A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL: UMA NOVA VISÃO DO DIREITO CIVIL CONTRATUAL

Renata Poloni Sanches

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 é um marco para a análise do Direito Civil visto que a divisão existente entre o direito privado e o direito público é modificada com a queda do muro a separar o Estado e a sociedade. A pós-modernidade impõe ao contrato a inserção de mega-princípios, como o da função social e o da boa-fé, além da necessidade de revisão dos seus postulados tradicionais, moldados agora sob a ótica dos valores constitucionais e buscando servir como meios adequados de enfrentamento da complexidade pós-moderna. A função social do contrato, tal como prevista no contexto da legislação civil, é acompanhada dos demais princípios que formam a tessitura da teoria contratual criando uma nova visão do instituto, de forma que, como ressalta Tereza Negreiros, a função social, muito além de ser mais um principio com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação do contrato. Esse argumento é reforçado pelos ensinamentos de Judith Martins-Costa, no sentido que de função social é elemento integrante do próprio conceito de contrato. O legislador civil optou por inserir expressamente o principio da função social no texto da codificação civil, em seu artigo 421, dispondo que a *liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.* Nesse contexto, a opção legislativa pela inserção do ditame da função social dos contratos por meio da técnica da cláusula geral, dotada de uma vagueza proposital permitirá uma atuação construtiva por parte dos operadores do Direito, pois, como sugerido por Paulo Nalin a ocorrência de inobservância do postulado da função social do contrato seja motivo para o reconhecimento do que designa de 'nulidade virtual'. A exata dicção do texto legislativo, estabelecendo que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social, inseriu algo como se a função social fosse imanente ao exercício legitimo da liberdade contratual e não como uma situação de eventual restrição da liberdade negocial. Assim, a partir do modelo traçado de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à função social do contrato.

PALAVRAS CHAVES: Contrato; Função Social; Pós-Modernidade.

A FUNCTION OF SOCIAL CONTRACT IN CIVIL CODE SYSTEM: A NEW VISION OF CIVIL CONTRACT

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 is a milestone for the analysis of civil law since the division between private law and public law is changed with the fall of the wall separating state and society. Postmodernity contract requires the insertion of the mega-principles such as social function and good faith, beyond the need to revise their traditional postulates, now framed from the perspective of constitutional values and seeking to serve as a suitable means of coping with complexity postmodern. The social function of the contract as provided in the context of civil law, is accompanied by other principles that form the fabric of contract theory by creating a new vision of the institute, so that, as in Tereza Negreiros, social function, beyond be more a principle with verge purposes, is qualifying element of the contract. This argument is reinforced by the teachings of Judith Martins-Costa, in the sense that the social function is an integral element of the concept of contract. The legislature chose civil insert expressly the principle of the social function to encoding civil, in article 421, providing that freedom of contract is exercised by reason and within the limits of the social contract. In this context, the legislative option by inserting the dictate of social function of contracts through the technique of clause generally endowed with a purposeful vagueness will allow for constructive action by the operators of the law, because, as suggested by Paul Nalin occurrence of failure postulate of the social function of the contract is subject to the recognition of designating a 'virtual nullity'. The precise diction of the legislation, stating that freedom of contract is carried on within the limits of reason and social function, inserted something like a social function was immanent to the legitimate exercise of freedom of contract and not as a condition of any restriction of freedom of negotiation . Thus, from the model contract drawn founded on individual will, has today become a normative model in which the binding force of the contract lies not in the will, but the law itself, submitting to the will to satisfaction of purposes that are not reduced solely to private interest who emits, but also to the social function of the contract.
KEYWORDS: Contract; Social Function; Postmodernity.

O objetivo almejado através da realização deste artigo não é o de tentar esgotar o amplo questionamento que abarca a questão em análise, nem tampouco propor soluções que visem dirimir de forma definitiva a problemática existente, mas demonstrar que a pós-modernidade impõe ao contrato a adoção de mega-princípios, como o da função social e da boa-fé, além da necessidade de revisão dos seus postulados tradicionais, moldados agora sob a ótica dos valores constitucionais e buscando servir como meios adequados de enfrentamento da complexidade pós-moderna.

A aplicação do direito positivo legalista não acompanhou as reformatações do mundo contemporâneo, não cabendo ao intérprete mais a investidura do manto da neutralidade; e, quanto ao Juiz ao julgar o caso concreto não pode atuar somente com os métodos hermenêuticos tradicionais devendo buscar novas formas de atuação frente ao direito posto.

Neste sentido, nas palavras de AZEVEDO, "se compreendermos o Juiz como um aplicador mecânico das leis, melhor seria substituí-lo por um computador" [1].

O escopo do direito positivo é a obtenção da paz social e apresenta-se formalmente em todas as constituições do mundo, como um instrumento que busca dar tratamento isonômico entre os indivíduos de uma dada realidade social, mas possui como pano de fundo justificar os privilégios das classes detentoras do poder.

A ciência do Direito, que instrumentaliza a aplicação do direito, deve ter em conta, antes de tudo, que seu trabalho tem destinação social e se liga a determinado contexto histórico, cujos contornos fundamentais não lhe podem escapar[2].

Vivemos em um período conturbado da história, onde percebemos as grandes transformações em todos os campos do saber, pois, determinadas pessoas apregoam o fim da modernidade e, portanto, o fim de um paradigma. Estamos vivendo um novo ciclo, que muitos denominam de pós-modernidade ou modernidade tardia.

---

[1] AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 47, *apud R*ODRIGUES, Vinicius Gonçalves. A crise do positivismo jurídico e a necessidade de mudança de paradigma. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível:**http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1496**>. Acesso em out 2012.

[2] AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24, *apud R*ODRIGUES, Vinicius Gonçalves. A crise do positivismo jurídico e a necessidade de mudança de paradigma. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível:**http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1496>.** Acesso em out 2012.

Com a globalização e as modificações do mundo pós-moderno, o direito codificado passa a não mais dar cabo da conflitividade que, atualmente, não é mais individual, mas coletiva. O direito tem por finalidade regular as relações sociais e o intérprete não pode ignorar o contexto social, político, econômico que essas relações se exprimem, sob pena de não produzir eficácia.

O pós-modernismo, portanto, perpassa por vários segmentos da sociedade, instigando o homem à revisão de (pré-)conceitos e valores moldados conforme interesses de certos segmentos da sociedade. Caracteriza-se pela ruptura de um pensamento padrão, formado com base na razão e na ciência. Assume, pois, uma postura zetética, e não dogmática [3].

O termo "pós-modernidade" foi cunhado por Arnold Toynbee. Por vezes também aparece com os nomes de "supermodernidade" (Balandier) ou "modernidade reflexiva" (Ulrich Beck). De qualquer forma, sempre sugere reflexão, conforme anota Eduardo C. B. Bittar [4].

Para Cláudia Lima Marques, pós-modernidade "*é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado*". [5]

Luís Roberto Barroso, na mesma vereda, afirma "*entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade; o rótulo genérico que abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estao; (...) uma época pós-tudo: pós-Marxista, pós-Kenseniana, pós-Freudiana*".[6]

Pós-modernidade denota o que vem após a modernidade. O pensamento pós-moderno surgiu, pois, em oposição ao projeto de modernidade, elaborado pelo ideário

---

[3] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 41.

[4] BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2ª ed. Ver. Atu.e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 115

[5] MARQUES, Cláudia Lima. *A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa*. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, D.F., v. 189, p. 49-64, 1998.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

Iluminista [7], nos Séculos XVII e XVIII, que fundava suas bases no triunfo da razão, da ciência, da verdade absoluta, da certeza, da objetividade, da neutralidade e do domínio do homem sobre o mundo. O Iluminismo ganhou força com a Revolução Francesa, uma vitória da burguesia, motivada por interesses próprios e que se valeu de premissas Iluministas, dentre elas o lema "*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*", que, por sua vez, contestava o poder absoluto dos reis. O Iluminismo lançou suas bases, predominantemente, na razão e na ciência, mas também defendeu a livre iniciativa como desenvolvimento do capitalismo, daí a afinidade para com a burguesia. Também data desta época a Independência dos Estados Unidos da América, igualmente alicerçada em bases Iluministas. A própria Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e o movimento conhecido como Inconfidência Mineira, no Brasil, seguiram essa orientação[8].

O Direito, além das teorizações de Estado e Separação de Poderes, também reivindicou *status* de Ciência, dotado, portanto, de razão e objetividade, em nome da segurança jurídica. É aqui que se destaca Hans Kelsen e sua *Teoria Pura do Direito*, elegendo como objeto de estudo a norma jurídica. Esta que é constituída de modais deônticos *P* (permitido), *V* (proibido) e *O* (obrigatório). A norma jurídica, pois, manifesta-se como *descritiva de objetos* (proposições jurídicas – *Rechtssatz*) e *prescritiva de condutas* (norma jurídica – *Rechtsnorm*). Contém em si o comportamento a ser realizado pelo sujeito, bem como as sanções correspondentes em caso de inobservância ou descumprimento.[9]

Sintetizando essa concepção de mundo natural e ambiência jurídica, estão as palavras de Lourival Vilanova: "*altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito*". [10]

---

[7] Em alemão *Aufklärung*; em inglês *Enlightenment*; em italiano *Illuminismo*, em francês *Siècle des Lumières* e em espanhol *Ilustración*.

[8] VIANNA, José Ricardo Alvarez. Pós-modernidade e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2384, 10 jan. 2010 . Disponível em**: <http://jus.com.br/revista/texto/14168**>. Acesso em: 24 out. 2012

[9] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[10] VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 40.

Apesar de não apresentar soluções ou propostas alternativas, o pós-modernismo, ao empregar uma mentalidade niilista, cética e desconstrutiva, lança bases para a mudança de paradigmas na sociedade contemporânea e, por conseguinte, para o Direito, de modo a fazer deste não mero apêndice da política ou instrumento da economia, mas veículo da paz, pressuposto para um convívio social harmônico, dotado de liberdade e justiça social.[11]

É imprescindível remontar as origens históricas de nosso Direito Privado para a exata compreensão dos contornos juscivilísticos da contemporaneidade.

Nos ensinamentos de Giordano Bruno Soares Roberto, "*não é possível compreender o momento atual do Direito Privado brasileiro sem olhar para sua história. Para tanto, não será suficiente começar com o desembarque das caravelas portuguesas em 1500. A história é mais antiga. O Direito brasileiro é filho do Direito Português que, a seu turno, participa de um contexto mais amplo".*[12]

O movimento de codificação é fruto do jus racionalismo. Conforme lição de Francisco Amaral, a codicização pode ser resumida nas seguintes palavras: "*em senso estrito, significa o processo de elaboração legislativa que marcou os séculos XVIII e XIX, de acordo com critérios científicos decorrentes dos jus naturalismo e o iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistemáticas. Sua causa imediata é a necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e facilitando o seu conhecimento, dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade. Eventualmente, constitui-se em instrumento de reforma de sociedade como reflexo da evolução social. Seu fundamento filosófico ou ideológico é o jusracionalismo, que vê nos códigos o instrumento de planejamento global da sociedade pela reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, pelo que se afirma que os "os códigos jus naturalistas foram atos de transformações revolucionárias*".[13] (AMARAL, 2003, p. 122 e 123)

---

[11] VIANNA, José Ricardo Alvarez. Pós-modernidade e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2384, 10 jan. 2010 . Disponível em: <**http://jus.com.br/revista/texto/14168**>. Acesso em: 24 out. 2012.

[12] ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do método jurídico: a contribuição de Teodor Viehweg. *In* FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[13] AMARAL, Francisco. O Direito civil na pós-modernidade. *In* FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Nas célebres palavras de Giselda Hironaka: *desta era – da era da racionalização da vida jurídica – resultou, como consequência imediata, a concepção do direito como um sistema. E, como tal, o processo de codificação se tornou imperioso, visando unificar e uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, uma ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão destas próprias regras e de comparação destas com outros povos. Esta foi a importante fase de organização codicista, que atendeu às necessidades e reclamos de uma época que visava superar a insegurança. E apresentou suas vantagens, entre elas – uma que desejo citar – a de traduzir-se, o código, em instrumental de garantia das liberdades civis.*[14] (HIRONAKA, 2003, p. 97)

Assim, dentro dessa visão segmentada do Direito, fazia todo sentido apontar o Código Civil como centro do ordenamento do direito privado, restando à Constituição a função de carta política regulamentadora do Estado; suas normas eram exclusivamente dirigidas ao legislador.

O Código Civil foi elaborado dentro da dogmática que apartava o Direito Público do Direito Privado, envolto pelos ideais de liberalismo e individualismo. Assim, ilustra o Prof. César Fiúza: *"O Código Civil foi elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX. Não se adequava, evidentemente, às aspirações do emergente Estado social, instalado no Brasil já no início do século XX".* [15] (FIÚZA, 2003, p. 30)

Francisco Amaral também retrata o assunto com muita clareza trazendo que o Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais [16].(AMARAL, 2003, p. 131)

---

[14] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. *In* FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[15] FIUZA, César. *Direito Civil:* curso completo. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

[16] AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O patrimônio era a dimensão econômica da personalidade; garantia de proteção e preservação do indivíduo frente ao Estado.

Prof. Gustavo Tepedino resume: *O código civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites européias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídicos. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes talicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio.*[17] (TEPEDINO, 2003, p.116)

Nesta esteira, Taísa Maria Macena de Lima acentua que o antigo Código Civil brasileiro – influenciado pelas doutrinas voluntaristas – dava ênfase ao indivíduo, porém nos papéis de proprietário e contratante. Noutros termos, o legislador de 1916 ocupou-se mais das relações jurídicas patrimoniais que das relações jurídicas existenciais, dando relevo ao direito de propriedade.[18] (LIMA, 2003, p.250)

Vivem-se hoje no Brasil os alvores do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômico. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvidas, dá o que pensar. (FIUZA, 2003, p. 29)

---

[17] TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. RJ-SP: Renovar, 2003

[18] LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. *In* FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil:* atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O Direito é fenômeno histórico e social. É mutante por natureza, pois reflete o ideário e as aspirações de um povo em um determinado espaço de tempo. A inércia, portanto, não deve integrar seu conceito.

A constatação da existência de crise no Direito Civil moderno é inequívoca. Sua dogmática envelheceu; foi sucateada por nossa sociedade mutante. Mas, em primeiro lugar, imprescindível que pontuemos o conceito desde fenômeno.

Claro que, de forma alguma, significa seu fim, pois não há como negar que a juscivilística constitui o substrato do ordenamento jurídico de toda e qualquer sociedade. *"É verdadeiramente a espinha dorsal de toda a ciência jurídica, como se tem dito e registrado ao longo dos tempos, desde a origem romana do Direito Civil". (*HIRONAKA, 2003, p.94)

O Direito Civil adquiriu novos contornos e seus institutos basilares foram repaginados. E mais importante: deixaram de ser basilares. A base passou a ser o homem e sua dignidade. Todo o resto deve estar funcionalizado para promoção do desenvolvimento do ser humano em todos os seus aspectos.

A propriedade, que nos últimos séculos, possuía um caráter de absoluteidade incontestável é relativizada e recebe conteúdo de função: *"... passa a ser situação jurídica consistente na relação entre o titular e a coletividade (não-titulares) da qual nascem para aquele diretos (usar, fruir, dispor e reivindicar) e deveres (baseados na função social da propriedade)."* (FIUZA, 2003, p. 28)

O dogma da autonomia da vontade é superado nas relações contratuais, colocando-se de lado o princípio liberal de igualdade formal para permitir a intervenção estatal regulando desequilíbrios e disparidades, que, concomitantemente à expansão da legislação especial, os textos constitucionais passam, progressivamente, a definir princípios relacionados a temas de Direito Privado, dantes exclusivamente reservados ao Código Civil: *"função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do Direito Privado, passa a integrar uma nova ordem pública constitucional"* (TEPEDINO, 2004, p. 07)

E, assim, conforme Ricardo Luís Lorenzetti, *"os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais".*[19] (LORENZETTI, 1998, p. 45).

---

[19] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Neste diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta: *Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, [ ] é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento*.[20] (MORAES, 1993)

A Constituição Federal toma o lugar antes ocupado pelo Código Civil e passa a ser o estatuto central da sociedade civil e política. Seu advento significa o fim da centralidade sistêmica do Código Civil apesar de ainda existir relutância por parte da doutrina em admitir o necessário fim da dicotomia público-privado.

Todas as normas infraconstitucionais devem se submeter aos princípios e valores que a sociedade brasileira identifica como prevalentes, quais sejam, os princípios e valores constitucionais.

Com a queda da dicotomia que segmentava o Direito Privado do Público, é um contrassenso afirmar que as normas constitucionais se destinam somente ao legislador. Todas elas têm aplicação direta. Seus princípios atuam tanto no plano da justificação quanto no plano da aplicação, e são, inclusive, autoexecutáveis.

Diante disso, a Constituição da República se situa no ápice do sistema normativo. Possui um papel unificante tendo em vista o amplo compromisso social que suas normas representam.

Conforme nos ensina o Prof. Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2003, p. 119-120), a sociedade contemporânea alcançou três conquistas fundamentais no campo jurídico.

A primeira dessas conquistas seria a descoberta do significado relativo e histórico dos conceitos jurídicos, que sempre foram encarados como neutros e absolutos. Hoje, inclusive, nos parece óbvio que nenhum direito, dever ou construção jurídica seja revestido de absoluteidade. Cada instituto jurídico se torna insuficiente fora de um contexto histórico ou cultural.

---

[20] MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *In Revista dos Tribunais.* São Paulo, nº 65, p. 21-32, jul/dez, 1993.

A segunda conquista elencada pelo Prof. Gustavo Tepedino é a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Esta classificação não serve para atender reivindicações sociais, onde é necessário funcionalizar as relações patrimoniais a valores constitucionais, tendo em vista o amplo compromisso social de nossa Constituição Federal de 1988.

Por fim, a terceira conquista se traduz na absorção definitiva pelo texto constitucional de valores que presidem a iniciativa privada e seus institutos (família, propriedade e contrato).

Por tudo isso, fala-se, atualmente, em Direito Civil-Constitucional. A atividade interpretativa do Direito passa necessariamente por esta perspectiva, onde os princípios constitucionais deixaram de ser, há muito, meros princípios políticos.

Os valores existenciais estão no vértice do ordenamento jurídico. A pessoa humana é o valor que deve orientar todo e qualquer ramo do Direito. Todos os institutos jurídicos devem ser funcionalizados com o objetivo de promover o pleno e integral desenvolvimento do homem.

Desta feita, a "patrimonialização" tradicional das relações civis, que ainda persiste em nosso novo Código Civil, é totalmente incompatível com os valores constitucionais fundados no princípio da dignidade da pessoa humana. A primazia da pessoa humana é condição essencial de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais vigentes.

Diante disso, fala-se em "repersonalização" das relações civis, movimento que objetiva recolocar o ser humano no centro do Direito Civil, lugar que sempre deveria ter ocupado, ao invés do patrimônio, que norteou nosso ordenamento juscivilístico até então.

Nesse aspecto, cumpre fazermos algumas ponderações para indagarmos se esse fenômeno não seria mais bem denominado como "personalização" do Direito Civil.

Não restam dúvidas a respeito da supremacia absoluta dos princípios e regras constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, nem tampouco de que a estrutura legislativa adotada por nossa Carta Magna forma um sistema que rege tanto as relações jurídicas públicas quanto as privadas.

Entendido este ponto, devemos considerar que a interpretação das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional não pode ser estática. Ao contrário, deve ser dinâmica para se adaptar à realidade social do momento da aplicação da norma, pois o significado de um texto legal pode variar no tempo e no espaço.

Todas estas premissas são de extrema relevância para analisarmos a harmonia do Código Civil de 2002 – e de sua técnica legislativa - com a Constituição Federal de 1988.

Assim, as cláusulas gerais se afiguram como fórmulas genéricas que determinam comportamentos não pormenorizados, ao contrário das regras, destinados a regular, especificamente, hipóteses fáticas determinadas. Trata-se de normas orientadoras e se dirigem ao julgador, dando-lhe certa liberdade para decidir, preenchendo seu conteúdo diante do caso concreto.

Prof. Gustavo Tepedino complementa: (...) *uma codificação não surge por acaso. Expressa momento de unificação política e ideológica de um povo, fazendo prevalecer o conjunto de regras que o sintetiza. Assim foi o século XIX, após a revolução Francesa, assim se deu na Europa do pós-guerra, com a derrubada dos governos totalitários. Tais circunstâncias históricas não mais existem: deram lugar a cenário inteiramente diverso, pluralista e multifacetado, onde os grupos políticos emergentes manifestam-se através do robusto conjunto de leis especiais, que regula de maneira setorial a atividade privada e parece insuscetível de unificação no plano das leis ordinárias.*[21] (TEPEDINO, 2004, p.499-500)

Essa fase turbulenta, recheada de incertezas, deu origem à chamada "crise" do Direito Civil que, como já dito, nada mais é que a superação de antigos paradigmas e a instauração de novos, em substituição.

O Direito Civil é fragmentado, desagregado em uma série de corpos jurídicos autônomos: os microssistemas, dotados de princípios, que já não buscam vida no Código Civil, mas na própria Constituição Federal. A era da descodificação se amoldura.

Os pilares tradicionais da dogmática civil, autonomia da vontade, propriedade e família, perdem seu *status.* O direito civil é personalizado e seu centro epistemológico é ocupado pelo ser humano e por sua dignidade, elevados, pela Constituição Federal, à categoria de princípios fundamentais de nossa República.

É neste diálogo entre o direito e a política que se pode situar, por exemplo, o fenômeno da constitucionalização do direito civil. Alude-se a uma constitucionalização do direito civil como consequência de uma opção política pela prevalência do princípio

[21] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004

da democracia em nosso ordenamento jurídico-político. É o princípio da democracia que se apresenta como a diretiva que impõe tal precedência da normativa constitucional sobre a legislação ordinária, porquanto a constituição seja o resultado de debates instaurados na Assembléia Nacional Constituinte, com ampla participação popular, o que não ocorre no tocante à atividade do legislador ordinário. Assim, em homenagem "à função promocional do Direito, o princípio da democracia impõe a máxima eficácia ao texto constitucional, expressão mais sincera das profundas aspirações de transformação social".[22]

Já não se pode mais fechar os olhos à superação do "significado constitucional" das codificações civis, ou seja, ao processo histórico e jurídico que se traduz na perda de centralidade do código civil como vetor sistematizador do direito privado, pelo que a Constituição assume o papel de eixo central ou de elemento harmonizador do ordenamento. Assim é que o Código Civil brasileiro em vigor, baseado nas experiências codificadoras anteriores à década de 70 do século passado, tem em seu texto várias cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados apartados de qualquer outro ponto de referência valorativo. É por isto que se aponta a necessidade de que o intérprete proceda com a conexão axiológica entre a codificação civil e constituição pátria, a qual prevê quais são os valores e princípios fundantes da ordem pública, a fim de conferir um sentido uniforme às cláusulas gerais a partir dos princípios constitucionais.[23]

Judith Martins-Costa apresenta três indicações úteis para o processo de revisão destes condicionamentos hermenêuticos: I) a convicção da historicidade ou relatividade dos conceitos jurídicos; II) a ultrapassagem do "significado constitucional" dos códigos civis (ou seja, o código civil visto como "constituição" do cidadão e da vida privada); III) a relevância dos elementos de raiz publicística – em especial a função social de certos institutos e modelos.[24]

O contrato de antigamente não é mais o mesmo contrato do mundo pós-moderno. Para Figueiredo[25], o contrato "não é mais instrumento jurídico de interesse

---

[22] MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 9 (jul./dez. 2006), p. 236.

[23] TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, ano 51, n. 309 (jul. 2003). Porto Alegre: Notadez, p. 13.

[24] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29-30.

[25] ALVEZ, Jones Figueiredo. Novo Código Civil: uma nova teoria do direito contratual. In: Revista Jurídica Consulex. Brasília, ano VII, nº 147, 28 fev. 2003.

puramente interpessoal ou de operação de proveitos. Seu conteúdo deve importar nos fins da justiça e da utilidade, em superação do egocentrismo que propicia a fragilização do débil e a dominação do mais forte".

No Brasil isso se refletiu com o advento do Código do Consumidor, visando evitar ou diminuir o abuso do desequilíbrio contratual. Entretanto, tal aplicação poderia ter ocorrido há muito, eis que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, já objetivou a realização da justiça e do bem-estar social.

Em busca da garantia da chamada dignidade da pessoa humana, da equidade nas relações contratuais, gradativamente se alteraram alguns dogmas, tais como (i) a posição do Estado frente as relações privadas, passando de liberal, onde as regras fixadas pelas partes contratantes não eram passíveis de reforma, para o Estado intervencionista, onde é possibilitado ao magistrado revisar os contratos que não mais espelhassem o equilíbrio e a igualdade nas relações; bem como (ii) a constitucionalização do Direito Civil.

É certo que não mais é possível sacrificar os contratantes a ponto de comprometer seu patrimônio, somente para se resguardar o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Por outro lado, não se afigura razoável a aplicação de teorias que tratam da onerosidade excessiva e da superveniência sem critérios, o que beneficiaria, certamente, os contratantes de má-fé, que visam apenas a redução de prestações ou o perdão de dívidas.

A busca, então, pela manutenção equilibrada dos contratos resultou no aumento da flexibilidade dos vínculos contratuais e do rol de causas que permitam sua revisão.

Relativamente às cláusulas gerais, observa-se a função social do contrato, disposta no artigo 421 do novo Código Civil, cujo objetivo é a consagração da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a justiça social, o bem comum, a comutatividade, o equilíbrio e a igualdade, cuja finalidade é corrigir ou evitar a desigualdade das partes para aferição da liberdade e validade da declaração.

Outra mudança importante foi a introdução da boa-fé como cláusula geral, prevista no artigo 422 do novo Código, servindo de norte aos contratantes, o padrão de comportamento por eles a ser seguido em todas as fases da relação contratual, ou seja, nas negociações preliminares, no pré-contrato, na contratação, execução e no pós-contrato.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu estudo sobre o Direito Administrativo, que não obstante ser típico ramo do direito público aplica-se plenamente ao Direito Civil, basilou de maneira ímpar a importância da preservação dos princípios fundamentais do sistema jurídico, ao descrever qual a consequência da desatenção aos princípios, afirmando que: *Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*[26]

Ao prever a função social dos contratos e da propriedade, o Código Civil, com apoio na Constituição da República, valoriza o exercício dos direitos subjetivos segundo o que melhor atender à finalidade (função) do bem comum (social). Função social está afeto ao bem comum que melhor atenda as partes envolvidas e terceiros, quando da prática do ato jurídico.

Com dito alhures, o Código Civil de 2002 privilegiou as cláusulas gerais. Várias as passagens da codificação civil que simbolizam os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade. Alguns exemplos devem ser citados como os artigos 113 e 423 do Código Civil que disciplinam: "Art. 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". "Art. 423 – Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação que for mais favorável ao aderente".

Também o artigo 421 do Código Civil, objeto central do nosso trabalho, que nos indica de modo solar que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", bem como o artigo 422 do mesmo diploma ao impor às partes do contrato o axioma de que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

O Código Civil de 2002 inovou ao funcionalizar o instituto do contrato, indicando às pessoas de direitos e deveres na ordem civil que o exercício do direito básico de contratar está delimitado em razão e nos limites da função social,

---

[26] MELLO, 1984, p. 230.

condicionando a liberdade de contratar à consecução de um fim socialmente significativo, sem o que, não mais será assegurado ou admitido o exercício deste direito subjetivo. A conservação e manutenção da liberdade de manifestar vontade com o intuito de adquirir, resguardar, transmitir, modificar, extinguir ou conservar direitos e deveres entre partes contratantes passa a ter como condição legitimadora o cumprimento da finalidade social do contrato.

A ordem econômica e jurídica tem no contrato o porto seguro para a regulação de seus interesses apreciáveis economicamente. Diz Orlando Gomes que: "Todo o contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua *causa*".[27]

Além da função econômica, o contrato passa a ter uma função social acentuada. De mero servidor da economia, o contrato passa ao serviço da sociedade como um todo. Não basta mais o adimplemento da função econômica para a qual o acordo se destinou, é fundamental que ao lado desta expectativa econômica seja atingida a expectativa social.

A sociabilidade é a grande ambição do projeto Miguel Reale. Visa este princípio, sobremaneira, impor óbices ao exercício egoístico dos direito patrimoniais privados, regulando a prática dos direitos subjetivos que podem ser traduzidos pela visão de um poder conferido pelo ordenamento jurídico à uma pessoa de agir e exigir de outrem um certo comportamento que lhe satisfaz. Representa, portanto, o direito subjetivo, a senhoria do querer como expressão do direito de liberdade.

Sociabilidade significa a busca do bem comum que pode variar no tempo e no espaço, cabendo ao intérprete da lei, nos moldes da técnica de concreção, aferir o bem comum segundo o momento vivido.

A fim de manter uma relação comutativa, o direito passa a trazer institutos que relativizam o princípio *pacta sunt servanda* e a máxima *res inter alios acta tercio nec nocet, neque potest*, valores que passam a ser quebrados em prol da função social e da busca do adimplemento contratual.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso IV, ao disciplinar os princípios fundamentais da República prevê o valor social da livre iniciativa. No mesmo passo, ao tratar da ordem econômica e financeira, a Constituição norteia a livre iniciativa a partir de sua visão social que passa a ser valor a perseguir no exercício da

---

[27] GOMES, Rio de Janeiro, 1996, p.19.

autonomia privada econômica. Assim o disposto no artigo 170 da Constituição da República em vigor: Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Antônio Junqueira de Azevedo, comentando o princípio da função social dos contratos, ensina-nos que: *A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição ao fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte hoje do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa* [28].

Cumpre-nos, neste momento, para melhor elucidação do pensamento posto, novamente trazer à luz o artigo 421 do Código Civil de 2002, cujo teor dispõe que: a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O direito de liberdade não se mostra mais absoluto, mas traz deveres anexos, positivos e negativos, inerentes à função social que abrangem os contratantes e repercutem sobre terceiros, numa sociedade livre justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988).

Assim, a liberdade individual, que é abonada pelo ordenamento jurídico, passa a ter esta garantia limitada ao exercício do direito conforme o que melhor atenda à sociedade. O valor socialmente relevante passa a ser o legitimador da autonomia da vontade individual.

Emile Durkhein nos explica de maneira lapidar a legitimação social que hodiernamente se exige no momento em que a autonomia da vontade individual é manifestada para a formação do contrato, *in verbis*: *É verdade que as obrigações propriamente contratuais podem fazer-se e desfazer-se unicamente com o acordo das vontades. Mas não se deve esquecer que se o contrato tem o poder de ligar, é a sociedade que lhe confere este poder (...) Portanto, todo o contrato pressupõe que por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso ela só presta essa força obrigatória aos*

[28] Parecer Civil. RT-750: 1998. p.116.

contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conforme as regras do direito.[29]

Cabe neste passo trazer à lume a doutrina de Judith Martins Costa, *in verbis*: O início do séc. XX veio traçar uma nova trilha, agora em direção à funcionalização do direito subjetivo. São formuladas teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, substituindo-o por outras figuras. Entre as mais relevantes estão a de Léon Duguit, que reconstrói a ideia de direito subjetivo afirmando existirem *posições vantajosas* para certas pessoas porque garantidas pelo poder estatal, na medida em que desempenham funções dignas dessa garantia; e de Otto Von Gierke, sustentando a existência de 'limites imanentes' aos direitos decorrentes da impossibilidade da existência de direitos sem deveres. Desde então, toda a teoria do direito subjetivo está polarizada entre duas teses: a dos *limites internos* ao direito, e a dos *limites externos*. Ambas podem ser assim sintetizadas: 1. *Teoria interna*: Os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito 'nascido' com limites; logo o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito. 2. *Teoria externa:* os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre 'desvantagens' impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são opostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção [30]

O contrato deixa de ser impermeável à coletividade que o circunda. As condicionantes sociais passam a afetar o contrato gerando efeitos perante outras pessoas determinadas ou indeterminadas que não são sujeitos da relação jurídica originária. Com a função social, o princípio da relatividade dos contratos passa a sofrer ranhuras em sua construção dogmática para aceitar efeitos jurídicos não só perante as partes, mas, sobretudo, perante terceiros estranhos à relação contratual base.

Assim, o disposto no artigo 421 do Código Civil como cláusula geral da dogmática contratual, expressa o valor da solidariedade social que deve imperar nas relações jurídicas, que no caso dos contratos, deve primar por uma relação de coordenação das vontades apostas no ajustes e de colaboração entre as partes, e o elemento social, a fim de que a obrigação ajustada seja cumprida de modo mais útil,

---

[29] DURKHEIN, São Paulo, 1999. p. 89

[30] Notas sobre o princípio da função social do contrato – Disponível:**http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.** > acesso em 24.09.2012.

justo e adequado ao interesse dos indivíduos contratantes e dos terceiros que sentem a eficácia do contrato.

Constitui, portanto, a função social dos contratos uma das significativas inovações trazidas pelo novo Código Civil de 2002, cláusula geral de relevo que tem despertado a atenção dos estudiosos que buscam precisar de modo devido e através do método da concreção o seu sentido e alcance.

Limita-se a liberdade em prol do fim social dos contratos, que é ser adimplido pelos estipulantes de maneira mais eficaz para o credor, menos gravosa para o devedor e que atenda à sociedade.

Se modificados a sociedade, o tempo e o homem é inevitável que a teoria contratual também devesse se modificar, razão pela qual a aposição do adjetivo "novo" às teorias do contrato. No entanto, a adjetivação acaba por demonstrar a permanência arraigada de negação do relativismo histórico no campo jurídico e a crença num sistema jurídico oitocentista que, evidentemente, não mais pode ou deve prevalecer.

Eros Roberto Grau sustenta que as inovações vivenciadas nada mais são do que formas de preservar a intocável teoria clássica do contrato. De qualquer forma, Negreiros postula contra uma teoria clássica que busca sua legitimação em um único princípio. Se a crise do paradigma clássico não é tão clara ou unânime, reconhece a autora a indubitável crise de um paradigma único e exclusivo e, mais ainda, tendo-se em vista a necessidade do reconhecimento de que diferentes são os contratos, combate as tentativas de construção de uma teoria geral para enfrentá-los.

A boa-fé é tratada por Teresa Negreiros como assentada na cláusula geral de tutela da pessoa humana, interpretada constitucionalmente sendo: *possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica (2008, p. 117).*

Assim, a partir do modelo traçado de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à função social do contrato.

Para finalizarmos, porém, sem a pretensão de esgotamento do tema em questão, o contrato não está numa “redoma de vidro” e alheio as variantes sociais. A liberdade contratual encontra o seu limite na função social do contrato. E, nas palavras

de Cristina Tereza Gaulia[31]: *a modernidade jurídica nascida na Constituição de 1988 requer juízes que sejam criadores do Direito e livres intérpretes da lei, tendo por objetivo a busca da justiça a ser aplicada em beneficio da paz social*.

REFERENCIAS BIBLIIOGRÁFICAS:

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Parecer Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.v. 750.

BIERWAGEN, Mônica. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo.* São Paulo.

MENKE, Fabiano. *Revista do direito do consumidor,* São Paulo, RT, n. 50, 2004.RT, 1984.

RODRIGUES, Renata de Lima. As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005 . Disponível em: **<http://jus.com.br/revista/texto/6617**>. Acesso em: 24 out. 2012.

[31] A interpretação das leis principiológicas e a convicção politico-ideiológica do magistrado. *In*:**Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros** , ano 5, n.11, 2ºsem., 2001, p. 142-52.