projeto,¹⁶³ impõe, com pena de nulidade, cláusula contratual que estipula a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do contrato. Vale dizer que a cláusula de renúncia ou de exoneração de responsabilidade do redator do contrato, contrária ao seu fim, é reputada como nula. Nem deve ser diferente, uma vez que cláusulas de contrato não podem atentar contra a própria causa do negócio.

Estendendo-se a outras leituras, a regra acaba sendo importante para evidenciar que nem todo contrato privado é paritário, assim como, comparativamente, nem todo contrato de consumo é de adesão.

Sobre a função social, não só do contrato, mas dos institutos jurídicos em geral, dos quais não se exclui o contrato, far-se-á investigação minuciosa sobre o seus aspectos, antes constitucional que civil, em momento reservado ao tema (Capítulo 8). Contudo, necessário, afirmar, por enquanto, que desde a Carta de 1988, há o imperativo conformante da livre iniciativa, a qual de melhor forma não se revela, a não ser pela figura do contrato interprivado, podendo ser empregada nos ditames da justiça social.¹⁶⁴

A boa-fé a que se reporta o Projeto é, sem dúvida, a objetiva, na medida em que impõe respeito em situações específica do processo de contratação

¹⁶³ Projeto CC. Art. 423. "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

¹⁶⁴ CR. Art. 170. *Caput*. "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:" (grifei).

(contratação e execução). Processo este que se desenvolve mediante a manifestação dos atos contratuais de formação e de execução, exteriores à *psiqué* do sujeito, o qual emprega a sua liberdade contratual, independentemente de suas crenças, e de não estar agindo em contrariedade à lei e aos interesses alheios. Logo, está demarcada a nova tendência do direito contratual, que se distancia, cada vez mais, do individualismo preponderante no atual código e cultua o respeito ao outro contratante, e mesmo, àquele que do contrato não participa, enquanto, esta última implicação, manifestação possível da funcionalização (social) do contrato.

O Projeto não se preocupa em estabelecer sanção civil pela inobservância da função social do contrato e pela quebra ao princípio da boa-fé. Sobre a violação à função social do contrato, recorro, nesta tese, conforme subcapítulo 8.3.1, à teoria da nulidade virtual. Quanto à violação da boa-fé, por sua vez, pode-se, em análise sistêmica, empregar o comando do artigo 51 do CDC,¹⁶⁵ ao sancionar sua quebra, prevista no inc. IV daquela lei,¹⁶⁶ com pena de nulidade. Mas esta não é a única possibilidade de leitura do artigo 421 do Projeto, na medida em que o legislador, aqui, não se preocupa em ditar a sanção, ao passo que, diversamente, o legislador consumerista imputa com a pena de nulidade a violação à boa-fé.¹⁶⁷

Talvez o comando do artigo 423, ao se manifestar a favor da nulidade contra

¹⁶⁵ CDC. Art. 51. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:"

¹⁶⁶ CDC. Art. 51. Inc. IV. "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

¹⁶⁷ Outra poderia ter sido a opção do legislador consumerista, conforme solução encontrada na própria Lei n^o 8.090/90, ao dispor, seu artigo 46, que será ineficaz a obrigação assumida pelo consumidor, caso não prévia e adequadamente informado de seu conteúdo e extensão, em evidente homenagem ao princípio da transparência, variante possível da boa-fé objetiva.

cláusula violadora da própria causa do contrato, possa ela vir a ser estendida aos demais vícios negociais antes apresentados, então se aplicando a penalidade máxima do sistema civil, qual seja, a da nulidade, até porque essa opção já está arraigada em nosso sistema contratual contemporâneo.

2.5.2.1 Um novo Código Civil : (in)oportuna política

Sem dúvida, afirmar que o Projeto não traz inovações no campo do direito dos contratos, em face ao Código Civil de 1916, é sustentar o insustentável. As inovações mais relevantes são as pertinentes à função social que se impõe à liberdade de contratar (artigo 420) e a observância, pelos contratantes, do princípio da boa-fé, tanto na conclusão quanto na execução do negócio.

Mas, em verdade, as “inovações” trazidas não são renovadoras do pensamento contratual contemporâneo. Comparativamente ao impacto legislativo causado pelo Código de Defesa do Consumidor, este sim, inovador ao relançar não só a boa-fé, mas ainda os princípios da confiança, transparência e, especialmente, da equidade, o Projeto nos traz notas já conhecidas, ou mesmo “[...] uma luz para requestrar o passado e não o caminho para apreender o presente e descortinar o futuro”,¹⁶⁸ pois, assim como afirma FACHIN,¹⁶⁹ entende-se que a justificativa unitária do código, renovada pelas forças de um Projeto, não abre espaço para as

¹⁶⁸ FACHIN, A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil, *Revista dos Tribunais*, n. 757, p. 66-67, nov. 1998.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 69.

incontáveis diversidades sociais,¹⁷⁰ possibilidades em que, também, se situam o justo e o solidário.

A “camisa de força”, unitária e totalizante, do Código Civil de 1916, não deu conta de segurar a onda decodificadora, fenômeno legislativo verificado na Itália, com a “*rottura dell’unità*”, classicamente retratada por Natalino IRTI (“*Il codice civile há perduto il carattere di centralità nel sistema delle fonti: non più sede di garanzie dell’individuo, ormai e sovolve della Costituzione*”),¹⁷¹ tendo grande influência neste processo a Constituição italiana de 1948. Com a nova Constituição, o Código Civil de 1942 perde seu estigma de centralidade do ordenamento jurídico privado, passando a desempenhar o papel de mero “*programma ad esecuzione*” da normativa constitucional.¹⁷²

Ainda acompanhando IRTI, quando aponta o caráter residual do Código Civil italiano, em face de sua contemporânea especialidade, conclui que

[...] é possibile dire, in linea negativa, che il nostro non è il tempo di nuove codificazioni, né di riforme generali, com cui ci s’iluda di mutare struttura e funzione del codice vigente. Le leggi esterne, moltiplicandose e consolidandosi, renderanno più rapido e profondo il processo di espropriazione del codice, ridotto, per un lato, a disciplina di casi residuali, e, peraltro lato, a regola di istituti amplissimi, presupposti

¹⁷⁰ Natalino IRTI conclui, sobre o rompimento da idéia de unidade do Código Civil italiano de 1942 que: “*Il problema del codice civile oggi è null’altro che il problema del potere, che la stessa dialettica tra lo Stato ed i gruppi sociali. La crisi della ‘centralità’ del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell’emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites. che esigono specifici statuti e tavole di diritti*” (In: L’età della decodificazione, 1986, p. 38).

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷² Vale a transcrição do autor, até porque, muito oportuna, no sentido civil-constitucional da tese: “*La Costituzione contiene il progetto di una nuova società, disegna strutture e rapporti destinati a realizzarsi in futuro. Il codice civile, già vecchio di sei anni, appartiene al passato: strumento necessario ed ineliminabile è la legislazione speciale, che, per singoli istituti o categorie di interessi attui i principi della Costituzione. La specialità assume così un nuovo significato: non più svolgimento di criteri già accolti nel codice civile, o introdotti dal legislatore ordinario, ma realizzazione di principi costituzionali. Non più rapporto di genere a specie, ma di programma ad esecuzione. Le norme speciali si caratterizzano ormai come norme attuative di principi costituzionali*” (In: L’età della decodificazione, p. 70).

appunto da quelli leggi.^{173 174}

A limitação temática da tese não permite incursões mais amplas sobre o assunto da codificação, mas estas poucas referências revelam afinidade com a corrente do pensamento jurídico nacional que entende, nas palavras de Orlando GOMES, ao definir as possíveis variantes sobre o argumento, “o esgotamento do processo histórico-cultural da codificação”,¹⁷⁵ pois injustificável a criação de um novo Código Civil que não acrescente originalidade ao sistema, notadamente à matéria contratual, sem que se rompa com o unitarismo de sua proposta.

Justamente, sob esta razão de ser (unificar o sistema contratual), um novo código não produzirá tal efeito, nem mesmo tipificando novas figuras contratuais, estabilizando, em nível positivo, princípios já consagrados pela Constituição da República, leis especiais e jurisprudência. Portanto, conclui-se, brevemente, que, após a Carta de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, o Projeto não empolga, pois não chega a lançar um novo sistema contratual. Em verdade, sua

¹⁷³ *Ibidem*, p. 36. Na tradução livre: “[...] é possível dizer, em linha negativa, que o nosso não é o tempo de novas codificações, nem de reformas gerais; com o que se iluda de mudar estrutura e função do código vigente. As leis externas, multiplicando-se e consolidando-se, renderam mais rápido o profundo processo de expropriação do código, reduzido, por um lado, a disciplina de casos residuais, e, por outro lado, a regra de amplísimos institutos, pressupostos mesmo daquelas leis”.

¹⁷⁴ Natalino IRTI, em 1995, ameniza a vibração do discurso antes transcrito, em sua obra *Codice civile e società politica*, enfocando o papel do Código Civil italiano no plano da perspectiva política, aponta que: “*Alla stanchezza costituzionale si contrappone la stabilità del codice civile;*” (p. 9), trazendo esta revisão de ponto de vista, que, no meu pensar, não teve a força de desfazer a construção anterior, sobretudo a sempre presente discussão sobre a importância do jogo político entre constituição e código civil. Aliás, o assunto vem renovado por conta dos trabalhos de uma *Commission supérieure de codification*, em França, desde 1996; fala-se, ainda, na redação de um Código Civil europeu, desde 1994 (RODOTÀ, *Aspettando un codice?*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, jun. 1998, p. 3). Mas tais experiências européias, considere-se, levam em conta a oportunidade política de uma nova estrutura de Estado Comunitário, função codicística de unificação política empregada na Europa, quando da constituição política de novos Estados ou regimes políticos. Tal situação inexistente no Brasil, ao menos, até este momento.

¹⁷⁵ Miguel REALE. *O projeto do novo código civil*, 1999, p. 117.

apresentação no cenário jurídico brasileiro é tardia, devendo ser afastada.

3 PRENÚNCIO DA RESISTEMATIZAÇÃO

O discurso sobre a oportunidade de se fazer uma leitura sistêmica do Direito, aqui particularizado no breve percurso de fluxos e contrafluxos do Direito Civil e do Direito Constitucional, parece se destacar, ainda mais, se posto em evidência o processo de descodificação do Direito Civil. A própria idéia de constitucionalização do ordenamento jurídico já comporta, em si mesma, a premissa de falência do sistema codificado.

O “pequeno sistema Civil-Constitucional”, percorre outras fontes, que não somente aquela clássica que parte do Código Civil, invocando uma necessária resistemização do pensamento jurídico, haja vista que o porto de lançamento de toda construção clássica do Direito Privado (Código Civil) não mais se apresenta como mediador no debate social contemporâneo.

Todavia, esse processo não é obra do acaso, mas sim decorrência direta do recesso da dogmática jurídica, uma vez identificada com o positivismo codicístico. Tal papel reduzido da dogmática conduziu o juiz a uma função mecânica de simples aplicador (silogístico) da regra posta, servo do poder transitório e burocratizado.¹⁷⁶ Atualmente, ele (o magistrado) assume uma função muito mais elevada, uma função constitucional que, sobretudo, visa dignificar o homem e eliminar a desigualdade sócioeconômica. Ademais, a falência da idéia de unidade e totalidade do sistema codificado também serve para justificar a busca de um novo paradigma do contrato, baseado, nestas premissas, sua mola propulsora.

O caos do contrato é retrato fiel da saturação do sistema fechado do código, tendo aquele instituto desbordado de seus limites restritos para atingir segmentos mais particulares e comprometidos com a atual ordem constitucional (v.g. o CDC).

Assim, Ricardo Luís LORENZETTI, após discorrer sobre a necessidade social de dogmatização dos fundamentos sociais, por meio dos códigos de leis, precedentes, leis divinas, ou qualquer outro meio legítimo de convencimento que ostente uma certa magnitude de poder e sanção, afirma que o processo da resistemização passa pela eleição de um novo patamar, sugerindo um sistema lastreado em "normas fundamentais", que seriam encontradas nas "[...] 'fontes superiores': Constituições, tratados, princípios e valores".¹⁷⁷

3.1 O SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL: UM CAMINHO A TRILHAR

Na construção dos novos paradigmas do Direito Civil, mostra-se mais do que oportuna a aproximação da Constituição ao Direito Civil, em busca de uma leitura politicamente atualizada, não só do Código Civil mas, também, de todo, o ordenamento Civil.

O pensamento do paradigma constitucional parece tomar grande impulso na Itália, quando, no final da década de sessenta, busca-se uma releitura do Código Civil e das leis especiais, à luz da Constituição italiana republicana.¹⁷⁸ Aquela

¹⁷⁶ MONATERI. *op. cit.*, p. 133.

¹⁷⁷ In: Fundamentos do direito privado, 1998, p. 79.

¹⁷⁸ RESCIGNO. Introduzione al codice civile, 1994, p. 17.

experiência motivou a atual reflexão sobre o nosso Direito Civil, em função de serem tempos, politicamente, muito próximos. Época italiana na qual se buscava uma reforma profunda do Código Civil, através da lei n^o 557/c, de 10 de outubro de 1963,¹⁷⁹ em uma frustrada tentativa para, de uma vez por todas, romper com o sistema fascista que o originara e que não mais dava respostas democráticas ao regime republicano da atual Constituição.

Guardadas as devidas proporções dos eventos, considera-se muito valoroso o exemplo italiano, pois que, vendo-se minado, aquele intérprete não deixou de reconhecer a força hierárquica da Constituição, para dela extrair uma releitura do Direito Civil.

Mas não somente isso. Também se lembra que a releitura do Direito Civil por intermédio da Carta contribui para a superação da fratura entre a produção científica e a realidade prática, visando à adequação de conceitos e categorias às exigências de uma sociedade que, rapidamente, se transforma.¹⁸⁰

A construção desse novo paradigma do Direito Civil e, em especial, do contrato, no Brasil, passa pelo mesmo reconhecimento que se confere às normas eminentemente civis, e que alcançaram dignidade constitucional com a Carta de 1988. Ela trata, notadamente, das regras postas em favor da pessoa e da sua existência (dignidade, liberdade, igualdade, inviolabilidade de direito à vida, à segurança, à propriedade etc.), assumindo a pessoa o centro das atenções do

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ PERLINGIERI, Scuole, tendenze e metodi, 1989, p. 112.

ordenamento jurídico.¹⁸¹

O contrato, sob aquele enfoque, âmbito maior do ranço clássico do patrimonialismo, e seu princípio nuclear (liberdade contratual) não saem ilesos, pois o princípio da liberdade e da livre iniciativa jamais podem ser colocados à margem da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, visto que a liberdade é encarada enquanto princípio fundamental da ordem econômica, perseguidora do desenvolvimento da personalidade humana.¹⁸²

O paradigma proposto da constitucionalização do Direito Civil, descompromissado com a leitura que se faça do método de interpretação da normalística civil, se direta ou indireta, conforme visto ao início, tem como destaque o reconhecimento da eficácia da norma constitucional, independentemente da existência de normas ordinárias, incisivas nas relações interprivadas. Considera PERLINGIERI, precisamente, que a normativa constitucional se afeiçoa “[...] *soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto della relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizandole ai nuovi valori*”.¹⁸³ É claro que, a tal raciocínio, não passa despercebida a leitura sempre positiva e fechada que se faz nos sistemas codificados, flexibilizando-a o intérprete, na medida do liame que diretamente estabelece ao acionar aquele sistema hierárquico superior.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Idem.* Il diritto civile ..., 1991, p. 197.

¹⁸² RAISER, Il compito del diritto civile, 1990, p. 62-63.

¹⁸³ *In: Il diritto civile ...* p. 199. Na **tradução livre** “[...] *apenas mera regra de hermenêutica, mas norma de comportamento, idônea a incidir mesmo sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando os novos valores.*”.

¹⁸⁴ *Ibidem.* p. 205.

Ainda, conforme adverte PERLINGIERI, a tarefa de implantação deste novo paradigma não é simples, pois transita pela individualização de um sistema de Direito Civil, harmonizado com os princípios fundamentais e particulares da pessoa humana (princípios fundamentais), até porque, neste seguimento constitucional se localizam muitas normas essencialmente civis;¹⁸⁵ pela redefinição do fundamento e extensão dos institutos jurídicos e especialmente daqueles civis sob o manto de uma nova funcionalização e de um renovado juízo de *meritevolezza*;¹⁸⁶ adequação das técnicas e instrumentos da teoria da interpretação, não só aspecto legal, mas sobretudo, no contratual.¹⁸⁷

A constitucionalização do Direito Civil anda a passos mais largos pois, se em algum lugar do sistema jurídico se encontra a fonte da tutela do consumidor, este lugar, também comum às demais leis, por uma razão hierárquica evidente, se chama Constituição da República. E não só pelo fato de ser o consumidor alvo de uma expressa referência pela Carta (art. 170, inc. V), sem igual referência ao contratante civil, está liberado o intérprete de fazer a leitura do Código Civil, e de seus milenares contratos típicos (*v.g.* doação, compra e venda, troca etc.), à luz da Constituição. Essa é uma prática que, conforme a problemática apontada neste trabalho, tem se mostrado de difícil implantação, apesar de muito se falar no respeito à Constituição ou à ordem constitucional. Já se faz tardio o discurso e necessária a efetiva implementação da Carta.

¹⁸⁵ RESCIGNO. Introduzione al codice civile, 1994, p. 47.

¹⁸⁶ Não se encontra uma tradução específica para a palavra *meritevolezza* no Direito brasileiro, aproximando-se do conteúdo semântico de tipicidade ou recepção pela lei ou ordenamento jurídico. Pode-se a ela acudir como "merecimento de tutela", conforme tradução de Maria Cristina De Cicco, da já versada obra de Pietro PERLINGIERI. Perfis..., 1997, p. 229.

¹⁸⁷ PERLINGIERI. *op. cit.*, p. 200.

Nesta trilha de construção de um novo paradigma, mostra-se também oportuna uma definição, mesmo que rápida, de Direito Civil-Constitucional.

Primeira noção importante para conceituar esta original *infraestructura*¹⁸⁸ do Direito Civil é, justamente, reconhecer que a normativa civil conformada pela Constituição é composta de regras e de princípios normativos institucionais, integrados no corpo constitucional e todos interligados num unitário ordenamento jurídico. Prevalece aqui a concepção sistêmica do Direito e, sobretudo, a institucional do contrato, encontrando seu máximo fundamento na Carta.¹⁸⁹

A Constituição não se limita aos seus aspectos positivos, dela fazendo parte uma normativa mais ampla, composta pelos valores e princípios abstratos e concretos que reúne.

Em segundo plano, está a constatação de que em torno da pessoa se funda a concepção do novo paradigma, na sua tutela, em si mesma, ou em suas plúrimas dimensões de família e propriedade,¹⁹⁰ especialmente em nosso regime constitucional no âmbito da propriedade, do contrato e outras residuais, como o do dano extrapatrimonial¹⁹¹ contratual, que conjuga, complexamente, uma violação patrimonial (quebra a um clássico devedor jurídico revestido de patrimonialidade) concomitantemente a uma violação da personalidade humana.

Terceiro aspecto desta edificação conceitual é a evidência de que a normativa

¹⁸⁸ FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional, 1986, p. 179.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 174.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 175-176.

¹⁹¹ O art. 5º inc. X, da CR ampara o direito a indenização ao “dano moral”, sem distinção da sua origem aquiliana ou contratual, de forma a estarem, ambas as fontes, tuteladas pela Carta.

civil posta na Constituição não tem a pretensão de exaurir a matéria pertinente às relações civis, não obstante seja possível a aplicação direta da norma constitucional às atividades interprivadas. O papel da Constituição é, antes, teleológico,¹⁹² não lhe cabendo o tratamento minucioso dos institutos jurídicos civis. O argumento é importante, notadamente em nosso meio jurídico em que prevalece uma fração entre a atualidade Constitucional e a velha codificação de 1916. Não se pode, simplesmente, substituir a normativa posta no Código Civil pela Constitucional, tendo a legislação infraconstitucional, esta sim, um propósito de regulamentação minuciosa da vida privada. Idéia diversa pode contrastar com a sustentada neste texto de descodificação do Direito Civil, pois, contraditoriamente, estar-se-ia trocando o Código Civil pelo “Código Constitucional”.

Vistos tais limites, pode-se conceituar o paradigma em questão, nas palavras de Joaquín Arce y FLÓREZ-VALDÉS, como sendo um

sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitucion, relativos a la proteccion de la persona en si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones juridico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases mas comunes y abstractas de la regulacion de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicacion inmediata o pueden servir de referencia da la vigencia, validez e interpretacion de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo. (sic)^{193 194}

Apesar das dificuldades de implantação do novo paradigma, anteriormente

¹⁹² FLÓREZ-VALDÉS. *op. cit.*, p. 177-178.

¹⁹³ *Ibidem.* p. 178-179.

¹⁹⁴ O conceito pode levar à investigação terminológica da expressão “Direito Civil-Constitucional”, sobre o que se mostra desnecessária consideração maior que a presente nota, pois o processo histórico-cultural já consagrou a expressão no Brasil, não se encontrando cientificidade na indagação meramente etimológica do tema. Basta saber, no entanto, o que a expressão imediatamente revela, ou seja, da qualificação constitucional da indagação civil que se realiza de algum instituto jurídico, assim como da sua localização normativa.

vistas, conforme adverte PERLINGIERI, é indiscutível reconhecer que este método já começa a se afirmar com maior naturalidade perante a doutrina nacional.^{195 196} No Brasil, basta um gesto de maior humildade jurisprudencial, no sentido de se perceber definitivamente que a Constituição tem como destinatário precípua, tão importante ou mais que o legislador, o juiz. Saliente-se que tal enfoque não é novo, sendo reconhecido e ventilado, por exemplo, na Alemanha, desde o século XIX, evidenciada a sujeição do administrador público e do juiz às Constituições¹⁹⁷ do momento.

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especificamente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do Código Civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isso é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüências da

¹⁹⁵ A propósito, vide a obra coletiva Direito civil constitucional, coordenada por Renan LOTUFO, que congrega temas distintos tanto quanto são variados os espaços constitucionais, com destaque aos artigos Equilíbrio contratual (Carlos Alberto Goulart FERREIRA) e Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro (Carlyle POPP).

¹⁹⁶ Ainda, de forma mais concreta, vide DE CICCIO (*In: Perfil constitucional da Alienação fiduciária em garantia. Revista da Faculdade de Direito*, 1996, p. 243-249) ao prever uma aplicação concreta da normativa constitucional, para restringir a prisão por dívida, mesmo que instituída por dispositivos ordinários posteriores e inferiores hierarquicamente à Constituição.

¹⁹⁷ Constituição da Confederação Alemã Setentrional (*Norddeutscher*) e Constituição do Reich

massificação negocial.

3.2 FORÇA GERADORA E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

O reconhecimento dos princípio jurídicos gerais alcança, no sentido visto, relevância ímpar, por se tratar de elemento constitutivo da unidade interna do sistema. E essa visão, de modo sumário, por causa da flexibilidade histórica e temporal, axiológica portanto, com que os princípios são apreciados, em oposição a uma corrente adversa, que lhes empresta uma feição atemporal e acultural.

A proposta deste trabalho parece ter mais afinidade com a idéia de BETTI, ao dizer que os princípios gerais se manifestam “en la conciencia social de la época”,¹⁹⁸ atrelando-os ao Direito Natural, em razão de sua localização fundamental e inicial do sistema.

A escolha quanto à natureza dos princípios gerais, em verdade, decorre da efetiva existência de princípios gerais do Direito Natural e princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado, cabendo saber a qual deles emprestar alguma força jurídica.¹⁹⁹ A discussão é histórica, mas a experiência pré-codificadora do Código Civil italiano de 1865 conduzia o intérprete do sistema de *casus legis* e da

Alemão (*Reichsverfassung*) (In: RAISER, *op. cit.*, p. 172)

¹⁹⁸ FLÓREZ-VALDÉS, Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, 1990, p. 93.

¹⁹⁹ Não há como se negar, por exemplo, que o direito à vida seja metalegal, encontrando sua fonte antes numa norma ou valor fundamental não escrito que pode ser definido de natural que no ordenamento em si: a revogação do artigo 5º, *caput*, da Constituição, hipoteticamente, não implicariam autorização de atos contrário à vida.

rattiones,²⁰⁰ aos princípios do Direito comum, com a mistura de princípios romanos, canônicos e consuetudinários, apresentado-se como fonte supletiva os princípios gerais do Direito Natural. A experiência codificadora de 1865 fez referência somente aos “*principi del diritto*” e, a de 1942, aos “*principi generali del ordinamento giuridico dello Stato*”, invertendo sua concepção, contrapondo-se ao sistema original, supletivamente fundado nos princípios do Direito Natural.²⁰¹

A tendência, após a exclusão da natureza dos princípios gerais do Direito, voltada ao Direito Natural, consiste em se atribuir, ao princípio, força normativa (perfil positivo). Embora seja louvável esta busca teórica, corre-se o risco de anular o reconhecimento dos princípios, como fonte direta do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a abertura do sistema, deparando-se, com mais um grupo de regras jurídicas como as demais já positivadas, as quais servem para alimentar a idéia do sistema fechado (completo e único).

Predomina a concepção, aliás, de que o sistema jurídico somente deve ser assim considerado se, de princípios gerais do Direito, puderem ser deduzidas regras concretas.²⁰² Sobre isso, é conhecida a opinião de DIEZ-PICAZO de que a idéia deriva do princípio da linguagem geométrica, “*onde designa as verdades primeiras*’ [...]. *Exatamente por isso são princípios*”, ou seja, “*porque estão ao princípio*”, sendo *premissas de um ordenamento que se desenvolve more geométrico*”,²⁰³ com o que se concorda em parte, somente no que se refere à importância original dos

²⁰⁰ Critério baseado na opinião comum dos doutores e na jurisprudência prevalente.

²⁰¹ MONATERI, Pensare il diritto civile, 1997, p. 27-28.

²⁰² BOBBIO, Teoria ..., p. 77.

²⁰³ In: Ruy Samuel ESPINDOLA, Conceito de princípios constitucionais, 1998, p. 47.

princípios jurídicos. Não basta para uma releitura do pensamento sistemático se dizer comprometido com a fonte dos princípios jurídicos, cabendo, neste momento, a revisão do método por meio do qual se faz uma nova investida sobre o tema. É a busca da presente tese, inconformada com o método lógico dedutivo hermético, contido no Código Civil ao definir e delimitar o contrato, sempre baseado no dogma da vontade.

Identificar um princípio, enquanto geral, do Direito, não é tarefa que se possa dizer simples, sendo arriscada uma classificação elaborada sem um juízo de relatividade, em função do princípio aplicado ao caso concreto. Segundo FLOREZ-VALDÉS, nem mesmo os “princípios” expostos na Carta Constitucional podem ser ditos, invariavelmente, gerais,²⁰⁴ em que pese ser este o ambiente legislado adequado para localizá-los. Na Carta brasileira, por exemplo, são indiscutivelmente gerais ou fundamentais os princípios contidos nos artigos 1º ao 4º, com seus respectivos incisos. Nesse mesmo rol, nos incisos do artigo 3º, da Carta, é inegável o tom programático dos “princípios” ali dispostos, o que não implica ineficácia, pois, em verdade, eles representam valores jurídicos reconhecidos pelo ordenamento.

Especificamente acerca do Direito Civil, sugerem-se como princípios gerais os: da autodeterminação, da auto-responsabilidade, da proteção do tráfego e da confiança, da consideração pela esfera da personalidade e da liberdade dos outros e da restituição do enriquecimento ilícito, a fundarem, exemplificativamente, o sistema do civil. Dizem ser gerais ainda, a boa-fé, a proibição ao abuso de direito e a sanção da fraude à lei.²⁰⁵

²⁰⁴ In: Los principios generales del derecho y su formulación constitucional, 1990, p. 97.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 84.

A especialização do Direito Civil em livros, notabilizando-se como o mais amplo código do direito material brasileiro, propõe, inclusive, a subsistematização dos princípios, de curto alcance e influência restrita, como, por exemplo, a mínima penetração do princípio da liberdade contratual para o casamento, resumida a sua aplicação, talvez, ao *pacto ante nupcial* de eleição do regime de bens dos cônjuges, por ser o efeito patrimonial considerado impróprio para o instituto jurídico do matrimônio.²⁰⁶ Basicamente é o que se observa, na doutrina espanhola, entre “*principios generales de Derecho*” e “*principios generales del Derecho*”,²⁰⁷ sendo considerados os gerais aqueles sobre os quais o ordenamento se conforma (“*principios generales del Derecho*”) e, os demais, meras derivações dos gerais, pertinentes a setores do ordenamento.²⁰⁸

Parcela da incerteza sobre a lista dos princípios gerais do Direito Civil se atribui a alguma confusão semântica, ou mera aproximação, que a doutrina faz entre princípios e institutos jurídicos,²⁰⁹ muitas vezes sendo elencados institutos na qualidade de princípios como, v.g., “o fenômeno sucessório ou sucessão por morte”, que é indiscutivelmente um instituto jurídico e não um princípio, mesmo que setorizado.²¹⁰

Ocorre saber se os princípios são aplicáveis diretamente às relações jurídicas ou, se em caso negativo, qual é o seu efetivo papel dentro do sistema jurídico.

²⁰⁶ NALIN, Ética e boa fé no adimplemento contratual, 1998, p. 187.

²⁰⁷ FLÓREZ-VALDÉS, *op. cit.*, p. 65-66.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 65.

²⁰⁹ Vide, sobre instituto jurídico, notas de rodapé 1 e 2.

²¹⁰ A esse propósito, conferir MOTA PINTO, Teoria geral do direito civil, 1989, p. 155-165.

Vozes de peso se levantam contrárias a essa aplicação imediata, limitando o seu perfil a um desenho não normativo e, logo, desprovido de sanção, dependendo, antes, de serem “normativizados”.²¹¹ Esse quadro exposto por CANARIS pode, efetivamente, se ajustar a um sistema em que as normas, os subprincípios e os valores jurídicos estejam em harmonia com os princípios gerais do ordenamento. Porém, na realidade civil brasileira, o Código Civil se pauta, na matéria contratual, ainda, e exclusivamente, pelo dogma da vontade, ao passo que a Carta Constitucional somente autoriza a livre iniciativa enquanto funcionalizada pela justiça social. Inexiste outra alternativa que não a do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais encartados pela Constituição, sob pena de se atuar contrariamente à Carta e aos valores jurídicos superiores do Direito brasileiro.

Classicamente, na civilística brasileira, conforme ensina ESPINOLA, por força do artigo 4º da LICC, apresentam-se os princípios gerais “[...] com a grande fonte supletiva da ordem jurídica”,²¹² reservando-se a eles um restrito papel integrativo na interpretação da lei, após exauridas as fontes da analogia e dos costumes.

Coincidência ou não, a vocação meramente supletiva dos princípios gerais do Direito, conforme hierarquicamente organiza nossa Lei de Introdução (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), encontra similar disposição no Código Civil italiano do mesmo ano (16 de março de 1942) que, ao tratar “*delle fonti del diritto*”, mais especificamente no seu artigo 12,²¹³ referente à “*interpretazione della legge*”,

²¹¹ CANARIS, *op. cit.*, p. 96.

²¹² ESPINOLA ; ESPINOLA FILHO, A lei de introdução ao código civil brasileiro, 1999, v. 1, p. 110.

²¹³ CC italiano. Art. 12. ***Interpretazione della legge***. - *Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, se há riguardo alle disposizione che regolano casi simili o*

prefere, antes de tornar eficazes os “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”, aplicar dispositivos legais, casos similares e matérias análogas, trazendo idêntico perfil daquele da nossa LICC, em regime de rígida subsidiariedade à lei, analogia e costumes (no caso brasileiro) e restritiva posição hierárquica àqueles outros.

Em lance de inegável abertura de seu sistema de fontes jurídicas, a Espanha adota, em seu vigente Código Civil (1974), logo no seu artigo 1º, uma nova concepção aos princípios gerais, longe do seu limitado papel subsidiário e hierarquicamente reduzido, em face da lei e outras fontes, equiparando-os ao dizer que *“las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”*. No seu artigo 4º, complementa *“los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordinamiento jurídico”*. O novo posicionamento decorre das incursões doutrinárias de F. de CASTRO, que se antecipou à dogmática alemã posterior à Segunda Grande Guerra, percebendo nos princípios gerais funções para além de uma norma subsidiária, mas ainda enquanto *“fundamento del orden jurídico”*, com eficácia derogativa e diretiva, *“orientadores de la labor interpretativa”* e *“fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre”*.²¹⁴

O quadro descrito pela doutrina espanhola é modelo para a atual doutrina pátria que deseja abrir o sistema jurídico, pois mesmo com o Projeto de Código Civil não se vislumbra a mudança das bases de leitura dos princípios jurídicos, uma vez

materie analoghe: se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dall'ordinamento giuridico dell' Stato.

²¹⁴ FLÓREZ-ALDES. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. 1990. p. 53.

que a LICC não será atingida pela nova lei civil.

Só pequena parte dos princípios jurídicos encontram estabilidade normativa, o que não implica um juízo de menos valia, ante sua função aglutinadora das normas²¹⁵ positivadas, mesmo porque a transformação de um princípio em norma (regra) não retira dele (princípio) todo o seu valor e sua potencialidade. Segundo FLÓRES-VALDÉS, quando se refere ao pensamento de DÍEZ-PICAZO, “*hay principios generales del Derecho que se encuentran formulados en normas legales y otros que se encuentran consuetudinariamente practicados*”.²¹⁶ A força estruturante dos princípios independe de sua positivação, pouco importando se se apresentam em forma de preceito ou por mera abstração.

Do exposto, já se percebe a nítida distinção entre regras e princípios, neles se observando, mesmo nos princípios não estabilizados, a característica sancionatória do ordenamento. Caso exemplar de sanção decorrente da quebra de princípio jurídico está contido no inc. IV, do artigo 51, do CDC, ao se deparar o intérprete com a pena de nulidade, pela inobservância do fornecedor ao elaborar cláusula contratual distanciada do *princípio* da boa-fé. A boa-fé, neste espaço jurídico, acaba tomando uma dimensão ímpar, pois é a partir dela que se impõe o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (inc. III, art. 1º), frente ao também princípio constitucional da livre iniciativa (inc. IV, art. 1º). O indispensável é reconhecer força normativa no princípio, revestida de sanção, inclusive,²¹⁷ a

²¹⁵ CANARIS. *op. cit.*, p. 81.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 97.

²¹⁷ Sancão aqui é entendida no sentido tanto no sentido repressor quando no sentido premial, ou seja, em estímulo pela conduta socialmente aceitável e desejável.

desbordar de seu limitado papel de preenchimento das lacunas da lei, conforme prevê o artigo 4º da LICC.

A natureza normativa não se detém, no plano mais abstrato, nos princípios gerais do Direito, pois avança no sentido dos valores jurídicos, formando princípios, regras e valores, uma “tríade normativa”, conforme palavras de Paulo BONAVIDES, citado por Ruy Samuel ESPÍNDOLA.²¹⁸ Mas a própria doutrina dá conta de se acautelar sobre a dita natureza normativa dos valores jurídicos, talvez em razão da sua desassistida eficácia sancionatória.²¹⁹ ²²⁰ De qualquer modo, e em que pese FLÓREZ-VALDÉS definir o tema dos valores superiores como “*novedosa, crítica y esotérica*”,²²¹ parece razoável a diferenciação entre eles e os princípios gerais do Direito, baseados os últimos na idéia de origem, causa, gênese da sociedade, e os valores estabelecidos como meta, fim e critério axiológico do Direito.²²²

O fio condutor da tese se arrima na certeza de que o valor da solidariedade constitucional goza de eficácia normativa e sancionatória, pois nele reside a

²¹⁸ In: Conceitos de princípios constitucionais, 1998, p. 62, nota de rodapé 52. A distinção entre princípios gerais do Direito e valores jurídicos, ainda segundo Ruy Samuel ESPÍNDOLA, citando Manuel Aragon, não seria pacífica, se utilizando o autor espanhol das categorias da eficácia interpretativa e projeção normativa para distingui-los, para quem os valores jurídicos teriam somente eficácia interpretativa.

²¹⁹ São elucidativas as palavras de CANARIS, “Na verdade, a passagem do valor para o princípios é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor, ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade” (*Op. cit.*, p. 86-87).

²²⁰ “[...] considerar-se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença, conquanto sejam encarnações dos valores, têm a força mais elevada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade.” (FREITAS, *op. cit.*, p. 42). Ainda para uma análise mais acurada sobre o tema *vide* FLÓREZ-VALDÉS, Los principios generales del derecho y su formulación constitucional, 1990, p. 116-134.

²²¹ *Op. cit.*, p. 106.

²²² *Ibidem.* p. 117.

concepção de contrato aqui defendida.

3.3 O SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL : REFLEXÃO PRAGMÁTICA E COMPARATIVA ENTRE ALGUNS SETORES DO DIREITO CIVIL

Fator de estabilidade do modelo codificado, mesmo após a queda do regime fascista na Itália, decorre do surgimento da atual Constituição Republicana, em janeiro de 1948. O Código Civil italiano, de 1942, uma vez livre do programa e da ideologia cooperativa fascista, viu-se inserido em um novo sistema jurídico, em razão da sua permeabilidade aos novos princípios republicanos que se apresentavam na recém-promulgada Constituição. Por outro lado, a nova Constituição, colocada no vértice do ordenamento jurídico, estimulou novas regras infraconstitucionais, desencadeando, inicialmente, a completa reformulação do Direito de Família, no ano de 1975, reforma esta que, ao não se adequar ao Código Civil, ou vice-versa, gerou uma fratura na ordem jurídica.

O renovado sistema de família vem adequado à composição numérica dos velhos artigos do Código Civil. Todavia, o assentamento legal do novo desenho da família italiana, baseada nos princípios mais modernos da Constituição vigente, não trouxe energia sistêmica e estabilidade estrutural ao contexto geral do Código.²²³

Idêntica sucessão de fatos ocorre com o sistema civil-constitucional brasileiro, não por coincidência, com o mesmo ramo jurídico (Direito de Família) que, após a edição da atual Carta Constitucional brasileira, tornou ainda mais evidente a

²²³ IRTI, Consolidazione e codificazioni..., 1994, p. 248.

desatualização dos princípios segmentadores do Código Civil perante os mais básicos anseios sociais.

O Direito de Família, por ser o axiologicamente mais sensível dos que compõem o Direito Civil, foi o primeiro a reclamar uma regulamentação infraconstitucional apartada do Código Civil, especialmente em virtude da vocação irrestrita e incondicionada do princípio da igualdade que se assentou na família brasileira, conforme seu art. 226,²²⁴ não só entre cônjuges,²²⁵ como ainda, em panorama mais amplo, na busca da legalização das famílias não matrimonializadas²²⁶ e dos filhos havidos fora do casamento.²²⁷ Ante a mais absoluta defasagem normativa do Código Civil perante a Constituição, supostamente criou-se um duplo ordenamento vigente, na expectativa de que a jurisprudência pudesse dizer da aplicação constitucional à família contemporânea. Não se buscou, aos moldes do ocorrido na Itália, uma regulamentação completa do Direito de Família. que, de modo fragmentado, vem sendo reconstruída pelo legislador infraconstitucional.

Semelhante impacto do Direito de Família não se verificou no direito contratual brasileiro. O contrato, como se tem comentado ao longo deste trabalho, é o instrumento precípua da circulação de riquezas, não que, atualmente, se proponha

²²⁴ CR. Art. 226. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

²²⁵ CR. Art. 226. § 5º. "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

²²⁶ CR. Art. 226. § 3º. "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

²²⁷ CR. Art. 227. § 6º. "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

só a este fim, mas que nesta conjuntura econômica, pressupõe operadores de mercado. No Brasil de hoje, na sua ainda e infeliz condição de país emergente, não se apresenta a contratar a grande massa populacional, pois muitos são excluídos do mercado relevante, do sistema de crédito, e das mais singelas operações contratuais. No Brasil, todos são provenientes de uma família natural ou civil, ou, ainda, compõem um núcleo familiar. Mas nem todos podem contratar, por falta de um patrimônio mínimo disposto ao cidadão em geral, que lhe proporcione crédito e suporte econômico para contrair dívidas, enfim, para ser operador do direito contratual.

A realidade verificada em países de economia mais avançada, ditos do Primeiro Mundo, não se aplica ao Brasil no que tange ao mercado relevante, pois, para consumir, antes necessário ser o sujeito de direito, pretense contratante, economicamente viável.

De salientar, no plano contratual, a Lei de Franquias (Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994), ao se preocupar antes com o franqueado do que com o franqueador, desacreditando no secular princípio da igualdade formal entre contratantes assentada em nosso Código Civil. Pela lei em questão, franqueado e franqueadores são materialmente diferentes, demandando especial tutela ao franqueado, parte contratual reconhecidamente mais vulnerável. Ao franqueado dever ser oferecida, em fase pré-contratual, a “circular de oferta de franquia” (art. 3º da lei), na qual todos os detalhes sobre o negócio devem ser apresentados, antes mesmo do pagamento de qualquer valor ao franqueador.

O franqueado, nesse diapasão, recebe as luzes de uma igualdade substancial prevista (deduzível) na atual Constituição, dela, mesmo que indiretamente, se

favorecendo, pois é evidente o emprego dos princípios da confiança e da transparência, condizentes com uma cláusula geral de boa-fé, sempre deduzível da Carta.

Mas do ponto de vista contratual específico, e não do exclusivo, observa-se o Código de Defesa do Consumidor como sendo um produto direto do princípio constitucional da livre iniciativa e, sob um determinado ângulo, resultado da especialização legislativa deste princípio, na medida em que ensejou a criação de uma nova ordem contratual, calcada na tutela de um contratante em destaque, denominado consumidor. Esse processo de verticalização de normas abre um novo contexto jurídico, que, se não é totalmente fragmentário por ainda subsistir o Código Civil nas demais relações contratuais, salvo aquelas não abrangidas pelo CDC, é de generalização do Código Civil, diante de uma lei especial que se apresenta. Vale dizer que o Código Civil, nas partes não diretamente abordadas pelo CDC, deve ser aplicado.

Situação condizente com essa relação de gênero e espécie entre CC e CDC é a da responsabilidade civil contratual, prevista no último no artigo 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor, ao resguardar os interesses do consumidor contra danos materiais e imateriais, decorrentes da relação de consumo e, mesmo, fazer a prevenção de danos. Apesar de o CDC inovar nessa matéria, ao incluir o fator da prevenção ao dano material e também do imaterial, em verdade, já estabilizado pela própria Carta (art. 5, inc. X), o CDC não lança um novo sistema – especial – de responsabilidade civil contratual sob a ótica material ou processual, utilizando-se dos comandos, agora gerais, do Código Civil e do Código de Processo Civil para o tema. Outrossim, não se ignora que, referentemente à matéria da

responsabilidade civil, presente no CDC encontra-se, também, a tutela do equiparado ao consumidor, não contratante, portanto.

A noção das influências da Constituição em segmentos localizados do Direito, mesmo em ramos não afetos ao clássico Direito Privado, faz concluir que a Carta não está tão distante quanto se imagina da vida em sociedade. A Constituição acaba ocupando espaço legislativo e social que deveria ser reservado ao Código Civil, qual seja, a tutela do "homem ser". Como a sociedade brasileira hoje se dá conta da importância dos valores existenciais do homem, superiores inclusive aos materiais, algum texto de lei é convocado a tutelar estes "novos direitos", e na falta de uma lei infraconstitucional que os acolha, surge a Constituição, exigida em performance de eficácia sem precedentes.

Por esses aspectos, o contrato, instrumento por excelência de circulação dos interesses (materiais e imateriais) do homem, não fica imune à onda constitucional.

4 DA RAZÃO AO CAOS DO CONTRATO

Destina-se o presente capítulo à breve investigação do fenômeno ²²⁸ contratual, por meio de um enfoque histórico-filosófico, considerando-se o corte temporal que usualmente se denomina da modernidade à pós-modernidade. Por certo, não se propõe aqui esgotar os aspectos histórico-filosóficos do tema, mas sim uma breve delimitação, que possa justificar a proposição da idéia acerca da superação do conceito voluntarista de contrato, sem que este tenha se apresentado suficiente a dar resposta às plúrimas experiências fáticas. Esta passagem do trabalho busca explicar, dentre outras possibilidades, o porquê do título e do trabalho em si.

Far-se-á uma leitura evolutiva da figura contratual, partindo-se do marco histórico consolidador do pensamento racional, ao menos, para o contrato e direitos reais, qual seja o Código Civil de Napoleão (1804).

Os substantivos razão e caos, neste contexto desempenhando papéis metafóricos, respectivamente, da modernidade e da pós-modernidade, guardam sincronia com os momentos histórico-filosóficos pelos quais o contrato se apresenta, enquanto instituto jurídico, nos sistemas das famílias jurídico-romanistas, dentre os quais se inclui o sistema brasileiro.

Como base teórica da investigação, por representar, ao que parece, a legenda mais profunda do período moderno do pensamento jus-filosófico, tomar-se-

²²⁸ A fenomenologia, no sentido filosófico, não é de análise neste trabalho. Vale dizer, a expressão fenômeno aqui adotada não guarda relação específica com o “[...] objeto de experiência possível [...]” (Cf. REALE. Filosofia do direito, 1987, p. 122).

ão as idéias e concepções de Emmanuel Kant. Da mesma forma, corte epistêmico será feito na figura de Grotius. Tais análises, mais particularizadas, servem para justificar e comprovar a necessidade de releitura geral, conceitual e principiológica do contrato.

Sobre a pós-modernidade, que está em processamento, não se definirá um marco teórico em face de autor específico, até porque poderia parecer assaz racional um prévio corte epistemológico nesse sentido.

Buscar-se-á, sempre que possível, uma imbricação entre a filosofia e os fatos da vida, visando justificar a atual realidade caótica do contrato.

4.1 A RAZÃO DO CONTRATO : FORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MODERNA TEORIA CONTRATUAL

A razão do contrato se reflete em categorias obrigacionais abstratamente construídas, consolidadas no modelo codificador do *Code de Napoleòn*, cuja estrutura filosófica está assentada em um processo evolutivo do pensamento filosófico, que passa dos canonistas aos jus-naturalistas, cuja importância maior, para o presente tema, reside nas idéias de Grotius e dos jus-racionalistas, dentre os quais destaca-se Kant.

O princípio Voluntarista (*solus consensus*) mostra-se como sendo o primeiro grande golpe de construção da figura racional do contrato. Até então – período medievo – o contrato era moldado conforme o sistema romano clássico, ou seja, dividido entre figura típica (únicos a gerar a *actio*) e os *pactos* (cuja relação

obligacional se assemelhava à da obrigação natural ²²⁹).

Os Canonistas, em sua busca pela valorização da palavra verbalizada, empenharam-se no combate ao fetichismo das formas, imprescindível aos contratos romanos. A formalidade refletida pelos contratos solenes era adversa ao meio de divulgação da fé cristã (palavra dita e não a escrita). O homem tinha de acreditar na mera propagação da palavra falada, pois era este o meio de sua pregação original, sob pena de não vingar a fé cristã. Isso se reflete até nossos dias, em que se lê no Código Civil brasileiro, no seu artigo 129, que a *validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*, ou seja, a forma é a exceção do *solus consensus*. Buscava-se, ainda neste plano, e com a retirada da carga formal do contrato, a sua espiritualização.

Dos canonistas seguiu-se o jusnaturalismo e o jusracionalismo.

Sobre o Direito Natural, grande elemento de influência da estrutura clássica ²³⁰ do contrato foi a participação de Grotius (1583-1645), eis que passavam os homens, destituídos de direitos subjetivos, a abstratamente livres e iguais: os homens nascem livre e iguais. A igualdade proposta por Grotius decorria de uma concepção divina e, logo, formal-abstrata. O Direito Natural passa do divino ao humano, sendo inerente ao homem algum direito subjetivo, desprendido de um Direito Objetivo primordial.

Não se desconhece a presença de outros filósofos contemporâneos a

²²⁹ A obrigação natural, até os nossos dias, assim como no *pacto* romano, é destituída de ação – executividade. Os pactos passaram, por força pretoriana, mesmo na Roma Clássica, a oportunizar direito de ação. tal mitigação foi transportada pelos tempos, passando pelo período medieval, até nossos dias, e se enquadram no que atualmente se denomina de *contratos atípicos*.

²³⁰ Por "clássico" tome-se o contrato descrito pelo Código Civil francês (1804).

Grotius²³¹ e, tampouco, com a presente referência busca-se enquadrá-lo como fundador da moderna filosofia do Direito, conforme bem adverte DEL VECCHIO.²³² No entanto, sua presença nessa obra filosófica se mostra indispensável, em face do destaque que aponta Grocius para o papel do contrato, como um dos que autoriza “[...] *las condiciones de sociabilidad que constituyen el Derecho [...]: la obligatoriedad de los pactos; pues si admitiéramos que fuere lícito faltar a los pactos, la sociedad no sería posible: [...]*”.²³³ Certamente, o contratualismo de Grocius seguia a linha do Direito Público, dedicada à fundação do Estado, mesmo que particularizada em face de outros contratualistas, por julgá-lo um fato histórico e não uma simples hipótese. Tal inclinação teórica, porém, não deixa de ter projeções para o plano privado, até, porque dele se extraíram as bases do contratualismo (privado) inserto no *Code*.

Ainda sobre o contratualismo, é relevante destacar que, sob inspiração de Hobbes e Rousseau, afirmaram-se direitos individuais, não somente contra o Estado mas contra todo o sistema de corporação que regesse a atividade profissional. A sociedade tinha de ser constituída por indivíduos por intermédio de um fundamento voluntário, ou seja, contratual. As idéias de igualdade e liberdade, enquanto direitos (subjetivos) naturais, ganham peso, uma vez que somente podia contratar quem as detinha. Podia renunciar a parcela de sua liberdade, para contratar, formando o Estado ou firmando relação interprivada, só o sujeito que dela dispõe. A igualdade, suficiente em sua composição meramente formal à modernidade, veio a ser revista com a *Constituição de Weimar* que, além de preservar as garantias dos direitos

²³¹ Dos mais notáveis: Bacon, Kepler, Galileu, Descartes, Hobbes, Spinoza, Locke, Leibniz etc.

²³² In: *Filosofia del derecho*, 1991, p. 47.

²³³ *Ibidem*, p. 52.

individuais conquistados pelo liberalismo, tornou exigência a sua aplicação num contexto social ou funcional – *libertà, uguaglianza e diritti sociali*²³⁴ - propunha.²³⁵

Conforme o pensamento de Kant, a vontade individual seria a única fonte de todas as obrigações jurídicas, sendo ela por conseqüência a única fonte de justiça: "... a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja pacto"²³⁶ (grifo nosso).

Nesse momento, ganha força a opinião de Kant, que coloca o elemento volitivo no centro de todas as relações jurídicas privadas. Não era o Estado o grande fomentador das relações contratuais, mas o próprio homem, revestido do direito subjetivo absoluto, pois natural, de liberdade, sempre tendo como pressuposto formal a igualdade de seus pares. Ao Estado cabia somente a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos, objetivando preservar tais direitos subjetivos plenos, não cabendo a intervenção nesta seara individual.²³⁷ O individualismo e o subjetivismo acabam se arraigando e gerando conquistas individuais, até hoje preservadas, elencadas como direitos fundamentais da liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, da

²³⁴ BARCELLONA, Diritto privato e società moderna, 1996, p. 130.

²³⁵ Como igualdade, entendo o dever do Estado em remover os obstáculos de fato (quer dizer materiais), que impedem a participação do trabalhador, das classes menos prestigiadas no desenvolvimento do país, na vida democrática (CR. Art. 3º. *eliminação de diferenças regionais*).

²³⁶ BOBBIO. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, 1995, p. 108.

²³⁷ Exemplo incontestável da "neutralidade" do Estado moderno, em face das relações contratuais privadas, se encontra no Código de Defesa do Consumidor, o qual, após quase duzentos anos de influência do *Code* em nosso ordenamento privado, autoriza, como regra geral, a revisão de contrato (art. 6º, inc. V) em relações especiais de consumo. Esse direito era inconcebível segundo a razão moderna, pois em tendo os contratantes firmado o acordo de livre vontade, somente poderia o negócio ser desfeito por novo acordo (distrato). Não cabia ao juízo (Estado) interferir na relação livremente firmada.

CR), sem prejuízo de uma atual funcionalização de tais direitos, à luz da repersonalização e da despatrimonialização do Direito Civil. Para o momento sócio-político vivido não há como negar que os ideais de um homem livre e igual, frente aos demais, realmente teve relevância para a construção do atual Estado Democrático de Direito.

Surge no cenário científico De Gennaro,²³⁸ aludindo ao “pensamento mecanicístico”²³⁹ e à razão da lógica exata, como a única a viabilizar um processo de verdade. A verdade, mesmo para as ciências ditas humanas, é passível de verificação, por força da renovação do método: o método repetido, que conduz a um mesmo resultado, é o método de verdade. Para o Direito das Obrigações, dentre as quais uma das fontes é o contrato, o racionalismo se notabiliza como geometria euclidiana intemporal das obrigações,²⁴⁰ ante as “proposições”²⁴¹ abstratas que se permitiram fazer com a estabilidade codificadora.

Tal colocação serve para explicar o Direito das Obrigações como matéria destituída de compromisso com o tempo de sua aplicação e abstrata que se reconhece como essência. A abstratividade a torna descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com suas próprias categorias conceituais. Nesse sentido, PERLINGIERI, *“Apesar da difundida sabedoria da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação,*

²³⁸ Não se está privilegiando uma ordem cronológica dos acontecimentos em homenagem a uma melhor distribuição dos pontos de relevo do trabalho.

²³⁹ SALDANHA. Filosofia do direito, 1998, p. 173.

²⁴⁰ SILVA. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 1995, p. 54.

²⁴¹ A referência a Euclides, atribuo ao conhecimento pela razão inserido em seus trabalhos de sistematização dos Elementos (Hipócrates de Quio), através de 455 proposições lógicas, entre problemas e teoremas.

quer dizer a relação obrigacional, se projeta ainda hoje como a categoria mais ahistórica 'sempre idêntica a ela mesma' (DI MAJO), neutra, construída colhendo o mínimo denominador comum das diversas obrigações e reduzindo a diversidade a desenhos descritivos e externos do conceito,[...].²⁴²

Dita ahistoricidade das obrigações, foram transportadas para o *Code* e para os sistemas codificados que dele se serviram, dos quais se destacam o BGB, o Código Civil italiano de 1865 e o Código Civil pátrio.

Das concepções de igualdade e liberdade extraem-se dois dos pilares fundamentais do processo revolucionário burguês de 1789 e dele, enquanto seu fruto necessário, o Código Civil de Napoleão (*Code*). Daí a relevância deste diploma legislado para o estudo da matéria em foco, especialmente em vista de ter ele servido como receptáculo do processo jus-filosófico que o antecedeu, e conseqüente mantenedor do *status quo* burguês, que se verificou com o liberalismo clássico. Sobre o afinamento do *Code* aos valores do Direito Natural, além de uma mera coincidência temporal, nota-se a presença de Jean Domat como um de seus redatores e, também, autor da obra *Le lois civiles dans leur ordre naturel*.²⁴³ Quanto à eficácia e relevância do *Code*, e do modelo de contrato nele contido, para o período seguinte dos sécs. XIX e XX, pode-se concluir que foi determinante.

O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-

²⁴² Na tradução livre de "Nonostante la diffusa consapevolezza della storicità e delle conseguente relativizzazione delle categorie giuridiche, l'obbligazione, ossia il rapporto obbligatorio, si prospetta per lo più ancora oggi come categoria storica "sempre uguale a se stessa", neutrale; costruita cogliendo il minimo denominatore comune alle diverse obbligazioni e riducendo le diversità a profili descrittivi ed esterni al concetto, [...]" (In: PERLINGIERI, Le obbligazioni tra le vecchi e nuovi dogmi, 1990, p. 15).

²⁴³ DEL VECCHIO, *op. cit.* p. 64.

se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade e o contrato definido com instrumento de sua convalidação. Reinava a idéia, conforme já havia preconizado Kant, posteriormente descrita por Fouillée (1838-1912): “*Qui dit contractuel, dit juste*”.²⁴⁴

Vale frisar que a concepção moderna de justiça contratual encontrava seu ápice no livre exercício da vontade individual, única fonte legítima, conforme se viu, de produção de justiça ... *tout contrat libre est un contrat juste*.²⁴⁵

Na seqüência, já estável o poder econômico e político burguês, serve o *Code* novamente à classe dominadora que foi consagrada pela Revolução Industrial como instrumento de exploração da liberdade do homem. Passa do momento de consolidação do direito à liberdade contratual para o momento de sua exploração, necessidade preeminente após a Revolução Industrial, pois que, em sendo preciso escoar a produção, mostra-se perfeito o quadro da igualdade formal entre produtor e consumidor e a liberdade legalmente outorgada a este último, para poder consumir.

A exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico. O homem contratante acabou no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações

²⁴⁴ Na tradução livre “*Quem se diz contratante, se diz justo*”.

²⁴⁵ Na tradução livre “[...] *todo contrato livre é um contrato justo*” (GHESTIN, *Traité de droit civil: la formation du contrat*, 1993, p. 27).

contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias.

Nesse novo contexto contratual, a moldura descrita pelo *Code* e códigos afins, perde o contato, em definitivo, com os fatos da vida; a tão festejada liberdade contratual não dava mais conta de explicar o fenômeno da falta de liberdade material, mas não jurídica, daquele que contratava por adesão. E por liberdade contratual, na época clássica do contrato, entendia-se a possibilidade de se contratar ou não, a escolha do outro contratante e, sobretudo, a eleição do conteúdo do contrato. Não havia exercício de liberdade contratual sem a concorrência dessas três características.

O dogma da vontade, núcleo absoluto do sistema contratual da modernidade, além do princípio da liberdade contratual, é fonte de instituição dos princípios da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*) (*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*²⁴⁶ - art. 1.134) e da relatividade dos efeitos dos contratos (*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes*²⁴⁷ - art. 1.165), ambos assentados no *Code*. A revisão do sistema contratual impõe a análise da persistência de tais princípios e a extensão aplicativa deles, entre as partes e, até mesmo, no plano do coletivo, tendo em vista que a especial compreensão da mitigação do princípio da relatividade sugere possa o contrato gerar efeitos para além do circuito de interesses das partes diretamente contratantes, em perspectiva funcionalizada, destarte.

²⁴⁶ Na tradução livre: "as convenções legalmente formadas têm força de lei àqueles que as fizeram".

²⁴⁷ Na tradução livre: "as convenções não produzem efeitos que não entre os contratantes".

Liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade do contrato ou relatividade dos efeitos do contrato formavam e ainda constituem, no modelo do Código Civil brasileiro, o tripé principiológico de sustentação do contrato moderno. Todos princípios com estigma de dogma, aliás, sem a possibilidade de mitigação interpretativa portanto, antecidos pelos princípios gerais do individualismo da liberdade e da igualdade formal, fundadores do Estado Liberal.

Com a massificação dos contratos, ao menos um dos três pressupostos não estava presente, quando não todos os três, resultando na celebração de um contrato celebrado sem liberdade contratual (material), em que pese uma sempre possibilidade de se aderir, incondicionalmente, à proposta alheia.

Nesse ponto, percebe-se o caos que se abateu sobre o contrato, não mais a dar conta o ordenamento jurídico, assim como o conceito clássico de contrato, da concretude fática que embalava o mercado. O contrato, serve, para os fins deste trabalho, como objeto de análise do rompimento que se verifica no todo dos institutos jurídicos, ao se infirmar a idéia de unidade e completude do pensamento codificador.

Eis o caos do modelo clássico de contrato, emoldurado em um sistema jurídico que não mais reflete a realidade fática, por força da abrupta mudança da maneira de se contratar. Relevante dizer que a decadência da clássica definição do contrato não se aplica a todas as modalidades contratuais, por esta razão se fazendo, presente, ainda, o contrato paritário. Por outro lado, é inegável a afirmação de que o contrato paritário, neste tempo de relação de mercado, é a exceção, a partir do qual não se pode pretender seja ele a âncora epistemológica de todo o entendimento sobre o instituto.

4.2 O CAOS DO CONTRATO : MASSIFICAÇÃO E DECLÍNIO DA GEOMETRIA EUCLIDIANA DAS OBRIGAÇÕES

O fenômeno de massificação do contrato, como se disse anteriormente, apresenta-se como um inegável dado de modificação das convicções da razão lógica que, em verdade, se estabeleceram em todos os cantos em que se encontra o homem deste século.

Assim, compreendendo as duas Grandes Guerras Mundiais e uma possível terceira, sem combatentes, sem vencidos ou vencedores, para contarem a história da glória; a Revolução Comunista, na Rússia e na China; o surgimento e a morte dos regimes fascistas; a descolonização mundial, com a emancipação política de vários países, do Oriente ao Ocidente, após a Segunda Grande Guerra; a dissolução do mundo comunista têm exigido uma visão, como afirma BOBBIO, antitética da história do nosso século, catastrófica na sua “razão”, a sugerir, inclusive, o seu próprio fim (“o fim da história”). Todos esses fatores, inclusive na mente daqueles menos apocalípticos, demarcaram o final da Modernidade que, à espera de receber um nome mais adequado, tem sido chamada de fase “*pós-moderna*”.²⁴⁸

Talvez a sua maior implicação no Direito se refira à “[...] *reação contra a confiança sisuda e ingênua do progresso e na verdade ou objetividade científicas*”, atingindo o cerne do racionalismo jurídico, em função das verdades -- dogmas -- que propõe.²⁴⁹ A sua raiz não está no Direito, mas na arquitetura, que acaba por

²⁴⁸ BOBBIO, Direita e esquerda, 1995, p. 56.

²⁴⁹ BLACKBURN, Dicionário Oxford de filosofia, 1997, p. 305.

privilegiar a pluriformidade à uniformidade; a descentralização à centralização; antes a poliformia que a harmonia.²⁵⁰

O fator temporal do começo da nova onda de pensamento não encontra coincidência entre os observadores científicos, atribuindo, por exemplo, Hans Küng, seu início, na Europa, com o final a Primeira Grande Guerra (1918), vinculado ao desmoronamento da sociedade burguesa e do eurocentrismo. Arnold Toynbee, particularmente descreve seu início em momento posterior àquela Grande Guerra, ou seja, em 1947.²⁵¹

Mais importante do que definir o momento inicial (temporal) de seu surgimento, é afirmar que a pós-modernidade marca o final do pensamento *more geométrico*, por meio de uma desconstrução (não com uma demolição) das utopias modernas, notadamente da razão sistêmica e da razão histórica.²⁵² As características dos tempos atuais limitam qualquer possibilidade de se apontar uma filosofia ou um filósofo que a identifique.²⁵³ Todas as filosofias deste século acabam por representar, em suas respectivas particularidades, uma parcela da pós-modernidade.

Dentre outras, distinguem-se, como muito elucidativas, as palavras de André-Jean ARNAUD, para a compreensão do momento pós-moderno pelo qual passam

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, *A boa fé no Direito Privado*, 1999, p. 410, nota 72. Cita a autora a lição de STORME (*In: La bonne foi : expresión de la posmodernité en droit*, p. 1).

²⁵¹ RUSSO, *Teoria general del derecho*, 1996, p 317-318 e 320.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Afirma-se que a tendência pós-moderna, na filosofia, foi antecipada, em algum sentido, por Nietzsche, com seu *perspectivismo*, encarado como técnica filosófica que enfraquece o pressuposto de que o conhecimento objetivo pode ser alcançado (Cf. BLACKBURN, *op. cit.*, p. 305.)

as ciências contemporâneas, com enfoque ao Direito. Refere-se o autor a três “vias de acesso ao pensamento pós-moderno”, possíveis ao entendimento do tema: a) a crise contemporânea do Estado-do-bem-estar-social, seguida da globalização, ante a mudança dos papéis do Estado; b) mantendo o Estado sob enfoque, também enfatiza seu enfraquecimento e correspondente inverso fortalecimento da sociedade civil organizada e atenção aos movimentos sociais, pugnando por um modelo não mais dicotômico entre Estado e sociedade. Em tal perspectiva, por exemplo, fomenta-se o debate do pluralismo jurídico, residindo o Direito futuro no fim do monopólio da legalidade e demais conseqüências; c) toma-se como ponto de partida o pensamento moderno no todo absoluto, para confrontá-lo com as novas descobertas científicas de bases sociais, num prisma relativo do conhecimento. Nesse plano, o pós-modernismo aparece como o que vem após o modernismo, medindo o conhecimento acumulado pelo Ocidente a partir da renovação de paradigmas.²⁵⁴ A orientação desta tese segue o último aspecto manifestado pelo autor.

A projeção desse novo modo de pensar não se limita a aspectos meramente sócio-políticos. O próprio fato da incoerência, profusão e inflação normativa é atribuído a uma dada falência do racionalismo, verificado nos códigos (completude e unidade), levando à formação mental de que demandam os povos o surgir de um novo contratualismo legitimador das normas. Somente pelo consenso social, propõe Jacques CHEVALLIER, poderá a norma jurídica revitalizar-se, por meio de acordos entre o Estado e dos grupos sociais.²⁵⁵

²⁵⁴ ARNAUD, O direito entre modernidade e globalização, 1999, p. 200-201.

²⁵⁵ BORGEAT, Postmodernité et droit, 1998, p 125-126.

E a idéia de caos atinge o contrato, enquanto momento do sistema codificado. A crise e até a “morte do contrato” (Grant Gilmore), estão inserido nesse contexto, em que a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável. Isso acontece, não por elucubração dos filósofos, que agora, diversamente daqueles da modernidade,²⁵⁶ possuem algum perfil jurídico ou a ele se afinam, como no caso de, v.g., Jürgen HABERMAS, preocupado com o valor da democracia para o Direito.²⁵⁷

O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento de sua crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual de *gré à gré* (paritário) e as relações de massa. O *Code*, assim como o nosso próprio Código Civil, foram concebidos para que figurem na relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor). No mesmo quadro, nota-se o Código de Processo Civil brasileiro, em que a lide é sempre polarizada nas figuras individuais do autor e do réu, quando não, do credor e do devedor, particularmente, no processo de execução. As relações plúrimas, coletivas, difusas, ou mesmo massificadas não se encaixam nos moldes das codificações modernas.

O contrato paritário ou bilateral, baseado na plena e irrestrita liberdade contratual, nem de longe se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação, dentre as quais destaco:

1. Contrato Coativo ou Obrigatório:²⁵⁸ a ordem jurídica impõe a contratação,

²⁵⁶ VILLEY, En torno al contrato, la propiedad y la obligation, 1980, p 26-27. Faz severa crítica o autor, ao dizer que a história demonstra a dependência de nossas definições técnicas com relação aos grandes sistemas gerais de filosofia. A desgraça, sustenta o jus-filósofo, é que em matéria contratual deve-se a ciência jurídica a “*pensadores absolutamente ignorantes del derecho*”.

²⁵⁷ Como, exemplo, em sua obra Direito e Democracia, 1997.

²⁵⁸ GOMES. Contratos, 1996, p. 29.

em razão de um outro contrato preexistente ou de uma situação jurídica de propriedade, v.g., o seguro obrigatório, a prorrogação contratual na locação a prazo indeterminado, a prorrogação contratual de trabalho determinado (experiência) para indeterminado etc..

2. Contrato Necessário:²⁵⁹ relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possa recusar a contratação com quem quer que seja, v.g., os concessionários de serviços públicos (pedágio, fornecedor de água, luz, telefone etc.), abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os créditos de um modo geral (bancários inclusive), transporte coletivo etc..

3. Contrato-Tipo:^{260 261} decorre da contratação freqüente entre certa categoria de contratantes, que se propõem, em função de uma padronização de relações, presentes e futuras, como a rapidez e a segurança, para evitar concorrência desleal, a imprimir uniformidade aos futuros contratos etc..

4. Contrato de Adesão:²⁶² esta modalidade por sua vez, indiscutivelmente, a mais emblemática de todas, realmente põe em cheque o contrato paritário, revelando toda sua crise, pois “[...] Há a predominância exclusiva de uma só vontade, constituída com vontade unilateral, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e que se propõe a avançar, unilateralmente, por adesão àqueles que desejam aceitar a lei do contrato,

²⁵⁹ *Ibidem. loc. cit.*

²⁶⁰ TELLES. Manual dos contratos em geral, 1995, p. 413.

²⁶¹ *Pacta de modo contrahendi.*

²⁶² Na Alemanha designado Condições Gerais dos Contratos (CGC).

(SALEILLES, Déclaration de la volonté, 1901) [...]”²⁶³ (grifo nosso). Jamais, para fins de enquadramento ou de adaptação, o contrato de adesão se adequaria ao contrato descrito no Código Civil, haja vista a ausência, completa e absoluta, de exercício de liberdade contratual. Tal fato se revela ainda mais forte, na medida em que esteja o aderente diante de um bem da vida, em mercado oligopolizado ou monopolizado (v.g. o mercado financeiro).

Percebe-se que os contratos atuais demandam maior agilidade e fluidez, não somente quando aplicadas em função da despersonalização de seus contratantes, mas quando no propósito da modificação de seus objetos, da imediatez de fruição mesmo que em relações de longa duração (contratos cativos), da acumulação de bens ao simples uso deles, v.g., da compra e venda ao arrendamento mercantil, da propriedade imobiliária individual ao *time-sharing*. São todos contratos que simbolizam os novos tempos.²⁶⁴

Tal descrição não fica limitada somente ao plano das idéias, da filosofia ou da doutrina jurídica. Vai além, com a mudança do perfil jurisprudencial que, apesar da falta de institutos e de princípios gerais do direito privado estabilizados (positivados), tem se utilizado deles para o reconhecimento da continuidade das relações contratuais financeiras (catividade), por intermédio de atos negociais contínuos, no sentido de mitigar a secular autonomia de vontade contratual, símbolo maior do individualismo moderno.²⁶⁵

²⁶³ CROTEAU, Le contrat d'adhésion, 1996, p. 21.

²⁶⁴ MARQUES, Contratos no código de defesa do consumidor, 1999, p 89-101.

²⁶⁵ Vide, neste sentido, **TARG** - AG 198.075.699 – 14ª CC – Rel. Juiz Rui Portanova – j. 25/06/98.

Também acabam conduzindo a considerações sobre os reais contornos do contrato contemporâneo algumas relações tidas como, simplesmente, de fato ou comportamentais, sem que haja manifestação de vontade intencional, ao menos de um dos sujeitos, destinadas à produção de efeitos jurídicos no plano dos contratos, ocultada, esta declaração, eventualmente, pelo comportamento do dia-a-dia. SACCO e DE NOVA a elas se reportam como sendo de “*intento empirico*” e “*rapporti di cortesia*”.²⁶⁶ FERRI e ANGELICI se referem aos “*rapporti contrattuali di fatto*”,²⁶⁷ mesma expressão empregada por FRANCESCHELLI,²⁶⁸ tendo sido o debate, primeiramente, suscitado por G. Haupt, em 1941.²⁶⁹

Antes de qualquer consideração sobre a relação contratual de fato, uma conclusão inicial se apresenta oportuna, qual seja, a de que a discussão vem à tona em demonstração da utópica idéia de completude do sistema jurídico, por meio de sua plena codificação, pois este aspecto do contrato contemporâneo demonstra, justamente, que nem todos os fatos são pelo código captados, não podendo o sistema, por outro lado, deixar de regular tais comportamentos contratuais não intencionais.

A questão das relações contratuais de fato, no entender de FERRI e de ANGELICI, apresenta-se enquanto problema sistemático, cujo desafio está em se aceitar a *eterogeneità delle fattispecie* que se pretende compreender,²⁷⁰ ou seja,

²⁶⁶ In: *Il contratto*, 1996, p. 30-32.

²⁶⁷ FERRI ; ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, 1997, p. 253 e 254.

²⁶⁸ FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, 1984, p. 290.

²⁶⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷⁰ FERRI ; ANGELICI, *op. cit.*, p. 258.

harmonizar no seio do sistema as hipóteses fáticas previstas (*fattispecie*) e não em lei, tudo residindo numa “[...] *questione, appunto, essenzialmente classificatoria*”.²⁷¹ Razão pela qual os mesmos autores reputam como inadequado o uso da expressão “contrato de fato” ou “relação contratual de fato” pois, de modo equivocado, remeteria o intérprete a uma leitura do não jurídico, quando, em verdade, o contrato de fato há de ser entendido enquanto realização de um fato diverso do contrato, mas que decorre da materialização de uma efetiva relação jurídica, reconhecida pelo ordenamento jurídico e que na essência de tais realizações o ordenamento deve se inclinar àquela mais próxima do fato jurídico contratual.^{272 273}

Mantendo-se, no plano conceitual, a clássica leitura de FRANCESCHELLI que alude à lição tradicional sobre o assunto, qualificando a relação de fato como excluída do esquema traçado pela norma, por se tratar de regra de costume, simples comportamento ou *fattispecie* imperfeita.²⁷⁴ Mais adiante, o mesmo autor complementa o aspecto conceitual, avançando ao dizer que a fronteira entre o que é de direito e o que é de fato, entre o contrato e o não contrato, abarca inúmeros fenômenos, de situação e de relação, que por não serem expressamente regulados

²⁷¹ *Ibidem*, p. 254 e 292. Alude HAUPT, em seu *saggio* introdutório sobre o tema, ao caso do piloto que sem autorização do aeroporto comercial aterrissa no aeródromo, sendo cobrado do correspondente encargo. Exigido quanto ao pagamento, recusa-se o piloto a realizá-lo, sob o argumento de que não havia assim contratado. O tribunal decide pela exigibilidade da cobrança, não obstante nada ter sido previamente contratado, pois haviam tacitamente formado um contrato.

²⁷² *Ibidem*, p. 255.

²⁷³ Exemplo bastante freqüente, não de fonte contratual propriamente dita, é aquela que aproxima o casamento da relação de convívio *more uxorio*, pela qual as partes, cientes dos efeitos do matrimônio, intencionam minimizá-los, relacionando-se intimamente sem a manifestação de vontade “contratual” do casamento. Outro exemplo é o da constituição da sociedade (comerciais) de fato, eventualmente surgida não da intenção dos “sócios” em constituir ou não uma sociedade, mas que decorrem do exercício comum e rotineiro de uma atividade econômica qualquer (FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 281-282).

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 8.

pela norma, assim não constituindo uma *fattispecie*, pode se revelar na produção de efeitos jurídicos, mesmo que esta consequência se mostre contraditória à sua própria qualificação meramente fática.^{275 276}

Também se revela muito considerável a explicação de FRANCESCHELLI, para quem a relação contratual de fato pode partir da intenção dos contratantes em não desejarem copiar o modelo previsto pela lei, incorrendo identidade subjetiva da hipótese legal (*fattispecie*), na medida em que as partes assim querem evitá-la, e também objetiva, pois a relação desta forma constituída, mostra-se imperfeita. Tal finalidade das partes leva à análise do momento funcional da relação de direito e, assim, à situação de direito como relação.²⁷⁷

Constata-se, portanto, haver uma discrepância entre o sistema oferta-aceitação do sistema moderno e o sistema pós-moderno de contrato, no qual a via de regra “[...] *sfuma in un comportamento indefinito, ove la manifestazione della volontà è difficilmente percepibile, [...]*”.²⁷⁸

Para além da investigação sobre o curioso fenômeno da relação contratual de fato, o que se mostraria derivação inadequada ao momento do trabalho e ao seu próprio fim, vale destacar a reflexão que provoca, na perspectiva moderna do contrato, ao se imaginar que mesmo assim não intencionado podem as partes

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁷⁶ *Vide*, a propósito, a responsabilidade emprestada pelo CDC, através de seu artigo 17, à vítima pelo evento do fato do produto ou do serviço de consumo, que se favorece dos benefícios do código, mesmo não sendo consumidor, ainda que nenhum contrato esteja a celebrar.

²⁷⁷ *Op. cit.*, p. 282.

²⁷⁸ Tradução livre de “[...] *desaparece em um comportamento indefinido, em que a manifestação da vontade é dificilmente percebida, [...]*” (In: FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 296).

contratar, produzindo efeitos jurídicos próximos ao do contrato. O que se encontra em crise no movimento massificado dos contratos é o método oferta-aceitação, definido pelo sistema clássico, presente em nosso próprio Código Civil,²⁷⁹ cujas manifestações de vontade são indiscutivelmente valorizadas, para não afirmar, desejadas pela lei, em que pese uma excepcional possibilidade de manifestação tácita.

É um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva.²⁸⁰ É o que basta para, mais uma vez, confirmar a crise pela qual passa a clássica definição do contrato. Mas, é uma crise que constrói, ou melhor, como antes já se disse, desconstrói, para outro paradigma ser edificado no seu lugar.

Seria, no entanto, por demais “materialista” indicar o caos do contrato, tão-somente sob o prisma das formas preestabelecidas do vínculo relacional, sem referendar-se ao fato de que por vezes até o objeto contratual da atualidade se encontra absolutamente dissociado daqueles possíveis da época da edição do Código Civil de 1916. Quando Carmel SHALEV se reporta aos *genitori per contratto*,²⁸¹ em sua obra *Nascere per Contratto*, revela-se assombrosa a dimensão cambiante hoje vivenciada pela vontade contratual, que pode fazer do homem (nascituro) o próprio objeto do contrato, como já visto em outros tempos, inclusive ao

²⁷⁹ CC. Art. 1.079. “A manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa”.

²⁸⁰ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 300.

²⁸¹ SHALEV, *Nascere per contratto*, 1992, p. 126-128.

longo da modernidade, como a exemplo da escravidão.

Não se pode mais afirmar, com precisão, ser o contrato, na descrição moderna do acordo de vontades, um instrumento simples, de uso universal e ahistórico, sem o prejuízo de serem remetidas a um vácuo jurídico inúmeras figuras não abrangidas pelos demais segmentos do Direito. Sobretudo, conforme visto, não se pode mais, com tranqüilidade, sustentar a existência de um conceito de contrato que identifique toda a experiência jurídica contemporânea.

Reconhece-se: o contrato está em crise, mas é um estado de angústia na procura de uma identidade com os tempos atuais.

A moldura racional do contrato, verificada no Código Civil, nem de perto explica um contrato como o de *time-sharing* ou o de distribuição, por exemplo. Reflexo da vivida ineficiência da codificação de 1916 é o seu desmantelamento, diluído em leis especiais e microssistemas jurídicos, trazendo à lembrança alguns momentos legislativos, com a CLT, Lei do Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor etc., só para ficar no plano do trânsito jurídico interprivados.

A crise do contrato, enquanto projeção do fracasso do modelo codificado, é algo explicável pela sua historicidade (princípio da relatividade dos contratos²⁸²), na qual se reconhece que “[...] o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.²⁸³ A insistência em se manter uma visão ahistórica do contrato e das obrigações em

²⁸² O princípio de relatividade dos contratos, agora versado não se confunde com aquele antes referido e baseado no artigo 1.165 do Code, pertinente à limitação dos efeitos do contrato, somente aos sujeitos diretamente envolvidos na relação. Agora, fala-se de relativo ao momento histórico de descrição do contrato e não, relativo aos sujeitos do contrato.

²⁸³ ROPPO, O contrato, 1988, p. 24.

geral, além de não resolver a questão de sua crise, nem ao menos a explica. Por outro lado, o elogio ao dado histórico do contrato o situa e o contextualiza no momento, principalmente, de sua interpretação, autorizando um acerto mais justo das lides dele decorrentes.

É esse contrato "em crise", fruto da pós-modernidade, que deve ser estudado e adaptado à nova realidade social e econômica, sempre com olhos voltados ao século que se abre, e nunca, para aquele que se fecha.

A constatação da crise conceitual do contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial, conforme descrição moderna antes vista, se apresentam como extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva do contrato, mas devem, agora, ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.

A definição do contrato, sob essa angulação, é o desafio maior do presente trabalho, considerando-se que, a partir dela, torna-se viável estabelecer uma conceituação ampla do instituto, mais adiante, de forma particular, verificada a relação entre solidariedade e mercado.

4.3 O CONTRATO NO ORDOLIBERALISMO

A verificação da estrutura do contrato contemporâneo não finda na conclusão de ter ele suplantado a barreira logicista que o originou, atingindo um patamar cuja definição voluntarista se revela, se não completamente superada, ao menos ineficiente para defini-lo em seus contornos pós-modernos. É necessário, sobretudo, verificar como o contrato se conforma nos sistemas constitucional e infraconstitucional que temos, e tudo isto em ponto de conexão com as políticas econômicas, sob pena de não se conseguir, nem mesmo, decifrar o conteúdo que a contemporaneidade lhe reserva.

Acolhe-se que o contrato não deva ser analisado fora do seu contexto de mercado, pois, ao proceder dessa forma, o intérprete está retirando dele os dados concretos (metajurídicos) que atualmente mais o definem, em consonância com o que já se disse anteriormente quanto à abertura do sistema. Nesse contexto mercadológico, algumas inferências sobre concorrência e concentração econômica jamais podem ser reputadas como desprezíveis.

Não escapa à percepção o jogo de forças existentes entre a livre iniciativa e a justiça social, prevista na Carta (art. 170, *caput*). É justamente nesse espaço que, nos planos legal e de mercado brasileiro, se apresenta o pensamento ordoliberal, no sentido de “[...] *ilustrar a regularidade da liberdade econômica dos escambos e da concorrência indagada pela ciência econômica em um modo até agora intentado.*”

[...],²⁸⁴ conforme as palavras de seu criador Franz Böhm, já em 1933, citado por Luca DI NELLA,²⁸⁵ a revelar a busca pela superação entre regra legal e regra de mercado, sendo esta a grande novidade trazida pela Escola de Friburgo, cujo problema se mostrava insolúvel, sob a ótica dos sistemas econômico-políticos então firmados, os quais se dividiam entre economia planificada e economia liberal.

Ao Brasil, apresenta-se mais interessante a consideração sobre um pseudo sistema neoliberal que parece ter se estabelecido, paralela a uma invisível globalização, pois na ótica do mercado livre (liberal²⁸⁶ ou neoliberal), sua máxima estava vinculada ao *laissez faire*. Todavia, a própria expressão “mercado” atinge, agora, um plano diverso, entendendo-se que, a liberdade garantida pela Carta, também se encontra por ela regulada, a partir do que se permite fazer. Daí a expressão ordoliberal, na qual a liberdade vem atrelada à ordem (Direito), conclui F. Böhn “*Là dove la regola della competizione viene in gioco, là il diritto è il signore, non*

²⁸⁴ Tradução livre de “[...] *illustrare le regolarità della libera economia degli scambi e della concorrenza indagate dalla scienza economica in un modo finora intentato. [...]*” (In: DI NELLA, Luca, *La scuola di Friburgo ovvero dell’ordoliberalismo*, 1999, p. 8).

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 8-9.

²⁸⁶ Cabe uma nota sobre o assunto, tendo em vista a incerteza crítica sobre algum juízo, quanto ao que seja, realmente atribuir a alguém ou a alguma política pública a conotação de “liberal”. Em brilhante ensaio, Ronald DWORKIN aborda o tema do *Liberalism*, estabelecendo, preliminarmente um debate dialético sobre a definição do que seja um liberal ou uma política liberal, afirmando: “*The word liberalism has been used since the eighteenth century, to describe various distinct clusters of different clusters called ‘liberal’ at different times. The explanation of why different clusters formed in various circumstances, or why they were called ‘liberal’ cannot be found by searching for any such principle. It must be found instead in complicated accidents of history, in which the self-interest of certain groups, the prevalence of certain political rhetoric, and many other discrete factors played different parts. One such cluster was formed, for such reasons, in the period of the New Deal: it combined an emphasis on less inequality and greater economic stability with more abundant political and civil liberty for the groups then campaigning for these goals. Our contemporary notion of ‘liberal’ is formed from that particular package of political aims*”. DWORKIN demonstra a relatividade da palavra “liberalism”, nos Estados Unidos da América, por meio das políticas anteriores à Guerra do Vietnã, na qual os que se denominavam de liberais buscavam uma maior igualdade econômica, a liberdade de expressão, a queda da censura, a profunda separação entre Estado e Igreja, a ampla defesa dos criminalmente acusados, tudo em oposição aos “conservativos”. Mais recentemente identifica, como políticas liberais, a defesa do meio ambiente e dos consumidores, mesmo que

il servitore “della economia”.²⁸⁷

A lição é de relevante incidência no sistema brasileiro, assim como no italiano, conforme considerações de Luca DI NELLA pois, a partir dela, compreende-se que a tutela conferida pela ordem jurídica à liberdade de mercado não é absoluta, mas limitada em razão da igualdade social.²⁸⁸ Necessário se faz, portanto, repensar os apontamentos de CANOTILHO sobre o tema, para quem a liberdade econômica, no contexto ordoliberal, assentada nos meios de produção e na propriedade privada, afigura-se como verdadeiro dogma, partindo de “outros pressupostos” o respeito à dignidade e à liberdade humanas.²⁸⁹

O método ordoliberal se estabelece no controle das formações econômicas monopolísticas, pois a concentração econômica antitética da própria liberdade tem como conseqüência última a aniquilação desta, na medida da eliminação da concorrência relevante e da não ingerência estatal em momentos supostamente desnecessários.

A partir de um estudo transdisciplinar que tome, como centro, o contrato, tudo isso é possível, na medida em que a questão social é considerada, conjuntamente, um problema econômico e jurídico.²⁹⁰

Nesse contexto, acaba o contrato por mediar as forças do mercado, sendo o liame inegável entre a concorrência e o consumo, revelando-se os pólos do

sacrifícios ao crescimento econômico sejam evidentes (*In: A matter of principle*, 1985, p. 182-185).

²⁸⁷ Tradução livre: “Na qual a regra da competição vem em jogo, na qual o direito é o senhor e não o servidor “da economia”” (DI NELLA, *op. cit.*, p. 10).

²⁸⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*, p. 10.

²⁸⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1259.

²⁹⁰ DI NELLA, *op. cit.*, p. 10.

produtor/fornecedor e do consumidor. O ajuste entre tais forças é que acaba por demonstrar o atual perfil do contrato na pós-modernidade, nem tanto livre, nem tanto dirigido. Revela-se, por ser, o condutor da ingerência tutelar do Estado a livre iniciativa, à medida que a conforma aos interesses da justiça social.

Insiste-se em afirmar que o contrato não pode ser analisado fora de um contexto de mercado, mostrando-se a sua descrição meramente teórica e inadequada para a realização de uma perseguida justiça social.

Uma das possibilidades de apreciação da justiça social, no contexto do contrato, passa pela análise do valor da liberdade, a partir de uma dimensão da solidariedade. Mas, antes de se percorrer esse caminho mais amplo, mostra-se adequado visitar o quadro principiológico que regula o “novo contrato”, inclusive, para se constatar se mudanças são perceptíveis, em face daquele regime de princípios modernos, cujos pressupostos informavam o contrato descrito pelo Código Civil (liberdade, igualdade - formal - e intangibilidade contratual), todos calcados no dogma da vontade dos sujeitos contratantes.

5 OS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A NOVA ORDEM CONTRATUAL

A ordem contratual hodierna, assim como aquela na qual se funda o modelo clássico de contrato, encontra, nos princípios, base sólida para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial.

Ainda com olhos voltados para o clássico, nota-se que os princípios antes identificados como fruto da modernidade não foram concretamente estabilizados pelo Código Civil brasileiro. Mesmo assim, é impossível negar a vigência dos princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato.

Isso acontece, igualmente, com os novos princípios da ordem contratual, os quais, em verdade, uma vez centrados na boa-fé, nada apresentam como essencialmente novo, a não ser, um remodelamento no meio, agora mais objetivo, de leitura deste princípio fundamental e dos seus vários desdobramentos. De qualquer modo, os “novos princípios”, mais adiante vistos, prestam-se a ser o cimento da nova ordem contratual, cumprindo este papel com grande desenvoltura.

5.1 A BOA-FÉ NEGOCIAL

Pode se mostrar pretensioso tratar da boa-fé negocial, após as linhas definitivas de MENEZES CORDEIRO (Da boa fé no direito civil), ou ainda da recente obra nacional de Judith MARTINS-COSTA (A boa-fé no direito privado). Não tem

este trabalho a intenção de analisar, sem qualquer cunho criativo, o princípio da boa-fé como o âmago do contemporâneo sistema contratual pátrio, que, aliás já tive a oportunidade de investigar em texto apartado.²⁹¹ Não seria academicamente honesto repisar aqueles argumentos, até porque, creio, em nada inovaria ao reafirmar a importância geral do princípio em questão.

De forma rápida e tomando como premissa aquelas considerações pessoais já referidas, restrinjo-me a enumerar três brevíssimos itens sobre o tema, com a intenção de trazer ao debate acadêmico preocupações pessoais mais recentes.

5.1.1 Revisão do papel do Código de Defesa do Consumidor na teoria contratual contemporânea

Inicialmente, agora que se mostra mais volumosa a presença do Código de Defesa do Consumidor, no cotidiano brasileiro, e, assim, a tutela dos direitos do consumidor, parece oportuno refletir sobre a centralidade do princípio da boa-fé, na sua variante objetiva, e na sua projeção para todo o sistema contratual.

O atual prestígio da boa-fé objetiva decorre da compreensão do sentido complexo da relação jurídica obrigacional, e da pluralidade de seus múltiplos deveres, que põe em evidência a necessidade de ser fiscalizado o comportamento do sujeito contratante. E mais, a eleição da boa-fé objetiva, como regra de avaliação do comportamento contratual, mas não somente isto, encerra a fase subjetivista de interpretação das declarações de vontade envolvidas, consubstanciada no artigo 85 do Código Civil (*Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que*

²⁹¹ Ética e boa fé no adimplemento contratual, 1998, p. 173-210.

ao sentido literal da linguagem).²⁹²

Se o Código de Defesa do Consumidor inicialmente, nesta nova fase da teoria contratual, serviu de mote teórico para o relançamento da boa-fé no plano contratual,^{293 294} não podem a ele ficar restritas sua análise e aplicação, eis que a legislação de consumo, bem como toda ordem contratual, estão fundadas no princípio constitucional da livre iniciativa, não sendo a conformação daquela pela

²⁹² Oportuna a crítica ao Projeto de Código Civil, ao manter semelhante comando de interpretação à do artigo 85, do atual Código Civil, conforme artigo 111 (Projeto - *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*). É bem verdade que à “nova” regra de interpretação estabelecida pelo Projeto, somou-se ao artigo 112, remetendo a interpretação dos negócios jurídicos à boa-fé (*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*), em franca apropriação de experiências legislativas européias, em verdade, já antigas, as quais não guardam qualquer sintonia com os problemas jurídicos tropicais de nossa realidade contratual. Melhor seria se o legislador do Projeto tivesse rompido em definitivo com a raiz subjetivista. No plano do direito comparado, destaca-se a codificação civil espanhola (1.888), com os seus arts. 1.281, 1.282 e 1.283, do Capítulo IV, Título II, do Livro Quarto, dedicados à interpretação dos contratos, no plano subjetivo. Os arts. 1.284 a 1.289 se prestam à indicação de instrumentos objetivos de interpretação. A ênfase dessa legislação é a da subsidiariedade dos mecanismos objetivos, após esgotada a possibilidade de real percepção da intenção dos contratantes. O Código Civil Italiano (1.942) tem idêntica orientação daquela, espanhola, não obstante ser fruto de trabalho legislativo de meados do século XX. Reporta-se o Código Civil Italiano aos arts. 1.362 a 1.365, em um contexto primeiramente subjetivo, seguido dos arts. 1.366 a 1.371, com vocação objetiva. Destaca-se, também, no plano das codificações comparadas, nesse ambiente conjugado de teoria subjetiva predominante, mitigada por instrumentos objetivos de interpretação, o Código Civil de Quebec (1995). O acolhimento da preocupação aparentemente dominante da civilística nacional e européia de que a vontade contratual é a do consenso dos sujeitos contratantes e não, individualmente, de cada qual (art. 1.425 *Code Civil du Québec*) não está presente em nosso Projeto, revelando a imprecisão deste diploma que pretende ser inovador e seguro.

²⁹³ Sabiamente, Cláudia Lima MARQUES localizou, na boa-fé objetiva, o núcleo de todo o CDC, ao considerar: “Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais de direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da Boa-Fé” (*In: Contratos no código de defesa do consumidor*, 1999, p. 105-106).

²⁹⁴ Na problemática da obra de Fernando NORONHA, encontra-se, dentre outras reflexões, “[...] considerando apenas o Código de Defesa do Consumidor, os preceitos inovadores deste sobre o contrato que regula, o de consumo, isto é, aquele celebrado nas relações entre “fornecedor” e “consumidor”, “relativo ao fornecimento de produtos e serviços” (Código de Defesa do Consumidor, arts. 2º, 3º e 51), terão introduzido princípios aberrantes em relação àqueles que informam a Teoria Geral dos Contratos? Ou será que agora a lei apenas veio a explicitar que já se deveriam considerar válidos no âmbito dessa Teoria Geral?” (*In: O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, 1994, p. 2).

justiça social (art. 170, *caput*) exclusividade do CDC.

O fato de o consumidor ter expressa referência constitucional (inc. V, art. 170) não transmite às relações de consumo uma maior força principiológica, calcada na boa-fé, em face daquelas outras relações denominadas de paritárias, até porque a boa-fé não está expressamente anotada na Constituição, sendo dela, todavia, derivada, o que não lhe retira a importância sistêmica e a eficácia legal.²⁹⁵ Realiza a boa-fé, em nível concreto (negocial), o princípio constitucional da solidariedade, donde, creio, é oriunda.²⁹⁶

O que se pretende afirmar, com as considerações acima, é que a boa-fé objetiva não surge como o advento do Código de Defesa do Consumidor, muito menos sendo sua refém, pois assim como o CDC fundamenta-se na Constituição de 1988,²⁹⁷ o Código Civil e todas as relações contratuais nele baseadas foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, renovadas pelo espírito solidarista da atual Carta. O Código de Defesa do Consumidor é exemplo particular do novo programa contratual-constitucional, inserido no pensamento sistemático que, desde

²⁹⁵ Já tive a oportunidade de apontar que “A não verificação formal, no texto da Carta, de expressão lingüística idêntica ou assemelhada à “boa fé”, em especial no artigo 5º, e nos seus incisos, não é óbice para que se permita traçar a inferência agora executada, pois, conforme formulações de Díez-Picazo, reproduzidas por Flórez-Valdéz, a transformação de um princípio jurídico em preceito legal não subtrai dele (princípio) todo o seu valor e potencialidade, não deixando de ser, pela positivação, um verdadeiro princípio jurídico, pois *“hay principios generales del Derecho que se encuentran formulados en normas legales y otros que se encuentran formulados en norma legales y otros que se encuentran consuetudinariamente practicados”*. Assim, um princípio não ganharia maior força pela sua conversão em preceito legal, mesmo que inscrito na Carta” (In: Ética e boa fé no adimplemento contratual, 1988, p. 189).

²⁹⁶ A posição não é pacífica, sustentando de forma pouco diversa Francesco GAZZONI, ao dizer que *“La giurisprudenza há chiarito che il principio di correttezza à violato non solo quando la parte agisce com il proposito doloso di recare pregiudicio alla controparte ma anche quando il comportamento da essa tenuto non sia stato comunque improntato alla schiettezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede”* (In: Manuale di diritto privato, 1996, p. 531).

²⁹⁷ ADCT. Art. 48. “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

o início, foi adotado nesta obra.

Nessa esteira, tem se mostrado lógico concluir como equivocado o pensamento que busca, no Código de Defesa do Consumidor, uma válvula de escape para a concretização do princípio da boa-fé, e toda a carga do perfil constitucional da nova justiça contratual nele contido, em relações contratuais que estão para além dos limites deste código, como se outros não pudessem ser os caminhos de uma interpretação flexibilizada das históricas normas do Direito Privado. É verdadeiro que o artigo 29²⁹⁸ do CDC em muito contribui para a compreensão de que a boa-fé objetiva não tenha eficácia limitada às relações de consumo, ao equiparar e estender aos não consumidores os benefícios da nova lei, no que se refere às práticas comerciais de fornecimento de produtos e serviços, e isto nas suas nuances mais significativas: oferta contratual, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores, cláusulas abusivas e contratos de adesão.

Mas o estádio das coisas agora é outro, pois se aproxima o desfecho da primeira década de vigência do Código de Defesa do Consumidor, já estando sensibilizado o julgador quanto à possibilidade de interpretação dos contratos, não exclusivamente à luz do império do dogma da vontade. Torna-se dispensável o recurso à legislação de consumo, na solução das lides por ela não expressamente atingidas, bastando ao intérprete fazer a leitura constitucional do Direito Civil, assim como faz a leitura do direito de consumo com emprego indireto da Constituição, apesar de, nem sempre, disto se dar conta.

²⁹⁸ CDC, Art. 29. "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

O Código de Defesa do Consumidor simboliza a ruptura com o velho sistema único e totalizante do Código Civil, com o reconhecimento de que o contrato não pode, em todas as suas variantes, ser julgado pela forma única (liberal), imposta pelo Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor pode, até mesmo, servir de referencial histórico nesse processo de ruptura e início de uma nova proposta de Teoria Geral dos Contratos, mostrando ao intérprete a viabilidade, ou melhor a imperatividade, de ser implementado um sistema de contratos não nucleado no dogma da vontade, mas sim, na boa-fé (objetiva), sem que, no entanto, ocupe o papel central e paradigmático destinado à Constituição.

5.1.2 Aplicação subjetiva da boa-fé objetiva

A presente abertura pode se mostrar, ao início, paradoxal, pois é realmente contraditório se afirmar que a boa-fé objetiva possa ter uma aplicação subjetiva. Mas, é justamente essa contradição, talvez de mera aparência, sintoma de sua natureza aberta, que estimula a lançar mão da presente provocação acadêmica.

Surge a contradição na própria definição de boa-fé objetiva, enquanto unanimemente proclamada pela doutrina nacional como *standard* jurídico e o uso pouco refletido da abstrata figura do homem médio ou do bom pai de família, empregada para fins de interpretação do comportamento contratual dos sujeitos.

O recurso da figura do *standard* comportamental está nas palavras da

doutrina mais autorizada, conforme Cláudia Lima MARQUES²⁹⁹ sentencia: “Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada” (grifei). Fernando NORONHA³⁰⁰ comunga de assemelhada opinião, ao dispor “Quando no conceito são referidos padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa razoavelmente diligente, o que costuma tudo ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*”.

Nas palavras de Judith MARTINS-COSTA,³⁰¹ quando compara o significado da boa-fé objetiva a uma figura abstrata, reporta-se ao BGB, no seu § 242, como sendo “[...] modelo e conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade””.

O *standard*, baseado no bom pai de família, conforme apontado pela autora supra, é de origem indiscutivelmente europeia, encontrando projeções, também, no sistema do *commom law*,³⁰² o que, numa primeira análise, focada a realidade latino-americana, pode se mostrar artificial, descompromissando o Poder Judiciário da investigação material das desigualdades sociais, visando superá-las.

²⁹⁹ In: Contratos no código de defesa do consumidor, 1999, p. 106.

³⁰⁰ In: O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, 1994, p. 138.

³⁰¹ In: A boa-fé no direito privado, 1999, p. 411.

³⁰² *Ibidem*, loc. cit.

Ora, cabe indagar, quem é o bom pai de família? Figura abstrata, que remete o intérprete ao homem médio da sociedade. No dizer de Maria Helena DINIZ,³⁰³ o *bonus pater familias* é “[...] o protótipo de cidadão médio, prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, empenhado e dedicado [...] paradigma de homem abstratamente diligente que cumpre seus deveres legais ou convencionais sem que se considerem sua cultura, aptidão, instrução”.

Mas o homem médio da sociedade brasileira, certamente, não é o mesmo sujeito descrito pelo sistema germânico e, tampouco, o concebido pelo *common law*, que pode inclusive, naqueles países do Primeiro Mundo, ser fruto da mesma classe social do julgador. Nosso homem médio, por outro lado, é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo.

Construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sócio-cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que nas mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.

³⁰³ In: Dicionário Jurídico, 1998, v. 1, p. 432.

É certo, tem se defendido a adoção de um sistema jurídico aberto, fundado em cláusulas gerais igualmente abertas, mas ao menos o desenho periférico da regra há de ser providenciado pela lei, ou mesmo pela doutrina.

A eleição de um *standard* de conduta, de indiscutível origem germânica, modelo eleito pela doutrina brasileira para se abordar a boa-fé objetiva, necessita passar por emergencial adaptação aos trópicos e ao subdesenvolvimento sul-americano, sob pena de esta fabulosa construção dos tempos atuais cair no descaso perante os tribunais pátrios.

Na mesma esteira, o pensamento germânico não é o único a se deter nessa análise. A escola francesa, nas palavras de Jacques GHESTIN, reconhecendo a inexistência de uma definição de boa-fé, e sem sugerir um *standard* comportamental, aponta para a existência de “deveres” de assistência, colaboração, cooperação e ajuda mútua, deduzindo o autor, a partir daquelas mesmas premissas germânicas, uma boa-fé que se apresenta “[...] *comme la consécration générale d'une exigence de loyauté [...]*”.³⁰⁴

A necessidade de repensar o modelo eleito da boa-fé objetiva mostra-se, ainda, mais urgente, sobre isto se manifestando a doutrina, afirmando que não é possível para a espécie apontar uma definição rígida de seus contornos conceituais, pois sempre dependente de uma conduta contratual, que se destina à melhor efetivação dos interesses do outro contratante. Sua interpretação é essencialmente tópica. Analisa-se a posição do titular da obrigação, em execução, se ele agiu de forma a satisfazer, plenamente, as expectativas alheias, não gerando obstáculos

³⁰⁴ In: *Traité de droit civil*, 1993, p. 239. Na tradução livre: “[...] *como a consagração geral de um dever de lealdade [...]*”.

desnecessários, encargos pessoais e financeiros inúteis, enfim, ônus subjetivos patrimoniais ou existenciais (morais) indesejados.^{305 306} Mais concretamente, no momento da contratação em si, não fazendo inserir, no instrumento, cláusulas reputadas como abusivas;³⁰⁷ na pré-contratação submetendo-se o ofertante ao dever de, verdadeiramente, (pré) informar o oblato sobre todos os detalhes reais do negócios; no encerramento do contrato, em momento pós-eficacial da avença, mantendo as partes a lealdade de sigilo e a cooperação, sem embargo do respeito a deveres múltiplos outros, particulares a cada relação jurídica contratual, e que decorrem da vontade formativa da relação ou da sua natureza prática.

O processo incógnito e construtivo dos prismas conceituais, envolvendo a boa-fé objetiva, projeta o intérprete a searas outras, para além dos limites do Direito, recorrendo a valores e conceitos jurídicos e, até, metajurídicos, como a confiança, a diligência do declaratório ao se interessar pela intenção do outro contratante, o socialmente relevante da declaração de vontade, a razoabilidade e os princípios gerais do direito, todos sendo, conforme bem explica Vito RIZZO, instrumentos de interpretação da boa-fé.³⁰⁸

Tal pensamento está afinado com a proposta sistêmica aberta do ordenamento jurídico, sugerida ao início deste trabalho, e que se pretende vincular à

³⁰⁵ *In: MARQUES, op. cit.*, p. 106-107.

³⁰⁶ *In: MARTINS-COSTA, op. cit.*, p. 412-413.

³⁰⁷ *In: NALIN, op. cit.*, p. 178.

³⁰⁸ *In: Fonti del diritto. 'interpretazione' ed 'applicazione' della legge. Interpretazione ed integrazione del contratto, 1991, p. 224 e 225.*

ética comportamental dos contratantes.³⁰⁹ Como suporte dessa conotação ética da boa-fé, trago à colação as palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que a ela se refere (boa-fé) como sendo a grande inovação do Código português de 1966, “[...] no seu sentido ético-objectivo [...]”,^{310 311} dela sempre se obtendo uma eficácia jurídica que não se restringe ao plano da consciência moral dos titulares contratantes.³¹²

Crítico do recurso a um padrão de boa-fé que remete o intérprete à idéia de lealdade comportamental (ético individual e social), para definir a boa-fé objetiva, o que antes visto é consagrada nos sistemas francês e alemão, Vito RIZZO assevera que o sujeito ao agir com lealdade age de boa-fé, mas que a concepção de lealdade não é mais clara do que a própria noção de boa-fé, razão pela qual a sua definição,

³⁰⁹ MENEZES CORDEIRO explica a inexistência de uma definição precisa do princípio: “A boa fé objectiva não corresponde à imagem comum da interpretação-aplicação do Direito continental. Alicerçada, no seu desenvolvimento, em latitudes muito próximas da periferia jurídica, ela mais se afasta, mercê do irrealismo metodológico, da instrumentação teórica habitual. Numa realidade que, tantas vezes, à míngua da aplicação, do conhecimento ou da praticabilidade das directrizes teóricas actuais, vive, num “positivismo da resignação”, a ausência de um texto, na verdadeira acepção, para interpretar, e a impossibilidade de confeccionar conceitos cristalinos nos quais se possa, ainda que de modo figurado, praticar uma subsunção, deixa vácuo considerável.

Esse vácuo tende a ser preenchido a nível linguístico, com metáforas sucessivas destinadas a suprir carências substanciais. A “fuga para as imagens” a que o processo conduz pode seguir uma de duas vias. Ou se assimila a boa fé à justiça, à equidade, ao equilíbrio, à lealdade e assi por diante, numa série de locuções jurídicas cuja abstracção pouco ou nada fica a dever à da própria boa fé e das quais o retirar de soluções práticas seria igualmente vão, ou se vê, nela, uma remissão para complexos ordenadores metajurídicos, como a Ética, a Moral, o Direito natural - nas suas variantes não positivas - ou certas deontológicas sectoriais, que, à abstracção contínua, somam, na sua miscegenação com o Direito, dificuldades suplementares” (In: Da boa fé no direito civil, 1997, p. 44-45).

³¹⁰ In: Código civil anotado, 1986, v. 2., p. 4. Cabe frisar que os autores entendem a boa-fé não como princípio geral do Direito Civil, mas sim enquanto fonte mediata do Direito, como cláusula geral.

³¹¹ A referência a aspectos metajurídicos definidores da boa-fé objetiva não é tranqüila, havendo quem enxergue, em tal processo, uma mera “panacéia de cunho moral” (MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 412-413). A opinião de Judith MARTINS COSTA quanto ao aspecto da boa-fé, não é completamente desassistido de razão, pois sob tal argumento de não haver uma definição jurídica para ela, chegou-se, em França, até mesmo, a se cogitar da ausência de uma sua verdadeira eficácia jurídica, no entender de R. Vouin (*Apud* GHESTIN, Traité de droit civil, 1993, p. 238).

³¹² GHESTIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

por meio dela (lealdade), mostra-se imprestável.³¹³

As explicações acima, entretanto, não afetam a propagada leitura subjetiva da boa-fé objetiva, ao contrário só a confirmam; pois sempre caberá ao aplicador - juiz - o dever de, em consulta aos seus próprios valores éticos e comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram segundo um *standard* da boa-fé objetiva, estabelecido a partir do seu próprio imaginário.

Cabe evidenciar que não se mostra desejável uma definição pronta e acabada de boa-fé objetiva, *prêt-à-porter* como se diz, pois tal deve surgir de sua construção histórica, sob pena de se amarrar o sistema que, ao menos aqui, se propõe seja aberto. Claro que não. Todavia, apresenta-se oportuno adequar o padrão ideário, do sugerido *standard* comportamental, a algum outro que não lance mão de um sujeito hipotético, na prática, inidentificável no Brasil. Essa é a provocação que fica.

5.1.3 Os plúrimos momentos contratuais de aplicação da boa-fé objetiva

O extenso contexto antes visto já denota a amplitude de aplicação da boa-fé objetiva, de indiscutível incidência em todos os momentos da relação contratual, desde o seu nascimento até após a sua morte,³¹⁴ sem que, para tanto a lei necessite

³¹³ *Op. cit.*, p. 224.

³¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 632 e seguintes, reportando-se ao plexo de deveres contratuais recíprocos, que se revelaram com o amadurecimento do princípio da boa fé objetiva, conclui que: "O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres - e logo o aflorar dessa regra - no período

se manifestar de forma expressa. O Código Civil francês que, originalmente, dispunha sobre a boa-fé, a ela se reportava no momento da execução do contrato,³¹⁵ o que, não obstante a grande inovação, acabou sendo recepcionada em leitura restritiva.

Nosso atual Código Civil dispensa a eleição de uma regra geral ou princípio geral de boa-fé, optando o legislador por, pontualmente, a ela se referir,³¹⁶ diversamente, v.g., de como procedeu o legislador do BGB, instituindo, por meio, de seus §§ 157³¹⁷ e 242,^{318 319} um “[...] *principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, [...]*”,³²⁰ provocando, em sede jurisprudencial e doutrinária, a incansável tarefa de construção histórica da noção de boa-fé objetiva.

O Projeto de Código Civil aponta a evolução sobre o tema, no seu artigo 421

pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção de obrigações”.

³¹⁵ **Code.** Art. 1.134, alínea 3ª. *“Les conventions doivent être exécutées de bonne foi”.*

³¹⁶ *Vide*, por exemplo, os arts. 490 e 491 (posse de boa fé), arts. 510 e seguintes (posse de boa fé), artigo 221 (casamento putativo), artigo 1.507 (portador de boa fé de título).

³¹⁷ **BGB.** §157. *“Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”.*

³¹⁸ **BGB.** § 242. *“El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”.*

³¹⁹ Acerca dos dois referidos parágrafos do BGB, cabe esclarecer que a confusão terminológica entre as duas vertentes da boa fé (objetiva e subjetiva) não se apresenta no sistema alemão, pois o preciosismo do idioma não deixa margem para dúvidas. Carlos Melon INFANTE (Código civil alemão, 1994, p. 30), tradutor do BGB da obra de ENNECCERUS-KIPP-WOLF, elucida sobre as expressões do BGB *“Treu und Glauben”* e *“in guten Glauben sein”*, sendo a primeira *“... una fórmula que también puede traducirse simplemente por “Buena Fe”; es la buena fe que podríamos llamar “buena fe de comportamiento”. En el ámbito de los derechos reales “estar en buena fe” es “in guten Glauben sein”; ésta, más que de comportamiento, es una “buena fe de creencias”: creencia, por ejemplo, en la titularidad de quien transmite una cosa o derecho”.*

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”); todavia, em que pese reconhecer a amplitude prática do princípio, deixa de lado o momento pós-eficacial do contrato cumprido, abordagem já consagrada em diplomas legais outros, fruto do trabalho hermenêutico e jurisprudencial, notadamente o BGB,³²¹ o Código Civil português³²² e o Código Civil italiano,³²³ é assunto amplamente talhado pela doutrina estrangeira,³²⁴ e não justifica a omissão do legislador do Projeto.

Mas a omissão não é suficiente para se negar a projeção da boa-fé objetiva para todos os momentos, inclusive após a sua extinção, na atual Teoria dos Contratos. Quanto aos contratos de consumo, nem se avenge posição diversa, pois expressamente prevê o CDC a prevalência da boa-fé objetiva (comportamental), não somente na redação do contrato, tornando nula qualquer cláusula que atente contra

³²⁰ ENNECCERUS ; KIPP ; WOLFF, Tratado de derecho civil, 1994, t 2, v 1, p. 19.

³²¹ A construção germânica do tema se fez pela jurisprudencial da década de vinte, conforme anota MENEZES CORDEIRO (*Op. cit.*, p. 626-628), mediante a aplicação da regra geral apresentada pelos já mencionados parágrafos 157 e 242 do BGB.

³²² CC português. Art. 762. 2. “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”.

³²³ CC italiano. Art. 1.175. “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”. Sobre a *correttezza*, vocábulo aparentemente estranho para definir boa fé objetiva, são válidas as palavras de Francesco GAZZONI (*In: Manuale di diritto privato*, 1996, p. 530): “Non può poi condividersi il tentativo di parte della dottrina di distinguere tra principio di correttezza e principio di buona fede oggettiva, quale sai desme dalle norme in materia di trattative (art. 1337) e di interpretazione (art. 1366) ed esecuzione del contratto (art. 1375)”.

³²⁴ Em rica abordagem comparativa entre os sistemas português e alemão, MENEZES CORDEIRO (*Op. cit.*) alude à *culpa post pactum finitum*: “A *culpa post pactum finitum* corresponde à projeção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual. Segundo Jhering e seus seguidores poderia, antes de concluído um contrato, constituir-se, a cargo das partes, um dever de indemnizar, por culpa contratual. Desta feita, ocorreria fenômeno inverso; depois de extinto, pelo cumprimento ou por força diversa, um processo contratual, subsistiriam, ainda, alguns deveres para os ex-contratantes.” Derivadas da *culpa post pactum finitum* a jurisprudência alemã ainda construiu a pós-eficácia aparente e a pós-eficácia virtual. A primeira quando associado ao fim do negócio deveres imputados pela lei e a segunda quando as partes assim contratem (p. 627). Enfim, a pós-eficácia revelou a possibilidade de um vez extinta a obrigação subsistirem para os ex-contratantes deveres de proteção, informação e lealdade (p. 628).

o princípio,³²⁵ com ainda reservando lugar à boa-fé, com *status* de princípio geral da legislação de consumo, remetendo-a a todos os momentos do contrato.³²⁶

5.1.4 Boa-fé objetiva e justiça contratual

A boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados -- transparência, confiança e equidade -- sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

O atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior

³²⁵ CDC. Art. 51. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

³²⁶ CDC. Art. 4. "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.

Bem entendido que a vontade contratual ainda encontra seu espaço na relação jurídica contratual, tanto na paritária quanto na massificada, mas o seu papel decresce de importância à medida que se amplia a vulnerabilidade subjetiva de um dos contratantes.

A justiça contratual moderna propunha a livre manifestação da vontade, nada mais sendo necessário para se impor a validade e a obrigatoriedade dos efeitos contratuais: ... *tout contrat libre est un contrat juste*,³²⁷ uma vez que “[...] se o contrato assegura a uma e outra parte uma vantagem maior da perda, e as conseqüências do acordo são conforme a vontade dos contratantes, não podem restar outros problemas de justiça contratual”.³²⁸

Nos dias de hoje, porém, a mera manifestação “livre” de vontade (como mais adiante visto, a liberdade contratual contemporânea é de simples impulso) não preenche o quadro investigativo da justiça contratual, razão porque considera-se

³²⁷ Na tradução livre “[...] todo contrato livre é um contrato justo” (GHESTIN, Traité de droit civil, 1993, p. 27).

³²⁸ Na tradução livre “[...] se il contratto assicura all’una e all’altra parte un vantaggio maggiore della perdita, e le conseguenze dell’accordo sono conformi alla volontà dei contraenti, non possono residuare altri problemi di giustizia contrattuale” (SACCO e DE NOVA, Il contratto, 1996, p. 3).

como descompromissado com estas bases, o entendimento jurisprudencial que se afirma em apologia à vontade contratual, como suficiente para a análise da justiça do contrato.³²⁹ Não é bem assim, havendo quem sustente, com acerto, que a própria vinculação do contrato não mais se fixa no ato volitivo, mas na tutela da boa-fé.³³⁰

O contrato sem vontade emitida, no meu entender, é inexistente mas, à vontade contratual não deve ser emprestada tanta relevância, especialmente na fase em que a massificação das relações é predominante, sendo a pré-eleição do conteúdo do contrato pelo estipulante fato notório e inegável, pois que *“la valeur de la volonté est subordonnée aux exigences de la justice et de la bonne foi”*,³³¹ sendo necessário, para se obter os efeitos desejados pela avença, ser contrato de direito, subordinado à exigência da justiça.

Nessas bases de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho

³²⁹ STJ. Ementa: “Comercial. Cédula de Crédito Comercial. Juros. Limitação (12% aa - ao ano). Ausência de fixação de Conselho Monetário Nacional. Lei da Usura (Decreto 22.626/33). Incidência - Capitalização mensal de juros. Pactuação expressa. Súmula n. 596-STF. Não incidência em ao relação de crédito comercial. Disciplinamento legislativo posterior. Lei n. 6.840/80 e Decreto-lei n. 413/69, art. 5º. Súmula nº. 93-STJ. Multa moratória 10%. I. (...).II. *Admissível a capitalização mensal de juros quando expressamente pactuada, o que ocorre no caso dos autos, ao teor da súmula nº. 93 desta Corte.* III. *Legítima é a cobrança da multa de 10% prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação.* IV (...).” (RESP 190414/RS; Recurso Especial 1998/0072796-5; DJ 03.04.2000; Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; J. 08.02.2000 - 4 Turma).

³³⁰ NORONHA, O direito dos contratos, 1994, p. 82. Vale transcreve a posição completa do autor: “Por seu turno, o interesse primacial da questão do *fundamento da vinculatividade do contrato* consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido “querido”, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir *segurança* ao negócios celebrado. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na *autonomia da vontade* mas no princípio de tutela da *boa-fé* - embora também aqui estejam presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual” (grifei).

³³¹ GHESTIN, *op. cit.*, p. 226. Na tradução livre: “o valor da vontade é subordinado às exigências da justiça e da boa fé”.

dúvida que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo. O contrato é antes de boa-fé do que conforme a boa-fé. E em assim sendo, no meu entender, atualmente inclui-se a boa-fé dentre os elementos que formam o *corpus* do negócio (*sujeitos, vontade, objeto ou conteúdo e boa-fé*), não mais ocupando posto a medir a validade do negócio (grau de validade), o que implicaria se apontar um contrato conforme a boa-fé.

A esse propósito, a construção legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, aproveitando-se da estabilidade doutrinária civil e legal que lhe é precedente, lançou mão da nulidade do contrato celebrado sem o respeito à boa-fé, o que se nota da simples leitura do seu artigo 51, *caput*, e inciso IV, enquadrando-a, assim, no plano da invalidade do negócio jurídico. Tal opção consumerista não impede sejam outras as leituras realizadas levando-se em conta um contrato constitucionalizado (socialmente funcionalizado) e de boa-fé, conquanto lembrem SACCO e DE NOVA a justiça contratual atualmente alcançar relevo constitucional.

332

Sobre a boa-fé, conforme antes visto, não há uma definição precisa; ou melhor, haveria tantas definições quantas fossem as práticas contratuais, partindo sua análise da reconstrução dos passos seguidos pelos contratantes. Cabe frisar, ainda, que o desenho da justiça contratual centrada na boa-fé não descarta o recurso à boa-fé subjetiva, em que pese a prevalência da sua descrição objetiva, no atual desenho da teoria dos contratos. São elas concorrentes nessa nova

construção teórica. Resta saber o que significa o “justo” para o contrato.

A análise metodológica, inicialmente apresentada, incita o estudo desenvolvido tomando a lei (direito positivo) como fonte imediata do Direito, mas sem que nela se exaurem os recursos do aplicador. Nestas bases, já é propagada a aplicação direta dos princípios gerais do direito, constitucionais e infraconstitucionais, sem respeito à hierarquia das fontes estabelecida pelo artigo 4º da LICC. O contrato, neste diapasão, há de ser sempre justo, sem que o senso de justiça esteja circunscrito ao Direito Positivo e, muito menos, ao ramo jurídico (Direito Privado), ao qual, historicamente, se vincula a presente análise. Atualmente, ao julgador se apresenta ilimitada a possibilidade de lançar mão do princípio da boa-fé na solução do caso concreto, sendo tal permissivo de grande utilidade no Direito Civil, uma vez que o Código Civil não privilegia a estabilização da boa-fé, enquanto princípio geral e concreto do nosso ordenamento. Esse desenvolvimento nada mais é do que a concretização do valor da justiça do próprio Direito, pois seu compromisso é, antes, com a justiça social do que com a lei.

Mas a indagação é com qual justiça se depara o julgador, para defini-la na particular interpretação do contrato. Parece-me razoável e contextualizada a opinião que indica a justiça comutativa como resposta à argüição geral. Comutativa deve ser a justiça contratual, para que o titular ativo da relação jurídica receba o equivalente ao que entregou.³³² A noção, em verdade, não é nova, nem tampouco original, encontrando sua base mais remota em ARISTÓTELES, na obra-legado que fez a Nicômacos, ao refletir sobre a proporcionalidade enquanto gênero do “justo”, na

³³² SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 5.

³³³ *Ibidem*, p. 228.

explicação que faz sobre a justiça comutativa.³³⁴ Explica-se melhor, a justiça dos particulares, na concepção Aristotélica, está baseada na igualdade e seu oposto, por lógico, na desigualdade entre os cidadãos.³³⁵ A igualdade entre os sujeitos titulares acaba por definir, para as relações contratuais em especial, o sentido da comutatividade aqui explorado.

Não sem razão, falar-se atualmente no Brasil da abusividade de cláusulas contratuais (art. 51 e incisos do CDC), da possibilidade revisionista da avença e do acolhimento da lesão contratual, nas relações de consumo (art. 6º, inc. V, CDC), pois são fontes de uma justiça do Direito que objetiva manter equilibrado o trânsito jurídico.

Tal desenvolvimento inexistente na leitura positivista do Código Civil, eis que, conforme anteriormente visto, a justiça nele encartada se assenta no mero exercício livre da vontade contratual, mesmo que, particularmente, entenda o legislador do código não ser justo o valor indevidamente recebido e determine a sua repetição, em favor daquele que pagou sem causa.³³⁶

Para a espécie ora investigada, a lei de consumo se coaduna com a desejada concepção de justiça comutativa, mas, convém ressaltar que, a falta de uma semelhante disposição legal para o Direito Civil não autoriza o intérprete a ler o

³³⁴ In: Ética a Nicômacos, 1992, p. 96.

³³⁵ Explica Aristóteles, na linha de argumentação referida no corpo do trabalho: "O igual, portanto, é o meio termo entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente maiores e menores de modos contrários; maior quinhão de um bem e menor quinhão de um mal são um ganho, e o contrário é uma perda; o meio termo entre eles, como já vimos, é o igual que chamamos de justo: a justiça corretiva, portanto, será o meio termo entre perda e ganho. (*Op. cit.* p. 98 e *passim*).

³³⁶ CC. Art. 964. "Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

contrato, sem levar em conta a sua comutatividade. Oportuno lembrar que, na ausência de um dispositivo infraconstitucional regulamentador, apresenta-se o auxílio ao pensamento sistêmico e a direta aplicação da normativa (princípios e regras) constitucional nas relações interprivadas. Sob tal prisma, é possível arrematar que a justiça sempre comutativa do contrato não está no Código Civil de 1916, mas no Direito Civil que, diretamente, se serve da fonte constitucional.

Uma derradeira palavra: a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele se edifica a idéia de segurança jurídica nas avenças, uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.

5.2 BOA-FÉ, EQUIDADE E JUSTIÇA CONTRATUAL

Nesse contexto de comutatividade contratual é que se constrói o princípio da equidade, enquanto fundamento da justiça que deve imperar no contrato, seja ele de longa duração ou não, uma vez que as parcelas reciprocamente devidas nunca poderão estar desajustadas ou sofrer perdas ou ganhos, ao longo da execução da avença.

O princípio da equidade alcança, assim, um novo perfil, não somente no

instrumento de supressão das lacunas da lei, ferramenta de interpretação da regra jurídica, julgando *ex aequo et bono*, mas visando ao equilíbrio econômico das obrigações pecuniárias. No dizer de Cláudia Lima MARQUES, é o meio para se “[...] alcançar a justiça contratual”.³³⁷

Novamente empregando as idéias Aristotélicas, DEL VECCHIO afirma estar a eqüidade disposta em favor do juiz e funciona “[...] *como una corrección de la generalidad de la ley: esto es, como una especie de justicia mejor que la legal, porque ésta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos posibles. En el acto de la aplicación, la norma debe adaptarse, plegarse a la figura específica del caso; [...]*”.³³⁸

Para concluir o raciocínio, sempre em apego ao ensinamento Aristotélico, Chaïm PERELMAN,³³⁹ tendo se referido à eqüidade, no plano do pensamento daquele filósofo grego, como “muleta da justiça”, evolui na teoria filosófica, para, contemporaneamente, sustentar a eqüidade enquanto “um recurso ao juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de eqüidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguindo à lei, conduzem a conseqüências iníquas”. Tal desenvolvimento, ainda conforme a construção de Chaïm PERELMAN, tem como base três possibilidades: *a primeira*, em razão da própria colocação de Aristóteles da não previsão do fato pelo legislador; *a segunda*, que diretamente se aplica a esta tese, “[...] quando condições externas, tais como uma desvalorização da moeda, uma guerra ou uma catástrofe,

³³⁷ *Op. cit.*, p. 391.

³³⁸ DEL VECCHIO, Filosofia del derecho, 1991, p. 341.

³³⁹ *In: Ética e direito*, 1996, p. 163.

modificam tanto as condições que sua execução estrita lesa gravemente uma das partes”; a terceira fica por conta da evolução de certos sentimentos morais, antes desprezados pelo legislador e julgador, em seus precedentes, mas que, no momento, implicam uma necessária reanálise das circunstâncias fáticas.

A boa-fé objetiva não se furta de também guardar relevante papel nesta perspectiva de justiça, pois, no sentido antes aventado, funciona como “[...] antecâmara do princípio da justiça contratual [...]”,³⁴⁰ vale dizer, da equidade, situando-se na própria base da comutatividade contratual, pois inibidora de um comportamento que, v.g., faça incluir no contrato cláusulas agora lidas como abusivas e que imponham ou mesmo sugiram um distanciamento econômico (não equivalentes) entre as partes e as obrigações pecuniárias que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa-fé objetiva.

A inobservância do princípio da equidade redundará, então, na declaração oficiosa da nulidade da cláusula abusiva; na revisão da cláusula ou do contrato como um todo que imponha desproporção econômica entre as obrigações; no reajustamento das parcelas iniciais ou menos, mais genericamente, na própria declaração de não obrigatoriedade da cláusula ou avença, pois o que é injusto nunca poderá ser reputado como obrigatório. Só o contrato justo obriga, diria GHESTIN.³⁴¹ O princípio da justiça contratual e a sua consequência de não obrigatoriedade (ineficácia) também vem apregoada pelo Código de Defesa do

³⁴⁰ NORONHA, *op. cit.*, p. 218.

³⁴¹ *Op. cit.*, p. 225.

Consumidor, conforme seu artigo 46,³⁴² porém voltado o comando ao dever da prévia informação (concretização do princípio da transparência).

5.3 TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A transparência, princípio decorrente da boa-fé objetiva, ao exigir correto comportamento dos sujeitos relacionados, encontra sua justificativa no dever de informar o que recai sobre os contratantes, especialmente nestes tempos de predomínio das relações contratuais de conteúdo pré-disposto, modelo que ganha mais espaço, a cada dia que passa, e impõe ao contratante que fixa seu conteúdo a necessidade de informar, precisamente, ao outro contratante, todo seu plexo.

A transparência faz com que se exija do pré-disponente, sobretudo, lealdade ao estabelecer o conteúdo da avença e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante, via de regra mero aderente, portanto vulnerável à vontade contratual que está a definir seus termos gerais, exigindo-lhe destarte comportamento responsável. A auto-responsabilidade contratual, conforme explica Vito RIZZO, põe em relevo antes a figura do pré-disponente que a do aderente.³⁴³ É princípio jurídico³⁴⁴ que gravita em torno da plena e suficiente informação contratual, “significa

³⁴² CDC. Art. 46. “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

³⁴³ In: Trasparenza e “contratti del consumatore” (la novella al codice civile), 1997, p. 21, nota 10.

³⁴⁴ Cabe explicar, a propósito da comparação entre os sistemas brasileiro e italiano, que no segundo, ante a sua falta de expressa alusão do texto legal, especialmente do art. 1469, não se toma

*consapevolenza*³⁴⁵ (ciência ou conhecimento) dos termos do contrato.

Em um contexto mais amplo, qual seja o sócio-político, a transparência alcança o conceito de informação social e meio de comunicação, por ser mais eficaz e precisa, quanto à informação, cujo resultado é a eliminação da linguagem falsa e enganosa,³⁴⁶ estando em harmonia com a própria idéia de democratização do mercado.³⁴⁷ Essa aproximação interessa ao sistema contratual e, notadamente, ao massificado, plano mais fértil de seu emprego, na medida em que se realiza a oferta, via de regra, por meio dos grandes canais de comunicação ... *“Chiarezza e precisione. Dunque trasparenza”*, arremata QUADRI.³⁴⁸

É um princípio que não se pode deixar de mencionado neste trabalho, por ser reflexo legislativo de defesa ao titular da relação jurídica subjetiva, que não tem poder de barganha junto ao outro titular ou porque a força contratual que detém se caracteriza como insuficiente.

Seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada. Com grande acerto SAJA afirma ser o princípio um instrumento de salvaguarda da

por toda evidente a idéia principiológica da transparência, explicando Vito RIZZO que *“Sulla base di questo complesso ed articolato quadro che si va delineando, l’esigenza di trasparenza tende sempre piú ad assumere la veste de “principio” che, rispetto alle antecedenti e (ritenute) non soddisfacenti forme (sporadiche e rudimentali) di espressione, richiede, soprattutto nella piú recente legislazione, una serie piú numerosa di strumenti e di tecniche, al fine di una sua piú piena e sicura affermazione.”* (Op. cit., p. 20).

³⁴⁵ PESCATORE, *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, 1992, p. 109.

³⁴⁶ QUADRI, *Trasparenza e condizioni generali del ...*, 1992, p.112.

³⁴⁷ MEZZANOTTE, *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, 1992, p. 105.

³⁴⁸ QUADRI, op. cit., p. 113.

personalidade e, portanto, da liberdade de autodeterminação.³⁴⁹ Não interessa a declaração de vontade contratual, pautada pela má informação, pois “muitas vezes aquilo que é abusivo é aquilo que é desconhecido”, conforme assevera GALGANO.³⁵⁰ Não fosse a presença de cláusulas abusivas no sistema brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, em tese, poderia obrigar-se o contratante desinformado, ou mau informado, a conteúdo lesivo e adverso aos seus interesses.

Cláudia Lima MARQUES, alertando para os “riscos” da relação de consumo, decorrentes da forma agressiva pela qual a oferta, no mercado massificado, é realizada, lembra que a vontade emitida pelo consumidor há de ser “racional”,³⁵¹ ou seja, refletida. A vontade contratual tutelada há de ser aquela que leva em conta informações adequadas, sem as quais não é digna de eficácia. Para a emissão da vontade, atualmente, não basta verificar seja ela livre de vícios de consentimento, nas clássicas figuras do erro, dolo e coação. Mais do que isso, precisa ela ser consciente e informada, para dela se extrair um “*consenso libero*”.³⁵²

A transparência está em harmonia e consagra a confiança negocial, pois quando o pré-disponente não informa com adequação os termos da avença, levando o aderente a assumir deveres contrários aos seus interesses patrimoniais e existenciais, caracteriza-se a violação da confiança depositada no outro e na sua postura contratual. E a confiança contratual nunca se fez tão importante, uma vez

³⁴⁹ SAJA. Discorso introduttivo del seminario su “trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto”, 1992, p. 9.

³⁵⁰ GALGANO. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto, 1992, p. 27.

³⁵¹ Contratos no código ..., p. 284. Cita a autora a obra de Charbin, aludindo à “*volonté rationnelle*” ou à “autonomia racional”.

³⁵² RIZZO, *op. cit.*, p. 19.

que cresce o desestímulo à leitura do instrumento previamente redigido, em face da incapacidade do aderente em alterá-lo, pois inexistente o poder de negociação. Do que adianta ler, se não posso modificá-lo? Assino-o e consumo o bem da vida! A confiança negocial há de ser garantida pelo respeito ao princípio da transparência.

Destaca-se que a informação contratual transparente precisa ser reconhecida como princípio não restrito às relações de consumo, não obstante ser originária da massificação dos negócios contratuais, até porque, antes disso, o exercício da liberdade contratual, sem prejuízo de outros efeitos, manifestava-se pela definição bilateral do conteúdo do negócio. Não é somente na relação de consumo que o princípio se mostra relevante, mas, como já dito, na relação cujo objeto tenha sido definido por uma das partes, de forma exclusiva ou predominante: “[...] *buona fede, correttezza, trasparenza debbono valere nell’ambito civilistico, allorquando il rapporto sai formamente paritario [...]*”.³⁵³ Indispensável é a presença de um contratante com “*maggior forza*”, nas palavras de SAJA, para promover a eficácia da tríade principiológica, ou ainda, para ampliar o círculo de influência do princípio em questão, exige-se um sujeito particularmente qualificado pelo desenvolvimento da sua atividade econômica, destacando-se como mais forte que os demais, mesmo que seja em um único momento do processo de contratação.³⁵⁴

No sistema legal brasileiro, o princípio vem introduzido pelo *caput* do artigo 4º do CDC,³⁵⁵ artigo de lei que, inclusive, estabelece as bases principiológicas daquele

³⁵³ SAJA. *op. cit.*, p. 13. Na tradução livre: “[...] *boa fé, corretude, transparência devem valer no âmbito civilístico. mesmo quando a relação seja formalmente paritária, [...]*”.

³⁵⁴ SCONAMIGLIO. *Contratti in generale*, 1970, p. 259. Comenta o autor o artigo 1341 do CC italiano, ao mencionar que a presença constante de um sujeito contratualmente mais forte não estaria na exata linha da *ratio* do versado artigo, sendo viável um simples poder contratual momentâneo.

³⁵⁵ CDC. Art. 4. “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento

ordenamento, além de eleger os valores da dignidade, saúde, segurança, proteção dos interesses econômicos e melhoria de vida dos consumidores, expressamente se reportando ao princípio da transparência como realizador destes valores. No ordenamento contratual brasileiro, destarte, a transparência é princípio estabilizado em lei.

O Código de Defesa dos Consumidor aponta, no mais, a constituição de um dever de informação imposto ao pré-disponente do contrato, particularmente denominado pela Lei nº 8.079/80 de fornecedor de produto ou serviço (art. 3º), na medida em que se atribuiu ao consumidor o direito à informação³⁵⁶ clara e precisa sobre o produto ou o serviço a ser consumido, ao qual só se pode atribuir a natureza de direito subjetivo, neste plano de idéias, exigível de conduta contraposta.

A informação, vale frisar, não basta existir e ser suficiente, deve, sobretudo, ser clara. Importa ao predisponente focar a classe social a qual se dirige a sua oferta ou mesmo, em estágio já avançado, estabelecer os termos do contrato, particularizando a informação, de modo compreensível e acessível, ao destinatário ou aderente. No âmbito da contratação em massa também é possível, ao fornecedor, eleger a classe destinatária do produto ou serviço, devendo equalizar a informação de forma mais “personalizada”.³⁵⁷ Preocupou-se o Código de Defesa do

das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:” (grifei).

³⁵⁶ CDC. Art. 6. “São direitos básicos do consumidor:

III - “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem:”

³⁵⁷ Francesco GALGANO indica que “[...] *tutta la giurisprudenza americana in materia di tutela aquiliana del consumatore si basa sul dovere dell’informazione: il produttore deve informare la controparte sui rischi cui il prodotto può esporre. Questo dovere di informazione há posto anche da*

Consumidor com esse significativo aspecto, impondo sanção, adiante versada, aos instrumentos “[...] redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (art. 46 CDC), mas que não pode deixar de ser encarado como da substância do ato (*ad substantiam tantum*).

Nesse plano, outras duas considerações decorrem do apontado dever de informação, imposto ao sujeito fonte da relação: o momento de concretude do princípio e a consequência jurídica pela sua inobservância.

A abordagem ao princípio da transparência, feita em relação ao sistema contratual brasileiro, parece inicialmente ter sido de Cláudia Lima MARQUES,³⁵⁸ sustentando a autora tratar-se de princípio de aproximação das partes, verificado no momento de formação do contrato de consumo. Essa consideração é válida, para as relações de consumo, pois a grande maioria delas se dá em execução instantânea e, ainda, levando-se em conta a novidade da oferta, difundida pelos grandes meios de comunicação, por intermédio da publicidade de massa.

Mas, como antes visto, o princípio não está restrito às relações de consumo, pois considera-se a possibilidade de que, mesmo nestas relações, possam surgir aquelas denominadas de longa duração. O dever de informação, em verdade, preserva-se ao longo de toda a execução contratual, e também, por que não, para além da conclusão do contrato, por conta de sua execução voluntária.

A plena informação contratual deve ser constante para o sujeito que detém o

noi un problema sul cultura media del fruitore del prodotto. Una sentenza prima della Corte d'Appello di Napoli, pubblicata sulla rivista di Perlingieri, e poi della Cassazione dice che, essendo quel tle prodotto, che era un fitofarmaco. destinato agli agricoltori, il linguaggio usato era troppo scientifico non valeva come informazione adeguata. Questo lo disse la Corte d'Appello, la Cassazione invece ebbe un'opinione un pó più sfumata. ma il problema fu posto: il problema della chiarezza del linguaggio in rapporto alla cultura medida dell'operatore di quello specifico settore” (Op. cit., p. 28).

³⁵⁸ Op. cit., p. 286.

poder da redação de seus termos, esclarecendo o seu conteúdo, por solicitação ou não, no objetivo de validar, em todos os momentos, a confiança depositada na sua conduta. Ademais, é oportuno lembrar que a transparência decorre da boa-fé objetiva,³⁵⁹ princípio operante em linha de pós-eficácia contratual. Vale recordar, a propósito da manutenção da transparência contratual, do contrato bancário de crédito pessoal em conta corrente, por exemplo, cuja execução continuada,³⁶⁰ que faz com que, periodicamente, sejam renovar os encargos do crédito disposto em favor do tomador, impõe à instituição bancária o dever de espontaneamente informar, na periodicidade do vencimento das obrigações, de maneira prévia e suficientemente, sobre todos os encargos que incidirão o período futuro.

No plano da consequência jurídica, em razão da violação ao princípio da transparência, é notória a utilização, pelo legislador brasileiro, do Código de Defesa do Consumidor, diploma este que, ao versar sobre a transparência, também dispõe sobre a sanção, pela sua inobservância, da experiência italiana interpretativa iniciada pelo artigo 1341³⁶¹ do Código Civil.^{362 363}

³⁵⁹ A relação entre cláusula geral de contratação, boa fé e, logo, transparência contratual é íntima conforme tem mostrado a experiência alemã. Antonio GAMBARO lembra que “[...] *I giuristi tedeschi, riuniti a congresso per festeggiare il primo decennio dell’AGB Gesetz, hanno constatato come la giurisprudenza del BGH tenda ad equalizzare i criteri di controllo sulle clausole contrarie a buona fede secondo il § 242 BGB a quelli sulle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto specificate dal legislatore nell’AGB Gesetz, com la conseguenza che questa legge appare sempre più come una concretizzazione autorevole della clausola generale di buona fede applicabile quindi ad ogni tipo di contratti. e, d’altro lato, essa non vieta al giudice ulteriori concretizzazioni della clausola codocistica*” (In: Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore un viaggio nella western legal tradition, 1992. p. 35.).

³⁶⁰ GOMES. Contratos, 1996, p. 169. Afirma o autor, sobre a execução do contrato, que “Pode ser instantânea, diferida ou continuada. Nesta última hipótese os efeitos do contrato prolongam-se, repetindo-se as prestações, sendo comum a oposição de termo para limitar a sua duração”.

³⁶¹ Art. 1341. “(Condizioni generali di contratto). - Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni

O aludido artigo do código italiano, no seu primeiro parágrafo, trata das condições gerais do contrato e da eficácia delas, em confronto ao outro contratante, no momento da conclusão do contrato, uma vez conhecidas as condições ou supondo-se que deveria o aderente conhecê-las, empregando, para tanto, ordinária diligência.³⁶⁴ No segundo parágrafo, do mesmo artigo 1341, repisando a consequência da ineficácia, relaciona hipóteses de condições contratuais ineficazes, desde de que não aprovadas por escrito.

No clássico *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, SCOGNAMIGLIO suscita o debate interpretativo da norma do artigo 1341, pois que, ao seu ver, o texto da lei não guarda relação com a melhor técnica, ao se reportar, de forma genérica, à ineficácia das condições gerais de contratação, uma vez que a obrigação inválida sempre será ineficaz, e esclarece que o segundo parágrafo, do mesmo artigo, embora se refira à ineficácia, trata, em verdade, da nulidade de

che stabiliscono. a favore di colui che le há predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie e deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria." (grifei)

³⁶² Francesco GALGANO lembra que o debate que se situa entre condições gerais do contrato e transparência encontra seu auge, na Itália, nos anos 70, tendo sido objeto de profundos estudos na década de 50, certamente por força do então recente Código Civil de 1942. Lembra o autor, ainda, que dentre as obras mais relevantes sobre o tema se encontra a Rizzo, escrita no ano de 1983, mas cuja essência já havia sido idealizada na década de 70 (*In: Relazioni. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, 1992, p. 25-26).

³⁶³ O grande debate sobre o tema das condições gerais do contrato e a consequente eficácia da transparência ocorre na década de 70, relata Antonio GAMBARO e fica por conta da edição de regras européias acerca do assunto. Por exemplo, em 1976 surge a *AGB Gesetz*; em 1977 o *Unfair Contract Terms Act* inglês; em França é editada a *Loi 10 de janeiro de 1978* (*Op. cit.*, p. 33 e 35).

³⁶⁴ A passagem do artigo 1341 do CC italiano "[...] o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza" não se aplica ao regime nacional, uma vez que o CDC impõe verdadeiro dever de informação ao fornecedor. O consumidor ou aderente não precisa mais diligenciar em busca da adequada informação, não podendo a ele ser imputada qualquer sanção pela falta de interesse na sua pesquisa, recaindo toda obrigação na atividade do fornecedor.

cláusulas, desde de que não dispostas por escrito. Transita a doutrina italiana entre a nulidade e a ineficácia geral do negócio, após afastamento definitivo da idéia da anulabilidade, pois se conclui que de vício não se trata.³⁶⁵

No plano da nulidade, esta se revela na medida em que a cláusula não conhecida do outro contraente acaba por se apresentar em espaço de declaração volitiva unilateral. A vontade contratual, em cada momento da redação, ou mesmo, só na aceitação de cláusula, deve ser recíproca, ou seja, bilateral. Como já declarado anteriormente, a imprescindibilidade da ciência do conteúdo do contrato, por parte daquele que adere, visa conformar a vontade contratual, que está a emitir às suas cláusulas gerais. Sem informação, ou com informação deficiente, a vontade contratual do aderente não existirá ou será incompleta, ensejando a reflexão acerca da nulidade do contrato, ao menos, das condições não informadas, pois a ele faltaria elemento essencial de constituição do negócio.

Em consonância com o pensamento de SCOGNAMIGLIO, pode-se concluir que a inexistência da vontade contratual do aderente não se apresenta como elemento de invalidade do contrato, mas sim de cunho estrutural, implicando a inexistência da cláusula ou do próprio contrato,³⁶⁶ uma vez que, para sua formação, não basta a vontade unilateral do pré-disponente.³⁶⁷

³⁶⁵ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 268-269.

³⁶⁶ Conforme MOTA PINTO, ao discorrer sobre a inexistência do negócio jurídico, “[...] afirma-se estarmos perante esta figura, quando nem sequer aparentemente se verificar o “corpus” de certo negócio jurídico (a materialidade correspondente à noção de tal negócio) ou, existindo embora essa aparência, a realidade não corresponde a tal noção. Pelo contrário, a valoração de um negócio, como nulo ou anulável, pressupõe, pelo menos, que o negócio exista, isto é, que se verifiquem os elementos correspondentes ao seu tipo, sem embargo de ocorrer, nesses elementos, alguma anormalidade” (*Op. cit.*, p. 608).

³⁶⁷ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 269-270.

Leitura contemporânea do princípio em questão, na base do sistema italiano, remete sua formulação para o art. 1469, após acréscimos introduzidos pela Lei 6-2-1996, nº 52, art. 25, ao ampliar o artigo original no *Capo XIVbis (Dei contratti del consumatori)*. A novidade legislativa fez renovar a normativa civil sobre os contratos de consumo, naquele sistema, e por conta disso a transparência, hoje entendendo-se que o art. 1341, antes referido nesta obra, e também o art. 1370, ambos do CC italiano, continham a transparência em momento embrionário.³⁶⁸

Para além dessa comparação meramente legislativa, mostra-se deveras importante reconhecer, na experiência Comunitária, que, pela via da exigibilidade da clareza contratual (transparência), se realiza o controle do conteúdo do contrato e, por conseqüência, de sua justiça substancial.³⁶⁹ Motivo pelo qual a transparência supera o mero contorno formal do contrato, apresentado no dever de informação, para adentrar no controle de sua essência.

De uma primeira aproximação entre os sistemas jurídicos comparados (CC italiano e CDC), obtém-se a indicação de obrigações contratuais ineficazes, quando desrespeitado o dever de informação (transparência), por força do artigo 46 do CDC. A doutrina pátria é categórica quando constata a ineficácia do contrato redigido sem ciência prévia e adequada do contratante, concluindo que “[...] ‘Contratos’ não-obrigatórios não existem, logo é a inexistência do vínculo contratual, como a entendemos”.³⁷⁰ Diante disso, cogita-se andarem muito próximos os sistemas brasileiro e italiano, em vista do resultado exposto acerca das implicações do

³⁶⁸ RIZZO, *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 18.

³⁷⁰ MARQUES, Contratos no código de defesa do consumidor, 1999, p. 338.

conteúdo volitivo da declaração emitida pelo contratante desinformado ou inadequadamente informado.

A transparência se explica na legislação de consumo brasileira, não somente enquanto premissa obrigacional e sanção de ineficácia. Observa-se de seu texto as regras pertinentes ao contrato de adesão, quando dispõe o seu artigo 54, §§ 3º e 4º, sobre a obrigatoriedade do texto ser redigido em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, devendo as cláusulas limitativas de direitos do consumidor levar destaque, tudo a permitir fácil e imediata compreensão. Tais imposições feitas ao fornecedor encerram o princípio da transparência, porquanto oportunizam, ao consumidor, uma reflexão adequada sobre a vontade contratual que emitirá.

Na mesma linha de compreensão situa-se o artigo 52 do CDC,³⁷¹ específico acerca de produtos ou serviços de crédito, que determina ao fornecedor prestar informações ao consumidor, sobre todas as particularidades financeiras do negócio. Detalhe do artigo de lei enfocado, revela situar-se ele na Seção II, do Capítulo VI, do CDC, que trata *Das cláusulas abusivas*. No regime brasileiro, por força do artigo 51,³⁷² todas as cláusulas abusivas, cujo rol exemplificativo vem disposto nos incisos do referido artigo, são nulas de pleno direito. O artigo 52 não versa sobre a sanção pela falta de “[...] prévia e adequadamente [...]” informação do serviço ou produto financeiro, de modo que em leitura sistêmica da lei, por força do seu artigo 46, é possível concluir, somente, pela ineficácia geral das cláusulas contratuais violadoras

³⁷¹ CDC. Art. 52. “No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: [...]”.

³⁷² CDC. Art. 51. “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]”.

da transparência, não por nulidade absoluta, mas por inexistência.

5.4 CONFIANÇA E SATISFAÇÃO DOS INTERESSES DOS CONTRATANTES

O princípio da confiança, localizado desde antes da formação do contrato, até a sua execução, dá conta, enquanto na fase da aproximação negocial, de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.

A confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não só porque se louva dos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos,³⁷³ como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realizado em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial.³⁷⁴ Pode-se dizer, efetivamente, que a confiança surge das diversas manifestações da boa-fé,³⁷⁵ sugerindo a doutrina a integração da confiança no conteúdo substancial da boa-fé.³⁷⁶ É evidente, assim, tratar-se de princípio que se afina, em conseqüências fáticas e jurídicas, com a formação da nova sistemática contratual.

³⁷³ MARQUES, *op. cit.*, p. 574.

³⁷⁴ RIZZO, *Fonti del diritto ...*, p. 224.

³⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, p. 1234.

³⁷⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

No plano das relações de consumo e do Código de Defesa do Consumidor, a confiança encontra amplo espaço de desenvolvimento, uma vez reconstruídos os limites das responsabilidades contratual e aquiliana, a consagração da teoria do risco não absoluto (responsabilidade objetiva) das atividades do fornecedor, o redimensionamento da teoria dos vícios e defeitos do produto e serviço, do fato do produto e do serviço, enfim toda a reconstrução que possa, de um modo ou de outro, limitar ou frustrar a satisfação das legítimas expectativas do contratante consumidor ou a ele equiparado.³⁷⁷

Em que pese a formulação, verdadeira, de ter o princípio da confiança debutado no Brasil, com maior força, no seio da ordenação consumerista, torna-se imprescindível o envio de sua análise a outros segmentos do Direito, especialmente aos do Direito Civil,³⁷⁸ ante a sua indissociável conexão com a boa-fé.

Realmente, deve ser tributado ao Código de Defesa do Consumidor o ressurgimento da confiança no cenário jurídico brasileiro, princípio antes pouco burilado pela civilística brasileira, em se considerando a sua extensão aplicativa, apesar de estar presente no Código Civil e na jurisprudência. O Código Civil, ao abordar o tema da validade do pagamento feito ao credor putativo,³⁷⁹ e o magistrado

³⁷⁷ MARQUES. *op. cit.*, p. 575-576.

³⁷⁸ Inegável, por exemplo, variando de ramo jurídico, a aplicação da confiança aos contratos públicos, tanto que, presente no vigente sistema legal de contratação com a administração pública um esta cláusula de equilíbrio econômico financeiro, que se antes visa preservar o equilíbrio da avença de longa duração, realizando o princípio de justiça contratual antes visto (equidade), não deixa de também tutelar a expectativa contratual econômica daquele que se envolve com o Estado, ou seja da confiança contratual depositada no Estado e no contrato. Essas consideração revelam, sobretudo, a íntima relação existente entre confiança, equidade e logo, boa fé, sendo esta última, enfim, um núcleo principiológico donde emergem os demais princípios formadores da teoria contratual contemporânea.

³⁷⁹ CC. Art. 935. "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor".

ao reconhecer, exemplificativamente, a eficácia dos atos praticados pelo gerente de companhia, em excesso de mandato, mas na tutela de terceiros, estão a concretizar o princípio da confiança, pois a teoria da aparência nela encontra a sua grande fonte de inspiração.³⁸⁰ Vale dizer que a confiança do contratante se baseia em representações passadas, presentes ou futuras, fomentadas e estimuladas pelo outro contratante e tomadas como realidade.³⁸¹ A consequência jurídica de sua recepção pelo ordenamento civil e Judiciário está na tutela das representações mentais daquele que confia.

Assim, tais representações, hoje situadas num plano de objetivação das condutas contratuais, por força da boa-fé objetiva, não podem residir na exclusiva *psique* do sujeito contratante que constitui expectativas. É necessário algum dado de conexão com o exterior que possa justificar, em sede judicial, as expectativas contratuais frustradas, sob pena de se estar regredindo ao plano do subjetivismo jurídico. É como na hipótese do credor putativo, cuja exterioridade da conduta daquele que se passa por credor, leva a crer esteja o devedor pagando ao sujeito certo. Mas a face subjetiva da aplicação do princípio lhe confere notável colorido, estabelecendo verdadeiro liame entre a boa-fé objetiva e a subjetiva.

A extensão do princípio é muito ampla e encontra apoio em variados autores, como em MENEZES CORDEIRO, que sugere alguns momentos de sua aplicação: a posse, o registro predial, outros registros e o herdeiro aparente (Wellspacher); a aquisição *a non domino*, a procuração aparente, a morte aparente (Herbert Meyer); a procuração aparente, prestação feita a portador de recibo, cessão sob

³⁸⁰ Sobre o tema de forma detalhada MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 1234-1240.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 1234.

apresentação de documento, o comerciante aparente (Oertmann); a reserva mental, a aquisição a herdeiro aparente. Lembra, ainda, que no período do pós-guerra (Primeira Grande Guerra), na Europa, tornou-se corrente a idéia de que a lei não esgotava as hipóteses de incidência do princípio, destacando-se o desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema.³⁸²

Independentemente das possíveis variáveis concretas, a centralidade da confiança reside na aparência, estando em jogo as reações causadas aos contratantes que nela *confiam*, revelando-se, quando já em curso a execução da avença, a frustração de algum dever jurídico, dentre aqueles de cuidado, informação, segurança e cooperação. É o grande momento da aplicação da violação positiva do contrato,³⁸³ no qual o sujeito passivo faz o que estava vedado ou executa a conduta a que havia se obrigado, no entanto de modo imperfeito,³⁸⁴ uma vez que esta modalidade de descumprimento contratual se encontra inclinada para o lado dos deveres acessórios de conduta.

Como dito deste o início, a confiança pode ser abalada, tanto no curso da execução do contrato (interesse positivo), como no plano do interesse contratual negativo, pela sua quebra prematura, quando ainda em formação.

No contexto da proteção ao interesse contratual negativo, a quebra da avença na véspera tem razoável chance de ocorrer, tendo vista a sua formação surgir de um

³⁸² *Ibidem*, p. 1239.

³⁸³ A violação positiva do contrato “[...] caracteriza-se (...) por ser uma violação da obrigação, não por um atraso ou inexecução, mas sim por vícios ou deficiências da prestação, a qual chega a ser realizada, mas não da forma (pelo modo) que se impunha ao devedor. Diz respeito à sua qualidade, sem conotação à sua identidade ou quantidade”(In: NALIN, Responsabilidade civil : Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial, 1996, p. 158) .

³⁸⁴ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé no direito civil, p. 595, 1997.

processo formativo, conforme ensina FACHIN.³⁸⁵ A execução do contrato pode ser instantânea, mas raramente, assim se apresentará a sua formação, pois o tempo preliminar de contratação se mostrará mais longo na medida da relevância dos interesses econômicos envolvidos (Messineo).³⁸⁶

Entende-se inoportuno, aqui, de se versar, especificamente, sobre a responsabilidade pré-contratual, tema já discutido com amplitude por significativa parcela da doutrina,³⁸⁷ mas de se afirmar qual a base de sua construção no princípio da confiança: o rompimento prematuro do contrato frustra a intenção futura de contratar, merecendo justa reparação a violação do interesse contratual negativo. Tal reparação, já se concluiu com acerto, deve levar em conta não só danos emergentes, como também lucros cessantes,³⁸⁸ sempre possível uma eventual compensação por danos extrapatrimoniais, cumulada ou não com os materiais.

A confiança remete o estudioso ao pensamento da superação definitiva de um contrato baseado na vontade contratual, pois a aparência faz parte do tráfico das relações jurídicas em um mundo exterior ao desejo contratual. Não só a confiança, como ainda o contrato de fato, também denominado comportamento social típico ou comportamento concludente, tema já abordado nesta tese, comprovam que as aparências jurídicas ocupam espaço de destaque na atual contratualística. Aliás, a confiança se mostra, inicialmente, com sendo a chave de proteção daqueles que

³⁸⁵ *In*: O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, p.120, 1988.

³⁸⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁸⁷ *Vide* a indicação bibliográfica sobre o tema da pré-contratualidade trazida por Luiz Edson FACHIN, *op. cit.*, p. 130-131.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 118 e 142-145.

contratam sem expressa manifestação de vontade, pois, se nem ao menos se trata do relacionamento estabelecido em nível contratual, formalmente falando, o que se dirá das garantias e salvaguardas sempre presentes nos contratos. Reafirma-se, mais uma vez, agora no paralelo entre confiança e contrato de fato, a derrocada do voluntarismo contratual.

A confiança, sobretudo, acaba por consagrar a primazia do sujeito contratante,³⁸⁹ visualizando a relação jurídica futura, que pode abranger não só os interesses de natureza patrimonial, mas também, no sentido geral desta tese, na indicação de que o desempenho do contrato interprivado contemporâneo leva em conta os valores do ser. A possibilidade indenizatória pelo rompimento prematuro do negócio, também em face da violação de interesses extrapatrimoniais (morais), é a maior prova de que mesmo num segmento, no qual o contrato não se encontra formado, o sujeito e os seus valores (patrimoniais e extrapatrimoniais) é que se encontram no vértice do sistema.

Para a aplicação do princípio, e, talvez, para anterior constatação de sua ofensa, sugere MENEZES CORDEIRO três fatores:

*uma situação de confiança conforme o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível; um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselhem o seu preterir.*³⁹⁰

As conseqüências práticas da incidência do princípio em questão, nas

³⁸⁹ FACHIN, *op. cit.*, p. 117.

³⁹⁰ *In: Da boa fé no direito civil*, p. 1248.

relações contratuais, variam entre a reexecução da prestação exatamente nos termos contratados, seja ela de fato ou de coisa, ou a sua transmutação para a esfera da responsabilidade civil. No âmbito da responsabilidade civil, na hipótese de violação positiva do contrato, aplica-se o regime da responsabilidade pela mora, na falta de melhor regulamentação pelo Código Civil. Quando de sua quebra, na véspera contratual (*culpa in contrahendo*), incidente o regime geral de responsabilidade civil (art. 159 CC), pois é destituído de qualquer conteúdo prático saber da natureza contratual ou extracontratual do ilícito, debate, aliás, que ocupou o desenvolvimento inicial da teoria da *culpa in contrahendo*,³⁹¹ sem ganho aparente na sua evolução.

³⁹¹ HATTENHAUER, Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática, 1987, p. 72.

6 LIVRE INICIATIVA, AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE CONTRATUAL

A existência de princípios contemporâneos que contrariam ou, ao menos, mitigam aqueles clássicos princípios baseados no dogma da vontade, não retiram do cenário jurídicos brasileiro a singularidade dos nossos contratos, impulsionados que são pelo exercício da liberdade (art. 5, *caput*, CR), em outras palavras, da livre iniciativa (art. 170, *caput*, CR). É indispensável verificar a compatibilização entre livre iniciativa e aquela anunciada como uma nova ordem contratual.

A livre iniciativa, ou o princípio econômico da livre iniciativa, encontra, na Carta Constitucional brasileira, previsão e tutela, pois estampa um dos fundamentos que regem a ordem econômica do país (art. 172, *caput*). A vinculação que se estabelece entre a Constituição e Código Civil decorre da relação derivativa entre livre iniciativa e autonomia privada.

Não é sem propósito que a presente tese foi estabelecida com liame tão próximo ao Direito Constitucional, sendo este ramo jurídico e a sua direta aplicação às relações interprivadas um dos marcos teóricos do trabalho. A autonomia negocial, assim, encontra linha de compreensão junto aos princípios constitucionais,³⁹² sendo indispensável o estudo equiparado entre os dois segmentos.

A livre iniciativa é exercida em nosso regime político, por meio da liberdade individual atribuída aos sujeitos, assim reconhecidos pelo Direito, para que, dentro de certos limites, façam a gestão de seus interesses. Os contornos da moldura

jurídica, na qual os sujeitos de direito exercem a livre manifestação de vontade, serão oportunamente indicados. A esse poder de livre manifestação e regulação de interesses se atribui o nome de autonomia privada. Saliente-se que os efeitos jurídicos pretendidos e realmente produzidos pelas partes são aqueles, ao meu ver, pré-dispostos na moldura jurídica, mesmo que esta somente estabeleça princípios orientadores ou ditames gerais, *v.g.*, contratos atípicos, no que as partes encontram campo de livre manifestação.³⁹³ Ademais, a livre iniciativa é estruturalmente conformada³⁹⁴ pela norma jurídica que a constitui e que também recepciona os efeitos pretendidos pelos contratantes.³⁹⁵

Com a presente subdivisão do tema não se pretende decalcar um modelo de intervenção do Estado, nas relações interprivadas, importado do exterior, sem a necessária conexão com a realidade latino-americana. A particularidade de que o modelo europeu, via de regra, atende às necessidades bibliográficas locais, tem como motivo histórico o fato dos países componentes daquela Comunidade, que se posicionaram na dianteira do desenvolvimento econômico. Em 1901, enquanto

³⁹² RESCIGNO, *op. cit.*, p. 58.

³⁹³ Luigi FERRI, *Lezione sul contratto : corso di diritto civile*, p.20, 1997. Suscitando Kelsen, afirma FERRI que as disposições contratuais, desde a formação do contrato até a execução das recíprocas obrigações fixadas, até mesmo para que tenham força coativa, necessitam da presença do Estado. A relação aqui entre autonomia privada e tutela pública só põe em evidência a inexistência absoluta de divisão entre o Direito Público e o Privado (p. 22).

³⁹⁴ FERRI, *op. cit.*, p. 23.

³⁹⁵ Em nota recente, inclusive retomando o pensamento Kelsiano, como já fizera Ferri, afirma IRTI que o negócio jurídico nos é apresentado como ato, complexo, aplicativo de norma geral e criativo de norma secundária (tradução livre). Considera, ainda, que "*La norma primaria generale – spiega Kelsen – autorizza le parti a concludere simili negozi giuridici, cioè a creare una norma individuale secondo un dato procedimento. Tale norma individuale, che stabilisce che A deve lasciare abitare B in un dato stabile, e che B deve pagare ad A una dato canone, è una norma secondaria, poiché essa costituisce i doveri giuridici di A e B soltanto in connessione con la norma primaria generale*" (*In: Natalino IRTI, Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen), Rivista di Diritto Civile*, 1994, p. 19).

Josserand batizava, como sendo de adesão, o contrato tido como fruto da industrialização de massa, no Brasil, a economia se desenrolava à sombra do extrativismo natural das nossas matas de cacau e seringueira, à espera da industrialização, que somente em meados dos anos quarenta, com a siderurgia, se instalaria no Brasil.

Assim, torna-se conhecida a lição da doutrina brasileira, tendo cumprido o seu papel, ao sustentar que a autonomia privada deveria ser restringida ou limitada, a fim de que se restabelecesse o equilíbrio individual entre os sujeitos envolvidos em uma hipotética relação obrigacional.³⁹⁶ A extensão dessa restrição, de um modo geral, nunca foi anunciada, para que se pudesse, realmente, descrever o perfil do princípio (limitado) de todo o sistema privado brasileiro. Daí se falar que, em dados setores do Direito brasileiro, notadamente nas relações locatícias, laborais e, mais recentemente, nas de consumo, para aqueles sujeitos particulares (trabalhador, locatário e consumidor), ser distinta a moldura do princípio da liberdade contratual, de menor extensão, no sentido de se tutelar o contratante economicamente mais fraco.

A criação de leis especiais protetivas de sujeitos específicos, em verdade, não é um fato novo. Essa técnica legislativa tem sido recomendada, sobretudo, por levar em conta a adoção do desejado princípio da igualdade material, pois a lei reconhece, ao favorecer certa classe de sujeitos, uma situação fática que solicita

³⁹⁶ No sentido do debate Orlando GOMES, *Autonomia privada e negócio jurídico, Transformações gerais do direito das obrigações*, 1980, p. 45. Ainda, do mesmo autor, na mesma obra, mas no artigo denominado *Uma introdução temática ao contrato*, p. 68, afirma: "A crescente complexidade da vida econômica exigiu para as relações de produção e de troca novos instrumentos jurídicos e a esfera da autonomia privada vem se encolhendo na medida em que o Estado interfere na economia, dirigindo-a ou substituindo o empresário privado" (grifo nosso).

uma resposta diversa daquela aplicada ao ordenamento como um todo. A regra especial se presta, substancialmente, a colocar em nível de igualdade aqueles contratantes que, no plano fático (economicamente, tecnicamente, culturalmente), são diferentes.³⁹⁷

Além de aqui rememorar que a justiça social e a solidariedade, na variante concreta da boa-fé, não se situam na exterioridade do contrato e, logo, da liberdade contratual, mas sim em seu núcleo, oportuno frisar que um princípio geral do Direito Privado, caso específico da autonomia privada, e na sua vertente negocial a liberdade contratual, deve ter uma única descrição, lançando luzes a todos os ramos a ele subordinados, de forma indistinta, até para que não se concebiam segmentos normativos tão distantes, como, especificamente, no Brasil, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.³⁹⁸ Nesse diapasão, não seria errado nem ao menos dizer que, no Brasil, existem dois princípios distintos de autonomia privada: o conservador, extraído do Código Civil,³⁹⁹ cuja descrição clássica foi objeto de anterior apreciação, e um moderado, que condiz com a ordem constitucional, inclusive sendo previsto na Lei nº 8.078/90.

Com a proposta de formulação única do princípio da autonomia privada, não se pretende o retorno ao princípio da igualdade formal, sem uma específica abordagem distintiva às relações jurídicas que assim demande. Ocorre que o Direito,

³⁹⁷ Pietro PERLINGIERI, Profili istituzionali ..., 1975, p. 43-44.

³⁹⁸ A jurisprudência mais conservadora tem encontrado no Código Civil e nos seus princípios fundamentais, um porto seguro para argumentações classicamente calcadas na livre contratação e na intangibilidade dos contratos.

³⁹⁹ Não se faz menção ao Código Comercial pois, em que pese, no Brasil, a ausência de uma expressa unificação do Direito das Obrigações, aquelas contidas no Código Comercial (1850) foram tacitamente incorporadas pelo Código Civil (1916), evidenciando-se o Direito Civil como a espinha dorsal do Direito Privado brasileiro.

particularmente nos países em desenvolvimento ou emergentes, tem se mostrado estratificante e, quando legislado para a situação especial, apresenta-se com razoável atraso.

A justificável impaciência dos economicamente menos favorecidos no Brasil é tamanha, que tem se mostrado usual a proliferação de “leis” paraestatais ou não oficiais, sendo crescente o pluralismo jurídico, a partir de um novo espaço da autonomia privada. Não podem esses menos favorecidos, os quais, note-se nem sempre são, por completo, financeiramente desassistidos (classe média), mas que não possuem representatividade política, aguardarem por leis especiais. Caso evidente e incontestável, do que ora se sustenta, é o da necessidade de regra infraconstitucional especial do sistema financeiro, que venha a regulamentar a limitação dos juros no Brasil (art. 192, parágrafo 3^o), matéria que, diretamente, atinge às mais variadas relações contratuais. Necessidade de regulamentação essa, já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e que, há mais de 10 anos, aguarda por ser concebida nas Casas Legislativas Federais.

Na legítima oposição ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, despontam no Brasil alguns acórdãos⁴⁰⁰ que compreendem que a tutela do

⁴⁰⁰ “[...] Compreende-se, portanto, a resistência de alguns setores à limitação da atividade bancária; olha-se o banqueiro (ou o capital, mais amplamente), o seu lucro, apenas, esquecendo-se da contraparte e, o que é pior, a tarefa que a própria Constituição Federal atribui ao sistema financeiro (artigo 192, caput). Esquece-se também da hipossuficiência de quem contrata com o banco. Somente sob esse ponto de vista é que se consegue justificar a corrente que nega o caráter de norma de eficácia plena ao art. 192, parágrafo 3^o, da Constituição, e que consente que os juros possam ser capitalizados e cobrados a qualquer taxa e outros encargos exigidos, procedendo a aguda crítica do Professor José Carlos Barbosa Moreira, verbis: “Só na hora de interpretar a Constituição é que não se sabe o que é: não se sabe porque não se quer saber. É claro que taxa de juros reais é tudo aquilo que se cobra, menos a correção monetária (apud Luis Roberto Barroso, ob. cit., p. 243). Ou, arrematando, toda “estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social (Antonio Carlos Wolkmer, *Ideologia, Estado e Direito*, p. 145, n 5.6. Editora Revista dos Tribunais, 1995, 2^a edição) [...]” (TAPR - Embargos Infringentes 112.779-3/01 - Acórdão 691 - IV Grupo de Câmaras Cíveis - 09 de junho de

contratante sujeito aos juros não pode aguardar o desfecho legislativo, o qual, muito provavelmente, não vingará, ante as potentes forças políticas do mercado que operam contrariamente. Imprescindível, assim, a imediata atuação do Judiciário para reduzir as desigualdades sociais.

Diante dessa realidade, razoável entender que a Carta Constitucional oferece elementos mínimos, mas suficientes, para um efetiva aplicação dos princípios nela encartados, de modo direto ou indireto,⁴⁰¹ sem que, para tanto, seja necessário esperar a eventual regulamentação de alguns setores mais sensíveis do mercado.

Por outro lado, denota-se que a tutela atribuída pela Constituição à livre iniciativa não enseja a propagada intervenção ou dirigismo do Estado, nas relações contratuais privadas, como atualmente se configura no Estado Constitucional brasileiro, no sentido de se restringir a autonomia privada.

Sob essa perspectiva, qualquer restrição será sempre muito vaga, podendo extrapolar o constitucionalmente desejado fim, quanto ao interesse público do princípio. Ademais, a idéia de restrição da autonomia privada vem atrelada, corriqueiramente, à atuação legislativa, por meio de microssistemas jurídicos ou de leis extravagantes, especiais à regra geral do Código Civil, e que buscam, nas relações contratuais específicas, minimizar as diferenças econômicas e sociais entre contratantes.

Conforme relata Mario BARCELLONA,⁴⁰² que, de forma notável, trata da

1998).

⁴⁰¹ De forma direta, especificamente para o Direito Civil, pode-se destacar os direitos de personalidade descritos ao longo do artigo 5º da Constituição. Indiretamente, o princípio da boa fé contratual, decorrente do *caput* do artigo 5º e artigo 170, ambos da Carta, em consonância com seu artigo 3º.

⁴⁰² *In: L'idea del social nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, Rivista

estratégia, nos anos 60, da esquerda judicial italiana (magistrados de esquerda), com base em valores solidarísticos sociais, tema adiante abordado, a multiplicação de leis intervencionistas não teve o êxito de produzir uma concepção social diferenciada do princípio da autonomia privada. Constatase que o mesmo se passa no Brasil. Sem que se negue a importância pontual de leis especiais que vieram tutelar interesses diversos, nas relações contratuais brasileiras, o sentido e a concepção social do princípio da autonomia privada se mantiveram inalterados em nossa sociedade, tendo ela, como um todo, preservado o espírito voluntarístico de que a manifestação de vontade, disposta em instrumento de contrato, faz lei entre as partes, independentemente do seu conteúdo e ao velho modo do *Code* (art. 1.134).

A questão é de remodelação geral do velho princípio, ou do seu relançamento, então ilustrado com as novas cores constitucionais da funcionalização. Significa dizer que remodelá-lo não implica restringir a atividade privada. Afastá-lo, de algum modo, da nossa realidade econômica e jurídica, além vir de encontro ao preceito constitucional anteriormente referido, estaria em sentido contrário à história política mundial recente, em face da queda das economias planificadas e da ineficiente intervenção legislativa do Estado, no sentido de genericamente reformular o pensamento social sobre a autonomia privada. Sem dúvida alguma, o princípio da livre iniciativa, aqui visto como braço especializado da autonomia privada, é a força geradora das economias privada e pública brasileira, interna e externamente concebidas.

De qualquer modo, não se pode negar que um controle do exercício da autonomia privada é feita, em abstrato, pelo Legislativo, ao estabelecer a moldura

de atuação do Judiciário, o qual deve fazer o controle concreto. E os atos de controle, por sua vez, podem ser divididos entre positivos e negativos.⁴⁰³

Como controle negativo, pode-se citar o princípio da conservação dos atos jurídicos,⁴⁰⁴ de trato praticamente desconhecido pela doutrina nacional.⁴⁰⁵ Ainda, inclui-se o instituto da conversão do negócio jurídico nulo.⁴⁰⁶ Este último, é previsto no Brasil somente enquanto postura exercida pelo magistrado, v.g., na integração contratual, visando suprir uma cláusula inválida por meio do contexto geral do negócio.⁴⁰⁷ Ainda, a supressão de lacunas negociais, por força do conteúdo predisposto dos contratos típicos, mostra-se para além da vontade declarada das partes. No que se refere ao controle negativo, situação mais evidente é a da expressa limitação quanto à estipulação de cláusulas contratuais descritas como abusivas (art. 51 e incisos do CDC), cuja previsão, em contrato nenhum, produz efeito jurídico, porquanto são reputadas nulas.

Em se tratando do aspecto positivo do controle da autonomia privada, tem-se a figura dos contratos obrigatórios, existentes por expressa determinação legal (no

⁴⁰³ Pietro PERLINGIERI, Profili istituzionali del diritto civile, 1975, p. 47-48.

⁴⁰⁴ O princípio encontra-se positivamente estabilizado, no ordenamento italiano, no Artigo 1.424 do Código Civil (*Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga di sostanza e di forma, qualquora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*), sem que idêntico dispositivo se encontre em nosso ordenamento privado.

⁴⁰⁵ Para uma leitura atual sobre o tema vide Lanfranco FERRONI, Le nullità negoziali, 1998, p. 739-743.

⁴⁰⁶ Para uma análise rápida sobre o instituto da conversão, que sumariamente trata da transformação jurídica da “fattispecie” negocial inválida, vide o clássico verbete, sobre nulidade (*nullità*), de Raffaele TOMMASINI (*In: Enciclopedia del diritto*, 1978, p. 894).

⁴⁰⁷ CC. Art. 153. “A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a desta não induz a da principal”

Brasil, v.g., o seguro obrigatório para automóveis), seja pela condição monopolista ou oligopolista de mercado, de ente público, privado (caso das concessões e/ou permissões), ou por ser de natureza mista (v.g. portos nacionais). É questão expressa que o concessionário do transporte público não pode se negar a transportar; que o fornecedor de energia não pode se negar a fornecê-la; que o distribuidor de combustível não pode se negar a entregar o produto, quando solicitado pelo posto revendedor; que o fornecedor de crédito não pode negar-se a fornecê-lo; que a escola não pode se negar a matricular o candidato. A situação da necessária contratação torna-se mais clara, à proporção em que o ente privado ou misto ocupa o espaço reservado, originalmente, só ao Estado. Caso típico das escolas, em que o ensino fundamental é dever do Estado e direito do cidadão.⁴⁰⁸

No caso dos monopólios ou oligopólios, considera-se evidente a inexistência de opção de se contratar ou não, sob pena de se ficar sem bens essenciais à vida; todavia, é imprescindível, nesta abertura, entender que há somente um exercício de liberdade contratual, mesmo que meramente formal ou decorrente de intenção de contratar, quando aqueles que oferecem o bem – objeto do contrato – não se ajustam em torno da uniformização do conteúdo dos contratos. Ou seja, há uma íntima relação entre o exercício da autonomia privada – liberdade contratual – e as regras que controlam a concorrência de mercado. Um mínimo exercício da liberdade contratual, nesse sentido, acaba pressupondo a existência da concorrência, mesmo em setores controlados do mercado.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ CR. Art. 208. Inc. I. "ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;"

⁴⁰⁹ Eberhard EICHENHOFER, L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale, *Rivista di Diritto Civile*, 1997, p.202.

De forma muito mais particular, embora aplicável ao sistema brasileiro, porquanto represente o controle positivo da autonomia privada, refere-se PERLINGIERI⁴¹⁰ ao artigo 2.932⁴¹¹ do Código Civil italiano, regulamentador da execução específica da obrigação de contratar. Tal possibilidade se aplica em nosso sistema, por exemplo, quanto à adjudicação compulsória do compromisso de compra e venda,⁴¹² em oposição à vontade (autonomia privada) do compromitente (vendedor), que resiste à outorga voluntariamente da escritura de compra e venda, ao compromissário (comprador).

Indiscutível, inclusive no sentido constitucional anteriormente revelado, reconhecer que a autonomia privada das partes ainda encontra, na manifestação individual de vontade, sua âncora básica. A expressão volitiva dos sujeitos contratantes, de modo direto ou indireto (v.g., compra e venda por meio de redes de informática -- *internet ou e-business*), em qualquer dos pólos da relação negocial, tem sempre um significado essencial para o contrato.⁴¹³

Nesse diapasão, mantém-se válida a lição de que a autonomia privada constitui-se na possibilidade legal de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre, destinado aos operadores do Direito. A liberdade jurídica

⁴¹⁰ In: Profili istituzionali ..., p. 47.

⁴¹¹ CC italiano. Art. 2.932. "*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sai possibile e non sai escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.*"

⁴¹² Dec. Lei n^o 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 16: *recusando-se o compromitente a outorgar a escritura definitiva no caso do art. 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumário.*

⁴¹³ Alberto TRABUCCHI, Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno. In Silloge per Oppo, I, Padova, 1992, p. 4. (*apud* Giorgio OPPO, Desumanizzazione del contratto, Rivista di Diritto Civile, p. 533.

transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência.⁴¹⁴ Entende-se, por outro lado, que não pode mais haver tolerância, no sentido de que essa liberdade, atribuída pelo Direito para o autojuízo de interesses privados, se mantenha, como diz PERLINGIERI,⁴¹⁵ no centro do ordenamento jurídico, sempre em uma perspectiva individualista (dogma da autonomia de vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico,⁴¹⁶ mas em perspectiva coletiva. Nesse momento de abre a plano jurídico, sobretudo o constitucional, para dar nova forma ao princípio.

A localização da autonomia da vontade enquanto dogma e, por conta disso, inserta no núcleo do ordenamento privado é, como exposto anteriormente, de clássico entendimento. Disso decorre a “filosofia do individualismo”, enquanto valor originário e fundamental atribuído ao indivíduo, pela sua capacidade de expandir-se diante das coisas externas, de perseguir o sucesso e correr o risco do insucesso, de maneira que em torno do indivíduo – e daí o sentido da expressão “individualismo” – se constituam a fonte de iniciativa e o centro de responsabilidade (nem sempre só patrimonial), edificando-se as relações sociais.⁴¹⁷

A questão acaba residindo em se saber qual é o novo contorno jurídico do princípio tratado. Ou, ainda, em que medida a liberdade contratual pode ser exercida pelos operadores jurídicos. E na hipótese de violação de uma cláusula geral constitucional, *v.g.*, justiça social, cuja aplicação é indissociável do princípio ora em

⁴¹⁴ Pietro PERLINGIERI, Profili istituzionali ..., 1975, p. 40-41.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, 1991, p. 137.

⁴¹⁷ Natalino IRTI, L'età della decodificazione, 1986, p. 3.

comento, questiona-se qual seria a sanção jurídica possível. Tal problemática será mais adiante enfrentada.

6.1 AUTONOMIA PRIVADA NA CONTEMPORANEIDADE : CONSTRUINDO O SEU PERFIL

Por autonomia privada, desde que foi lançado o princípio, enquanto dogma, se entende pela viabilidade de eleição entre contratantes, a oportunidade de se celebrar ou não o contrato e, sobretudo, sempre presente definição do conteúdo contratual. Decorria ela de um exercício de liberdade, na moldura jurídica do “mundo de ontem”,⁴¹⁸ preocupado o Direito em oferecer ao indivíduo, instrumentos hábeis e suficientes, para que pudesse se expandir, tutelando-o, no sentido de impedir que esse mesmo indivíduo determine a “escolha de um fim”,⁴¹⁹ supostamente melhor para si. Preocupava-se o Direito com a “regra do jogo” e o mercado, com o resultado da atividade individual. Em suma: a moldura jurídica da autonomia privada tinha apresentado contorno instrumental a serviço do indivíduo, para que ele atingisse a escolha (*scelta*) desejada.⁴²⁰

Conforme visto nas linhas que definiram a metodologia deste trabalho, era

⁴¹⁸ *Ibidem*. p. 4 . Na tradução livre de “*mondo di ieri*”.

⁴¹⁹ *Ibidem*. Na tradução livre de “*scelta di fine*”.

⁴²⁰ Cabe a nota para explicar que tal posicionamento adotado pressupõe que a vontade contratual surge pelas mãos do legislador. Mas tal opinião não pode ser entendida como pacífica. Natalino IRTI bem explica que Betti tinha por base, em sua teoria do negócio jurídico, conceber a autonomia privada como *poter pre-giuridico*, pois não descenderia ela (autonomia privada) do poder do Estado. Sua gênese estaria no terreno econômico-social e seu *riconoscimento* eleva o ato de autonomia privada à categoria de negócio jurídico (*In: Letture bettiane sul negozio giuridico*, 1991, p.13-14).

essa a autonomia privada numa perspectiva racional do contrato, não mais sendo possível ao instituto contratual indicar a autonomia de vontade enquanto dogma nuclear do ordenamento privado.

A concepção clássica, por assim dizer, do contrato e do seu princípio básico (autonomia privada) caiu por terra, não mais prevalecendo o princípio da eleição daqueles elementos acima vistos: quando, como e com quem contratar. Isso posto, torna-se simples questionar a razão pela qual a autonomia privada, hoje, não exige uma efetiva “auto-regulamentação” de interesses, mas simples impulso de iniciativa da parte que deseja contratar.^{421 422}

Destaca-se, não se busca afirmar que o negócio se dera sem manifestação (material) de vontade, ou ainda justificar que a mera manifestação formal de vontade basta para ser recepcionado o negócio pelo ordenamento jurídico, sem que se cogite de invalidade. Ou ainda, autoriza explicar, como os contratos de consumo são celebrados, mediante formulários, por mero ato de exposição em vitrine, para venda, e de aquisição pelo consumidor em grandes magazines e lojas em geral, dentro do esquema de vendas por tele-marketing, televisão e *internet*, sem que, mesmo assim, se possa argumentar de um “*contrahere sem cosentire*” (contratar sem manifestar vontade).⁴²³

⁴²¹ Pietro PERLINGIERI, Profili istituzionali ... p. 43.

⁴²² Em outra obra, PERLINGIERI assim se manifestou “[...] *L'elemento costante nella teoria degli atti e dell'attività dei privati è l'iniziativa, non l'autonomia privata, poiché in concreto l'autoregolamento può mancare. Non il potere di autoregolamentazione, ma quello di iniziativa e di impulso - talvolta libero, talvolta dovuto - caratterizza gli atti e le attività (anche) dei privati. ...*”. (In: Il diritto civile nella legalità costituzionale, 1991, p. 139).

⁴²³ A expressão é de Natalino IRTI (In: Autonomia privata ..., 1994, p. 20-21), que, em algumas linhas, assenta a possibilidade de contrato sem acordo ou sem manifestação de vontade (expressa ou tácita), em particular atenção aos negócios de consumo, efetivados por meio da exposição de bens e serviços, para os quais o consumidor contrata em *self service*. A posição é diametralmente

Tal aberração contratual, sob a perspectiva voluntarista clássica, chegou a gerar manifestações em França, conforme relatou RIPERT já na década de trinta, no sentido de se entender o contrato de adesão como ineficaz, ante um consentimento manifestado de modo supostamente viciado,⁴²⁴ na medida em que não reunia todos os elementos da liberdade contratual.

O modelo de um novo perfil para o princípio em questão, ante o debate que se forma na pós-modernidade e na ausência de verificação das faculdades atinentes ao modelo clássico da autonomia privada, é aquele relacionado por Pietro RESCIGNO,⁴²⁵ ao dizer que a autonomia privada, em posição de identificar-se e exaurir-se, como na relação de troca, percorre outros caminhos, qual seja, o da liberdade associativa. A liberdade de se associar, prevista na Carta italiana (art. 18), assim como na brasileira, seria, segundo o autor, uma forma contemporânea de descrição do princípio sob análise.

Sem dúvida assiste razão ao autor, pois o ato associativo, que é fruto específico da manifestação de vontade dos sujeitos, decorre do exercício de autonomia privada, inclusive, com efeitos restritivos à sua própria liberdade, em favor da coletividade que compõe. É uma forma de contratualismo (público) interprivado. O exemplo serve, sobretudo, para apresentar a possibilidade de

combatida por Giorgio OPPO (*In Disumanizzazione del contratto?*, Rivista di Diritto Civile, 1998, *passim*), ao entender que o contrato, mesmo com esse seu enredo informatizado e dinâmico, atualmente ainda mantém os elementos mínimos que o definem como tal. Vale indicar, também, a obra de Natalino IRTI (Lecture bettiane sul negozio giuridico, 1991, p. 5-13), pequena em sua dimensão, mas de grande volume jurídico, na qual, de forma muito competente, sustenta a posição apresentada na revista jurídica anteriormente indicada, relacionando a situação da contratação destituída de vontade, ao menos em face do contratante que contra o negócio não pode se opor, ao seu conteúdo ou ao outro contratante que a ele se apresenta, em torno da figura do negócio jurídico.

⁴²⁴ RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, p. 104.

⁴²⁵ *In*: Natalino IRTI, Autonomia privata ..., 1994, p. 21-22.

criação, no campo do Direito Privado, de matéria oriunda da Constituição. Mas esse novo contorno do princípio não se encerra no exemplo supra, pois em viés, um tanto quanto mais econômico do Direito, Pietro PERLINGIERI e C. DONISI⁴²⁶ elencam diversas modalidades de sua afirmação, chegando a denominar passagem da obra em destaque como *“Itinerário recente da autonomia contratual”* (*Itinerari recenti dell'autonomia contrattuale*)

Para tanto destacam, sem desprezar outras variantes,⁴²⁷ a *comprensione* da autonomia contratual em face do Direito Público, na vertente de publicização do Direito Privado, operada na década de sessenta, na Itália, por força do comando do artigo 41⁴²⁸ da Constituição italiana. Ainda, de *riespansione* do princípio, na tratativa das políticas econômicas, por intermédio do que a Administração, via de regra, faz uso do modelo contratual, não somente, como afirma o autor, como, também em razão do relacionamento entre cidadão e Administração Pública, por meio de uma administração por acordo ou gestão participativa dos interesses públicos.

Apesar de ser predominante e razoável a idéia de que a atuação legislativa forte no segmento contratual representa a grande alavanca de estabilização do novo perfil do princípio invocado,⁴²⁹ o que não pode ser tomando como absoluto, conforme antes visto, preferível localizar no Judiciário e na figura do juiz, a grande

⁴²⁶ PERLINGIERI, Manuale di diritto civile, 1997, p. 343.

⁴²⁷ *Ibidem*, p 344, na qual apontam, ainda, forma especial de autonomia, de emergência, assistida, incentivada, etc. Ainda sobre a autonomia privada assistida, *vide* Pietro PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, p. 143-144, a ela se referindo enquanto ato assistencial de entidade de classe representativa do empregado (no contexto brasileiro entidade sindical) no exercício de atos de transação individual ou coletivo de seu filiado.

⁴²⁸ CRI. Art. 41. *“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.*

missão renovadora. Cabe, ao magistrado, a interpretação dos negócios jurídicos genéricos, firmados sob o elã da cláusula geral da boa-fé contratual, sobretudo, porque dela se podem extrair os valores constitucionais de dignificação do homem, aqui investido do título de contratante, para recompor direitos e obrigações estabelecidos, conforme o princípio de solidariedade social.⁴³⁰

Percebe-se, assim, haver intrínseca relação entre autonomia privada, constituição e solidariedade social, cabendo ao Judiciário a árdua e precípua tarefa de conjugar todos estes valores, tomando como norte o indivíduo, não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim na coletiva material e existencial, pois, sob este prisma, lei alguma disporá.

6.2 SOLIDARIEDADE CONTRATUAL

A primeira argumentação que se abre à problemática apresentada neste setor do trabalho refere-se ao princípio denominado de solidariedade contratual.

A percepção do solidarismo entre partes, numa relação contratual, por certo escapa completamente à concepção individual e egoísta, proposta no atual modelo codificado, em que os interesses subjetivos são contrapostos aos sujeitos contratantes. A idéia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as

⁴²⁹ PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, p. 139.

⁴³⁰ Mario BARCELLONA, *op. cit.*, p. 721.

partes.

Além do mais, um valor como o da solidariedade (a solidariedade constitucional é antes valor do que princípio) é estranho aos que compõem o mundo jurídico formal e racional, não encontrando espaço nas linhas e entrelinhas do nosso Código Civil, que se propõe à unitariedade e completude, sem que aceite, destarte, outras experiências. Atribuído o valor da solidariedade contratual, enquanto gênero, surgem outros elementos axiológicos do atual mundo dos contratos, examinados mais adiante, como espécies destinadas à concórdia dos interesses jurídicos envolvidos.

Até por ser metajurídica,⁴³¹ a primeira noção de solidariedade que se apresenta à análise é a religiosa, oriunda da fé cristã e que indica o caminho da caridade, assentado em dever moral de conduta. No próprio Código Civil, é bem verdade, torna-se possível identificar um espírito solidário, por conta de institutos contratuais que estão embebidos de um certo favorecimento a outrem. É o caso da doação, especialmente, mas não exclusivamente, na sua modalidade pura; tanto que o Código Civil excepciona a vedação contratual dos incapazes permitindo-lhes aceitar doações puras (art. 1170 CC), pois a manifestação de vontade, mesmo que bizarra, é de todo favorável. Outro exemplo é o do seguro de vida (arts. 1471 a 1476 CC), cujo espírito de favorecimento a outrem não deixa de ter uma certa base solidária.

⁴³¹ Paolo Morozzo della ROCCA, Rassegna di doutrina sul principio di solidarietà, p. 305-301, apresenta a possibilidade, esboçada por parte da doutrina italiana, calcada no artigo 4º da Constituição Italiana, de ser ela tomada com sentido meramente programático, afigurando-se o dever de solidariedade, ali constante, enquanto norma sem eficácia prática. Mas adverte, por opinião própria que, neste final de século, é necessário ao jurista italiano reavaliar o significado e destacar a eficácia do princípio da solidariedade social. Apresenta, como fundamento legal para tanto, na linha de outros autores citados, o artigo 2º da Constituição Italiana.

De modo muito estreito, no plano do Código Civil, a solidariedade encontra sua raiz verdadeira na unicidade de vínculo jurídico e na pluralidade de sujeitos a ela vinculados (titulares passivos solidários da situação jurídica subjetiva), sendo assim desenhada a relação, pela vontade contratual dos sujeitos envolvidos, oriundo dos primeiros textos do *Digesto*,⁴³² tendo sido recepcionado pelo nosso Código Civil nos arts. 896 e seguintes.

O que se entende por solidariedade contratual não se limita a um ou outro casuismo tipificado pelo Código Civil. Em verdade, ele nem chega a ser relevante para o ordenamento jurídico, uma vez que o espírito de altruísmo, antes enfocado, não supera os motivos do negócio, de todo desprezado,⁴³³ e não atinge nem mesmo o *status* de causa contratual, referência momentaneamente válida, em que pese me inclinar pela superação do debate entre causa e motivo do contrato, tendo em vista a desejada despatrimonialização do Direito Civil.⁴³⁴ Sobre a despatrimonialização do

⁴³² DE LUCAS, El concepto de solidariedad, 1993, p. 15.

⁴³³ CC. Art. 90. "Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição".

⁴³⁴ Não é propósito deste trabalho examinar o interminável debate sobre a causalidade das relações jurídicas, afunilada sob a perspectiva divisória de causa e motivo do contrato. Todavia, apresenta-se oportuna esta nota, mesmo que breve, para dizer do esvaziamento do secular debate sob a ótica da despatrimonialização do Direito Civil. Os negócios jurídicos no Brasil são, em linha geral, causais, vinculados, destarte, à causa que os origina. Desta afirmação parte a necessidade de se separar e de se definir o que é causa de mero motivo negocial, pois nem todos os elementos motivadores do negócio importam para o Direito. Em verdade, observa-se, em sistemas influenciadores do nacional, a existência de regra jurídica definidora da causa, como sendo requisito de validade do contrato como, por exemplo, no CC italiano (art. 1.325, n. 2) ou mesmo como pressuposto de sua existência (arts. 1.261 e 1.274 do CC espanhol), regra que não encontra similar em nosso Código. Para além de todos os debates, cabe centrar a discussão no que imagino seja o atual esvaziamento do debate, em razão de uma superior elevação do ser em face do ter. Tal fica muito evidente ao se analisar o conceito trazido pelo Código Civil espanhol, no seu artigo 1.274, ao dispor que "*Em los contrato onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*", absolutamente aplicável, v.g., ao sistema italiano pois, segundo Enzo ROPPO, a causa se situa na busca do porquê da existência do contrato, em duas situações, conforme suas palavras: "*Evidentemente, por duas*

Direito Civil e, por conta disso, do próprio contrato, serão reservadas algumas linhas mais adiante.

A pura descrição do que seja solidariedade, em sentido estrito, deslocaria o eixo essencial do trabalho, mas parece significativo considerar que a solidariedade encontra, em Durkheim, o grande teórico e propulsor do “solidarismo”, a ferramenta que buscou, implementar, de maneira definitiva, na III República Francesa os princípios de 1789.⁴³⁵ Mas, para além da noção histórica, parece relevante demonstrar que o solidarismo serve como instrumento político ou, até mesmo, como uma “terceira via” entre o individualismo e o socialismo, descrita enquanto “[...] *el rasgo fundamental es la comunidad de sacrificios y riesgos, junto al afecto; se trataría de una noción que pone de manifiesto el lazo fraternidad y solidaridad*”,⁴³⁶ cuja visão se desenvolveu a partir de inferências sobre a igualdade mútua e a comunidade de empresas, supondo um sujeito plural, *un nosotros*.^{437 438} Com a

razões possíveis, alternativas entre si: ou **porque** -- motivo por impulso de generosidade e altruísmo - - deseja beneficiar a contraparte; ou então **porque** -- e é o que acontece na grande maioria dos casos -- se espera qualquer coisa em troca da contraparte: o nosso operador dá ou promete à outra parte, porque esta é a condição com a qual pode conseguir (sic) que a contraparte dê ou prometa aquilo em que está interessado; ele dá para receber na lógica da troca econômica. (...) E o problema e a função da causa consistem justamente nisso: no explicar o porquê, a razão e o sentido das transferências de riqueza, que consistem na substância de qualquer operação contratual. [...]”. (In: O contrato, 1988, p. 196). As considerações revelam toda a carga patrimonial que gira ao redor da questão da causa do contrato, focada nas trocas patrimoniais, que acaba por desmerecer maior atenção no contexto do presente trabalho.

⁴³⁵ DE LUCAS, *op. cit.*, p. 17.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁴³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴³⁸ Não se ignora que apesar de ser uma legítima via de investigação e minimização do já secular problema entre individualismo e coletivismo, sob a bandeira do favorecimento do coletivo em detrimento do individual regimes totalitários surgiram e alteram o curso da história política do planeta. Razão pela qual a menção ao solidarismo e solidariedade em países cujo fascismo ou nazismo deixaram sua marcas é sempre tema a causar perplexidade e reflexão. O discurso do coletivo aniquilador do indivíduo, ou sua atomização pelos sistemas totalitários, pelo qual o mundo seria constituído pelo conjunto de seus menores elementos, é exemplarmente versado pelo romancista

derrocada do mundo comunista, que resultou na sua divisão em dois blocos políticos, o solidarismos parece reunir forças em volta do grande debate geográfico-global Norte - Sul, ou melhor colocando, entre os ricos do Norte e os pobres do Sul.

Na atualidade, afastando-se dos padrões religiosos estritos e das casuísticas hipóteses oferecidas pelo Código Civil, bem como da própria Carta Constitucional brasileira, é factível se extrair um sentido do que seja contratação solidária, mostrando-se imperativa a leitura do Código Civil e a interpretação dos contratos, à luz da Carta. Sob o prisma constitucional, é possível sustentar que, independentemente da escolha ideológica que se faça, a melhor descrição da solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se, como indissociáveis, a solidariedade e a igualdade.

A Carta impõe a dignificação do homem (art. 1º, inc. III), a erradicação da pobreza e a diminuição das diferenças sociais (art. 3º, inc. III), devendo este grande comando axiológico ser aplicado, conforme já visto, de modo direto e irrestrito, em todos os campos do ordenamento jurídico.^{439 440}

polonês Günter GRASS na passagem em que afirma *"Também me asseguraram que é bom e modesto começar afirmando que um romance já não pode ter herói, porque se acabaram os individualistas, porque a individualidade pertence ao passado, porque o homem - cada homem e todos os homens igualmente - está só e sem direito à solidão individual e constitui uma massa solitária anônima e sem herói. [...]"* (O tambor, 1982, p. 14) .

⁴³⁹ Há quem enxergue, a propósito da nova ordem constitucional, por exemplo, a necessidade de um reenvio da leitura civil à Constituição, para nela localizar, em leitura sistêmica civil-constitucional, o fundamento do princípio da boa fé (*In: Tereza, NEGREIROS. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé, 1998, p. 275-276 e 279*).

⁴⁴⁰ De forma menos ampla, já assentei opinião no sentido da presença do princípio enfocado no âmbito constitucional, mas de modo derivado e não direto, oriundo do *caput* do artigo 5º da Constituição, o que não lhe retira a magnitude, pois "Tomado o vértice da dignidade do homem, este sim como valor (princípio) fundamental da ordem constitucional, se não diretamente àquela esfera superior, parece produzir a boa fé algum reflexo de cunho constitucional, enquanto realizador, o princípio da boa fé, para a execução do contrato, da justiça social e, *in casu*, da justiça contratual.

Desenha-se a conduta de solidariedade entre sujeitos de direito, aqui particularizando a figura dos sujeitos contratantes,⁴⁴¹ à atenção que deve ser dispensada, tanto na formação⁴⁴² quanto na definição do negócio jurídico, no senso de ser imperiosa a colaboração entre eles, especialmente, mas não exclusivamente, no momento da execução contratual. Em uma expressão, a solidariedade constitucional é corretora das autonomias privadas envolvidas na relação jurídica,⁴⁴³ sem embargo de alguma outra função essencial ao próprio contrato.

Portanto, na falta de melhor critério que possa traduzir um perfil mais concreto de aplicação da solidariedade contratual, parece mostrar-se aceitável a aproximação deste valor constitucional ao princípio da boa-fé contratual, como, aliás, parte da doutrina tem procurado fazer. Teresa NEGREIROS sugere o fortalecimento dessa relação, conjugando boa-fé contratual e conteúdo ético da solidariedade, por meio

Manejada a boa fé sob o ângulo da consecução, em um dado momento jurídico bem verdade (cumprimento contratual), e da justiça (contratual), viável dela se extrair, sempre derivadamente, um desejado perfil constitucional” (In: *Ética e boa fé no cumprimento do contrato. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1998, p. 190).

⁴⁴¹ Para os direitos reais, no sistema italiano, sem que idêntica regra se verifique no nosso ordenamento privado, lê-se no artigo 833: “*Non si può fare atti i qualli non abbiamo altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*” (Tradução livre: *não se pode praticar atos os quais tenham por fim fazer mal ou causas danos a outrem*). A regra é associada ao abuso de direito, no caso da propriedade privada, contra, por exemplo, vizinhos ou terceiros, visto tal abuso como quebra do dever solidarístico do exercício da situação jurídica subjetiva de propriedade em razão de um direito de usufruir da coisa. Tais atos são descritos pela doutrina italiana como atos de emulação (In: Alberto TRABUCCHI e Giorgio CIAN, Commentario breve al codice civile, 1992, p. 833-834).

⁴⁴² Notório o desenvolvimento da doutrina nacional e estrangeira quanto aos momentos pré-contratuais de formação e efetiva constituição preliminar do negócio contratual. Não só em termos de deveres e princípios próprio que se desenvolveram em torno deste momento contratual, deveres estes decorrentes da boa fé contratual, como, v.g., transparência e informação ou comunicação prévia dos futuros detalhes negociais, mas sobretudo de um próprio regime jurídico de ineficácia negocial na hipótese de inobservância (art. 46 do CDC). Cogita-se, sobretudo, que “*Il tema della responsabilità precontrattuale nasce sotto la spinta di reali esigenze solidaristiche, sollecitate dalla motivazione ideale “che gli impegni inter privatos so fondino sulla concordia e non sulla dialettica degli interessi in conflitto (apud CORRADINI, Il criterio, p. 563)”*” (In: Francesco LUCARRELI, Solidarietà e autonomia privata, p. 68).

⁴⁴³ DE LUCAS. *op. cit.*, p. 31.

de uma interpretação sistemática civil-constitucional, instrumentalizando-se a dignidade da pessoa humana, no plano das relações patrimoniais, em vista de deveres de solidariedade entre contratantes.⁴⁴⁴ De outra banda, também viável a derivação da boa-fé em razão do valor constitucional da solidariedade, enquanto canone interpretativo geral do ordenamento privado, que reconhece, na solidariedade, o declínio da interpretação meramente positivista e o reconhecimento dos valores metajurídicos,⁴⁴⁵ tão ampla a abertura a novas possibilidades de padrões hermenêuticos não delimitáveis, *a priori*.

O condicionamento do valor da solidariedade em forma de cláusula geral não é recomendável, pois mesmo esta pressupõe uma ponte de referência no ordenamento jurídico.⁴⁴⁶ Vai mais além, porque supera a condição aparente de princípio privado de curta extensão; localiza-se anteriormente e é pressuposto do princípio da boa-fé contratual; como se disse, é verdadeiro canone absoluto assentado na Constituição.

Antes do atual quadro constitucional brasileiro, por comparação, a doutrina italiana buscou aproximar a solidariedade ao princípio da “*correttezza*” (correção, exatidão, honestidade etc.) fundado no artigo 1.175 do Código Civil⁴⁴⁷ e também, com o da boa-fé, sendo que mesmo a doutrina mais consagrada não consegue

⁴⁴⁴ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁴⁵ LIPARI, Spirito di libertà e spirito di solidarietà, 1997, p. 12.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁴⁷ A doutrina italiana é clara ao descrever a relevância do dever-princípio de *correttezza*, previsto no artigo 1.175 do CC italiano, enquanto “*pone una regola fondamentale, statuendo che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza nello svolgimento del rapporto obbligatorio*”. Trata-se, segundo esta mesma opinião doutrinária, de uma efetiva “*clausola generale*”, aberta e que propicia uma análise judicial do comportamento das partes contratantes, por meio de um critério objetivo (*In*: GAZZONI, Francesco. Manuale di diritto privato, 1996, p. 530).

traçar uma linha distintiva evidente entre eles.⁴⁴⁸ Da mesma forma, o relacionamento entre “*correttezza*” e solidariedade acaba por ser inevitável naquele sistema, fundado, inclusive, no preceito constitucional do artigo 2º da Constituição italiana.⁴⁴⁹ *Correttezza*, boa-fé e solidariedade fazem parte de uma qualificada tríade principiológica instigadora de um verdadeiro “*richiamo*”, ou seja, “de um chamamento de atenção dos contratantes”, para que fiquem atentos às suas recíprocas práticas contratuais, pois são formativas da economia e da produção nacional.⁴⁵⁰ Haveria, assim, em torno da idéia de solidariedade, não só um interesse interprivado como também um coletivo, contextualizado na concepção de função social do contrato que, adiante, será tratada.

Ao sugerir uma construção mais específica que o significado de solidariedade comporta, aplicável a toda situação jurídica subjetiva, seja ela real, seja obrigacional, LUCARELLI afirma que o valor em trato se consubstanciaria na expressão “*non ledere l’interesse altrui al di fuori della legittima tutela di un interesse proprio*”.⁴⁵¹ Prossegue o mesmo autor, ao se referir precisamente à relação jurídica obrigacional,

⁴⁴⁸ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁴⁹ “*Se si analizza in concreto il campo di applicazione del principio si vedrà che alla base di esso è essenzialmente il principio di solidarietà previsto e disciplinato dall’art. 2 Cost., un principio che impronta di sé non solamente la materia delle obbligazioni, ma l’intero campo del diritto privato, inteso come diritto che regola i rapporti intersoggettivi*” (*Ibidem*, p. 531).

⁴⁵⁰ LUCARELLI, *op. cit.*, p. 69 e 70. O próprio autor considera, sempre muito crítico à herança fascista do Código Civil italiano, que a formulação da solidariedade relacionada à “produção nacional” tem forte apelo totalitário. Na visão do autor, sempre que se invoca a solidariedade como cláusula geral, surge a lembrança da experiência fascista. Pondera o autor, em trecho que ora destaco, sobre o fascismo e a atual ordem constitucional italiana: “*La caduta del fascismo e l’avvento costituzionale, e qui affrontiamo la proposta de Rodotà, non modifica il sistema economico, in quanto l’organizzazione neocapitalista fa proprio l’<ideale> del successo economico, in una società nella quale l’attività produttiva non mira più alla semplice riproduzione delle risorse esistenti, bensì all’accrescimento indefinitivo dei beni; [...]*” (*Ibidem*, p. 201).

⁴⁵¹ *Ibidem, passim*, mas de modo mais específico na p. 243. Na tradução livre “*não ofender a interesse alheio para além da legítima tutela de um interesse próprio*”.

no sentido de haver uma recíproca responsabilidade entre os contratantes.⁴⁵²

Nota-se, na Itália, não somente sob o aspecto das especulações doutrinárias, o desenvolvimento sobre o assunto da solidariedade. Mesmo no plano positivado, encaixa-se a solidariedade no exercício da autonomia privada, revelando-se o artigo 41⁴⁵³ da Constituição italiana, que taxativamente inibe o exercício da livre iniciativa quando em contraste com a utilidade social, ou quando possa levar à produção de dano à segurança, liberdade e dignidade humana, ao dever constitucional que atribuiu o dever de solidariedade inserido no artigo 2º⁴⁵⁴ daquela Carta.

A lição em comento é destacada por BIANCA, ao apontar a remodelação do exercício do princípio da autonomia privada em pró da dignificação do homem, inclusive subordinando o princípio da autonomia privada ao da solidariedade social.⁴⁵⁵ Percebe-se, uma vez mais, que a solidariedade contratual vem antes da autonomia privada e da boa-fé contratual, longe de um antagonismo, pondo em evidência a conjugação daquele valor constitucional com os dois princípios enfocados.

Nesse contexto, retoma-se a lição de LIPARI, ao discutir o que efetivamente se mostra relevante para o ordenamento privado, que é a linha entre liberdade

⁴⁵² *Ibidem*. “E tale principio lo abbiamo ravvisato non solo nel settore della proprietà, già fortemente caratterizzata dalla funzione isolante tipica dei diritti reali, ma siffatta proposizione viene ripresentata, nella integrale formulazione, anche nel settore delle obbligazioni nel quale ciascuno soggetto è posto necessariamente di fronte all’altro, con il suo bagaglio di responsabilità ed esigenze.”

⁴⁵³ **CRI**. Art. 41. “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

⁴⁵⁴ **CRI**. Art. 2º. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

⁴⁵⁵ Massimo BIANCA, *Il contratto*, Diritto civile, 1998, p. 34.

individual e solidariedade, afirmando categoricamente que lhe parece hoje estar acordado o princípio da solidariedade como princípio geral do ordenamento jurídico, independentemente da existência de uma expressa regra jurídica que o contemple,⁴⁵⁶ posto no ápice do ordenamento e acerca do qual deve sempre reportar-se o intérprete na aplicação de qualquer *fattispecie* concreta, na lógica do sistema.⁴⁵⁷ A menção é válida, não obstante a tese optar pela linha da solidariedade enquanto valor, e não como princípio, o que em nada prejudica a conclusão do autor.

De modo ainda mais concreto, já relacionado ao ordenamento infraconstitucional, é notável a ponte que se estabelece entre um desejado juízo de solidariedade e os princípios norteadores do ordenamento privado, até para se identificar se a postura dos sujeitos envolvidos atende aos anseios da solidariedade contratual. Nesse plano, relaciona-se a solidariedade à boa-fé.⁴⁵⁸

Grande cláusula geral de boa-fé existente no sistema jurídico privado brasileiro, sem prejuízo de outras disposições legais de menor projeção⁴⁵⁹ e de diversa natureza,⁴⁶⁰ está assentada no artigo 51, inc. IV,⁴⁶¹ do Código de Defesa do

⁴⁵⁶ Nicolò LIPARI, Spirito di libertà ..., p. 14-15.

⁴⁵⁷ Paolo Morozzo della ROCCA, Rassegna di dottrina ..., p. 302-303.

⁴⁵⁸ Para o sistema italiano, o qual tem servido de modelo para o presente argumento, a solidariedade se projeta, ao nível do Direito Privado, nos momentos da formação do contrato, por aplicação do princípio de "*correttezza*", e, na sua execução, por aplicação do princípio de diligência.

⁴⁵⁹ CC. Art. 1.443. "O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concorrentes". A presente regra, apesar de sua natureza eminentemente objetiva, está adstrita ao contrato de seguro.

⁴⁶⁰ CC. Art. 490. "É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído". O transcrito dispositivo, por sua vez, revela uma conteúdo subjetivo inadequado à efetiva análise comportamental entre contratantes para se identificar

Consumidor, ao prever, em possível e ampla manifestação ao magistrado, o preenchimento da hipótese legal em questão com sua valoração, cambiante as várias hipóteses de efetivação daquela norma jurídica, enquanto efetiva cláusula geral que é, aos valores do tempo da sua aplicação.

Pela amplitude de tratamento dispensada à boa-fé por conta do dispositivo do inc. IV, do art. 51, do CDC, e, principalmente, na falta de idêntica regra geral, o jurista que se diz comprometido com o atual tempo de valorização constitucional do homem -- tempo esse, por assim dizer solidarista --, deveria propagar tal comando enquanto regra geral do ordenamento privado, jamais minimizando-o ou mantendo-o acanhado, prisioneiro até mesmo do mundo consumerista.

O novo perfil do *status* contratante também decorre da fórmula repersonalizada do sujeito de direito, à medida que o Código Civil, grande diploma do indivíduo e, portanto, do individualismo, cede espaço à preocupação legislativa dos reflexos desta atividade subjetiva, no seio da sociedade, mediante a renovação dos delineamentos da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a ampliação da responsabilidade civil objetiva negocial, pelos riscos da atividade empresarial desenvolvida, considerada relevante para o trabalho, pois quem se sujeita a produzir e fornecer responde pelos danos decorrentes de sua atividade (v.g. responsabilidade pelo fato do produto e serviço do CDC). Revela-se em outro segmento a preocupação quanto aos reflexos sociais pelo uso dos bens disponíveis, pela via do contrato, em detrimento da importância anterior que se

a prática de boa fé.

⁴⁶¹ CDC. Art. 51. Inc. IV. "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade;"

dispensava aos operadores deste mesmo contrato,⁴⁶² notadamente valorizada a posição ocupada pelo credor. Esse reposicionamento, dos papéis dos sujeitos contratantes, parece ter sensibilizado, em algum momento, a própria jurisprudência nacional, ao editar, o STJ, súmulas que ajudam na remodelação dos contratos, especialmente daqueles denominados de massa (v.g. 60,⁴⁶³ 61,⁴⁶⁴ 176,⁴⁶⁵ 194⁴⁶⁶).

Relevante ainda, baseado no contexto antes visto, analisar o comportamento do mercado, em face desta renovada realidade principiológica e dos seus reflexos sobre o sujeito contratante.

6.3 SOLIDARIEDADE CONTRATUAL E MERCADO

Solidariedade (contratual) e mercado são dois substantivos que desafiam uma aproximação sob única perspectiva, pois a formação liberal do nosso aludido Direito Privado condiciona o pensamento à tese de que o mercado não seria local de demonstrações solidárias, mas de competição, onde os interesses egoísticos dos indivíduos se apresentam mais salientes.

Essa primeira assertiva, como se disse, é fruto da herança liberal construtiva

⁴⁶² Gustavo TEPEDINO, Premissas metodológicas ..., p. 7.

⁴⁶³ STJ. "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste".

⁴⁶⁴ STJ. "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

⁴⁶⁵ STJ. "É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP".

⁴⁶⁶ STJ. "Prescreve em 20 (vinte) anos a ação para obter, do construtor, indenização por

do conceito de mercado, até hoje ainda em voga no segmento da economia, ciência para a qual “Em conjunto, compradores e vendedores integram, originando os mercados. Um mercado é um grupo de compradores e vendedores que integram entre si, resultando na possibilidade de trocas”,⁴⁶⁷ evidenciando que a razão do mercado está na possibilidade da troca de bens, sem que se preocupe com a qualidade desta troca, e muito menos, com o seu objeto e os seus operadores.

Conceito jurídico elementar de mercado não se distancia daquele microeconômico, ao defini-lo IRTI como sendo a “[...] *unidade jurídica da relação de troca, concernente a um dado bem ou dada categoria de bens*”,⁴⁶⁸ sendo certo que tal conceito traz consigo toda carga naturalística do séc. XVIII, desde quando o mercado é o espaço de liberdade individual e espontaneidade, no qual “*mãos invisíveis*” orientam no sentido da maior benesse e mais ampla felicidade do homem.⁴⁶⁹ A maior benesse era a individual, e a felicidade, a de poder livremente contratar; convergiam para o valor fundamental da capacidade, sempre individual, de expansão sobre as coisas externas, de correr riscos de sucesso ou insucesso,⁴⁷⁰ mensurado o homem pelos resultados e não pelos meios, apontando IRTI que a chave de leitura desta época era a *scelta di fini*, da escolha do fim a ser perseguido e do correspondente poder de assumir a responsabilidade pelo sucesso ou

defeito da obra”.

⁴⁶⁷ Robert S. PINDYCK e Daniel L. RUBINFELD. Microeconomia, p. 13.

⁴⁶⁸ Tradução livre de “*unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categorie di beni*” (In: Natalino IRTI, Rivista di diritto civile, Concetto giuridico de mercato e dovere di solidarietà, ano XLIII, 1997, primeira parte, p. 185.

⁴⁶⁹ *Ibidem. loc. cit.*

⁴⁷⁰ Natalino IRTI. L'età della decodificazione, p. 4.

insucesso da investida.⁴⁷¹ Em destaque estão o patrimônio e a sua ferramenta de troca (contrato em sentido amplo), nela se concretizando a circulação jurídica efetivada entre liberdade e mercado.

O Estado, por sua vez, assumia um papel meramente periférico, na tutela da liberdade pela escolha e riscos assumidos, sem interferência direta, sobretudo, nos meios de eleição para realização dos fins.

A mudança do perfil do Estado entre os séc. XVIII e XX, no contexto do contrato privado, já foi suficientemente abordada, quando se falou da *razão ao caos do contrato*, cabendo agora indagar se mercado e solidariedade, centrada esta na figura dirigente do Estado, são excludentes, notadamente num momento da história econômica e política nacional, em que as vocações econômicas da liberdade de mercado acabam sendo debatidas, a propósito da constante leitura que se faz do fenômeno da Globalização. Ou seja, é necessário saber se mercado e Estado são conceitos compatíveis ou antitéticos.

Contemporaneamente, o mercado acaba por receber uma infinidade de designações que tentam defini-lo, todas elas apegadas a um perfil histórico, ora antropológico, de validade jurídica, ideológica ou, mesmo, político.⁴⁷² Para cada linha de investigação, por certo, corresponderá uma definição mais adequada, interessando ao presente trabalho, somente, concluir se o mercado pode comportar um perfil solidário ou não. E, em sendo afirmativa essa possibilidade, indagar de

⁴⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁷² Pietro PERLINGIERI sugere algumas variantes sobre o mercado, “[...] ora come istituzione produttrice di proprie regole finalizzate alla determinazione dei prezzi e dei comportamenti, ora, in senso ideologico, come area de libertà idonea a strutturare conseguentemente le azioni degli individui; ...” (In: Rassegna diritto civile, Mercato, solidarietà e diritti umani, 1/95, p. 86-87.)

seus contornos conceituais e prospectivos.

O questionamento do tema passa, obrigatoriamente, pela solidariedade constitucional, que já foi abordada de modo mais abrangente, mas que, neste momento, ganha importância diante do contraste entre ela e a liberdade de atuação no mercado, ou seja, da autonomia privada, com projeção que escapa à do sujeito singular. Reforça-se o que já foi objeto de conclusão acima, nas palavras de Nicolò LIPARI,⁴⁷³ de que a solidariedade é um cânone geral de interpretação de natureza constitucional, que não tolera uma definição apriorística, pois atualmente são tão variadas as influências do Direito, que ela somente se apresenta a cada especificação ou articulação fática.⁴⁷⁴ Mesmo sem recorrer expressamente a tal método, PERLINGIERI lança mão de elementos metajurídicos (cita a simpatia, a generosidade, o senso do coletivo, o sentimento religioso) para sustentar uma ética dos negócios, e ao falar da equidade distributiva de mercado e da realidade econômica não exclusivamente adstrita ao lucro.⁴⁷⁵

O emprego da solidariedade constitucional não é o único canal de reflexão acerca do tema, podendo outro princípio, também da alçada constitucional, como o da dignidade da pessoa humana, prestar-se ao balanço entre mercado e justiça social, como, aliás, fez Carlyle POPP.⁴⁷⁶ O centro desta se fixa na solidariedade, sem exclusão da idéia de um mercado que dignifique o seu operador ser vertente

⁴⁷³ Vide nota 456.

⁴⁷⁴ Nicolò LIPARI, Rassegna diritto civile, Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà, 1/95, p. 26.

⁴⁷⁵ PERLINGIERI, Mercato, solidarietà ..., p. 97.

⁴⁷⁶ In: Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial - a proteção contratual no direito brasileiro, Direito civil constitucional, 1999, p. 151.

aceitável, inclusive a se somar à orientação aqui proposta. Na opinião do aludido autor, é significativo considerar que a liberdade de mercado se louva da (saudável) conformidade imposta pela justiça social,⁴⁷⁷ o que está muito certo, na medida em que o excesso de liberdade é a antítese dela própria, num mercado de desiguais operadores, onde a excessiva liberdade de iniciativa só faz concentrar as riquezas.

Importante frisar um método de compreensão desta análise aproximativa. O recurso ao pensamento tópico⁴⁷⁸ revela-se em algumas das passagens mais fundamentais da civilística contemporânea, quando enfrenta ou busca decifrar o significado de valores e os princípios jurídicos de larga extensão, como ferramenta de todo legítima, sobretudo ampliando, em respectiva escala de responsabilidade, o papel da jurisprudência.

Nessa mesma esteira, variante da solidariedade, e dela indissociável, está a função social dos institutos jurídicos, ora particularizada em face do contrato, também enfocado por intermédio do método da tópica, por RODOTÁ,⁴⁷⁹ e que, oportunamente, será objeto de reflexão específica.

O apelo ao pensamento tópico, imposto pelo cânone da solidariedade, não pode ser desprezado pelo juiz, escapando dos limites contratuais, especialmente na

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁷⁸ Para melhor compreender a tópica e sua importância no plano da jurisprudência, mesmo que o espaço não autorize maiores inferências: “É missão dos tribunais decidir de modo “justo” os conflitos trazidos perante si e, se a “aplicação” da lei, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos “dados materiais” desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um “tratamento circular”, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista - tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica - que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça. com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes” (*In*: LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 201).

⁴⁷⁹ *In*: *Il terribile diritto*, 1990, p. 224.

relação de adesão, em que a vontade contratual é fria e artificial. A solidariedade há de ser posta em experiência, a cada momento da relação jurídica, da pré-contratação à pós-execução. Tal desenho pragmático da solidariedade remete o intérprete do Direito em geral, especialmente o juiz, ao relevante posto de personagem central na sua descrição, pois não será o legislador e, tampouco, o executor das leis, quem o fará.

Não obstante essa consideração mais pragmática da solidariedade, inserida no contexto de mercado, a lei, em si, não deixa de ter papel relevante, ao menos, em dois sentidos: é a lei, de cunho constitucional ou não, que, mesmo abstratamente, garante ao operador do mercado a condição de cidadão-econômico; é lei que elege a solidariedade como cânone, para redefinir o papel do Estado perante o mercado, não deixando dúvida sobre o valor supremo que orienta o mercado.

Chave central da presente leitura é a qualidade do homem, enquanto valor central do ordenamento e, logo, do mercado, não mais servindo ao atual desenho constitucional um Estado do *laissez faire*, que o conduz a uma mercantilização infinita e ao conflito duradouro, fomentadores do egoísmo social.⁴⁸⁰ A função do Estado legislador mostra-se renovada e preocupada com o mercado no seu âmago -- valores pessoais e também patrimoniais inseridos na relação jurídica contratual -- sendo visível a superação de uma clássica função meramente formal.

Sob a ótica estreita do mercado, esse é o desenho do Estado Social de Direito, onde os custos sociais das perdas são distribuídos entre os operadores do mercado, pois que este mesmo mercado não produz somente ganhos. Cabe

detalhar que o balanço entre o cálculo da eficiência econômica (do mercado) e o mundo dos valores (jurídicos) é que enseja a tão em voga análise econômica do Direito,^{481 482} particularmente na Itália, nesta tese, refutada, em vista de que uma tal leitura condiciona a interpretação do Direito às necessidades da economia⁴⁸³ o que, em momentos de indefinição de paradigmas, pode conduzir ao aniquilamento de direitos fundamentais dos próprios operadores singulares do mercado.

O mercado, na atualidade, é institucionalizado pelo Direito, conforme se infere do artigo 170 da CR, formado e informado pela Carta, no sentido de não se limitar aos clássicos valores patrimoniais de troca e permitir a busca de interesses diversos (existenciais). Esse direito, apresentado por PERLINGIERI como *“buon diritto”* não se presta ao serviço da razão econômica, mas ao seu adverso, *“[...] impedendo la mercantilizzazione della società e la identificazione (e l'esaurimento) dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici, siano essi di matrice proprietaria o imprenditoriale-contrattuale. ...”*,⁴⁸⁴ não estando inclinado somente à conservação da sociedade, como também à sua transformação, fato este que contribui e promove a elevação do nível de vida social e, em nosso país, cabe a projeção, que reduz

⁴⁸⁰ PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà ...*, p. 89.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁸² Guido ALPA explica que a análise econômica do direito, também designada de *interpretação econômica do direito*, está além do mero dado jurídico, sob a perspectiva da ciência econômica. Localiza-se, sobretudo, nas fontes jurídicas e atos jurídicos que, produtores de efeitos legais, constituem princípio de ordem do comportamento dos sujeitos, criam expectativa na coletividade, em razão da observância daqueles princípios, consentindo em operar previsões de comportamento econômico, por conta de seus efeitos vinculantes (*In: Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, p. 307).

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 311.

⁴⁸⁴ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 92-93. Na tradução livre: *“[...] impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação (e o esaurimento) dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam estes de matriz proprietária ou empreendedora-contratual.”*

desigualdades sociais.

Dessa constatação, de cunho constitucional, conforme posto em evidência, extrai-se a “cidadania econômica” de que fala LIPARI,⁴⁸⁵ em reconhecimento aos direitos de personalidade *“in chiave economica”*, agregando ao valor da solidariedade natureza legal, mas não em eficácia reduzida como propõe IRTI. Este último autor reclama a positivação do dever de solidariedade, ou mesmo, a presença de lei ordinária que a defina, mas de, contrariamente, repisar o papel dos princípio constitucional, e também dos seus valores, no esquema brasileiro, enquanto regra de conduta passiva de sancionamento, conforme visto anteriormente.

Em retorno ao início deste capítulo, a partir das considerações realizadas, tem-se hoje, em plena conexão Estado-cidadão-mercado, indissociáveis, sendo, até mesmo, falacioso tentar separar o Estado da atividade de mercado; um Estado que não mais se encontra em regime periférico, mas sim em contínuo resguardo do cidadão econômico.⁴⁸⁶ A solidariedade localiza, neste fragmento, o seu papel junto ao mercado, uma vez descrita pelo Estado legislador (constitucional ou não) e pelo Estado juiz, aplicada às relações negociais, salvaguardando os interesses dos seus operadores e, conseqüentemente, da sociedade, pois a sua perspectiva sempre há de ser pelo todo social (interesse da sociedade pelas regras do jogo) e não pelo

⁴⁸⁵ LIPARI. *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸⁶ Tal possibilidade de harmonia entre aqueles interesses do Estado-cidadão-mercado em nota jurisprudencial, citada por Luis Roberto BARROSO (*In: Constituição da República Federativa do Brasil anotada*, 1989, p. 316), conforme o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: *“Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. Logo, determinada lei não é inconstitucional pelo só fato de dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares”* (STF, RTJ 149/666).

operador singular.

6.4 INTERESSE DO DEVEDOR AO ADIMPLEMENTO : DIREITO AO ADIMPLEMENTO

Conforme contextualização anteriormente vista, mostra-se necessário investigar a posição dos sujeitos contratantes, sob uma nova ordem contratual, necessariamente encarada num âmbito constitucionalizado, sem o qual não se realizará a justiça contratual contemporânea. Resta saber se credor e devedor ainda guardam suas clássicas posições de detentores, respectivamente, de um direito subjetivo ao crédito e de um dever jurídico ao cumprimento, e se tais posições jurídicas ainda conduzem a uma formação jurídica de subordinação entre credor e devedor.

É certo que o esquema do direito subjetivo, cuja relação se sobrepõe a um dever jurídico, bem serve à conhecida figura do direito contratual clássico, em que todo movimento contratual se projetava em favor do credor. Note-se que nem mesmo poderia ser diverso o *status* abstrato dos contratantes, ora em comento, na medida em que concebido o modelo codificado, originalmente o Napoleônico, em que outros diplomas civis buscaram a mesma idéia, v.g. o brasileiro de 1916, tendo como bem jurídico a ser alcançado pelos detentores do capital – burguesia – a propriedade imobiliária. Ao credor da prestação, cujo objeto é a propriedade imobiliária, fez-se uma construção de tutela jurídica especial, discrepante do ordinário efeito meramente pessoal das obrigações, por meio de efeitos agregados a

ela (propriedade imobiliária), conforme se pode perceber, por exemplo, com a adjudicação compulsória e com a eficácia imediata da sentença de despejo.

A idéia ora exercitada, por certo, escapa àquela clássica do devedor obrigado ao adimplemento e o credor – somente ele – autorizado a pretender o cumprimento da obrigação,⁴⁸⁷ sem que, todavia, se perceba que se trata de preocupação original. Já na década de quarenta, sustentava BETTI que a exigência da cooperação entre os contratantes era a chave, por meio da qual deveria o jurista compreender o instituto das obrigações, considerando-o nos termos de sua função sócioeconômica.⁴⁸⁸

Na certeza de que ainda exista interesse, por parte do devedor, em cumprir a obrigação, tanto aquelas em que a prestação seja pecuniária quanto outras, nas quais o objeto do contrato seja material, o devedor pode servir-se, *v.g.*, do instituto do pagamento por consignação (art. 972 e seguintes do CC brasileiro). Mas, para além desta possibilidade, colocada ao alcance do devedor, outras se mostram meramente de fato, sem que, para tanto, se perceba uma correlata tutela legal a ensejar um verdadeiro direito ao cumprimento. Há uma efetiva tutela do interesse do devedor em se liberar da obrigação, sem que, aparentemente, não se converta em direito subjetivo ao cumprimento, isto é, uma tutela do interesse ao cumprimento concreto da prestação. Mencione-se, ainda, que a tal pretensão ao cumprimento estaria vinculada a uma obscura sujeição do credor.

A mudança de todas essas perspectivas contratuais é desafiadora, sobretudo, ao se presenciar a consagração do desenho da relação jurídica contratual, baseada

⁴⁸⁷ Adolfo DI MAJO, Obbligazioni e contratti : l'adempimento dell'obbligazione, 1998, p. 24.

⁴⁸⁸ Emilio BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, 1953, p. 5.

no esquema direito ao crédito *versus* dever jurídico de cumprimento.

O interesse do devedor poderia estar vinculado não somente a um *fin abstrato* de exclusão do vínculo, mas, ainda, a um *fin concreto* de, exemplificativamente, não mais ser detentor ou responsável pelo depósito da coisa objeto do contrato, em relação à qual existe morosidade do credor em vir recebê-la. Ainda, a execução da prestação, com a finalidade de valorizar a personalidade profissional ou artística do devedor, ou, também, com o mero interesse de cumprimento para receber a contraprestação devida pelo credor, na hipótese de contratação de algum serviço ou trabalho personalíssimo. Em tais situações, estar-se-ia diante de um efetivo *potere giuridico* de adimplemento, conforme palavras de DI MAJO,⁴⁸⁹ sendo revelada, a partir desta leitura, a complexidade da estrutura obrigacional e, por conseqüência, a inadequada idéia dos conceitos abstratos,^{490 491} que, de longa data,⁴⁹² insistem em descrever, de modo simplista, o esquema obrigacional, e que pretensiosamente buscam uma resposta padronizada e comum

⁴⁸⁹ DI MAJO, *op. cit.* p. 25.

⁴⁹⁰ Pietro PERLINGIERI, Le obbligazioni tra le vecchi e nuovi dogmi, 1990, p. 16-17. Exemplifica o autor as “*estruturas abstratas*”, com os conceitos de *direito subjetivo ao crédito e ao cumprimento; o interesse subjetivo ao pagamento e liberação do crédito; o favor debitoris e o favor creditoris; a redução do direito subjetivo ao adimplemento ao equivalente econômico da responsabilidade civil.*

⁴⁹¹ Ainda, no mesmo sentido referido por Perlingieri, Giovanni CATTANEO, La cooperazione del creditore all'adempimento, 1964, p. 18, acrescenta: “*E la categorie generali del diritto delle obbligazioni possono essere viste con schemi parzialmente vuoti, da riempire di volta in volta con i dati forniti da altre fonti. Ciò può forse contribuire a spiegare il fenomeno della permanenza nel tempo di tali schemi, come pure la presenza di schemi pressochè negli ordinamenti di paesi fra loro assai differenti sotto l'aspetto politico e sociale.*”

⁴⁹² Pietro PERLINGIERI, Le obbligazioni ..., p. 15. Referindo-se a DI MAJO, sustenta o autor, na tradução livre: “[...] Apesar da difundida sabedoria da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação, quer dizer a relação obrigacional, se projeta ainda hoje como a categoria mais ahistórica “sempre idêntica a ela mesma” (DI MAJO), neutra, construída colhendo o mínimo denominador comum das diversas obrigações e reduzindo a diversidade a desenhos descritivos e externos do conceito. [...]”.

para pluralidade fática dos eventos.

Note-se que tal poder vem a contento, ao que apregoa a doutrina mais especializada e a própria tendência legislativa (art. 84 do CDC⁴⁹³), quanto a uma preferível execução específica da obrigação a uma sempre possível reparação pelo equivalente pecuniário, por perdas e danos,^{494 495} inclusive para a hipótese da *mora accipiendi*.⁴⁹⁶ A inegável natureza complexa da relação obrigacional será mais adiante retomada.

Saliente-se, desde já, que, se fundamentos positivos podem ser indicados como base para a argumentação que ora se apresenta, estão eles contidos no anteriormente referido artigo 958 e, ainda, no artigo 955, ambos do Código Civil, impondo ao credor um exercício de pontualidade⁴⁹⁷ contratual redundante, em cooperação ao adimplemento, sob pena das sanções civis descritas nos mesmos artigos de lei.⁴⁹⁸

O efeito desse descrito poder jurídico coloca em dúvida a secular estrutura da

⁴⁹³ CDC. Art. 84. *Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

⁴⁹⁴ CC. Art. 1.056. "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos".

⁴⁹⁵ Neste sentido Carlyle POPP, Execução , 1985, *passim*.

⁴⁹⁶ CC. Art. 958. "A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento".

⁴⁹⁷ A pontualidade está mais vinculada ao modo de cumprimento do contrato do que com seu aspecto temporal, mero componente da pontualidade, estendendo-se esta também ao correto local de execução da parcela.

⁴⁹⁸ No mesmo sentido aqui desenvolvido, a lição de Giovanni CATTANEO (*Op. cit.*, p. 2) ao indicar como fundamento do dever de cooperação, o artigo 1.206 do Código Civil italiano, que justamente, regulamenta a mora do credor.

obrigação, voltada à realização dos precípuos interesses do credor, sempre disposto em receber o crédito, mesmo que pago por outrem e na contrariedade do desejo do devedor,⁴⁹⁹ o que traz reflexos interpretativos ao texto do Código Civil brasileiro, no seu art. 930, ao definir que a obrigação pode ser cumprida por qualquer terceiro interessado e mesmo por terceiro não interessado -- art. 931 -- dentro das limitações mínimas, para esta derradeira situação, já previstas no Código. O reconhecimento do interesse, assim posto, em favor do devedor supera um simples direito à liberação do débito, instituído agora em efetivo e concreto direito ao adimplemento.

A proposta de ampliação dos interesses do devedor vem a contento de uma valorosa despatrimonialização do Direito Civil, pois, enquanto simples interesse à liberação do débito, tinha-se em mente um caminho para o devedor afastar de seu universo patrimonial uma obrigação de cunho econômico que se lhe apresentava. Com a atual perspectiva, inclina-se a reconhecer que o cumprimento da obrigação extrapola uma simples característica patrimonial, alcançando um interesse superior, de ordem propriamente moral, do interesse (direito subjetivo) pessoal do devedor em cumprir a avença. Em razão disso, o simples interesse (patrimonial) à liberação da dívida, mostra-se, na atualidade, insuficiente.^{500 501}

⁴⁹⁹ O art. 932 do CC deixa claro o favor que se estabelece em pró do credor, ao dispor que: "Opondo-se o devedor, com justo motivo, ao pagamento de sua dívida por outrem, se ele, não obstante, se efetuar, não será o devedor obrigado a reembolsá-lo, senão até a importância em que lhe aproveite". Ou seja, mesmo que se oponha o devedor ao pagamento, este poderá ser eficazmente aceito pelo credor, de pouco valendo a vontade do devedor.

⁵⁰⁰ Angelo FALZEA, L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore, 1947, p. 33.

⁵⁰¹ Exemplo extraído do direito positivo comparado se encontra no artigo 1.236 do Código Civil Italiano, em que concorrentemente ao direito do credor em remir o devedor da obrigação pode este recusar o benefício. Tal direito a recusa encontra base na natureza contratual do instituto italiano da

6.5 DEVER DE COOPERAÇÃO DO CREDOR AO ADIMPLEMENTO

O efeito do reconhecimento de um direito concreto do devedor ao adimplemento específico da obrigação traz implicações ao sujeito detentor do crédito. É necessário ter conhecimento sobre a qualidade e a extensão do estado de sujeição em que se encontra o credor, diante do exercício daquele poder jurídico outorgado ao devedor.

Das variantes descritas pela doutrina italiana sobre o tema da cooperação, dentre as quais se destaca uma interessante, que atribui, à nova posição do credor, um ônus jurídico, ou mesmo, a configuração de um poder-dever,⁵⁰² diante do que, concluiu FALZEA pela existência de um dever de cooperação imposto àquele sujeito contratante. A negação de tal situação, ou da própria existência do dever de cooperação, redundaria no fechamento da teoria ora suscitada, para retornar à clássica estrutura do direito subjetivo absoluto em favor do credor e do dever jurídico igualmente absoluto em desfavor do devedor.⁵⁰³

O dever de cooperação não se apresenta somente no sistema italiano, enquanto ônus obrigacional contemporâneo ao credor, pois nota-se a mesma situação nos sistemas alemão e português. No primeiro, revelou-se a necessidade de abstenção de atitudes impeditivas e também ativas, sempre facultando o exercício do pagamento pelo devedor. Tal constituiu os deveres de colaboração do

remissão.

⁵⁰² *Ibidem.* p. 46 e 50.

⁵⁰³ *Ibidem.* p. 50.

credor, com base na boa-fé inserida no BGB,⁵⁰⁴ pois se a regra a ele (devedor) imposta era no sentido de cumprir a obrigação como exige a boa-fé, em consideração aos costumes do tráfico, em sentido inverso não se obrigava a fazer mais do que lhe impunha a mesma regra de conduta. No modelo positivo português, por evidente influência germânica, previu o legislador de 1966 a adstrição do credor à boa-fé, pelos arts. 762^o - 2⁵⁰⁵ e 334,⁵⁰⁶ impondo-lhes deveres de lealdade, colaboração e proteção, enfim, deveres laterais que, uma vez violados, implicam em quebra do contrato por sua violação positiva.⁵⁰⁷

A aproximação do dever de cooperação do credor à boa-fé, remete o intérprete, mais um vez, à natureza geral do princípio da boa-fé, que, volta e meio, surge no cenário das condutas contratuais.

Ainda, quanto à natureza do dever que se apresenta ao credor, caracterizado como estrita obrigação jurídica, de modo seguro entendeu CATTANEO que *“Solo quando il contratto tutela il diritto del debitore ad eseguire la prestazione, si può dire che la cooperazione del creditore sai oggetto di un’obbligazione”*.⁵⁰⁸ Na opinião do autor, em linhas gerais, estaria sujeito o credor a um mero ônus jurídico e não, a

⁵⁰⁴ BGB. § 242. *“El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”*.

⁵⁰⁵ CC português. Art. 762^o. 2. *“No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”*.

⁵⁰⁶ CC português. Art. 334^o. *“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”*.

⁵⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 594.

⁵⁰⁸ *Op. cit.*, p. 47.

uma obrigação propriamente dita.⁵⁰⁹ Por esse motivo, os diversos autores cotejados advertem, no sentido de sustentarem, a imprescindível concretude da relação obrigacional enfocada, para se posicionar sobre a existência, ou não, de um dever de cooperação imposto ao credor e, uma vez afirmativa a indagação, se tal dever foi ou não cumprido.

Seguindo na linha de entendimento acerca da ausência de uma efetiva obrigação (*sentido estrito*) ao dever ou, agora visto, ônus de cooperação do credor, conclui, parcela da doutrina italiana, que sua violação se alinha a uma antijuridicidade ampla, mas não de natureza contratual. Vale dizer, quando o credor se mostra moroso, que a responsabilidade à qual se sujeita não é de cunho contratual, mas sim, extracontratual, dispensando-se, inclusive, o elemento subjetivo da culpa para ser o devedor ressarcido do danos sofrido.⁵¹⁰

Pertinente salientar que a qualificação de uma sujeição passiva, enquanto ônus jurídico propriamente dito,⁵¹¹ e não uma obrigação jurídica, não retira, de quem a ele se submete, a condição de respeito, emprestando a lei ao seu respectivo titular as sanções adequadas para o caso de violação do aludido dever, conforme se está a verificar.

Em que pese uma adequada dispensa do elemento subjetivo da responsabilidade civil, que se abre perante o credor que não coopera, há de se tratar que a matéria sob a ótica contratual,⁵¹² particularizada a violação obrigacional da

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 56.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁵¹¹ Francesco SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, 1983, p. 74.

⁵¹² Neste mesmo sentido, Pietro PERLINGIERI, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Commentario del codice civile, 1975, p. 44: "[...] *Sì che la teoria*

cooperação, não somente pela mora, cuja tratativa já vem posta pelo próprio Código Civil nacional, como ainda, pelo inadimplemento e pela violação positiva do contrato.

Independentemente da natureza jurídica adotada para a cooperação, de modo muito simples, é ela entendida como dever (*lato sensu*) de não se agravar a situação passiva do devedor, minimizando os encargos que a desconfortável posição de débito já lhe impõe. Destaca-se que, nem sempre, apesar da pluralidade e complexidade das situações fáticas que cercam a relação obrigacional, apresenta-se, ao credor, uma situação em que deva cooperar. Desde que, e de algum modo, tenha que participar ou intervir na execução contratual, mostra-se eficaz o encargo ora debatido. Todavia, uma vez a ele sugerida a cooperação, e fugindo ao encargo, vislumbra-se a possibilidade da exceção contratual em favor do devedor, mediante recesso de eficácia de cláusulas contratuais que suscitaram a cooperação, ou do contrato em si como um todo, sem embargo da pretensão de perdas e danos, conforme dispositivos já referidos do Código Civil pátrio (arts. 956 e 958).⁵¹³

Nesse plano, extrai-se do texto do Código Civil, inclusive, o fundamento da exceção específica ou geral da eficácia contratual, com base no seu artigo 1.092, sob o argumento do *non riti adimpletis contractus*⁵¹⁴ e, referente a perdas e danos, o artigo 159, na medida em que não filia a responsabilidade em tela à contratual.

Em verdade, a cooperação obrigacional, ontologicamente falando, está na raiz da própria relação jurídica. Conforme bem demonstra BETTI, ao explicitar as

dell'inadempimento non può essere costruita in relazione soltanto al comportamento del debitore; è opportuno che si abbia presente l'obbligo di cooperazione del creditore, l'eventuale suo inadempimento e, conseguentemente, il risarcimento del danno per illecito civile (responsabilità contrattuale!)."

⁵¹³ *Ibidem.* p. 53.

⁵¹⁴ Orlando GOMES. *Contratos*, 1996, p 92.

diferenças entre relação jurídica real e obrigacional, assevera-se que aquela decorre de um exercício de atribuição de bem, cujo respeito se exige daqueles que não a receberam, ao passo que a relação obrigacional sempre prescinde de *un'attività di cooperazione*,⁵¹⁵ por intermédio do comportamento de outrem.

Somente por uma questão patológica dos nossos dias, prossegue BETTI,⁵¹⁶ motivada pelo exagerado tecnicismo e pela especialização dos estudos e profissões, perdeu o homem a sua espiritualidade, a sua personalidade e a sua capacidade de julgamento, tornando-se um *uomo-massa*, que afasta de si valores instáveis (não passíveis de descrição matemática), pois que não existenciais, como o da cooperação. A cooperação entre contratantes, sob a ótica personalista do Direito Civil é inarredável, enquanto própria essência da obrigação, hoje demanda estudos apartados, para que seja inserida no contexto obrigacional, ao menos, como dever jurídico.

Retomando o aspecto da complexidade da relação obrigacional, para se fazer um rápido fechamento do tema ora em desenvolvimento, tem-se que a suposição de ser a relação de obrigação de natureza simples -- reduzida ao crédito e ao débito -- esconde toda a carga individualista e egoísta que o atual modelo codificado nos oferece. Essa concepção indica, justamente, o caminho do que se pretende combater, pois é intolerável no atual contexto constitucional brasileiro, a da subordinação de um sujeito (credor) em face de outro (devedor). E tudo isso se permite, e assim, ainda é lecionado nas escolas de Direito, porque se minimiza a

⁵¹⁵ Emilio BETTI, *op. cit.* 1953, p. 16 e 28.

⁵¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

relação jurídica obrigacional aos seus momentos simples do legítimo exercício do crédito e do dever de pagar. Como adiante será visto, tal construção simplista não é a mais adequada, servindo, dentre outras finalidades, para esconder os múltiplos deveres jurídicos impostos ao credor, salientando-se o de cooperação ao adimplemento.

Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção.⁵¹⁷ Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto do contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos.

Do dever de cooperação imposto ao credor, saliente-se ser tentadora a derivação ou a sua aproximação a princípios outros, como o da boa-fé objetiva^{518 519} e com o intraduzível dever ou princípio de *correttezza*⁵²¹ do ordenamento italiano,

⁵¹⁷ Pietro PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione* ..., p. 43.

⁵¹⁸ Boris STARCK e outros, *Obligations*, 1995, p 498. Descrevem os autores franceses o princípio da boa-fé contratual estabelecido sob os pilares da cooperação e da lealdade, podendo se traçar, com base neste ensinamento, um paralelo entre a cooperação imposta ao credor e o princípio da boa fé objetiva. A proximidade é notória ao definirem o “*devoir de coopération*”, como “[...] *l’obligation de ne pas imposer à son contractant des frais inutiles: [...]*” (p. 499).

⁵¹⁹ A idéia de aproximação entre cooperação, *correttezza* e boa fé objetiva não é estranha, nem mesmo ao Direito Italiano, pois descrita *correttezza*, numa de suas variantes, como “[...] *L’obbligo di cooperare come espressione dell’obbligo di far cessare l’ingerenza nella sfera giuridica del debitore alla scadenza dell’obbligazione*” (Franco CARUSI, *Enciclopedia del diritto*, v. 10, verbete *correttezza*, 1962, p. 710), no sentido de se dizer que a imposição obrigacional ao devedor não deve ser superior ao estritamente necessário, nos termos da lei ou do próprio contrato.

⁵²⁰ Ainda, as palavras de BETTI (*Op. cit.*, p. 106) não deixam dúvidas de que o princípio da boa fé põe em destaque o dever de cooperação, mas, por um questão lógica, com ele não se confunde:

estando, o último, sempre presente em função de qualquer dos obrigados, pois resulta em um específico *dever negativo* ao credor de não obstaculizar o adimplemento enquanto a cooperação lhe impõe um *dever positivo* específico de cooperar com o cumprimento.⁵²² Se sustentável uma certa diferença entre *correttezza* e cooperação, há de se reconhecer ser ela assaz ligeira.

“Possiamo dunque concludere che la buona fede contrattuale mette in piena luce l’idea di cooperazione che costituisce il fondamento ultimo dei rapporti d’obbligazione e la chiave indispensabile per intendere il funzionamento.”

⁵²¹ CC italiano. Art. 1175. *“Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”*. Em consideração ao transcrito artigo de lei, asseveram TRABUCCHI e CIAN, Commentario breve al codice civile, p. 906: *“La correttezza (o buona fede in senso oggettivo) rappresenta un metro di comportamento per i sogg. del rapp. (e di valutazione per i giudice) [...]”*. Prosseguem os comentaristas, ao relacionarem o dever enfocado com o conteúdo da relação obrigacional: *“[...] Di recente, in dottrina, nell’ottica di una specificazione “operativa” della nozione dei buona fede, premesso che il contenuto del relativo obbl. non potrebbe essere predeterminato in astratto, ma va concretizzato di volta in volta, si è affermato che essa, su un piano generale, fonderebbe, in primo luogo, due canoni di condotta. Il primo, valevole principalmente nella formazione e interpretazione del contr. (e, più in generale, del rapp.), che imporrebbe la lealtà del comportamento. Il secondo, quale obbl. di ciascuna parte di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio”*.

⁵²² FALZEA, *op. cit.*, loc. cit.

7 RELEITURA ESSENCIAL SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL

Conforme prenunciado anteriormente, o perfil da relação jurídica obrigacional ou, mais concretamente, contratual, não encontra a sua melhor posição no monólogo elementar do direito subjetivo de crédito, frente a um direito subjetivo passivo ou de débito.

Tal concepção mínima, insiste-se, não contempla a nova vocação constitucional brasileira, na dinâmica da relação jurídica, no sentido de atribuir dignidade ao homem contratante, desprezando um comportamento contratual solidário, não estando a tutela reduzida, certamente, só aos interesses do credor mas também aos do devedor.

Ademais, a fórmula da igualdade material, arraigada não só ao plano constitucional, mas também ao civil, não permite um tratamento jurídico tão díspar entre contratantes. A questão de um tratamento discriminatório é tão séria e flagrante, no plano jurisprudencial, que não é raro se constatar, quando o devedor pleiteia, em juízo, revisão contratual, no âmbito das relações de consumo, cujo pedido é previsto em lei (art. 6. inc.V), ser ele (devedor/consumidor) tratado de modo (velado) preconceituoso, como se estivesse agindo ilicitamente. A situação piora no plano do contrato essencial cível, uma vez que inexistente dispositivo legal específico que autorize a revisão contratual, como se o único direito do sujeito passivo fosse o de pagar. Imagina-se que se devedor é, e assim se declara em juízo, deve pagar, sem que possa (moralmente) revisar cláusulas ou mesmo anulá-las.

Tal preconceito, dentre outras possibilidades, atribui-se à estrutura simples (não complexa) em que foi culturalmente edificada a teoria da relação jurídica de

crédito. Simples, assim apontada, pois não leva em conta a complexidade da situação subjetiva do titular passivo da relação, verdadeiro credor do titular ativo em inumeráveis direitos (subjetivos e potestativos), faculdades etc..

Esse é um dos motivos pelos quais o Código de Defesa do Consumidor, mesmo após quase uma década de existência, ainda encontra alguma infundada resistência jurisprudencial de aplicação, que até mesmo pode ser taxada de inconstitucional, ante a específica tutela dedicada pela Carta ao consumidor (art. 170, inc. V, CR). Isso, diga-se, coincidência ou não, em razão de preservar os interesses do devedor, via de regra, economicamente⁵²³ mais fraco. A barreira a ser vencida pelo Judiciário brasileiro, e isto não só no contexto do CDC, é tornar eficaz, de modo prevalente, a oportunidade revisionista das relações contratuais que se mostrem abusivas a quem quer que a reclame, seja ou não consumidor, desde de que contrárias à boa-fé e à equidade.

O valor jurídico maior a ser tutelado, conforme atual noção da justiça contratual, é o equilíbrio, ante o cânone constitucional da solidariedade. Frustrado o equilíbrio, no início ou no curso da execução das recíprocas obrigações, violada a solidariedade (a primeira implica a segunda), deverá o Judiciário recepcionar a pretensão revisionista, encarando o desenrolar dos fatos econômicos de forma objetiva, pois o que está em julgamento é a obrigação (sentido complexo), e não, simploriamente, o obrigado.

⁵²³ Cabe a explicação que a defesa do consumidor não ocorre especificamente por ser mais fraco ou menos qualificado no viés econômico, como se o Direito não tutelasse os interesses dos ricos, dos fornecedores e dos patrões. O que se tutela é a vulnerabilidade de um dado contratante em abstrato, supostamente em situação de desigualdade face a outro. Para melhor análise *vide* Eberhard EICHENHOFER, L'utilizzazione del diritto privato ..., p. 206.

7.1 DECADÊNCIA DO MODELO CONTRATUAL BASEADO NO DIREITO SUBJETIVO DE CRÉDITO

Caminho, então, a ser percorrido no contexto que agora se desenvolve, refere-se à necessária desmitificação da estrutura mínima da obrigação entre direito subjetivo de crédito e dever jurídico de pagamento.

Imprescindível se faz a revisita ao instituto do direito subjetivo, baluarte de sustentação do “poder” do crédito em mãos de um único pólo da relação jurídica, buscando, com isso, superar as próprias figuras do credor e do devedor, para localizar no sistema jurídico figuras mais brandas e, logo, menos estigmatizantes.

Não se pode, de outro modo, simplesmente abandonar a figura do direito subjetivo, pois tal pretensão se mostraria deveras artificial, ante o arraigado uso que o instituto encontra na doutrina e na jurisprudência.

O contexto de utilização do conceito de direito subjetivo surge, exatamente, conforme adverte CARBONNIER, no momento em que torna inconcebível qualquer manifestação legislativa, judicial e de ato público, que aborde direito individual, sem se referir ao direito subjetivo. É comum a verificação das frases: eu tenho o direito, tu tens o direito, ele ou eles têm os direitos, pois, na fundamental construção da dogmática jurídica, *“il diritto soggettivo è l'individuo”*.⁵²⁴

Por ser fruto da construção dos juristas do século passado, o direito subjetivo guarda estreito relacionamento com a filosofia individualista e liberal, atualmente em plena decadência, para não se dizer, superada.⁵²⁵ Ao se identificar com o produto de

⁵²⁴ Jean CARBONNIER. *Flessibile diritto*, 1997, p. 147. Na tradução livre de “o direito subjetivo é o individuo”.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 148-149.

uma ideologia moderna e Ocidental, desnecessária qualquer inferência histórica do instituto, para além da época de ouro da autonomia de vontade (secs. XVIII e XIX).

O direito subjetivo é um prolongamento do indivíduo, idéia amplamente vinculada à possibilidade de apropriação de bens e de uma lista de bens apropriáveis pelo indivíduo,⁵²⁶ revelando-se, neste aspecto, o caráter egoístico de um direito proprietário não funcionalizado.

A questão do poder é significativa quando se trata de direito subjetivo. Direito subjetivo é poder, mas não se encerrando nele, todavia, o uso do poder no contexto jurídico. Antes de sua aplicação no plano da relação jurídica em si, interessante notar que poder é *fattispecie normativa* de uma generalidade de atos os quais particularmente são chamados de “negócios”, provenientes da hipótese legal, nem sempre de caráter lícito, tal como o excesso de poder, o abuso de poder, poder de representação, representação sem poder etc..⁵²⁷ A outra face do poder é na qualidade de situação jurídica subjetiva.⁵²⁸ O direito subjetivo é o poder de querer, conforme define GUARINO, não sendo o querer (a vontade) o poder, mas sim, o seu conteúdo.⁵²⁹ Daí, frise-se, a afirmação supra: *direito subjetivo é poder*. Não se combate o desenho conceitual aqui externado, mas a sua maneira unilateral de abordagem, invariavelmente em pró do credor.

A própria definição conceitual clássica da relação jurídica (sentido estrito)⁵³⁰

⁵²⁶ CARBONNIER, *op. cit.*, p. 149.

⁵²⁷ GUARINO, Giuseppe. Potere giuridico e diritto soggettivo, 1980, p. 7.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁵³⁰ Em sentido amplo “[...] é toda situação ou relação da vida real (social) juridicamente

de crédito encontra sua base conceitual no direito subjetivo, descrita como sendo “[...] unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”.⁵³¹

Antes de se buscar vencer o uso e a importância do direito subjetivo, o que se mostraria de todo inaplicável ao atual contexto, é localizar um plano diverso, não propriamente estranho ao conceito de direito subjetivo, que se afigure receptivo às tendências civis-constitucionais enfocadas ao longo do trabalho. Ou seja, um ambiente jurídico mais amistoso à idéia de um contrato solidário, de boa-fé.

7.2 SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA E CONTRATO PÓS-MODERNO

Em verdade, quando se fala em relação jurídica contratual, se está diante de situações jurídicas subjetivas correlatas.⁵³² Cada um dos sujeitos componentes da relação jurídica obrigacional é titular de inúmeros poderes e deveres, configurados em forma de direitos subjetivos, potestativos, faculdades, obrigações, ônus, sujeições, dever de garantia etc..

A busca acadêmica, pela separação de todos esses momentos componentes da relação jurídica contratual (lado dinâmico da situação subjetiva), somente implica

relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” (In: DOMINGUES DE ANDRADE, Teoria geral da relação jurídica, 1987, v. 1, p. 2).

⁵³¹ DOMINGUES ANDRADE, *op. cit.*, p. 2.

⁵³² PERLINGIERI, Dei modi ..., p. 40-41.

condicioná-la a uma abstratividade inadequada e irreal, pois “[...] *la situazione giuridica soggettiva non si pone quasi mai in termini elementari, semplici, ma è per definizione complessa*”.⁵³³ A natureza complexa nasce da aceitação de serem ao menos duas as perspectivas da relação para o titular ativo da situação jurídica subjetiva: um *agere licere*, fazendo às vezes do direito subjetivo e um dever jurídico, representado pela *necessitas agendi*.⁵³⁴

Quando se fala em relação jurídica, portanto, esta não é um mero exercício de direito (subjetivo) de crédito perante o débito, representa muito mais, dentre o que, um inegável dever (*necessitas agendi*) de cooperação do credor. Efetivamente, em favor do credor se apresenta sempre um crédito, ou, ao menos, um direito subjetivo de recebê-lo ou de dispor dele (remissão, cessão, prescrição etc.). Porém, com o direito subjetivo de crédito não se esgota todo o rol de derivações da situação jurídica de que é titular o sujeito ativo, eis que “[...] *ci si accorge che anche nell'ambito della situazione c.d. attiva del creditore vi sono obblighi, doveri, oneri, situazioni cioè che non di vantaggio o attive o favorevoli*”.⁵³⁵ ⁵³⁶ São instrumentalmente incontáveis as relações a que se sujeitam as partes envolvidas ao longo do negócio como um todo, salientando-se, aqui, ainda, o seu eventual momento inicial com as negociações preliminares.⁵³⁷

Cabe explicar, até por uma questão de pouco trato da doutrina nacional sobre

⁵³³ *Ibidem*, p. 41.

⁵³⁴ GUARINO, *op. cit.*, p. 28.

⁵³⁵ PERLINGIERI, *Dei modi ...*, p. 42.

⁵³⁶ No mesmo sentido, Carlo MAIORCA, *Introduzione alla dinamica giuridica*, 1978, p. 27.

⁵³⁷ Francesco SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 75.

o tema da situação subjetiva, alguns lances conceituais e estruturais do instituto, antes, destacando o assunto para o campo da função social do contrato, capaz de ser vista sob a ótica da própria categoria (remodelada) do direito subjetivo.⁵³⁸

A antiga concepção de situação subjetiva, conforme lição de SANTORO-PASSARELLI, estaria vinculada, no início de seu desenvolvimento, a uma fase negocial preliminar, na qual não se vislumbrava concluída a relação jurídica propriamente dita. Ou seja, a atribuição recíproca de direitos entre os sujeitos atuantes ainda estaria por se formar, receber ou constituir efeitos jurídicos.⁵³⁹ Ocorre que essa iniciação à idéia de situação subjetiva há muito deixou de existir no contexto europeu, descrita que era como um estado de expectativa, no qual não havia o sujeito se tornado titular de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo.

A partir de tal iniciação, a situação subjetiva recebeu acréscimos conceituais e particularizações próprias a cada ramo do Direito, no qual se apresentava, desde a Teoria Geral do Direito,⁵⁴⁰ Processual Civil,⁵⁴¹ Processual Penal,⁵⁴² Filosofia⁵⁴³ etc..

⁵³⁸ TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil, n. 65, p. 31.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ Paul Roubier, “[...] entende-se com este termo um complexo de direitos e de deveres, de prerrogativas e de obrigações, que se cria em torno de um fato, ou de um estado, ou de um ato capaz de gerar efeitos jurídicos” (apud Vittorio FROSINI. Novissimo digesto italiano, 1957, p. 470). Tradução livre.

⁵⁴¹ Goldschmidt a qualificada, na tradução livre, como “[...] o estado de esperança de uma pessoa referente a uma futura decisão judicial”. Na Itália a questão, sob a ótica da processualística civil e teoria geral, foi examinada por Calamandrei e Canelutti. *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁴² Cordero se referia a ela como “[...] uma categoria logicamente transcendental, isto é a estrutura formal na qual se adequa cada possível tipo de experiência jurídica” (tradução livre), *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁴³ A propósito, exemplificativa, e para ulteriores consultas, no plano da filosofia jurídica, a obra de Carlo MAIORCA, *op. cit.*, p. 27-28, ao delinear considerações sobre poder subjetivo, direito subjetivo e situação jurídica subjetiva ativa e passiva.

A contribuição da Teoria Geral do Direito, referida em nota de rodapé, conforme lição de Roubier, já projetava a dimensão de que a situação subjetiva não se ocupava mais só de um estado de “espera” à consecução futura de um direito subjetivo.

A obra, efetivamente relevante para o Direito Civil, no entanto, já havia sido desenvolvida por Duguit, cujo senso de busca pela concretude da experiência jurídica muito se afeiçoa ao presente trabalho.

Tratou Duguit de dizer, na tentativa de substituir a noção de direito subjetivo por aquela de situação jurídica subjetiva, que esta última se ocupa da “... destinação de um bem determinado a um fim determinado, individual ou coletivo, tutelado pelo Direito mediante um sistema de sanções”. Prossegue o autor ao afirmar que, quando se refere a um “direito de crédito” e a um “direito de propriedade”, são estes termos empregados de modo abstrato, para designarem situações concretas, que são especiais e temporais. Especiais porque não podem ser invocadas em face de uma ou de outra pessoa, particularmente vinculadas àquela situação subjetiva, e temporais, em função de que se exaurem, com o cumprimento da ação que a elas se agrega, no exercício da pretensão que a elas se implica.⁵⁴⁴

A invocação de Duguit sobre a especialidade subjetiva e temporal da situação jurídica do bem e do crédito conduz ao patamar da funcionalização dos institutos da propriedade e do contrato, sempre em razão de um sujeito e de um tempo específicos, no cumprimento, ou mesmo na condição, de uma ação ou pretensão, sob a tutela de um sistema de sanções. Essa perspectiva sancionatória do Direito, descrita como superestrutura exauriente do sistema jurídico, conforme, inclusive, já

visto neste trabalho, deve ser objeto de reflexão, pois que é reconhecida pelas letras de Gaston Morin (1920), *La révolte des faits contre le Code*,⁵⁴⁵ estando em voga uma dita função promocional do Direito.⁵⁴⁶

De modo mais específico e relacionado ao Direito Civil, mesmo neste ramo em particular, a matéria em exame pode ser apreciada sob vários aspectos, entre eles concorrentes, mas que, de modo unitário, podem dar a exata dimensão do que seja a situação jurídica subjetiva.⁵⁴⁷

Conforme PERLINGIERI, sob quatro ângulos deve ser vista a situação jurídica subjetiva: sob o ângulo de seu efeito, em razão de que cada situação é decorrente de um fato jurídico, encontrando neste a sua origem, seja voluntário, seja natural; sob o ângulo do interesse envolvido ou teleológico, uma vez que sempre haverá de se notar um interesse, individual ou coletivo, patrimonial ou existencial, sendo que os dois últimos podem se apresentar conjuntamente, dado que algum interesse patrimonial (imediato) pode se prestar à realização de um outro existencial (mediato);⁵⁴⁸ o perfil dinâmico, em decorrência de uma situação jurídica subjetiva, significa a atividade de um poder, exercido por meio de um ato ou negócio

⁵⁴⁴ Vittorio FROSINI, *op. cit.*, p. 469.

⁵⁴⁵ A referência é de Jean CARBONNIER (*In: Flessibile diritto*, p. 156), inclusive ao por em paralelo o pensamento de Morin e de Duguit, este na sua obra *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon* (1912), justamente para criticar a concepção de todo equivocada e em visão contemporânea da completude do sistema codificado, do que não escapa o esquema preceito - sanção.

⁵⁴⁶ AUTORINO, Gabriella e STANZIONE, Pasquale, Diritto civile e situazioni esistenziali, 1997, p. 6-7.

⁵⁴⁷ Pietro PERLINGIERI, Profili istituzionali del diritto civile, p. 132.

⁵⁴⁸ Tome-se, como exemplo, o direito ao salário, estampado no artigo 7º da Carta Constitucional brasileira, de natureza patrimonial, mas de função existencial.

jurídico,⁵⁴⁹ o funcional, cuja importância decorre do papel sócio-jurídico da situação, sobre o que se tratará, especificamente, quando da abordagem da função social do contrato; perfil normativo, na medida em que a situação deva ter uma relevância normativa, encontrando no ordenamento jurídico o fundamento para fazer, em interesse próprio ou de terceiro, com que alguém cumpra determinado ato, ou que se encontre em posição de ser exigido de alguma conduta.⁵⁵⁰

Para que não se caia no equívoco do subjetivismo exacerbado, adverte o mesmo autor que a situação jurídica subjetiva deve ser analisada sempre tendo em mente os perfis anteriormente salientados,⁵⁵¹ o que só põe em evidência as colocações sobre a complexidade da relação obrigacional e a inadequação, pois irreal, de uma análise simplista (crédito e débito).

Por esses motivos, faz-se imperiosa, à doutrina brasileira, a releitura da teoria sobre o negócio jurídico, sem que tome por marco principal o dogma da autonomia de vontade, o que acaba por defluir na concepção sempre presente do direito subjetivo, enquanto máximo exercício de autonomia privada. Urgente se faz a análise agregada de todas as derivações do poder legal, atribuído ao titular (sujeito de direito) da situação jurídica, para que se reconheça a sua dinâmica posição de sujeito ativo e de sujeito passivo, nos inesgotáveis e complexos momentos que constituem o negócio jurídico contratual.

⁵⁴⁹ Para uma análise mais extensa sobre o aspecto dinâmico da situação subjetiva, vide Giuseppe GUARINO, *op. cit.*, p. 75 e seguintes.

⁵⁵⁰ Pietro PERLINGIERI, *Profili ...*, p. 132-137.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 136. “La tematica delle situazione giuridiche soggettive, dunque, no si può esaurire in uno dei precedenti profili, come invece parte della dottrina, specie la più antica, considerata possibile. La situazione soggettiva non si esaurisce nel potere della volontà, in una sorta di esasperato individualismo, como del resto non si esaurisce nella tutela di un interesse, o soltanto nel suo momento attuativo. oppure nel suo profilo funzionale.”

A própria idéia geral de direito subjetivo contratual, ou o dogma jurídico formado em torno dele, é por demais equivocada, na medida em que o poder que se apresenta ao seu titular, necessariamente limitado pela mesma norma jurídica que o recepciona, enquanto categoria de negócio jurídico (efeito *ex voluntate*) está sempre restrito à moldura limitativa da lei, em torno da autonomia da vontade negocial.

Todos os momentos da situação jurídica subjetiva ensejam uma crítica ácida ao monismo do direito subjetivo, ao propiciar ao intérprete uma predominante leitura do que realmente é, ou seja, do poder individual da vontade do credor, em perspectiva patrimonial, sem que tal poder esteja comprometido com outros valores existenciais mais relevantes que o mero ter. A estreita limitação dos valores acoplados ao poder, em que se funda o direito subjetivo, não permite ao intérprete incursões quanto aos deveres jurídico que a qualidade de credor agrega ao sujeito (titular).

O destaque da situação jurídica subjetiva fica por conta de sua grande amplitude conceitual, receptível aos novos ventos civil-constitucional, bem destacados por PERLINGIERI e P. FEMIA, ao colocarem em evidência os aspectos normativo e funcional do instituto. Para além do que anteriormente já se disse sobre o seu perfil funcional, mostra-se interessante complementar que a função se realiza nos efeitos fáticos do exercício da titularidade da situação, conformando tais efeitos em chave social, e sempre remetendo o intérprete à natureza complexa da relação.⁵⁵² As situações puras são inexistentes, somente ativa ou passiva, evidenciando-se, na dinâmica da relação jurídica, um dado momento de poder ou de

⁵⁵² In: Manuale de diritto civile, 1997, p. 67.

dever.

Do ponto de vista prático, ao exercer o poder, o titular ativo deve tomar todas as cautelas, no sentido de não lesar a situação passiva contraposta. Não se podendo objetar que o titular passivo disponha de mecanismos processuais que imponham ao credor um comportamento para se liberar da obrigação, pelo justo adimplemento, protegendo os seus interesses patrimoniais e imateriais.⁵⁵³

Em síntese ao que se pretende demonstrar, nas palavras de PERLINGIERI e P. FEMIA, *“La complessità delle situazioni soggettive rispecchia la configurazione solidaristica dell’ordinamento costituzionale”*.⁵⁵⁴

Tal compreensão já bastaria, conforme concluem os autores enfocados, para justificar a mudança do hábito interpretativo da relação jurídica. No entanto, a leitura da complexidade da relação jurídica, neste trabalho, vai um pouco mais além da mera *“[...] pluralidade dos direitos e deveres que promanam dum dado facto jurídico [...]”*,⁵⁵⁵ superando a fronteira dos plúrimos objetos correlatos da obrigação e das titularidades subjetivas diretamente envolvidas.

A inerente complexidade percebida na relação jurídica, sob a perspectiva de um contrato necessariamente funcionalizado, na sua descrição coletiva, atinge a terceiros e as suas respectivas titularidades individuais, ou ainda, na representatividade de interesses outros, v.g. coletivos e difusos. Em outras palavras, o dado complexo suplanta os objetos obrigacionais e seus próprios sujeitos, do que

⁵⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁵⁴ *Ibidem, p. 67.* Na tradução livre: *“A complexidade da situação subjetiva reflete a configuração solidaristica do ordenamento constitucional”*.

⁵⁵⁵ DOMINGUES ANDRADE, *op. cit.*, p. 4.

sempre deverão guardar observância os titulares da relação jurídica para com estes outros inominados titulares.

Efeitos concretos do exercício das situações subjetivas envolvidas, receptividade legal de tais efeitos, quando atendida a função social, e compreensão do perfil complexo da situação jurídica subjetiva devem ser evidenciados para que se realize uma melhor leitura dos dados da realidade e do cumprimento dos ditames constitucionais. A solidariedade constitucional, grande pilar do contrato pós-moderno, encontra base prática na compreensão da relação jurídica revisitada à luz da situação jurídica subjetiva.

O direito subjetivo, breve momento da situação jurídica subjetiva, é de todo insuficiente para realizar a vocação constitucional do contrato contemporâneo, devendo ser encarado como mero exercício do querer contratual de ambos os titulares da relação jurídica. A parte (direito subjetivo) não deve ser confundida com o todo (situação jurídica subjetiva), sob pena de ficar a interpretação do contrato desconectada da atual Constituição.

Como proposta instrumental, na linha do que se sustenta, está o afastamento das expressões credor e devedor, representativas, respectivamente, do direito subjetivo e do dever jurídico, para designarem a dinâmica geral da relação jurídica contratual. A proposta é pelo uso de titular ativo e titular passivo, desta mesma relação, sendo a titularidade o liame entre o sujeito e a situação jurídica na qual figura.⁵⁵⁶ Se a singela alteração nominal não tiver o condão de mudar a natureza das coisas, talvez possa, ao menos, sugerir uma reflexão crítica do intérprete sobre os porquês do abandono da velha terminologia.

7.3 SEGURANÇA JURÍDICA : AS NOVAS BASES CONTRATUAIS

Sempre se sustentou como bandeira e, mesmo, justificativa inerente ao sistema codificado a pretensa segurança jurídica que dele se poderia esperar.

Segurança jurídica baseada na possibilidade de antever, com base nos ditames contidos na lei do código, o direito do sujeito que nele se assegura; a segurança de, com base na lei material, buscar uma única resposta processual para uma única relação em conflito, repetindo-se o procedimento em constantes juízos de verdade jurisdicional, já que a solução verdadeira era decorrência da obtenção de uma resposta lógica ou matemática previsível, que pudesse ser repetida; segurança, ainda, pelo controle que se poderia estabelecer a partir da decisão sempre fundamentada do julgador no próprio texto codificado, dele afastados quaisquer valores metajurídicos.

Porém, o formalismo e o positivismo não deram conta de explicar alguns fenômenos perceptíveis do texto legal estabilizado os quais, de algum modo, apontavam para a crise do sentido moderno da segurança jurídica.

Fala-se, desse modo, das lacunas do Direito, das antinomias jurídicas, das contradições dos princípios e dispositivos, da presença de normas injustas, normas em branco e, mesmo, cláusulas gerais. A presença de tais aparentes irregularidades, aos olhos de um pretensioso sistema que se propunha a ser único e completo (ordenado), implicou a necessária adoção, pelo julgador e intérprete em

⁵⁵⁶ PERLINGIERI, *Manuale de diritto civile*, p. 75.

geral, de fontes e de conhecimentos metajurídicos, pondo em dúvida o próprio sistema de controle das decisões judiciais, pois “[...] as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controle; [...]”⁵⁵⁷

Passa, então, a ser evidente que o positivismo e o formalismo do Direito, sempre elevados ao nível de grandes tutores da segurança jurídica, acabam por ser responsáveis, justamente, pelo inverso (insegurança), haja vista a impossibilidade de se reconhecer a completude em si próprio.⁵⁵⁸

Em verdade, a leitura mais atenta à aplicação sistemática do Direito sempre convergiu para o valor da segurança jurídica, em razão da pressão executada por esta (segurança jurídica) diante da previsibilidade do Direito, da continuidade e da estabilidade do ordenamento e da jurisprudência, calcado o sistema em poucos e gerais princípios, porém, note-se, imanentes a cada Direito Positivo, “numa forma historicamente determinada”,⁵⁵⁹ mas não logicamente deduzida. A segurança jurídica concebida nos postulados da dedução lógica, atemporal e ahistórica, conduz à sua insuficiência, anteriormente cotejada.

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio

⁵⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, Introdução, p. XXIII, *In*: CANARIS, *op. cit.*, 1989.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. XXIV.

⁵⁵⁹ CANARIS. *op. cit.*, p. 22.

das obrigações reciprocamente consideradas.

A segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega da lei do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida. A segurança é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivo do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor.

A segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva, é a de que poderá cumprir sua parcela da avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé.

A segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente seu contínuo equilíbrio.

A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é o contrato de boa-fé.

8 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS : RAZÃO DE SER

A funcionalização dos institutos jurídicos é matéria indispensável numa perspectiva constitucional de releitura do Direito Civil e do contrato.

Não é novidade na civilística brasileira a importância do assunto, estando presente o tema, tanto em manual de maior consistência⁵⁶⁰ quanto em obras monográficas que o abrangem,⁵⁶¹ não por um mero modismo, mas em razão da própria orientação jurídico-ideológica de quem a ele se inclina e da mudança de paradigmas do Direito Civil.

Quando primeiramente se aborda o tema da funcionalização não se pode ignorar que a busca é, em verdade, por um nova função singular do contrato. O contrato, assim como a propriedade e a família, sempre tiveram suas respectivas funções atribuídas (*funzione attributiva* atrelada ao princípio proprietário⁵⁶²), ora em razão da conservação do poder econômico em favor de alguma classe social (propriedade à burguesia), ora em tutela da família legalmente permitida (matrimônio) e não de qualquer outra.

O contrato, por sua vez, nos modelos codicísticos influenciados pelo *Code*, não escapa de realizar uma certa função, vinculada ao princípio da autonomia de vontade, sendo então o instrumento pelo qual a atribuição da propriedade se consagra. Sua função é *translativa-circulatoria*, realizando o princípio fundamental

⁵⁶⁰ Vide Francisco AMARAL, Direito civil: introdução, 1998, p. 345-349.

⁵⁶¹ NORONHA, O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, 1994, p. 81-97.

⁵⁶² BARCELLONA, Pietro. Diritto privato e società moderna, 1996, p. 319.

da liberdade econômica.⁵⁶³ BARCELLONA encara o contrato, mesmo atualmente, com essa exata descrição funcional, concluindo pela autonomia privada e propriedade privada como princípios cardinais, em torno do que o Direito “moderno” organiza as relações jurídicas individuais, dando-lhe a forma do mercado. Para melhor entender essa dinâmica, finaliza o autor “[...] o direito de apropriar-se em via exclusiva de uma cota da riqueza social não pode deixar de comportar também o direito de realizar-se o contravalor mediante um livre ato de troca, instituindo com quem é disposto a com ele convir uma livre relação contratual”.⁵⁶⁴ É opinião de peso no meio acadêmico italiano, e se apresenta em situação de grande influência no nosso próprio âmbito judiciário, uma vez que se encontra tal função translativa-circulatória no dogma da vontade individual.

A Constituição de 1988 mostra-se como referência indispensável para o assunto, eis que seu perfil social impôs a funcionalização da propriedade privada, conforme artigos 5º, inc. XXIII e 170, inc. III, em condicionamento à postura do sujeito proprietário, na mesma ordem que coloca em salvaguarda o “direito de propriedade”, aliás reputado como fundamental ou de personalidade (art. 5º, inc. XXII, CR), e enquanto de interesse geral para a ordem econômica do país (art. 170, inc. II).

Mas o tema suscita algumas dúvidas: o que é funcionalizar um instituto jurídico? Por que motivo fazê-lo? O contrato foi funcionalizado? É necessária a

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 320.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 320. Na tradução livre: “... il diritto di appropriarsi in via esclusiva di una quota della ricchezza sociale non può non comportare anche il diritto di realizzarne il contravalore mediante un libero atto di scambio, istituendo cioè con chi è disposto a convenirlo un libero rapporto contrattuale”.

expressa reacomodação positiva do instituto jurídico em apreço no bojo do Código Civil para di-lo funcionalizado? São essas as indagações a que se impõe a tese e que procurarão ser sanadas, sem rigor lógico de ordem, até por que se mostra significativo decidir pela natureza estruturante ou funcional do contrato para conceituá-lo.

Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise, história e especialmente a ética, acabam, nesse prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa.⁵⁶⁵ É romper com a auto-suficiência do Direito, hermético em sua estrutura e tecnicismo, outrora mais preocupado com os aspectos formais da regras, do princípio e do instituto, que com sua eficácia social. Por isso, a função perseguida é a social.

Funcionalizar, sobretudo, em nosso contexto, é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social, “[...] atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, [...]”.⁵⁶⁶ A sociologia acaba, volte e meia, sendo chamada a contribuir com o assunto,⁵⁶⁷ em que pese o

⁵⁶⁵ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, p. 345-346.

⁵⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. Temas de direito civil. p. 201.

⁵⁶⁷ Cabe a nota de que a “funcionalização” é oriunda da sociologia, podendo ser feita a análise do mesmo instituto jurídico tanto pelo Direito obviamente quanto pela sociologia na sua vertente funcionalizada. O próprio Direito, aliás, pode ser analisado no seu complexo funcionalizado, uma vez que se identifica como especial modalidade de ação social. O estudo, porém, desborda da tese, remetendo-se o leitor para trabalho específico de Vincenzo FERRARI. Funzione del diritto: saggio

conceito possuir variantes muito mais amplas, afirmando RODOTÀ que o conceito foi estimulado pela benesse social proposta por Adam Smith, com seu *The Economic of Welfare* (1918), pois, na visão do autor, o precedente mais relevante do conceito de função social surge com a concessão cristã da propriedade, por meio da concepção tomista sobre o *bonum commune*.⁵⁶⁸

A opção pela funcionalização, apesar de ser um discurso que agrada à civilística contemporânea, honestamente, não é fácil de ser sustentada pelos mais dogmáticos, em face da vocação progressista do Direito na qual o homem vale mais do que a estrutura e onde as respostas não estão todas no código. Denota-se a orientação progressista no discurso da funcionalização, em primeiro momento, como faz a Constituição de 1988, ao abordar o tema da propriedade, marco maior do Estado Liberal e do desejo burguês de ascensão social, atualmente condicionada à sua utilidade social. Torna-se indispensável a abertura do sistema civil e do próprio sistema jurídico.

Conforme sintetiza Francisco AMARAL, não obstante a síntese conter, aqui, um caráter reducionista de suas possibilidades, a expressão função social significa “não-individual”, remodelando-se a justiça social em volta do coletivo, do bem comum e do bem-estar econômico coletivo, atuando sob o manto de uma renovação dos fins últimos da propriedade e do contrato. Seria ela, na visão do mencionado civilista, um *standard* jurídico vinculado aos bons costumes e à justiça social, ou seja, uma cláusula geral, orientadora da condução do direito proprietário e do

critico-ricostruttivo.

⁵⁶⁸ RODOTÀ. Stefano. Il terribile diritto, p. 214-216.

trânsito jurídico.⁵⁶⁹

O processo de funcionalização (social) dos institutos jurídicos tem a sua raiz histórica no que se denominou, neste trabalho, de pós-modernidade, no período entre Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, conquista maior da civilística européia, e, em especial, alemã, se viu insuficiente para atender ao caos do pós-guerra (1ª Grande Guerra), que se impôs na Alemanha e na Europa em geral, com a restrição à liberdade contratual e à utilização da propriedade.⁵⁷⁰ Efeito concreto disso, no Brasil, por exemplo, vem com a primeira lei especial de inquilinato, sensível e prevenido que foi o legislador ao ver a escassez habitacional na Europa destruída, passando, então, a interferir na autonomia locatícia do Código Civil.⁵⁷¹ Ora, o legislador da lei especial do inquilinato, ao retirar do Código Civil a competência sobre a matéria, dentre tantos efeitos, sobretudo, funcionalizou o direito proprietário e contratual em favor do locatário, tradição até hoje mantida quando o assunto é locação imobiliária urbana.

O Direito cede diante de outros saberes, sendo o primeiro deles o econômico. A proclamada unidade sistêmica está rompida.

A abertura do sistema a outros saberes que preenchem a lacuna da funcionalização não é unânime, havendo quem sustente, de outra mão, que o elemento sociológico, realmente, faz parte do embalo jurídico, mas que deve ela

⁵⁶⁹ FERRARI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 347-348.

⁵⁷⁰ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 1993, p. 630-631.

⁵⁷¹ Em verdade, não é bem esclarecido o fato da real existência de um escassez imobiliária no Brasil, explicativa de um lei especial sobre o tema. Pode ter ocorrido uma mera transferência da experiência européia, efetivamente diante da crise habitacional aberta com a destruição maciça dos grandes centros urbanos. ensejadora de leis emergenciais após o primeiro grande conflito e que vieram a profundamente excepcionar o princípio da livre ocupação.

(sociologia) ser dialeticamente trabalhada, nos limites da estrutura, sendo verdadeiro elemento dela.⁵⁷²

A notícia histórica antes referida é deveras relevante, pois com ela se revela o *direito social* pugnado por Gierke, a par de uma Constituição Econômica alemã que autorizava uma intervenção do Estado quando presenciada uma falha no sistema de concorrência e a solidariedade social.⁵⁷³ A intervenção estatal põe em cheque a moderna concepção de direito subjetivo (proprietário e contratante), agregando aos seus conceitos uma função social.

A solidariedade social, tantas vezes já retomada nesta obra, acaba por condicionar, num sistema social de Direito, a autonomia privada e, logo, a liberdade contratual. Percebe-se, em discordância com WIEACKER, que não se trata de uma “limitação da liberdade contratual”, derivada desta função solidária,⁵⁷⁴ mas de uma remodelação dos elementos do contrato, sobressaindo-se o do “direito subjetivo” exercido pelos titulares contratantes, no trâmite das esferas de liberdade em atuação.

A funcionalização dos institutos da propriedade e, também, do contrato surge, portanto, neste novo modelo de Estado de Direito, agora adjetivado como social, notadamente pela experiência européia de Weimar, ao determinar o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, tornando-o mais solidário. O Estado de Direito Social congrega as conquistas do Estado Liberal (Estado de Direito), igualdade e liberdade individual, com as do Estado Social, ou a superação

⁵⁷² RODOTÀ, S. *Op. cit.*, p. 222.

⁵⁷³ WIEACKER, F. *Op. cit.*, p. 632-633.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 634.

da fração entre Estado e sociedade.⁵⁷⁵ O instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.

8.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO : FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Visto os motivos, por assim dizer, existenciais, da função social do contrato, oportuno agora dedicar-se ao seu lado mais descritivo.

É patente na doutrina nacional que, em alguma passagem, se dedicou ao assunto a implicação da funcionalização do contrato em um contexto coletivo. Ou seja, de que haveria um papel coletivo e, portanto, não individual, inserido no contrato contemporâneo.

O sentido do coletivo fica patente ao se ler Mario Aguiar MOURA, por exemplo, que em sutil mas profundo artigo, considera que o homem vive em sociedade, lembrando a importância da cooperação, sentenciando o “[...] homem vive na medida em que convive”.⁵⁷⁶ No mesmo sentido, Giselda Novaes HIRONAKA, em leitura mais antiga, talvez pioneira sobre o tema, aproxima o aspecto coletivo do contrato ao princípio da igualdade, valendo reproduzir “A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os

⁵⁷⁵ BARCELLONA. Pietro. Diritto privato e società moderna, 1996, p. 113.

⁵⁷⁶ In: Função social do contrato. Revista do Tribunais, n. 630, p. 248.

sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos”.^{577 578}

A aplicação ao coletivo de uma propriedade privada é o motivo implícito pelo qual se emprega a mesma idéia para o contrato entre particulares. Todavia, quanto à propriedade, não se pode olvidar estar ela inserida em quadro de indefinição dos sujeitos com os quais se relaciona o proprietário, sendo ordinário ao pensamento jurídico a abstração de sua natureza *erga omnes*.

Ademais, a idéia do coletivo proprietário em oposição ao individual proprietário não é criação da doutrina, eis que, só para a citar a atual Constituição, segundo o seu artigo 186, e os seus incisos I a IV, “[...] condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários.” impondo “[...] a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, [...]”.⁵⁷⁹ A propriedade urbana segue a mesma linha de preocupação com o coletivo, ao pôr em relevo a ordenação da cidade e o seu plano diretor (art. 182, § 2º).

Para o contrato, no entanto, parece não se ajustar muito bem a concepção coletiva, especialmente se encarada do ponto de vista da relação jurídica de um direito subjetivo obrigacional do credor frente a um dever jurídico do devedor. Os atores da relação jurídica obrigacional são conhecidos, remontando esta ciência

⁵⁷⁷ In: A função social do contrato. Revista de Direito Civil, n. 45, p. 141.

⁵⁷⁸ Ainda, com semelhante enfoque de atrelamento da função social ao princípio da igualdade, vide GOULART FERREIRA, Carlos Alberto, ao concluir que “Essa idéia de “igualdade dignidade social ou de igualdade liberdade para todos” leva à conclusão de que o contrato, instituto outrora concebido de maneira individualista, passa a exercer na sociedade uma “função social” ... ” (In: LOTUFO, R. *et al.* Direito civil constitucional. Equilíbrio contratual, 1999, p. 112).

⁵⁷⁹ TEPEDINO, G. Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil, 1999, p. 272.

subjetiva ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Mas a construção do pensamento da função social do contrato envolto aos efeitos que o negócio produz na coletividade já encontra espaço na prática judiciária. Conforme parecer civil de lavra de Junqueira de AZEVEDO, é exatamente esta a noção que se extrai da leitura do já multicitado artigo 170, *caput*, da Constituição da República, sendo preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma “ordem social harmônica”, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade, por conta da relação estabelecida.⁵⁸⁰ O autor vai mais adiante, também inovando ao sustentar que a regra constitucional veio a tornar mais evidente o que já era consagrado em nível infraconstitucional, fundada na regra geral de responsabilidade prevista no artigo 159 do CC,⁵⁸¹ que invariavelmente exige um comportamento social sempre adequado.⁵⁸²

Retomando a alusão à igualdade substancial, tem ela grande relação com a justiça social, enquanto sua regra concretizadora. Refere-se, então, PERLINGIERI, à eficácia da intervenção legal administrativa, em verdade, tributária, no plano das “despesas públicas”, na qual o cidadão é chamado a contribuir conforme a sua capacidade e num plano de progressividade.⁵⁸³ Essa justiça social realiza importante papel de funcionalização da propriedade imobiliária urbana, pois comum a regra da

⁵⁸⁰ *In*: Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, Revista do Tribunais, n. 750, p. 116.

⁵⁸¹ CC. Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 117.

⁵⁸³ PERLINGIERI, P. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, p. 48.

maior (progressiva) tributação imobiliária na medida inversa da menor utilidade da coisa. Igualdade substancial e justiça social caminham juntas, portanto.

De forma muito incipiente, já propagava Orlando GOMES a necessidade de revisão geral do Direito das Obrigações, tendo como enfoque transformador a sobreposição do coletivo sobre os interesses individuais, dizia ele, “[...] de cunho meramente egoísticos”, sem que, é verdade, fizesse alusão específica ao contrato ou à sua dita funcionalização.^{584 585}

Mesmo a tutela da confiança e da boa-fé no discurso da funcionalização acabam tomando corpo em vista da necessidade de tratativas mais equilibradas⁵⁸⁶ nas obrigações pecuniárias comutativas. Ressalta-se, da funcionalização, a equidade contratual, como baluarte de uma divulgada justiça contratual. Tal aproximação entre função social e equidade foi bastante difundida na Itália, mas sem ficar isenta das severas críticas produzidas por RODOTÀ, no seu clássico // *terribile diritto*, ao descrever que o empobrecimento do método privatístico italiano ficava por conta da equivocada tentativa de se atribuir um certo equilíbrio – equidade – entre as esferas jurídicas atuantes na relação, para descrever a função social, pois, conforme mais adiante visto, não se mostra possível previamente definir um protótipo jurídico de uma situação concreta, de todo inviável a assunção a uma

⁵⁸⁴ *In: Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 1.

⁵⁸⁵ Como interesses ou direitos “egoísticos” pode-se destacar os *direitos subjetivos típicos* ou *direitos subjetivos propriamente ditos*, assentados na prerrogativa do seu titular de exigir de outrem uma ação ou omissão, classicamente divididos em absolutos (v.g. direito de propriedade) e relativos (v.g. direitos de crédito) (*In: NORONHA, Fernando, Op. cit.*, p. 83, nota 3). Nesse mesmo diapasão, não há como deixar de se referir ao direito potestativo, como exemplo maior de interferência individual de um titular de direito na esfera jurídica alheia.

⁵⁸⁶ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 82.

hipótese (abstrata) de equilíbrio.⁵⁸⁷

São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesse envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. A falta de unidade científica na definição e caracterização é natural para o estágio de desenvolvimento do tema, ao menos no Brasil, impulsionado que foi, recentemente, pela Carta de 1988, com a expressa funcionalização da propriedade.⁵⁸⁸ Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé objetiva (princípio), o segundo fundado do primeiro, mostra-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato.

Nesse âmbito de tantas variantes científicas, mostra-se relevante visitar o instituto da funcionalização da propriedade, tema já consagrado pela doutrina, até por conta da sua antiga positivação na Constituição italiana de 1947,⁵⁸⁹ que

⁵⁸⁷ RODOTÀ, Stefano, Il terribile diritto, p. 224.

⁵⁸⁸ Não se ignora que a Constituição de 1967, e a Emenda Constitucional 1/69, (art. 160, inc. III) abordavam o tema em idêntico plano hierárquico ao da atual Constituição. Mesmo a legislação infraconstitucional se dedicou ao assunto, pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), nos seus arts. 2º caput e 12, apenando a violação da função social da propriedade, no seu artigo 13, com a sanção da “... gradativa extinção das formas de ocupação ...”. Todavia, esses diplomas, frutos de um momento democraticamente descompromissado, nunca alcançaram a legitimidade social da Constituição de 1988, sendo esta, ao final, a grande propagadora do assunto. Tanto é verdade que a redação da Carta de 1967 incluía a funcionalização da propriedade no contexto da ordem econômica e social, ao passo que a atual Constituição vai mais além, prevendo a função social da propriedade como direito fundamental do homem, sem também descontextualizá-la da ordem econômica (In: TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil, p. 270).

⁵⁸⁹ CR italiana. Art. 42. “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limite allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.”

viabilizou anteriores debates.

Relevante salientar, no que toca à experiência proprietária, dois aspectos: o dilema e a ambigüidade da função social da propriedade.

O primeiro deles, mais evidente, o dilema fruto do não enquadramento das limitações funcionais impostas à propriedade do modelo baseado no “poder” de natureza incondicionada, reconhecido ao titular proprietário, verificado no Código Civil, conforme já havia sido apontado por Cariota Ferrara, citado por BARCELLONA.⁵⁹⁰ Desse primeiro dilema, com óbvia preocupação quanto ao risco que o secular direito proprietário fosse totalmente aniquilado, a Corte Constitucional italiana acabou por fixar um conteúdo mínimo da propriedade, relacionada ao *ius aedificandi* da propriedade urbana.⁵⁹¹ Além disso, é preciso reconhecer que a incompatibilidade do modelo proprietário está baseada em uma relação jurídica absoluta entre sujeito e coisa. Em verdade, o modelo que informa sobre a propriedade funcionalizada é decorrência de “*una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa*”, conforme leciona PERLINGIERI,⁵⁹² afastando sua qualificação de direito subjetivo absoluto em consideração a uma situação subjetiva complexa. A atribuição do direito proprietário somente ocorre, ou se preserva, na medida do respeito a “[...] centros de interesses extraproprietários, [...]”, situando-se aqui a sua complexidade e a sua relativização.⁵⁹³

A primeira consideração trazida por TEPEDINO, com base nas lições de

⁵⁹⁰ BARCELLONA, P. *Op. cit.*, p. 218.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 282.

⁵⁹² *In*: TEPEDINO, G. Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil, p. 279.

⁵⁹³ *Ibidem*. p. 280.

Perlingieri, é das mais relevantes. O contrato, como visto, também merece um novo desenho esquemático, gerando, aliás, um novo conceito, pois, assim como a propriedade, o contrato (a atuação dos contratantes e os efeitos jurídicos pretendidos) somente pode ser merecedor de tutela se for cumpridor de uma função social.

Segundo aspecto a merecer destaque é o da ambigüidade entre o princípio proprietário, poder da empresa e do mercado, necessariamente revisto sob a ótica da funcionalização da propriedade. A ambigüidade⁵⁹⁴ fica por conta da aparente incompatibilidade entre os citados fluxos de interesses, originalmente inseridos num contexto de mercado individual que reclama, na atualidade, uma vocação menos egoística.

Essa segunda consideração (“ambigüidade”), apresenta-se na medida em que a empresa e o mercado não são enfocados numa ótica também funcionalizada, e em contexto instrumental de conexão, entre eles o próprio contrato. Todos, na realidade, fazem parte de um projeto constitucional, sendo inconcebível abordar o assunto da funcionalização da propriedade sem se indagar dos propósitos da empresa e do mercado, na planificação econômica e social imposta pela Constituição. Na atual visão da Carta de 1988, as riquezas individuais e a respectiva circulação encontram-se funcionalizadas como um todo, submetidas ao princípio solidarístico das relações jurídicas.⁵⁹⁵ No dizer de uma doutrina mais arejada (M.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁵⁹⁵ BARECELLONA, P. *Op. cit.*, p. 293. O autor ferreamente se opõe a idéia sustentada no corpo do trabalho ao definir que “*Ecco perché una funzionalizzazione dell’impresa e del mercato è logicamente impensabile. Il mercato può essere corretto, sospeso, razionalizzato, ma una sua totale funzionalizzazione è impensabile che avvenga senza la sua negazione*”.

COSTANTINO), até mesmo um “*cono gelato*” tem a sua função social no contexto econômico contemporâneo.⁵⁹⁶

Penso, fiel na escolha da metodologia e dos paradigmas adotados, destacar-se, dentre os demais fundamentos indicados pela doutrina referida, o da solidariedade nas relações jurídicas, como sendo o grande projeto e razão de ser, que justifica a atribuição do *status* contratante e propriedade a um determina sujeito. Esta parece a opção mais razoável, até porque boa-fé, princípio geral e instituidor da equidade e da confiança, são, todos eles, corolários do grande cânone de solidariedade instituído pelo artigo 3º, inc. III, da CR.

Cabe uma consideração mais vertical sobre a matéria, tendo em vista que concebo de duplo efeito a função social, para o contrato, sendo bifronte, portanto, sempre em vista de seu cunho solidarístico, sempre em vista dos sujeitos interessados nos efeitos produzidos.

No atual estágio de compreensão da doutrina nacional acerca da função social do contrato, evidenciada a completa indefinição sobre o tema, apresenta-se oportuna uma sugestão. No meu pensar, divide-se a função social em intrínseca e extrínseca.

A primeira -- intrínseca -- é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no artigo 1.165 do *Code* (“*as convenções não produzem efeito*”).

⁵⁹⁶ In: TEPEDINO, G. Temas ..., p. 283.

que não entre as partes contratantes ...”),⁵⁹⁷ corolário lógico do princípio da liberdade contratual.

Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.

Coletividade, igualdade material, equidade e boa-fé objetiva são todas ferramentas legais disponíveis ao intérprete que atendem à inviolabilidade dos direitos fundamentais do homem e à inderrogabilidade dos deveres de solidariedade econômica, em contexto social insuperável imposto à empresa, propriedade e ao contrato, que têm relevante função social, concretizadora dos valores da pessoa humana.⁵⁹⁸ Fora de tal contexto, apresenta-se inválida a relação jurídica travada, enquanto nulidade virtual, figura jurídica mais adiante apreciada.

Entretanto, independentemente do paradigma eleito (coletividade, igualdade material e, sobretudo, solidariedade social), não escapa à análise que todas as opções são abstratas e hipotéticas, nas quais uma dada realidade fática deve encerrar um dever ser jurídico. Fora da construção hipotética do instituto (contrato) funcionalizado, não há encaixe perfeito do fato à norma, apresentando-se uma figura patológica que mais adiante será examinada.

A análise dialética da função social impõe um caminho menos abstrato, sob pena de se confundir fim com função. Uma leitura filosófica sobre eles conduz a dois

⁵⁹⁷ Tradução livre de “*les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractants ...*”.

⁵⁹⁸ PERLINGIERI, P. Rassegna diritto civile. Mercato, solidarietà e diritti umani, p. 103.

planos realmente diversos, “[...] *entre fim e função de uma determinada estrutura, entende-se o primeiro como destinação a uma tarefa abstratamente fixada e imóvel, a outra como o histórico e concreto movimento diante da situação sempre renovada e diversa*”.⁵⁹⁹ Esse último sentido é que freqüentemente se atribui ao uso jurídico da função, sendo que ela não se restringe ao rígido e idêntico conceito, mas sim a uma mutável função na relação dialética,⁶⁰⁰ partindo daí a dificuldade de captá-la e, aprioristicamente, defini-la. É notório o desejo de RODOTÀ em manter o debate da função social nos limites da estrutura do Direito, redefinindo, porém, os elementos que a compõem.

As considerações de RODOTÀ são muito relevantes, pois o entendimento da função social do contrato, numa perspectiva dialética que parte do concreto para o jurídico, acaba por não deixar escapar deste momento significativo do Direito contratual, até para a formulação de um conceito atual, fatos não captados previamente pelo legislador. Sua previsão constitucional acaba por desenhar, em verdade, uma cláusula geral cuja prática jurisprudencial vai tratar de delimitar perfis e atribuições. A solidariedade constitucional, nesta ótica, é somente um método de abordagem e verificação dos fatos, mas não um conceito de função social.

Tal embalo dialético concreto, que vem a construir um instituto jurídico autônomo, não é novidade para a civilística. Os deveres laterais, também conhecidos como deveres de proteção, de conduta ou correlatos,⁶⁰¹ são justamente

⁵⁹⁹ RODOTÀ, S. *Op. cit.*, p. 221. Tradução livre de “... *tra fine e funzione di una determinata struttura, intendendosi il primo come destinazione ad un compito astrattamente fissato ed immutabile, l'altra come lo storico e concreto atteggiarsi di fronte a situazione sempre rinnovate e diverse*”.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁶⁰¹ A última expressão é de Carlos Alberto BITTAR, ao tratar do sinalagma da compra e venda,

aqueles que não possuem um desenho legal pré-descrito, nem chegam a constituir uma prestação específica aos contratantes, mas antes, objetivam criar um ambiente de tutela à pessoa do contratante e aos seus bens jurídicos (materiais e imateriais), contra os riscos inerentes ao cumprimento da obrigação principal e das acessórias.

Apesar da ausência de definição de uma obrigação específica,⁶⁰² certa conduta lesiva à proteção geral do contratante pode levar à quebra do contrato, por meio de sua violação positiva. Deveres laterais e violação positiva do contrato são figuras indispensáveis na atual contratualística,⁶⁰³ uma vez que a partir delas se revela a complexidade contratual, demandando do intérprete grande sensibilidade e conhecimento do sistema. Nelas, creio, reside promissor marco, a partir do qual o contrato, mesmo voluntariamente executado, não chega a cumprir a sua função social, quando, por exemplo, atenta contra a dignidade do contratante.

Vale a incursão ao pensamento de PERLINGIERI, pois, ao tratar da autonomia privada do proprietário, sempre com base na Constituição italiana (art. 41, § 3º), sustenta que os atos negociais do proprietário não estão limitados somente

afirmando que “Pode, assim, configurar o rompimento contratual a não observância dos fatores em tela, dentro da integração entre deveres principais e correlatos, que a moderna teoria contratual sustenta e a jurisprudência vem sancionando em concreto, gerando o direito à reparação de danos” (grifei) (In: Contratos civis, p. 17).

⁶⁰² Antônio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, bem define o assunto: “*Concluída a aproximação formal entre os deveres acessórios e a violação positiva do contrato, há que perguntar pelo sentido material implicado nessas figuras. Na lógica comum, essa substancialidade adviria da chamada concretização da boa fé, implicada, como se viu, na gênese dos deveres acessórios. Não foi isso o que sucedeu. A substância dos institutos em jogo não proveio das congeminções abstractas, tecidas em torno da estrutura do vínculo obrigacional, as quais nada ganharam, aliás, em precisão, ao ser conectadas com a boa fé, mas antes da aproximação entre a violação positiva do contrato, ditadas pelas necessidades práticas e de natureza periférica, e as representações centrais articuladas na complexidade intra-obrigacional. Há, por isso, que partir de concretizações prévias e, daí, ponderar o sentido da boa fé.*” (In: Da boa fé no direito civil, p. 603).

⁶⁰³ Ao versar sobre a violação positiva do contrato, MENEZES CORDEIRO afirma ser ela “... *peça chave do Direito das obrigações actual*” (In: Da boa fé no direito civil, p. 595).

aos fins anti-sociais ou não-sociais, mas precisam concretizar o projeto constitucional em que estão inseridos, para que tenham reconhecimento jurídico, e tais projetos nem sempre se relacionam ao outro contratante.

Os atos da empresa titular de propriedade, por exemplo, não podem ser exercidos no sentido de causar danos ao homem, à saúde da comunidade, ao meio ambiente, conforme sistemática constitucional adotada de tutela destes valores. Ao contrário, a autonomia privada do proprietário deve se guiar pela benesse social, pela liberdade e dignidade do homem.⁶⁰⁴ A autonomia privada chama a atenção, nas palavras de PERLINGIERI, quando imbricada com a funcionalização da propriedade, pois, conforme adverte, a “livre iniciativa econômica, mesmo sendo uma noção autônoma em respeito àquela de propriedade, deve ser estudada também no âmbito desta”.⁶⁰⁵

O pensamento sistemático predomina em todos os lances do envolvimento interprivado: liberdade contratual e propriedade não podem ser apreciadas sob distintas perspectivas, até porque a titularidade jurídica é alcançada pelo trânsito dos interesses, do que se reforça a idéia da ampla funcionalização social dos institutos que compõem o Direito Privado.

8.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

Passagem virtuosa do Projeto está em atribuir uma função social ao contrato,

⁶⁰⁴ PERLINGIERI, P. *Perfis* ..., p. 228.

⁶⁰⁵ *Ibidem*. p. 220.

conforme textualmente prevê o seu artigo 421.⁶⁰⁶ Na verdade, o Projeto não funcionaliza o contrato, mas a liberdade contratual, pondo em nível de condicionante (note-se não se tratar de condição s.s.) o exercício da liberdade de contratar (princípio geral para os contratos) ao que o Projeto denomina de razão e limites da função social. Cláusula geral que é, caberá ao intérprete apontar o sentido e a função do princípio máximo do contrato moderno, que é o da liberdade contratual.

A percepção da tutela do interesse social pelo contrato interprivado parece ter sido a força motriz que inspirou os redatores do Projeto de Código Civil, na parte referente às Obrigações, o que foi mantido nas suas seguidas alterações legislativas. Função social do contrato, para o Projeto, se dá em nível de socialidade do Direito, em idêntico sentido ao que se passa na propriedade.⁶⁰⁷

Sem querer antecipar o assunto, apresenta-se interessante indagar, desde já, por conta da forma como vem posta a matéria no Projeto, da sanção pela atuação contratual que desbordar dos limites da função social. Reformulando, o que acontece ao contrato (leia-se liberdade contratual) que não cumpre a sua função social?

Para a propriedade, a matéria já está pacificada, resumindo-se o quadro sacionatório à tributação diferenciada (progressividade) para a propriedade urbana sem utilidade social e abalo à titularidade da rural. Saliente-se que a expropriação, conforme formula PERLINGIERI,⁶⁰⁸ é para uma situação patológica do uso

⁶⁰⁶ Art. 421. "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

⁶⁰⁷ REALE, Miguel. O projeto do novo código civil, p. 70.

⁶⁰⁸ PERLINGIERI, P. Perfis ..., p. 227.

proprietário, a qual denomina de “*ablazione*”⁶⁰⁹ sancionatória, pois, conforme já visto nas lições de BOBBIO, “o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda”. Não se trata de um espírito de “ódio” à propriedade, complementa o autor, mas a “razão” pela qual a propriedade foi atribuída a um sujeito,⁶¹⁰ sendo esta a efetivação daquele programa constitucional que vem a vincular não só o titular, mas ainda o legislador e o intérprete.

E para o contrato, seria oportuno e correto mencionar uma “*ablazione*”, assim como para a propriedade, inserindo sua versão patológica num dos já consagrados segmentos da teoria da invalidade do negócio jurídico ou seria necessário um reenquadramento do tema? É questão a ser mais adiante investigada.

Retornando ao Projeto, para além da mera referência legislativa, cabe salientar a sua utilidade para a estabilizar a concepção da funcionalização do contrato em nosso sistema, ou seja, se a sua vigência será imprescindível para que se reconheça a função social do contrato.

O questionamento é importante, até mesmo em razão do culto brasileiro ao positivismo e de quem insiste em afirmar a inaplicabilidade constitucional direta às relações interprivadas.

Assim, como demonstração da importância dessas considerações, destaca-se o apego demonstrado pelo STJ, grande tribunal das lides interprivada, ao aspecto

⁶⁰⁹ Do latim, substantivo feminino, *ablazione*, que significa, na linguagem vulgar, “Ato de tirar por força; ação de arrancar, arrebatado, cortar” (In: MICHAELIS: ..., p. 13.)

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 226.

temporal das leis infraconstitucionais, negando eficácia àqueles novos princípios gerais do direito contratual, em defesa do consumidor, quando, por exemplo, pacificamente decidia pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais imobiliárias (compromisso de compra e venda imobiliária), sustentando a validade de cláusula contratual que impunha ao promitente comprador a perda integral, ou percentual significativo, dos valores pagos, no caso de desistência do negócio.⁶¹¹ ⁶¹² Assim decidia o STJ no ínterim entre a CR e o início de vigência do CDC, como se a Constituição, desde outubro de 1988, já não fornecesse subsídios suficientes à defesa do consumidor, pois o CDC é mera ordinarização da tutela constitucional ao consumidor (art. 170, inc. V, da Carta).

Ora, os valores constitucionais e os princípios gerais daqueles derivados são intertemporais, não precisando de regulamentação infraconstitucionais para serem aplicados pelo juiz. Equivocadamente, na passagem jurisprudencial antes relatada, quem recebeu os favores do Judiciário foi o promitente vendedor, não obstante a tutela constitucional se dirigir ao promitente comprador.

⁶¹¹ **STJ** - RESP 36455/SP ; Recurso Especial - (1993/0018193-9) - data: 25/10/1993 - p. 2490 - Relator Min. Eduardo Ribeiro (1015) - Data da Decisão 27/09/1993 - Terceira Turma. Ementa: "compromisso de compra e venda - cláusula penal - perda das importâncias pagas - inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contrato que lhe é anterior. Inacumulatividade, em princípio, das perdas e danos com a perda das importâncias, posto que a cláusula que isso estabelece tem natureza compensatória".

⁶¹² **STJ** - RESP 52395/RS ; Recurso Especial (1994/0024339-1) - data: 06/11/1995 - p. 37567 Relator(a) Min. Waldemar Zveiter (1085) - Data da Decisão 15/08/1995 - Terceira Turma. Ementa: "Direito Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel celebrado antes do advento da lei 8.078/90. Resolução. Pena convencional de perda das quantias pagas pelos promissários compradores. Validade da estipulação. Possibilidade de redução proporcional (art. 924, CC). Mera faculdade. Precedentes do STJ. I - em se tratando de compromisso de compra e venda firmado em data anterior a vigência do Código de Defesa do Consumidor, e de ser havida como válida a previsão contratual de perda das quantias pagas pelo promissário adquirente, instituída a título de cláusula penal compensatória, para o caso de resolução a que haja dado causa. II - estipulada a pena convencional, pode o juiz, autorizado pelo disposto no art. 924, CC, reduzi-la a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento sem causa que de sua imposição integral adviria a promitente vendedora. Trata-se, no entanto, de norma que encerra mera faculdade conferida ao juiz. III - recurso conhecido e, parcialmente, provido".

A digressão jurisprudencial realizada presta-se à afirmação de que, apesar de inexistir lei ordinária vigente que regulamente função social do contrato, este já se apresenta funcionalizado, por força constitucional, desde outubro de 1988. É, portanto, desnecessário o Projeto para dizer da funcionalização do contrato ou da liberdade contratual.

Há quem entenda, conforme Fernando NORONHA,⁶¹³ que o contrato sempre teve uma função social, mesmo nos períodos mais liberais; todavia, a sua função estava circunscrita à livre atuação das partes. Discordo, assim, da amplitude que se atribui à liberdade contratual, no paralelo traçado pelo doutrinador, diante da funcionalização do instituto contratual, pois, verdadeiramente, a função do contrato, antes da Carta de 1988, ao menos, era econômica e não social.

Conforme visto anteriormente, a funcionalização dos institutos jurídicos somente surge no cenário jurídico com o Estado Democrático Social e, mais particularmente, com a Constituição de Weimar, resumo político do final do primeira década deste século. O que realiza Fernando NORONHA, em verdade, é sobrepor a função social do contrato à idéia de justiça contratual. A justiça contratual do liberalismo estava realmente assentada na idéia de plena liberdade do contratante (*Qui dit contractuel, dit juste*⁶¹⁴), sendo justo todo contrato livre. Alterar o sentido da justiça contratual contemporânea que, inequivocamente, não mais encontra coincidência com a liberdade contratual, não significa reconhecer a sempre e suposta ocorrência da função social do contrato. A funcionalização do contrato,

⁶¹³ *In: Op. cit.*, p. 85.

⁶¹⁴ FOUILLÉE (1838-1912).

penso, seja um fenômeno que nasce no Brasil, juntamente com a Carta de 1988, primeira a enaltecer a dignidade do homem como princípio fundamental da República.

Justamente no contexto constitucional é que se localiza a funcionalização do contrato, ao limitar a Carta, no seu artigo 170, *caput*, a livre iniciativa à justiça social. Nada mais é necessário ao intérprete da lei que empresta plena eficácia à Constituição, nas palavras de Miguel REALE “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”.⁶¹⁵ Dois detalhes não escapam de um comentário: o autor mencionado é um dos mais notáveis defensores do Projeto e a Constituição referida no texto é a de 1967.

Portanto, é notório mostrar-se dispensável o Projeto, para que o contrato seja sempre interpretado de modo socialmente funcionalizado, não só em alguns segmentos contratuais privados, mais ainda, naqueles que tratam da produção e do consumo, por meio do sistema solidarístico introduzido pela Carta de 1988.

8.3 CONSEQÜÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Enfocadas algumas considerações que explicam e impõem ser funcional o contrato, mostra-se necessário, para não dizer indispensável, em face do toque inovador de uma tese, investigar o contrato, não somente na sua normalidade civil-

⁶¹⁵ O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais, p. 32 (In: NORONHA, F. *Op. cit.*, p. 83)

constitucional, mas, sobretudo, na sua versão patológica, até porque a interpretação judicial que se realiza do contrato em regra ocorre quando este deixa de cumprir o seu papel regular, ou seja, quando a prestação ao ser executada deixa de seguir o roteiro esperado pelos contratantes, ingressando nos planos da ineficácia (sentido amplo) ou do inadimplemento (sentido amplo).

Interessa, pois, analisar as conseqüências, ou inconstitucionalidades, eficaciais do contrato que não cumpre a sua função social, sendo de alta relevância o tema, pois caberá ao magistrado, uma vez identificada a patologia agressora da ordem constitucional, determinar o seu alcance, não obstante a falta de previsão legal para tanto. E o que, justamente, instiga mais ao debate é a ausência de previsão legal quanto ao desrespeito dos operadores à regra da função social do contrato, conforme desenho constitucional anteriormente visto. O Projeto, apesar da específica tratativa que confere ao tema, não descreve a conclusão hermenêutica do problema, somente “recomendando” que a liberdade contratual cumpra a sua função social, cabendo, destarte, à doutrina suscitá-lo.

8.3.1 A nulidade virtual do contrato

O fenômeno da produção jurídica, criada pela doutrina enquanto “legiferente” de algum instituto jurídico relacionado à teoria das nulidades não é algo que se possa chamar de original. De todos conhecida, é a teoria da inexistência do ato jurídico, desenvolvida na exata seara da lacuna do Direito.

É importante lembrar, mesmo que sumariamente, da inexistência do ato

jurídico, vez que a necessidade de sua construção nasceu de circunstância paralela à função social do contrato.

A teoria da inexistência surge com Zachariae, que primeiro a relaciona ao matrimônio⁶¹⁶ e após, de modo mais geral, ainda em França, com Aubry–Rau, ao distingui-la da nulidade, no âmbito maior da ineficácia dos atos jurídicos.⁶¹⁷ Sobre ela, ao caracterizá-la, variam os autores acerca dos elementos componentes de seu enquadramento distintivo da teoria da invalidades (nulidade e anulabilidade). Afirma CIFUENTES, com base nas opiniões inaugurais dos autores franceses referidos, que “[...] *el acto era inexistente – non avenu – cuando no reunía los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto, en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia, como en la convención sin el consentimiento o la venta sin la cosa vendida o sin el precio*”.⁶¹⁸ Ainda dela se afirma ocorrer, ao não se notar o “*corpus*” do negócio jurídico, ou seja, “a materialidade correspondente à noção de tal negócio”⁶¹⁹ o que, à noção de contrato, muito se afina, se adotada a opinião de BIANCA,⁶²⁰ ao relacionar sua inexistência à valoração social de um ato correspondente à de um contrato, hábil a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica. Ou seja, trata-se de um fato que não reúne os elementos mínimos componentes do negócio contratual, dentre os quais destaca,

⁶¹⁶ Clássico exemplo de “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, cuja pena de invalidade não estava prevista no Código Civil francês.

⁶¹⁷ CIFUENTES, Santos. Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades, 1994, p. 580.

⁶¹⁸ *Ibidem*, loc. cit..

⁶¹⁹ MOTA PINTO, C.A. *Op. cit.*, p. 608.

⁶²⁰ BIANCA, Massimo C. Diritto civile: il contratto, p. 580.

Francisco AMARAL, a manifestação de vontade, o objeto negocial e a sua forma.⁶²¹

Somente o negócio existente pode ser declarado inválido.⁶²² Partindo desta conclusão, entende-se a proximidade entre a inexistência e a invalidade, pois, independentemente do grau da patologia do negócio, ele será ineficaz. A inexistência recorre ao do regime da nulidade do negócios jurídicos, plano de ineficácia estabilizado pela lei e pela doutrina, o que leva parte dela (doutrina) a entender o debate de cunho meramente acadêmico.^{623 624}

De inexistência, via de regra, não falam os ordenamentos jurídicos,⁶²⁵ aos moldes do nosso próprio Código Civil, tomando a nulidade como a consequência mais grave do âmbito cível, conforme genericamente estatui o artigo 82⁶²⁶ e de forma pontual o artigo 145. Isso não impede seja ela reconhecida, pois, segundo SANTORO-PASSARELLI, não se exige da lei a descrição da ineficácia do ato para que seja ela apreciada e declarada.⁶²⁷

O contrato que não cumpre a sua função social, em um primeiro momento,

⁶²¹ *In: Direito civil: introdução*, p. 501.

⁶²² Neste sentido, Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, p. 409 e Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 242.

⁶²³ Nesse sentido Francisco AMARAL. *Op. cit.*, p. 503. Santos CIFUENTES apresenta extensa lista de civilistas argentinos que discordam da relevância prática da teoria da inexistência (*In: Op. cit.*, p. 581), apesar de com eles não se alinhar, exemplificando com casos de alienação por pessoa ilegítima, ausência de sincronia volitiva entre contratantes e falta de forma especial para alguns atos, como aqueles a que estão incumbidos funcionários especiais, como o juiz de paz em relação ao casamento ou a adoção realizada por meio diverso do estatuído.

⁶²⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 470.

⁶²⁵ O tema foi positivamente estabilizado pelo Código Civil português, nos seus arts. 1.628° e 1.630°, ambos, conforme a lição histórica suscitada, relacionados à inexistência jurídica do casamento.

⁶²⁶ **CC.** Art. 82. "A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei".

⁶²⁷ *In: Dottrine generali del diritto civile*, p. 242.

como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social, gera efeitos jurídicos (atributivos, circulatorios e existenciais), de modo a ter suplantado o estrato da inexistência. Todavia, os efeitos que proporciona acabam sendo nocivos aos operadores contratuais, ou, ao menos, a uma das partes contratantes ou, ainda, à coletividade, esquadrihado-se no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade).

A priori não se deve afirmar que todo contrato distante de sua função será exclusivamente inválido, podendo também e antes disso ser inexistente, dentro daquela concepção da falta de materialidade ou “*corpus*” do negócio antes abordada, o que torna desnecessário avançar sobre o tema da invalidade. Aliás, quando antes tratei diretamente da boa-fé, tive a oportunidade de asseverar que sua falta, na substância do contrato, implicaria a própria inexistência do negócio jurídico, uma vez que ela faz parte dos elementos de sua existência.

Em prisma mais amplo, entretanto, ante a expressiva agressão ao ordenamento constitucional que proporciona o exercício da autonomia privada desvinculada de uma funcionalização social, em consonância com o anteriormente visto, notadamente a violação ao interesse geral da sociedade, mostra-se imperioso concluir pela nulidade do negócio contratual.

Nulidade será a sanção mais adequada ao quadro em questão, pois, na lição de PERLINGIERI,⁶²⁸ o regime de nulidade parte de um prisma de intensidades sancionatórias variadas, sendo a nulidade a mais grave e, a anulabilidade, a menos grave. A nulidade se dirige à salvaguarda de valores superiores tutelando interesses

⁶²⁸ *In: Manuale di diritto civile*, p. 409.

gerais, ao passo que a anulabilidade se dirige à proteção dos interesses individuais das partes.⁶²⁹ Importante referir, ainda, que a natureza de sanção da nulidade,^{630 631} indiscutivelmente, posição mais aceita pela civilística contemporânea, não é exclusiva, havendo teorias variantes que negam este perfil sancionatório do Direito Civil, mas sem repercussão no Direito pátrio.⁶³²

O que justifica todo o esforço da doutrina nessa construção teórica é a concepção proporcionada pelo *Code de pas de nulités sans texte*,⁶³³ aceito como dogma indiscutido do sistema de nulidades.⁶³⁴ Nosso sistema positivo recepcionou tal dogma, concluindo-se como textual a nulidade no Brasil.⁶³⁵ Vale dizer, somente

⁶²⁹ No mesmo sentido, “O regime e os efeitos mais severos da nulidade encontram o seu fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante. As anulabilidades fundam-se na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses predominantemente particulares” (In: Carlos Alberto da MOTA PINTO. *Op. cit.*, p. 610).

⁶³⁰ AMARAL, Francisco, *Op. cit.*, p. 500 e 501, ao trabalhar com a categoria mais ampla da invalidade, afirma que “A invalidade é, assim, a sanção que o direito estabelece para a prática do ato jurídico a que falte qualquer dos seus requisitos. [...] Os critérios fundamentais para o intérprete em tal matéria são hoje: a) a consideração da nulidade como sanção e b) ...”.

⁶³¹ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, p. 573, ao relacionar as teorias que investigam a natureza jurídica da nulidade, afirma “La primera, que es mayoritaria, considera que tiene naturaleza de sanción legal, con lo cual pierde el acto los propios efectos. En tal sentido, la há definido Borda como “la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración”.

⁶³² Uma primeira corrente minoritária sustenta que a invalidade do negócio não é mais do que um “remédio jurídico”, aplicável através de um processo técnico legal, para salvar das imperfeições o ato jurídico ou fazê-lo operar em medida mais limitada, protegendo o seu interesse. Uma segunda corrente critica o sistema sancionatório pois deposita nas mãos do juiz o poder de decidir se a invalidade será de nulidade ou anulabilidade, violando o fechado sistema legal (In: Santos CIFUENTES. *Op. cit.*, p. 574-576).

⁶³³ Na tradução livre: “não há nulidade sem previsão”.

⁶³⁴ MOTA PINTO, C.A. *Op. cit.*, p. 608.

⁶³⁵ Em idêntico sentido o sistema argentino, conforme previsão do artigo 1.137 do Código Civil, mencionado por CIFUENTES, ao definir as características da nulidade: “Al estudiar la definición que son tres las notas que caracterizan a esta sanción objetiva: 1) debe provenir de la ley (art. 1.037), lo cual la distingue de otras causas de extinción anormal de la relación jurídica, como la rescisión y la revocación, que no dependen de! mandato imperativo de la ley sino de la voluntad de las partes; ...” (In: *Op. cit.*, p. 574).

será nulo aquilo que expressamente estiver previsto em lei.

Ora, na hipótese a ser investigada, em sendo tomado o dogma da nulidade textual de modo absoluto, não haveria sancionamento legal de nulidade, pois os textos positivos em exame (Constituição, Código Civil e Projeto) nada falam a respeito.

Surge, assim, a necessidade de se buscar no seio da doutrina mais especializada, uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua função social. A resposta que se afigura mais adequada é o reconhecimento da nulidade virtual, como uma hipótese aceitável no contexto da teoria da nulidades.

A doutrina brasileira, consultada sobre a teoria da nulidade, pouco se refere ao tema da nulidade virtual, contextualizando-a mediante critérios nada específicos do sistema positivo.⁶³⁶ Isso, naturalmente, em razão do dogmatismo da nulidade textual, caprichosamente prevista no artigo 145, inc. V, do CC,⁶³⁷ na qual negócio nulo é aquele praticado com infração de preceito legal de ordem pública ou de norma imperativa.⁶³⁸

Orlando GOMES, ao contrapor a nulidade virtual com a textual, deduzindo ser ela implícita, decorrente da função da norma jurídica e não de texto sancionatório expresso, reconhece a dificuldade de sua determinação, na falta de texto legal ou

⁶³⁶ Caio Mario da Silva PEREIRA, ao contrapor a nulidade textual à virtual, relacionando-a a certos requisitos fixados pela lei para sua validade, conclui que uma vez ofendida será então *implícita* ou *virtual* (In: Instituições de direito civil, p. 405).

⁶³⁷ CC. “Art. 145. É nulo o ato jurídico:
V - quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito;”

⁶³⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 473.

critério geral que a sustente.⁶³⁹ Conclui o autor, sem maiores justificativas, que no Direito de Família, a nulidade será sempre textual, podendo se verificar a nulidade virtual nos demais segmentos do Direito Civil.⁶⁴⁰

Da mesma forma, Francisco AMARAL conclui ser a nulidade virtual tácita, pois que não expressa, dedutível das normas ou dos princípios jurídicos. Para o Direito de Família, explica o autor, ela sempre decorrerá do texto legal, especialmente para o casamento, conforme consagra o princípio francês “*en matière de mariage, il n’y a pas de nullité sans texte*”,⁶⁴¹ ao passo que, nos demais negócios jurídicos, fundados na autonomia de vontade, relacionados ao patrimônio, como no contrato, são informados pelo comando geral do artigo 145 do Código Civil.⁶⁴²

Neste momento, mostra-se indispensável o socorro da investigação comparada, notadamente do sistema italiano, que foi melhor anotado a partir da interpretação do artigo 1418 do Código Civil italiano vigente. Dispõe o *caput* do versado artigo: “*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*”.⁶⁴³ A regra encontra semelhante comando no § 134 do BGB, para o qual “*Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la ley*”.⁶⁴⁴

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 473.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 473.

⁶⁴¹ Na tradução livre: “*em matéria de casamento, não há nulidade sem texto*”.

⁶⁴² *In: Op. cit.*, p. 507.

⁶⁴³ Na tradução livre: “*O contrato é nulo quando é contrário a norma imperativa, salve que a lei disponha diversamente*”.

⁶⁴⁴ Na tradução livre: “*um negócio jurídico que vá contra uma proibição legal é nulo, se outra coisa não se deduz da lei*”. Tradução para o espanhol de Carlos Melon INFANTE, da obra de Ludwig ENECCERUS, Theodor KIPP e Martín WOLF, Tratado de derecho civil, no seu apêndice Código civil alemán (BGB), p. 134.

A primeira interpretação que se destaca de ambos os dispositivos é a de que há nulidade, se outra não for a sanção prevista pela lei (segundo período)

[...], "salvo che la legge disponga diversamente") em algum segmento mais particular, como a da anulabilidade ou ainda, enquanto regra consagrada pelo Código Civil italiano, a da conversão do contrato nos termos do seu artigo 1.424, que dispõe "il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità."⁶⁴⁵

O assunto, que desborda dos limites do tema sob investigação, é de grande atualidade na civilística contemporânea, em homenagem à estabilidade das relações jurídicas, e não priva o contrato nulo de efeitos jurídicos, mas somente daqueles pretendidos pelos contratantes,⁶⁴⁶ e se aplicada a regra, em conjunto com o artigo 1.367,⁶⁴⁷ do mesmo código, apresenta-se instituidora da conservação do contrato.

Em Itália, Rodolfo SACCO chegou mesmo a cogitar que os inciso 2º e 3º do artigo 1.418⁶⁴⁸ ⁶⁴⁹ radicariam a regra da nulidade textual, em abandono à nulidade virtual, uma vez redigindo elenco de nulidades de causas típicas, reenviando-as, por complementação ao elenco do sistema de nulidade, a outros casos estabelecidos pela lei, conforme explica Aquila VILLELA, em obra coletiva coordenada por

⁶⁴⁵ Na tradução livre: "o contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, daquele que contenha os requisitos de substância e de forma, supondo que, em consideração ao escopo perseguido pelas partes, deva conservar que o teriam desejado se tivessem conhecido a nulidade".

⁶⁴⁶ Sobre o assunto SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. Il contratto, 2 tomo, p. 505.

⁶⁴⁷ CC italiano. Art. 1.367. "Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno".

⁶⁴⁸ CC italiano. Art. 1.418. 2º. "Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicativo dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346".

⁶⁴⁹ CC italiano. Art. 1.418. 3º. "Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge".

Lanfranco FERRONI.⁶⁵⁰ Outra variante doutrinária que se abre para o texto da lei, segundo DE NOVA,⁶⁵¹ é que não haverá nulidade se assim expressamente não dispor a regra, ou de forma particular, indicar outra conseqüência, o que também é justificado por FERRI e ANGELICI, em face da compreensão da nulidade somente típica do contrato.⁶⁵²

A interpretação por meio da nulidade virtual, com especial enfoque ao contrato, no sistema italiano, partindo do artigo de lei enfocado (*caput*, no seu primeiro período, 1.418), encontra sua *ratio* genérica na contrariedade à norma imperativa, cuja sanção ou exclusão desta não sejam explícitas,⁶⁵³ operando-se em integração a aplicação da nulidade.⁶⁵⁴ O critério mais específico, por sua vez, se fixa, primeiramente, no escopo perseguido pela regra e, particularmente, à natureza da tutela que objetiva garantir, isto é, se constituída por motivo de ordem pública ou de interesse público, ou se de mera tutela de interesse privado.⁶⁵⁵ Os critérios são de construção jurisprudencial, destacando-se um último da Suprema Corte italiana, baseado numa perspectiva indireta, para apreciar a real natureza do interesse envolvido, pela qual será público, quando se tratar de um comando ou de uma vedação qualificável como absoluta, “[...] *in quanto posto a tutela di un interesse*

⁶⁵⁰ In: Le nullità negoziali: di diritto comune, speciali e virtuali, p. 616

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 617.

⁶⁵² In: Studi sull'autonomia dei privati, p. 120, 1997.

⁶⁵³ GAZZONI, Manuale di diritto privato, p. 924.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 617.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 620.

generale e tale da osservarsi inderogabilmente da tutti”.⁶⁵⁶ ⁶⁵⁷ ⁶⁵⁸ O critério é sobretudo relevante para o Direito Contratual, em razão de que ele não se vincula a um ramo específico (Público ou Privado), o que poderia gerar a pouca utilidade da nulidade virtual, diante da aparente exclusividade ou, mesmo, da prevalência de interesses individuais no Direito Privado. Ao contrário, não se identifica o interesse envolvido com o ramo jurídico em que se enquadra o contrato sob interpretação, pois não raro uma norma de ordem pública é regulamentadora de interesses delicadamente privados,⁶⁵⁹ tornando-se no contexto da normativa ordinária, constitucional e, no futuro próximo, comunitária, cada vez mais artificial a *suma* divisão entre o Público e o Privado.

A experiência italiana sobre a nulidade virtual ainda conduz à tutela do contratante mais fraco, podendo ser ela transportada diretamente para o nosso sistema jurídico, *v.g.*, no que se refere à hipótese de cláusulas contratuais nulas,

⁶⁵⁶ Na tradução livre: “... enquanto posto a tutela de um interesse geral e tal a observar-se inderogavelmente a todos” (In: *Ibidem*, p. 622).

⁶⁵⁷ Transcreve Aquila VILELLA o acórdão precedente do critério da inderogabilidade geral referente à sublocação de fundo imobiliário rústico: “Quando il negozio giuridico è contrario all’ordine pubblico, contrario cioè ai principi fondamentali e di interesse generale, essenziali all’ordinamento giuridico dello Stato e tali da osservarsi inderogabilmente da tutti, la mancanza di una espressa sanzione non è rilevante ai fini della nullità dell’atto negoziale in conflitto col divieto, in quanto vi sopperisce la norma di cui all’art. 1418 c.c. che rappresenta un principio generale rivolto a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti non si accompagna una previsione di nullità (Cass. 11 ottobre 1979, n. 5311, FP, 1979, I, 363)” (In: *Op. cit.*, p. 622).

⁶⁵⁸ Para uma variação dos demais casos práticos na jurisprudência italiana *vide* Vincenzo ROPPO, *Instituzioni di diritto privato*, 1996, p. 534-535.

⁶⁵⁹ A título meramente exemplificativo, nos contratos limítrofes, desta, acredito, inexistente linha divisória entre o público e o privado, se evidenciam o contrato de consumo e logo o Código de Defesa do Consumidor, expressamente pelos arts. 1º. da Lei n. 8.078/90 e 170, inc. V, da CR; o contrato de locação imobiliário urbano, residencial ou não residencial, com a Lei de Locações (Lei n. 8.245/91), destacado do Código Civil justamente para que a ele pudesse se emprestar um perfil inderogável, apesar da tutela de interesses privados; o contrato de seguro, regido genericamente pelo Código Civil, pelos arts. 1.432 e seguintes, alcançou *status* constitucional, rompendo destarte com sua base exclusivamente individual, pois atualmente é um dos contratos que compõem o sistema financeiro nacional (art. 192, inc. II, CR).

prevista nos arts. 51, incisos, e seguintes do CDC, enquanto rol meramente exemplificativo, o que poderia parecer incorreto à luz da taxatividade.

Duas questões subsistem, já se encaminhando para a finalização deste capítulo.

A primeira, ao se revelar adequada uma adoção mais prática e efetiva da nulidade virtual, pois inexistente a previsão sancionatória, quando não cumprir o contrato, ou a autonomia de vontade nos termos do Projeto, sua função social. E assim se mostra oportuna a nulidade virtual, seja porque de ordem pública as regras pertinentes ao tema, tanto na esfera constitucional quanto na ordinária (*in casu* no Projeto - art. 420), seja porque inderrogáveis e absolutas, seja porque encerram uma tutela que supera o mero fato do contratante mais débil (técnico, fático ou jurídico), mas sobretudo em razão de sua função mais justa, intrínseca ou extrinsecamente.

O segundo aspecto, de cunho mais positivo, mostra que no âmbito do próprio Código Civil de 1916 localiza-se o fundamento da nulidade virtual, conforme prevê o seu artigo 145, inc. II,⁶⁶⁰ pois um contrato desprendido de sua função social sempre trará consigo um objeto ilícito, uma vez que contraria a ordem jurídica e a finalidade constitucional, de modo a eivá-lo de nulidade, mesmo que não prevista a sanção (inc. V, do mesmo art. 145).

⁶⁶⁰ CC. "Art. 145. É nulo o contrato
inc. II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;"

9 O ESCOPO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

9.1 REALIZAÇÃO DOS VALORES EXISTENCIAIS DO HOMEM

A questão ora suscitada leva em conta qual valor ou valores realmente se propõe a realizar o contrato contemporâneo à luz dos comandos constitucionais, a ele relacionados. Tal questionamento traz consigo a premissa, concorrente à função social do contrato, de que a relação contratual contemporânea não mais tem como única, ou mesmo, precípua, função a circulação de riquezas, convergindo para este momento da tese as matérias antes investigadas, quanto ao novo desenho da autonomia privada, da solidariedade contratual e da própria função social do contrato.

Não se pode olvidar que o contrato, instrumento que movimenta a economia de mercado, tenha efetivamente uma função econômica circulatória. As riquezas, privadas ou não, são movimentadas por relações jurídicas subjetivas de crédito, havendo por parte de seus titulares interesses econômicos não excluídos pelo ordenamento jurídico pátrio. O lucro, de modo geral, não é vedado em nosso sistema civil, sendo até regulamentado,⁶⁶¹ de forma limitada,⁶⁶² nas relações interprivadas, em que pese suscitar debates mais amplos sobre a eficácia da regra

⁶⁶¹ CC. "Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada será de 6% (seis por cento) ao ano."

⁶⁶² Decreto n^o 22.626, de 7 de abril de 1933, que dispõe sobre juros de contrato -- Lei da Usura --, modificado pelo Decreto-lei n^o 182, de 5 de janeiro de 1938.

constitucional que limita os juros praticados pelo mercado financeiro,⁶⁶³ cuja discussão judicial, por ora, tem sido vencida pelos operadores do mercado. O Supremo Tribunal Federal, Corte que tem como função primeira interpretar a Constituição brasileira, reiteradamente, vem decidindo pela não auto-aplicação do artigo 192, § 3º, da Constituição da República, demandado para a sua aplicação específica regulamentação por lei ordinária, não obstante a pressão contrária de alguns tribunais de segundo grau de jurisdição.⁶⁶⁴

Este trabalho, porém, vem abordando o contrato no seu atual momento de legalidade e legitimidade social, não escapando à análise a perspectiva de que seu fim meramente econômico frustra o desejo constitucional da livre iniciativa imbricada no projeto da justiça social (art. 170, *caput*, CR - “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*”). O texto é claro: só se atribui legalidade à livre iniciativa dos titulares da relação, desde de que voltada a assegurar a digna existência de todos (titulares diretos ou não na relação jurídica - planos intrínseco e extrínseco da função social do contrato) e, em conformidade com a justiça social.

Em outras palavras, vale afirmar que o presente trabalho, de modo muito

⁶⁶³ As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar (Art. 192, § 3º, CR).

⁶⁶⁴ EMENTA: Recurso extraordinário. Alegação de ofensa ao § 3º, do art. 192 da Constituição. O acórdão decidiu pela auto-aplicabilidade da norma maior aludida. O Plenário do STF, entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7/DF, a 7.3.1991, afirmou, por maioria de votos, não ser auto-executável o § 3º, do art. 192, da Lei Magna de 1988. Recurso extraordinário conhecido e provido, com ressalva do ponto de vista do Relator (STF - RE-209048/RS - Recurso Extraordinário - Relator Ministro Néri da Silveira - Publicação DJ data-24-09-99 PP-00043 EMENT VOL-01964-03 PP-00482 Julgamento 17/11/1997 - Segunda Turma).

particular, realça a justiça social conforme o exercício da livre iniciativa, à medida que seus operadores procedam em vista da dignidade de suas respectivas situações jurídicas.

Mostra-se evidente que se, implicitamente, a função econômica se insere no âmbito da livre iniciativa, esta surge legalizada, tão-somente, se cumprida a explícita função (social) de dignificação dos sujeitos contratantes. A função econômica do contrato, até mesmo, pode não se revelar na relação jurídica contratual, não sendo a patrimonialidade pressuposto de sua eficácia,⁶⁶⁵ como v.g., no casamento ou mesmo no pacto que antecede a união estável, cujos efeitos patrimoniais são impróprios; mas, por outro lado, a realização dos interesses existenciais dos sujeitos contratantes sempre deverá ocorrer.

Na leitura constitucional do Direito Civil, metodologia adotada desde o início do trabalho, reconhece-se a atual insuficiência do nosso sistema codificado, tomando-se como vértice de todo o ordenamento jurídico os valores fundamentais do homem,⁶⁶⁶ dentre os quais, a sua dignidade (contratual). Tal posição do homem, aqui sujeito/titular contratante, é decorrência lógica da posição hierárquica normativa ocupada pela Carta Constitucional.

⁶⁶⁵ A título de rápida comparação, diversamente do que se passa no sistema italiano, onde o conteúdo econômico da relação jurídica contratual chega a ser pressuposto do Contrato, não se verifica em nosso sistema jurídico regra semelhante. Dispõe o Código Civil italiano no seu artigo 1321, ao definir o contrato: *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale* (grifei). Conforme explica Renato SCONAGMIGLIO, aqui em sumária perspectiva da opinião do autor, tal distinção de patrimonialidade do objeto do contrato tem em vista uma sua distinção com as categorias obrigacionais mais amplas, como a do próprio negócio bilateral e, ainda, como os negócios não patrimoniais, atinentes ao campo da pessoa, família e sucessão (*In: Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Bianca*, livro 4, p. 16-19).

⁶⁶⁶ TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 26 e *passim*.

O deslocamento do foco de interpretação do contrato do Código Civil para um sistema Civil-Constitucional é que enquadra o homem no centro das atenções do ordenamento. A Constituição brasileira tem nele -- homem -- seu ator maior, revelando um efetivo direito "antropocêntrico", ao passo que o Código Civil trabalha com o homem "ecocêntrico".⁶⁶⁷ Não há necessário conflito entre as duas leituras, pois ambas trabalham com o mesmo titular de direitos e deveres. Todavia, à luz da Constituição, esse mesmo titular ou sujeito do Código Civil ganha uma descrição concreta, não meramente abstrata, na medida em que se importa a Constituição com os seus valores existenciais (*ser*).

Note-se que se está diante de um suposto paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que a constitucionalização do Direito Civil aniquila o individualismo inserido no Código Civil, coloca o homem no centro de suas atenções. Ocorre que resgatar o homem (antropocentrismo) não se identifica com a renovação daqueles valores egoísticos contidos no Código Civil, ou seja, não é o homem econômico que figura no vértice constitucional, em que pese ser este, também, tutelado pela Carta, todavia de forma casual,⁶⁶⁸ mas sim o homem existencial, recepcionada a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo.

Nossa atual Carta impõe ao Estado um compromisso Social e de Direito, assemelhado àquele do Estado de Weimar, por força de sua referida Constituição, ao dispor no seu artigo 152 que a liberdade de contratar poderia ser exercitada somente em conformidade com a lei, reforçado pelo comando do artigo 151, ao

⁶⁶⁷ AUTORINO, Gabriella e STANZIONE, Pasquale. Diritto civile e situazione esistenziali, p. 5

⁶⁶⁸ O homem econômico se revela, v.g., nas figuras do proprietário e do consumidor.

regular um ordenamento econômico fundado na livre iniciativa, “conforme aos princípios de justiça imediatos a garantir uma existência digna a todos”.⁶⁶⁹ Weimar é mera lembrança histórico-política cujos dispositivos legais supracitados não tiveram o êxito de se fazerem presentes na Lei Fundamental de Bonn. Essa última legislação Constitucional não versou sobre a liberdade contratual, em face da dignidade do homem, deferindo à lei ordinária e à jurisprudência alemãs do pós-guerra o papel de descrição e de acomodação de tais valores, aparentemente contrapostos no âmbito das relações interprivadas.

Segundo RAISER, a interpretação doutrinária e jurisprudencial que se faz do artigo 2º, 1º parágrafo, da GG, na falta de uma específica tutela da dignidade do homem, tem em perspectiva não somente a ideologia do passado (refere-se a Weimar), como ainda a experiência da sua atual geração acerca do significado contemporâneo de liberdade e dignidade humanas. Disso resulta claro que a tutela da liberdade, consagrada naquele citado artigo fundamental, não pode jamais ser considerada como absoluta, em senso liberal.⁶⁷⁰ A liberdade de ação ou contratual está sempre a serviço de um dos escopos perseguidos pela Lei Fundamental, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade.⁶⁷¹

PERLINGIERI, por sua vez, é bastante incisivo no balanço entre os interesses patrimonial e existencial do contrato, sustentando que “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; essa antes se configura sempre mais como uma

⁶⁶⁹ RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*, 1990, p. 60. Na tradução livre de “*principi di giustizia diretti a garantire un’esistenza dignitosa a tutti*”.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 63.

*relação de cooperação voltado à atuação de um interesse patrimonial do credor a realizar no pleno respeito do valor da dignidade da pessoa humana diretamente ou indiretamente protagonista do episódio atuativo”.*⁶⁷²

A análise comparada, além de reforçar a figura central do homem no contexto pós-moderno de contrato, presta-se a dizer que, mesmo num sistema constitucional não explícito de resguardo comparativo entre tais valores, ele pode ser efetivado. No Brasil, em que pese tal previsão constitucional expressa, notório haver uma resistência à qual não se pode crer seja ato de mera ingenuidade ou de ignorância, no sentido de não se atribuir dignidade ao sujeito contratante sem antes se pensar na causa ou função econômica do contrato.

A verticalização do sistema constitucional em segmentos relevantes da economia, como, por exemplo, o de consumo, levou o próprio constituinte a atribuir *status* constitucional a uma figura especial de contratante, qual seja, o consumidor (art. 170, inc. V), não se encontrando no ordenamento constitucional idêntica tutela aos demais titulares de relações jurídicas de crédito. Ocorre que a relação de consumo era um novo modelo contratual que se desabrochava por conta da inovação constitucional de 1988, não havendo qualquer necessidade de menção aos demais segmentos contratuais, pois que já se encontravam constitucionalmente estabilizados desde 1850 (Código Comercial) e 1916 (Código Civil).

O fato é que o próprio modelo da relação de consumo, não obstante o *status* constitucional, encontrou e encontra grande resistência de implantação, apesar de

⁶⁷² In: *Le obbligazioni tra le vecchi e nuovi dogmi*, 1990, p. 43. Na tradução livre de “L’obbligazione non s’identifica nel diritto o nei diritti del creditore; essa piuttosto si configura sempre più come un rapporto di cooperazione rivolto all’attuazione di un interesse patrimoniale del creditore da realizzare nel pieno rispetto del valore della dignità delle persone umane direttamente o indirettamente protagoniste della vicenda attuativa”.

sua vigência há mais de dez anos. Para as demais relações contratuais, classicamente definidas como privadas, a abordagem constitucional é praticamente nula, formando-se em nosso sistema jurídico o que TEPEDINO oportunamente denominou de “gueto legislativo”,⁶⁷³ ou seja, se de consumo a relação contratual, seria possível a sua flexibilização e o aproveitamento de todo arcabouço constitucional em favor do contratante consumidor. Todavia, se a relação não puder ser enquadrada na Lei de Consumo, a Constituição não teria qualquer importância prática de resguardo do titular contratante, mantendo-se a interpretação do contrato à luz dos clássicos princípios do Direito Privado (liberdade contratual -- na sua versão clássica-liberal --, intangibilidade e relatividade dos contratos). Tal leitura do contrato é subversiva à ordem constitucional, devendo ser, com tranqüilidade, reprochada, pois não reconhece no homem o centro axiológico da relação jurídica.

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

⁶⁷³ TEPEDINO, Gustavo. Temas ..., p. 215.

Sem pretender se debruçar pontualmente sobre a questão da limitação constitucional dos juros de mercado, serve ela de exemplo do que se entende seja uma impropriedade de julgamento do Supremo Tribunal Federal a solicitação ao Congresso Nacional para a regulamentação ordinária do dispositivo constitucional enfocado.⁶⁷⁴ Realmente, com base nos argumentos anteriormente apresentados, a normatização daquele dispositivo constitucional, se é que dele realmente se necessita, está na própria Carta (art. 1º inc. III), porquanto, a decisão sobre o montante de juros a ser praticado em qualquer contrato passa pela dignificação do titular passivo da relação de crédito, sendo que em nada dignifica a sua situação jurídica patrimonial ao contrair dívida impagável ou que o leve à ruína. Também a função social do contrato, na sua vertente intrínseca, mostra-se presente ao assunto, mais precisamente pela equidade contratual, na medida da preservação do equilíbrio das parcelas economicamente envolvidas.

Por fim, o homem está no centro das atenções constitucionais. Um contrato que não leve em conta tal aspecto fundamental de nosso ordenamento jurídico é inválido, mesmo que virtualmente nulo. Uma decisão judicial que o desconsidere não realiza os valores constitucionais da dignidade e da solidariedade, sendo, destarte, contrária à Carta.

⁶⁷⁴ EMENTA: *Mandado de Injunção. Taxa de juros reais. Pedido deferido, em parte, para comunicar, ao Congresso Nacional, a mora em que se encontra, de modo a que venha a ser regulamentado o disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal (MI-489/SP - Mandado de Injunção - Relator Ministro Octavio Gallotti - Publicação (n/p) - Julgamento Tribunal Pleno).*

9.2 DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO CONTRATO

Tem sido referido ao longo do texto uma revisita do Direito Civil a valores existenciais do homem, do que, certamente, não está excluído o homem-contratante.

Como já visto anteriormente, a patrimonialidade da relação contratual na Itália decorre de imposição legal, não havendo idêntico comando de lei no sistema contratual brasileiro.

Parece, no entanto, deveras complexo se conceber um contrato destituído de eficácia patrimonial qualquer, mesmo que a obrigação principal envolvida seja daquelas ditas não onerosas, como a doação sem encargo, a qual não obstante a ausência da transferência econômica recíproca, acarreta evidente diminuição patrimonial ao doador. Mesmo nesse tipo de contrato, cuja obrigação é classificada como não onerosa, o conteúdo econômico do contrato é patente.

O que se deseja apontar com a referência à doação pura e, ainda, a outros, *v.g.*, o de transporte gratuito e o contrato de lazer igualmente gratuito, é a existência de um certo conteúdo econômico na relação jurídica contratual, pois o transportador teve que empregar recursos para transportar e o artista foi remunerado pelo patrocinador para executar o espetáculo.

Quando se faz referência à despatrimonialização do Direito Civil e conseqüente despatrimonialização do contrato, tem-se em vista a renovação dos propósitos do contrato contemporâneo, dentre o que se destaca atenção maior dispensada ao sujeito do que à produção e ao consumo, sem que com isso se sustente a superação do conteúdo econômico do negócio, mesmo que,

minimamente, retratado. E nem poderia ser diferente, pois não se está a tratar do contrato à luz de uma economia planificada, mas sim, em livre mercado, não obstante funcionalizado.

A desapatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do “produtismo” e, mais atualmente, do consumismo).⁶⁷⁵ Nota-se, destarte, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio.⁶⁷⁶

Há, na perspectiva ora abordada, verdadeira superação, ou, no mínimo, renovação da lógica jusprivatística, da qual não escapam dois de seus pilares fundamentais, quais sejam: a propriedade e a autonomia negocial.⁶⁷⁷ O processo de modificação do patrimonialismo ao pessoalismo ocasiona a ruptura da lógica individualista do ter,⁶⁷⁸ substituída, ou, ao menos, mitigada, por aquela outra do ser. A relação obrigacional patrimonial acaba por ser ferramenta de desenvolvimento de um papel, direto ou indireto, de atuação do valor constitucional da dignidade humana.⁶⁷⁹

Despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre

⁶⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. “Depatrimonializzazione” e diritto civile. Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile, p. 176.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 176.

⁶⁷⁷ DONISI, Carmine. Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato, Rassegna di diritto civile, p. 649.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 649.

⁶⁷⁹ PERLINGIERI, P. *Op. cit.*, p. 176.

desenvolvimento, refundando-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa.⁶⁸⁰ A autonomia contratual, antes de ser instrumento de circulação de riquezas, no atual estágio de desenvolvimento constitucional, presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa do contratante,⁶⁸¹ sem que dela se possa excluir um quase inevitável conteúdo patrimonial mínimo.

Para um fim conceitual de despatrimonialização do Direito Civil, visando afastar qualquer dúvida, parece muito bom aquele fornecido por Carmini DONISI, ao dizer “[...] con il termine “deppatrimonializzazione intendiamo designare la progressiva e sempre piú spiccata sensibilità del diritto privato contemporaneo, em tutte le sue componenti (legislativa, dottrinale, economica, giurisprudenziale), a dati non confinabili in schemi e logiche d’indole economica, anche - si noti - nei settori istituzionalmente riservati ai rapporti patrimoniali”.⁶⁸²

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 177.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 176.

⁶⁸² *In: Op. cit.*, p. 649. Tradução livre: “com o termo despatrimonialização entendemos designar a progressiva e sempre mais presente sensibilidade do direito privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário, jurisprudencial), a dados não confinados nos esquemas e lógicas de índole econômica, mas também -- note-se -- nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais”.

CONCLUSÃO : PROPOSTA DE FORMULAÇÃO DE CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO

Alinha-se oportuna à conclusão desta tese a formulação conceitual de contrato que possa retratar o perfil contemporâneo da contratação interprivados, melhor do que aquela outra, nominada de moderna, de indiscutível formulação voluntarista e individualista, enquanto acordo de vontades destinada à produção de efeitos jurídicos.

Esta conclusão é, antes, um fechamento temporário e temporal das propostas de reformulação do pensamento contratual, vistas ao longo do trabalho, do que o final da caminhada propriamente dito. A grandeza do pensamento sistêmico (aberto) está, também, no reconhecimento de sua fluidez, sempre em construção, jamais podendo se atribuir a um conceito o poder da chave que o encerra.

Seria indiscutivelmente incorreto, cabendo ante a explicação, afirmar que um único conceito de contrato pudesse dar vazão a todas as formas contratuais da atualidade, em que se evidencia a hipercomplexidade do mundo jurídico, caracterizada pela pluralidade de fontes materiais e formais que se revela como obstáculo à unificação do pensamento.⁶⁸³ Ora, uma tese, nestes tempos pós-modernos de “desconstrução”⁶⁸⁴ do saber, pode, coerentemente, até mesmo, infirmar a sua proposta inicial, o que corresponderia sustentar que hoje inexiste um conceito de contrato; talvez vários conceitos possam coexistir, porém, jamais, um

⁶⁸³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. Revista de Direito do Consumidor, n. 33, p. 123.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 124.

conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais. E aqui, já, uma primeira conclusão.

Se assim se procedesse, lançando mão de uma fórmula conceitual, estaria se incorrendo na mesma superficialidade daqueles que arquitetaram o modelo clássico de contrato, muito oportuno à época Liberal, mas que hoje seria fora de contexto. A massificação das relações jurídicas, as novas tecnologias e a ciência cibernética, enfim, os novos direitos, já deram conta de alertar sobre as variantes contratuais, que são tantas. A busca de uma definição que pudesse “resumir” o fenômeno em único conceito implicaria um grande lapso.

Antiga é a advertência da doutrina brasileira quanto à inaceitável admissão da univocidade conceitual do contrato contemporâneo, antes, presentes, “certos conceitos de contrato”, formulados a partir do dado histórico,⁶⁸⁵ até porque, conforme oportunamente visto, a razão lógica da modernidade, que buscava dar “uma” resposta⁶⁸⁶ ao fato social, atualmente se mostra desprezível.

Numa única definição mostra-se inviável acoplar o contrato paritário e o de massa, pois, no primeiro, mais prevalecente a vontade dos contratantes, sem que se possa, entretanto, sustentar qualquer natureza absoluta da vontade contratual (o dogma da vontade jaz frio na cripta do codificador de 1916), ao passo que, no segundo, a vontade cede espaço à boa-fé, sendo esta predominante.

Mesmo nas relações ditas paritárias, à vontade deve ser reservado um espaço residual do contrato, não mais sendo permitido suplantar a boa-fé, sempre

⁶⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos, Uma vida dedicada ao direito, p. 497.

⁶⁸⁶ MARTINS-COSTA, J. A boa-fé no direito privado ..., p. 410.

materializadora do núcleo contratual contemporâneo -- solidariedade constitucional -
- em relativização do papel da vontade do contratante.

Por outro lado, a funcionalização dos institutos jurídicos, do que não escapa o contrato, conforme visto, num prisma de oxigenação das bases do ordenamento por meio de outros saberes, também sugere a cambiante e indefinida forma pela qual o contrato vem sendo identificado.

Ainda nesse espírito, a sugestão conceitual que adiante se seguirá também não pretende ingressar no que denominou HART de “paraíso dos conceitos”,⁶⁸⁷ fruto do arraigado exercício do formalismo conceptualista, cuja prática leva a pecha de vício da teoria jurídica, destarte, sem contornos de “termo geral” para a leitura de todos os fatos ou resposta absoluta às mais variadas situações do universo contratual.

De qualquer modo, mesmo com as advertências antes mencionadas, de se arriscar, se não um conceito, uma proposição ou asserção, a partir da qual se pode começar, sendo o contrato interpretado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. A perspectiva constitucional do contrato é determinante para se declarar insuficiente qualquer conceito que o reduz à fórmula do acordo de vontades, destinado à produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos da relação jurídica.

Contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar

sincronia.

Necessário começar pelo fim, ou seja, pela solidariedade, enquanto valor (cânone) geral do Direito. Não obstante o recurso a um axioma, em confluência a tudo o que se disse ao longo deste trabalho, especialmente, quando se versou sobre sistema e sistema jurídico, entendo adequado concluir por um sistema de valores ou teleológico, na qual os princípios têm papel fundamental, apresentados como uma “pauta aberta [...] só plenamente apreensível nas suas concretizações”.⁶⁸⁸ Neste plano, os conceitos jurídicos não são desprezíveis ou supérfluos, mas necessários à subsunção. Todavia, é imperioso enquadrá-los em perspectiva teleológica, pois em caso de dúvida, faz-se necessário volver ao seu conteúdo axiológico, vale dizer, ao princípio nele encartado,^{689 690} ou, se insuficiente, ao valor. O conceito jurídico, ainda segundo CANARIS, ocupa posição ímpar no sistema normativo, estando localizado na sua extremidade mais concreta, precedido pelo princípio jurídico e anteposto a estes dois, o valor.⁶⁹¹

Mostra-se indiscutível a importância do julgador, na construção desta nova proposição contratual, sobretudo valorizando a solidariedade constitucional e preenchendo a cláusula geral da boa-fé.

Tudo que escape ao axioma sugerido frustra a vontade constitucional de eliminação da pobreza brasileira e a redução das desigualdades sociais,

⁶⁸⁷ HART, Herbert L.A.. O conceito de direito, p. 143, 142.

⁶⁸⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 235.

⁶⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático ..., p. 83-84.

⁶⁹⁰ LARENZ, K. *Op. cit.*, p. 235-236 corrobora a posição de CANARIS.

⁶⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 87.

consolidada no princípio da solidariedade. O mercado, sem dúvida, sempre vai desejar um contrato eminentemente patrimonialista, descartando qualquer atenção aos outros valores (existenciais) envolvidos na relação, eis que tal reverte em custo inútil. Porém, o mercado deve se compatibilizar com a vigente ordem constitucional, levando em conta o homem e os seus valores existenciais, além dos patrimoniais, como ápice da ordem jurídica brasileira.

O axioma proposto (contrato é relação complexa solidária) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não, somente, os patrimoniais. Para tanto, é indispensável a superação da clássica cultura do direito subjetivo de crédito *versus* o dever jurídico de débito, estando a relação jurídica antes encimada na sua complexidade, sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual: o credor não é credor, mas **está** credor em dado momento da relação, igualmente valendo tal relatividade de posição para o devedor.

A identificação da complexidade da relação também se destina ao reconhecimento e à superação de um contrato identificado em seu momento do acordo de vontades. Muito para além desta ocasião temporal, conforme visto nas breves incursões sobre a boa-fé, o contrato, por força da sua atual orientação principiológica, está em todos os momentos da relação e não somente no início, quando da manifestação de vontade, que ocupa, nestes tempos pós-modernos, breve conotação de impulso contratual.

Em outros termos, o contrato não é só o acordo de vontades, pois o acordo, em que pese sua atual presença, não possui a mesma relevância que em outras

épocas. O contrato se posiciona, hodiernamente, antes do acordo, na contratação, na execução e na sua pós-eficácia, movido pela boa-fé, princípio que materializa o valor constitucional da solidariedade, sendo dele, em verdade, derivado.

Sustentou-se, ao longo do trabalho, a necessidade de superação do contrato, avaliado em relação ao direito subjetivo do credor em oposição ao dever jurídico do devedor, sugerindo inclusive uma alteração terminológica dos sujeitos contratantes. Ou seja, executa-se releitura no contexto da situação subjetiva.

Já, nestas linhas conclusivas, retoma-se o tema, não só para ressaltar a natureza complexa do contrato, como antes procedi, mas para explicar, também, que na elaboração do axioma preferi empregar a expressão relação à situação, pois, além de consagrada, o que pode tornar a idéia axiomática de mais fácil aceitação pela comunidade científica, acaba não importando em diferença o uso das expressões situação jurídica e relação jurídica, podendo ser tomada a expressão “relação jurídica” de modo indistinto para os fins aqui colimados,⁶⁹² pois, tanto a situação jurídica quanto a relação jurídica bem representam o nexos jurídico interpessoal materializado pelo contrato.

Cabe, por fim, identificar a conseqüência da construção do *dever ser* contido no axioma apresentado, radicado no verbo “ser” (presente do indicativo da terceira pessoa do singular -- “é”) “contrato é [...]”, ante a prudente advertência de BARCELONA, ao sustentar que os conceitos são sempre formulados nesta composição gramatical (reporta-se o autor ao verbo *essere* justamente

⁶⁹² VILLANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, p. 75. O autor toma por base as orientações de Emilio BETTI (Teoria general del negocio jurídico, p. 7-10) e Alessandro LEVI (Teoria generale del diritto, p. 10-37).

exemplificando com “[...] *Il contratto è l'accordo della volontà individuale, [...]*”⁶⁹³), correndo-se o risco de, a partir de tal formulação, obter-se uma representação ingênua da realidade, formando uma “falsa consciência” que possa entrar em contato com a exterioridade dos fatos.^{694 695}

A advertência de BARCELONA é muito válida, mas do modo como se encaminhou o tema do contrato, nesta tese, sempre comprometido com o dado histórico-social, o risco da construção superficial de um conceito, aqui axioma, que toque o dado fático só em seus contornos externos, parece estar mitigado, para não dizer, afastado. A apreensão do fato no seu segmento histórico-social sempre há de preceder a elaboração do conceito. Aqui se sugere um axioma que visa apontar a decadência do conceito de contrato, o qual, no momento histórico em que foi elaborado, estava em harmonia com o contexto político de proteção do indivíduo (cidadão), nas bases da liberdade e igualdade.

O axioma apresentado, fruto da crise da modernidade, em momento futuro, por certo não tão longínquo, também entrará em crise, uma vez que o processo de renovação dos paradigmas mostra-se longe de seu fim, sendo, destarte, imprescindível sua incessante reconstrução.

⁶⁹³ Na tradução livre “... o contrato é o acordo da vontade individual ...”.

⁶⁹⁴ BARCELONA, Pietro. Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno, 1998, p. 7.

⁶⁹⁵ Válidas também as considerações de FACHIN (*In: Elementos críticos do direito de família*, p. 3, 1999), ao mencionar a inexistência de soluções aos problemas da realidade em vista da pureza conceitual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALPA, Guido. Introduzione allo studio critico del diritto privato. Torino : Giappichelli, 1994.
2. AMARAL, Francisco. Direito civil : introdução. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
3. ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. 3 ed. Brasília : UNB, 1992. Tradução de Ethikon Nikomacheion. Traduzido por Márcio da Gama Kury.
4. ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização : lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume.
5. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito e século XXI : conflito e ordem da onda neoliberal pós-moderna. Rio de Janeiro : LUAM, 1997.
6. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito introdução e teoria geral : uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
7. AUTORINO, Gabriella ; STANZIONE, Pasquale. Diritto civile e situazioni esistenziali. Torino : Giappichelli, 1997.
8. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan-mar 2000.
9. _____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 11-17, maio 2000. v. 775.
10. BARCELLONA, Mario. Diritto, sistema e senso : lineamenti di una teoria. Torino : Giappichelli, 1996.
11. _____. L'idea del sociale nella teoria del diritto privato : il caso italiano (ma non solo). Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milão, p. 717-733, 1997.
12. BARCELLONA, Pietro. Diritto privato e società moderna. Napoli : Jovene, 1996.
13. _____. Il declino dello stato : riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari : Dedalo, 1998.

14. BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.
15. _____. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. São Paulo : Saraiva, 1989.
16. BATISTA MACHADO, J. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra : Almedina, 1990.
17. BESONE, Darcy. Do contrato : teoria geral. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
18. BETTI, Emilio. Teoria generale delle obbligazione. Milão : Giuffrè, 1953. v. 1.
19. BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile : il contratto. Milão : Giuffrè, 1998.
20. _____. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. _____. Nápoles : ESI, 1992. p. 70-74.
21. BITTAR, Carlos Alberto. Contratos civil. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
22. BLACKBURN, Simon. DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997. Tradução por Desidério Murcho *et alii*.
23. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 9. ed. Brasília : UNB, 1997. Tradução de Teoria dell'ordinamento giuridico. Traduzido por Maria Celeste C.J. Santos.
24. _____. Direita e esquerda : razões e significados de uma distinção política. São Paulo : UNESP, 1995.
25. _____. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 3 ed. Brasília : UNB, 1995.
26. BERGEAT, Louis. Postmodernité et sciences humaines. In: BOISVERT, Yves [Dir.]. Postmodernité et droit. Quebec : Liber, 1998. p. 117-135.
27. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa : Gulbenkian, 1989. Tradução de Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen. Traduzido por A. Menezes Cordeiro.
28. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Coimbra : Almedina, 1998.
29. CARBONNIER, Jean. Flessibile diritto : per una sociologia del diritto senza

rigore. Milão : Giuffrè, 1997. Tradução de Flexibile droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. Traduzido por Cosimo Marco Mzzoni e Vincenzo Varano.

30. CARUSI, Franco. ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milão : Giuffrè, 1962. v. 10.
31. CATTANEO, Giovanni. La cooperazione del creditore all'adempimento. Milão : Giuffrè, 1964.
32. CIFUENTES, Santos. Negocio jurídico : estructura, vicios, nulidades. Buenos Aires : Astrea, 1994.
33. CROTEAU, Nathalie. Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance. Montreal : Wilson & Lafleur, 1996.
34. DAVID, Renè. I grandi sistemi giuridici contemporanei. Padova : Cedam, 1994. Traduzido por Oreste Calliano, Paolo Cendon, G. Citarella, Alba Negri e Rodolfo Sacco.
35. DE CICCIO, Maria Cristina. Perfil constitucional da alienação fiduciária em garantia. Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 231-259, 1996.
36. DE LUCAS, Javier. El concepto de solidaridad. Cidade do México : Fontamar, 1993.
37. DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofia del derecho. 9 ed. Barcelona : Bosch, 1991. Traduzido por Luis Legaz Y Lacambra.
38. DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e contratti : l'adempimento dell'obbligazione. Bolonha : Zanichelli, 1998.
39. DI NELLA, Luca. La scuola di Friburgo ovvero dell'ordoliberalismo. Camerino : [S.E.], 1999.
40. DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. São Paulo : Saraiva, 1995.
41. _____. Dicionário jurídico. São Paulo : Saraiva, 1998.
42. DOMINGUES DE ANDRADE, Manoel A. Teoria geral da relação jurídica : sujeitos e objectos. Coimbra : Coimbra, 1987. v. 1.
43. DONISI, Carmine. Verso la "depatrimonializzazione" del diritto civile. Rassegna di diritto civile, Napoles, v. 2, 645-707, 1980.
44. DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge : Harvard University Press, 1985.

45. EICHENHOFER, Eberhard. L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale. Rivista di Diritto Civile, Padova, p.193-213, 1997. 1. parte.
46. ENNECCERUS, Ludwig ; KIPP, Theodor ; WOLF, Martin. Tratado de derecho civil. 2. ed. Barcelona : Bosch, 1994. t 2. v 1. Traduzido por GONZÁLES, Blas Pérez ; ALGUER, José.
47. _____ ; _____ ; _____. Tratado de derecho civil : código civil alemán (BGB). Barcelona : Bosch, 1994. Traduzido por Carlos Melon INFANTE.
48. ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. -6 ed. Lisboa : Gulbenkian, 1983. Tradução de Einführung in das juristische denken. Traduzido por J. Batista Machado.
49. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
50. ESPINOLA, Eduardo ; ESPINOLA FILHO, Eduardo. A lei de introdução ao código civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. v.1.
51. FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro : novas notas sobre um velho debate no direito civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 757, p. 64-69, nov. 1998.
52. _____. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____ [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 1988. p. 117-149.
53. _____. Elementos críticos do direito de família : curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
54. FALZEA, Angelo. L'offerta reale e la liberazione coativa del debitore. Milão : Giuffrè, 1947.
55. FERRAND, Frédérique. Droit privé allemand. Paris : Daloz, 1997.
56. FERRARI, Vincenzo. Funzioni del diritto : saggio critico-ricostruttivo. 2. ed. Roma : Laterza, 1993.
57. FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan [Coord.]. Direito civil constitucional. São Paulo : Max Limonad, 1999. p. 57-148.
58. FERRI, Luigi. Lezione sul contratto : corso di diritto civile. 2 ed. Bolonha : Zanichelli, 1982.
59. FERRI, Giovanni B. ; ANGELICI, Carlo. Studi sull'autonomia dei privati.

Torino : UTET, 1997.

60. FERRONI, Lanfranco *et alli* . Le nullità negoziali : di diritto comune, speciali e virtuali. Milão : Giuffrè, 1998.
61. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Madrid : Civitas, 1990.
62. _____. El derecho civil constitucional. Madrid : Civitas, 1986.
63. FRANCESCHELLI, Vincenzo. I rapporti di fatto : ricostruzione della fattispecie e teoria generale. Milão : Giuffrè, 1984.
64. FREITAS, Juarez de. A interpretação sistemática do direito. São Paulo : Malheiros, 1995.
65. FROSINI, Vittorio. NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Torino : UTET, 1957.
66. GALGANO, Francesco. Trasparenza e legittimità delle condizioni genereli di contratto. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. _____. Nápoles : ESI, 1992. p. 23-32.
67. GAMBARO, Antonio. Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore un viaggio nella western legal tradition. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. Trasparenza e legittimità delle condizioni genereli di contratto. Nápoles : ESI, 1992. p. 33-50.
68. GAZZONI, Francesco. Manuale di diritto privato. 6. ed. Nápoles : ESI, 1996.
69. GHESTIN, Jacques. Traité de droit civil : La formation du contrat. 3. ed. Paris : LGDJ, 1993.
70. GIULIANI, Alessandro ; PALAZZO, Antonio ; FERRANTI, Ione. L'intepretazione della norma civile. Torino : Giappichelli, 1996.
71. GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
72. _____. Introdução ao direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
73. _____. Contratos. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
74. GRASS, Günter. O tambor. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1982. Tradução de Die blechtrommel. Traduzido por Lúcio Alves e Raquel Valença.
75. GUARINO, Giuseppe. Poter giuridico e diritto soggetivo. Reimpressão (1949). Nápoles : Jovene, 1990.

76. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia : entre faticidade e validade. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
77. HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa : Gulbenkian, 1986. Tradução de The concept of law. Traduzido por A. Ribeiro Mendes.
78. HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil : introducción histórico-dogmática. Barcelona : Ariel, 1987. Tradução de Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Traduzido por Gonzalo Hernández.
79. HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 45, p. 141-151.
80. INFANTE, Carlos Melon. Código civil alemão (BGB). In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLF, Martin. Tratado de derecho civil. Barcelona : Bosch, 1994.
81. IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. 2. ed. Milão : Giuffrè, 1986.
82. _____. Lecture bettiane sul negozio giuridico. Milão : Giuffrè, 1991.
83. _____. Codice civile e società politica. Roma : Laterza, 1995.
84. _____. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. Rivista di Diritto Civile, Padova, a. 43, n. 2, p. 185-191, 1997. 1. parte
85. _____. Quattro giuristi del nostro tempo. Rivista di Diritto Privato, Milão, n. 4, out/dez 1998.
86. _____. Consolidazioni e codificazioni degli leggi civili. Il codice civile: convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli. Roma : Accademi Nazionale dei Licei, 1994. p. 245-252.
87. _____. Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen). Rivista di Diritto Civile, Padova, a. 40, p. 15-23, 1994.
88. KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao Projeto Bevilacqua) o sistema do Esboço, Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova, n. 1, p. 319-339, 1988.
89. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1997. Tradução de Methodenlehre der Rectswissenschaft. Traduzido por José Lamego.
90. _____. Storia del metodo nella scienza giuridica. Milão : Giuffrè, 1966. Tradução de Methodenlehre der Rectswissenschaft.

91. LAZZARO, Giorgio. NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Torino : UTET, 1957. v. 17.
92. LIPARI, Nicolò. Spirito di libertà e spirito di solidarietà. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milão, p. 1-25, 1997.
93. _____. Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà. Rassegna Diritto Civile, Nápoles, n. 1, p. 24-39, 1995.
94. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, n. 141, p. 99-109, jan-mar 1999.
95. _____. O contrato : exigências e concepções atuais. São Paulo : Saraiva, 1986.
96. LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. Tradução de Las normas fundamentales de derecho privado. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera.
97. LOTUFO, Renan *et alii*. Direito civil constitucional. São Paulo : Max Limonad, 1999.
98. LUCARRELI, Francesco. Solidarietà e autonomia privata. Nápoles : Jovene, 1970.
99. MAIORCA, Carlo. Introduzione alla dinamica giuridica. Nápoles : ESI, 1978.
100. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor : o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
101. MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro, Direito do Consumidor, São Paulo, n. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.
102. _____. A noção de contrato na história dos pactos. Um vida dedicada ao direito homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.
103. _____. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusula gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.
104. _____. A boa-fé no direito privado : sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

105. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
106. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé no direito civil. Coimbra : Almedina, 1997.
107. _____. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa : Gulbenkian, 1989. Tradução de Systemdenken und systembegriff in der jurispruden. Traduzido por A. Menezes Cordeiro.
108. MEZZANOTTE, Carlo. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto. Nápoles : ESI, 1992. p. 103-105.
109. MICHAELIS : Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo : Companhia Melhoramentos, 1998.
110. MODUGNO, Franco. ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. Sistema Giuridico. Roma : Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993. v. 29.
111. MONATERI, Pier Giuseppe. Pensare il diritto civile. Torino : Giappichelli, 1997.
112. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1989.
113. MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 630, p. 247-249, abr. 1988.
114. NALIN, Paulo R. Ribeiro. Responsabilidade civil : descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba : Juruá, 1996.
115. _____. Eficácia constitucional : uma rápida abordagem semiológica, hermenéutica e sancionadora das regras constitucionais. Estudos Jurídicos, Curitiba, n. 1, v. 3, p. 7-19, ago. 1996.
116. _____. A constituição e a reinvenção do território : algumas implicações jurídicas em face da globalização. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 135, p. 37-44, jul-set. 1997.
117. _____. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 173-210.
118. NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

119. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994.
120. OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? Rivista di Diritto Civile, Padova, p. 525-533, 1998. 1. parte
121. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil : introdução ao direito civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
122. PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. São Paulo : Martins Fontes, 1996. Tradução de Éthique et droit. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira.
123. PERLINGIERI, Pietro. Profili istituzionali del diritto civile. Nápoles : Jovene, 1975.
124. _____. Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Commentario del codice civile : libro quarto – delle obbligazioni art. 1230-1259. Bolonha : Zanichelli, 1975.
125. _____. "Depatrimonializzazione" e diritto civile. Scuole, tendenze e metodi : problemi del diritto civile. Napoles : ESI, 1989. p. 175-178.
126. _____. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli : ESI, 1991.
127. _____. Perfis do direito civil : introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. Tradução de Profilli del Diritto Civile. Traduzido por Maria Cristina De Cicco.
128. _____. Mercato, solidarietà e diritti umani. Rassegna diritto civile. Nápoles, n. 1, p. 84-117, 1995,
129. _____. Le obbligazioni tra le vecchi e nuovi dogmi. Nápoles : ESI, 1990.
130. _____ *et alli*. Manuale di diritto civile. Nápoles : ESI, 1997.
131. PESCATORE, Salvatore. Trasparenza e legittimità delle condizioni genereli di contratto. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. Trasparenza e legittimità delle condizioni genereli di contratto. Nápoles : ESI, 1992. p. 109-110.
132. PINDYCK, Robert S. ; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. São Paulo : Makron Books, 1994. Traduzido por Pedro Catunda.
133. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade ; ANTUNES VARELA, João de Matos. Código civil anotado. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1986. v. 2.

134. PIZZORUSSO, Alessandro ; FERRERI, Silvia. Trattato de diritto civile – le fonti del diritto italiano : le fonti scritte. Turim : Torinese, 1998.
135. POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial - a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan [Dir.]. Direito civil constitucional. São Paulo : Max Limonad, 1999. p. 151-211.
136. _____. Execução de obrigação de fazer : tutela substitutiva da vontade na obrigações de fazer juridicamente infungíveis. Curitiba : Juruá, 1995.
137. QUADRI, Giovanni. Trasparenza e condizioni generali del contratto: dall'accordo alla fiducia. In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. Trasparenza e legittimità delle condizioni genereli di contratto. Nápoles : ESI, 1992. p. 111-116.
138. RAISER, Ludwig. Il compito del diritto privato : saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Milão : Giuffrè, 1990. Tradução de Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten. Traduzido por Marta Graziadei.
139. REALE, Miguel. Filosofia do direito. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
140. _____. O projeto do novo código civil. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
141. RESCIGNO, Pietro. Introduzione al codice civile. 4. ed. Bari : Laterza, 1994.
142. RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. 4. ed. Paris : LGDJ, 1949.
143. RIZZO, Vito. Fonti del diritto, 'intepretazione' ed 'applicazione' della legge. Interpretazione ed integrazione del contratto. Nápoles : ESI, 1991.
144. _____. Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al codice civile). Nápoles : ESI, 1997.
145. ROCCA, Paolo Morozzo della. Rassegna di dottrina sul principio di solidarietà. Rivista Critica del Diritto Privato, Nápoles, n. 1 e 2, p. 301-305, jun. 1998.
146. RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto : studi sulla proprietà privata. 2. ed. Bolonha : Il Mulino, 1990.
147. _____. Aspettando un codice? Rivista Critica del Diritto Privato, Napoles, a. 16, n. 1-2, p. 3-6, jun. 1998.
148. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra : Almedina, 1988. Tradução de Il contrato. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

149. ROPPO, Vincenzo. Instituzioni di diritto privato. 2. ed. Bolonha : Monduzzi, 1996.
150. RUSSO, Eduardo Angel. Teoria general del derecho : en la modernidad y en la posmodernidad. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996.
151. SACCO, Rodolfo ; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Torino : UTET, 1996. t. 2.
152. SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
153. _____. Ética e história. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
154. SAJA, Francesco. Discorso introduttivo del seminario su "trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto". In: MARINE, Annibale ; STOLFI, Caterina [Coord.]. Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto. Nápoles : ESI, 1992. p. 9-14.
155. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. 9. ed. Nápoles : Jovene, 1983.
156. SCOGNAMIGLIO, Renato. Contratti in generale. Commentario del codice civile : libro quarto – delle obbligazioni art. 1321-1352. Bolonha : Zanichelli, 1970.
157. SHALEV, Carmel. Nascere per contratto. Milão : Giuffrè, 1992. Tradução de Birth Power. The Case for Surrogacy. Traduzido por Ginmaria Ajani e Arianna Maffiodo.
158. SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1995.
159. STARCK, Boris ; ROLAND, Henri ; BOYER, Laurent. Obligations : contrat. 5. ed. Paris : LITEC, 1995.
160. TELLES, Inocêncio Galvão. Manual dos contratos em geral. 3. ed. Lisboa : LEX, 1995.
161. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 199-215.
162. _____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 1-23.
163. _____. Contornos atuais da propriedade privada. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 269-291.

164. TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 65, p. 20-32.
165. TOMASINI, Raffaele. ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milão : Giuffrè, 1978. v. 28.
166. TRABUCCHI, Alberto e CIAN, Giorgio. Commentario breve al codice civile. 4. ed. Milão : Cedam, 1992.
167. VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo : Max Limonad, 1997.
168. VILLEY, Michel. En torno al contrato, la propiedad y la obligation. Buenos Aires : Ghersi, 1980.
169. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1993. Tradução de Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung. Traduzido por A. M. Botelho Espanha.
170. WITZ, Claude. Droit prive allemand : actes juridiques, droit subjetifs. Paris : LITEC, 1992.