

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcelo Fernandes Magalhães da Rocha

**CONFLITO ENTRE A ECONOMICIDADE E A ESSENCIALIDADE DOS BENS NA
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Belo Horizonte

2012

Marcelo Fernandes Magalhães da Rocha

**CONFLITO ENTRE A ECONOMICIDADE E A ESSENCIALIDADE DOS BENS NA
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima.

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R672c Rocha, Marcelo Fernandes Magalhães da
Conflito entre a economicidade e a essencialidade dos bens na função social do contrato / Marcelo Fernandes Magalhães da Rocha. Belo Horizonte, 2012. 134f.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Contratos – aspectos econômicos. 2. Contratos – Aspectos sociais. 3. Direito civil. 4. Princípio da dignidade da pessoa humana. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.44

Marcelo Fernandes Magalhães da Rocha

**CONFLITO ENTRE A ECONOMICIDADE E A ESSENCIALIDADE DOS BENS NA
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Taisa Maria Macena de Lima (Orientadora) – PUC Minas

César Augusto de Castro Fiuza – PUC Minas

Ana Carolina Brochado Teixeira – UNA

Belo Horizonte, 19 de março de 2012.

À minha mãe, pelo esforço em ajudar-me, pelos debates, por acreditar em mim e dar-me fé na minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão do presente trabalho, agradeço aos professores que conheci nestes últimos dois anos, em especial à Dra. Taisa Maria Macena de Lima pela solicitude em me orientar, ensinar e auxiliar nesta empreitada, ao Dr. Eduardo Goulart Pimenta por me proporcionar uma visão diferenciada do Direito e ao Dr. César Fiuza pela oportunidade de lecionar na Universidade Federal de Minas Gerais em 2010, o que muito contribuiu para a minha formação.

Agradeço muitíssimo à minha querida mãe, meu conforto e braço direito, responsável pela minha decisão de ingressar na carreira acadêmica e principal entusiasta desse projeto que se tornou realidade. Fica também expressa minha gratidão ao meu querido pai, meu companheiro e amigo, investidor desconfiado e, certamente, orgulhoso desta conquista. Ainda, agradeço à Laurinha, minha querida namorada, que esteve ao meu lado do início ao fim do mestrado, tornando meus dias ainda mais felizes. A vocês três, o meu amor.

Ainda, expresso minha gratidão aos colegas do escritório Carvalho Pereira, Pires, em especial à Dra. Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira por incentivar-me e conceder disponibilidade para conclusão do mestrado, bem como ao Dr. Leonardo Varella Giannetti pelos préstimos materiais e pelos debates que enriqueceram o conteúdo da dissertação.

Por fim, deixo o meu reconhecimento a todos aqueles que acompanharam meus estudos e contribuíram de alguma forma para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O Direito é instrumento de pacificação social, organizando a vida do ser humano na coletividade em que vive e adequando-se à sociedade conforme o momento histórico. O mesmo se aplica ao Direito Civil, que busca reger as relações de natureza privada entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Dotado de historicidade e continuidade, tem no Direito Romano seu marco inicial, enfraquecendo-se perante o Estado Nacional absoluto para se revalorizar diante do Estado Liberal absenteísta. Contudo, a exacerbação da liberdade confundiu-se com o individualismo, tornando necessária a intervenção estatal diante das consequências que as relações privadas acarretam em um prisma social, restando ao Código Civil a tarefa de conduzi-las, mas em necessária harmonia com a Constituição. No Brasil, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 centram-se na valorização da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundamental. Neste panorama, o estudo do contrato faz-se necessário. É por intermédio das contratações que as pessoas circulam riquezas, exercem a autonomia privada e a livre iniciativa, satisfazem suas vontades, contribuem para o desenvolvimento econômico nacional, culminando na promoção da vida digna a todos. Assim, os contratos exercem funções relevantes na sociedade. A perspectiva de investigação científica dos contratos não pode ser atomizada, mas contextualizada dentro de uma coletividade, tornando latentes suas funções econômicas e sociais por gerar consequências em um ambiente comunitário. Todavia, em um primeiro momento, pode-se questionar se a função econômica e a economicidade estão em necessária contraposição ao acesso a bens essenciais e à promoção da dignidade humana numa perspectiva de que o contrato possui funções sociais. Entretanto, a Constituição fixa que vivemos em um Estado Democrático de Direito, não havendo hierarquização principiológica e, portanto, conflito necessário, mas meramente accidental. Logo, a aplicação da norma deve se pautar em critérios de eficiência e no caso concreto, acarretando em maior e melhor adequação da decisão aos anseios do Estado, gerando o bem de todos e, repita-se, a promoção da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito Civil. Funcionalização do direito. Contrato. Função econômica. Princípios. Economicidade. Dignidade da pessoa humana.

Essencialidade. Função social do contrato.

ABSTRACT

The Law is an instrument of social peace, organizing life of the human being in the community in which it lives and adapting to the society as the historical moment. The same applies to Civil Law, which seeks to govern the relations of a private nature between individuals and legal entities of private law. Steeped in history and continuity, in Roman Law has its starting point, weakening before the absolute National State to revalue front of the Liberal State absentee. However, the exacerbation of freedom confused with individualism, making it necessary to state intervention in the face of consequences that entail private relationships in a social perspective, leaving the task to the Civil Code to conduct them, but necessary in accordance with the Constitution. In Brazil, the 1988 Constitution and the Civil Code of 2002 focus on the enhancement of human dignity, fundamental constitutional principle. Against this background, the study of the contract is necessary. It is through the contracts that people circulate wealth, have the private autonomy and freedom of private initiative, satisfy their desires, contribute to national economic development, culminating in the promotion of decent life for all. That way, the contracts exert important functions on societies. The prospect of scientific research about the contracts cannot be fragmented, but contextualized within a community, making latent their functions for generating economic and social consequences in a community setting. However, at first glance, one might question whether the economic function and economicity are on a necessary contrast to access of essential goods and the promotion of human dignity in a perspective that the contract has social functions. However, the Constitution sets out that we live in a Democratic Law State, there is no principle hierarchy and, therefore, necessary conflict, but merely accidental. Therefore, the application of the rule must be based on criteria of efficiency and the case, resulting in larger and better suited to the desires of the decision of the State, generating the good of all and, I repeat, the promotion of human dignity.

Keywords: Civil Law. Functionalization of Law. Contract. Economic function.

Principles. Economicity. Human dignity. Essentiality. Social function of the contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 FUNÇÃO DO DIREITO E ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL.....	17
3 FATOS, ATOS, NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS.....	29
4 FUNÇÕES E FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS.....	35
5 PRINCÍPIOS.....	41
6 PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ETICIDADE, OPERABILIDADE E SOCIALIDADE.....	48
7 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	54
7.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	54
7.2 Princípio da autonomia privada.....	57
7.3 Princípio da obrigatoriedade.....	61
7.4 Princípio da justiça contratual.....	63
7.5 Princípio da relatividade dos contratos.....	67
7.6 Princípio da boa-fé objetiva.....	69
8 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	74
9 PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE.....	91
10 PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE DOS BENS.....	101
11 CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE E O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	109
12 CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

O Direito Privado arrima-se em três pilares, quais sejam, o contrato, a propriedade e a família.

Na disciplina do Código Civil de 2002, a liberdade de contratar – sustentada pela autonomia privada e pela livre iniciativa – é vinculada à função social do contrato, fato novo em relação ao Código Civil de 1916. Diante de tal inovação, muito se debate acerca da melhor interpretação e compreensão da referida função social que o contrato deva desempenhar.

Atualmente, a funcionalização do direito conduz-nos a compreendê-lo não somente conforme a sua estrutura (sujeito, objeto e forma), como também naquilo que toca aos efeitos na sociedade. Não se pode conceber o contrato alheio à realidade que o cerca, muito menos descasado com os objetivos constitucionais.

Aliás, a Carta Política de 1988 contempla os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo a livre iniciativa – ainda – elencada como fundamento da ordem econômica no art. 170 da CR/1988.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 vincula a liberdade de contratar à função social do contrato, o que carreia limitação à referida liberdade e instiga a doutrina e a jurisprudência a aquilatarem o alcance do art. 421 do CC/2002, sobretudo considerando o contrato é a mola propulsora da economia.

A questão assume maior relevância quando o contrato versa sobre bens essenciais, cujo liame com a dignidade humana – também arrolada como fundamento da República (art. 1º, III da CR/1988) – resta incontestável.

Portanto, como conciliar a função econômica e a função social do contrato no Direito Civil interpretado conforme a Constituição em um panorama no qual a dignidade humana há de ser tutelada nas avenças contratuais? É justificável suplantar o princípio da economicidade pelo princípio da essencialidade em contratos que tenham por objeto bem essencial, intimamente atrelado à proteção da dignidade humana?

Descaracterizar o contrato em uma relação jurídica privada não é a alternativa adequada. Antes mesmo de ser uma criação jurídica, o contrato é fenômeno econômico. Não há contrato se não houver operação econômica, sendo

ele a veste jurídica das transações envolvendo conteúdo patrimonial ou reduzível em dinheiro.

Notória é a função econômica do contrato, que é de sua própria natureza. Todavia, por haver vinculação entre o contrato e a sociedade – afinal, aquele gera efeitos nesta –, a função social também há de ser observada, carreando limitações à liberdade de contratar no escopo de impedir que os anseios do ordenamento jurídico sejam subjugados pelas falhas de mercado, gerando desigualdades e fazendo preponderar a vontade de alguns sobre a de outros.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional fundamental, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Para que o ser humano possa viver dignamente, o desenvolvimento econômico do Estado é necessário no objetivo de lhe garantir o acesso aos escassos bens no mercado. Diante disso, faz-se imperioso investigar quais bens são mais ou menos essenciais para tanto de forma a cumprir com os fundamentos e objetivos da Constituição.

Entretanto, no Estado Democrático de Direito, a dignidade humana é princípio inserido em um discurso que também envolve outros princípios, como o da economicidade e o da essencialidade dos bens. Em razão deste panorama, o estudo do contrato levando em consideração as questões econômicas e sociais é de incontestável relevância. A aplicação, a interpretação e a compreensão da função social do contrato envolve essas questões, pelo que as linhas que seguem pretendem conduzir o interlocutor pelos meandros do ordenamento jurídico de forma a levá-lo a refletir se há conflito entre a economicidade (atinente à própria função econômica do contrato) e a essencialidade dos bens (invocada em defesa da dignidade humana) com a consagração pelo Código Civil de 2002 do princípio da função social do contrato.

Inicialmente, abordar-se-á a função do direito, realizando-se um breve giro histórico para esclarecer a evolução do Direito Civil. Após, o contrato será estudado a partir da teoria dos atos, fatos e negócios jurídicos, passando pela funcionalização do instituto, pelos princípios do Código Civil de 2002 e pela nova principiologia que rege o direito contratual, culminando com a investigação da função social do contrato, da economicidade da essencialidade dos bens, bem como a interrelação entre tais aspectos no Estado Democrático de Direito e na ordem constitucional.

Eis o desenvolvimento.

2 FUNÇÃO DO DIREITO E ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL

O tema a ser estudado nas linhas seguintes – qual seja, a função social dos contratos e a concorrência de princípios – passa pela análise da própria função do Direito, que é pressuposto indispensável para a compreensão do papel social do Direito Civil e das mudanças principiológicas pela qual passou a partir da transição do Código Civil de 1916 para o atual Código Civil de 2002.

O Direito tem o escopo de designar um conjunto de prescrições dotadas de juridicidade – ao contrário das demais regras de trato social, moral e religião – para disciplinar, organizar e conduzir a vida em sociedade, tendo tais prescrições eficácia garantida pelo Estado, uma vez que lhes confere legitimidade e obrigatoriedade.

O homem é um ser gregário, vive em comunidade. Ao longo de sua existência, constrói as mais diversas relações com seus semelhantes em um sistema de integração por estar inserido em um meio coletivo. Todavia, há certas condutas consideradas pelo seio social como prejudiciais às relações privadas e à coletividade que não de ser prevenidas ou, quando não houver possibilidade, vergastadas. É neste ambiente que nasce o Direito, visando a pacificação de tal ambiente de coexistência humana pela coerção estatal, assegurando uma razoável previsibilidade de legítimas expectativas. Um homem que vive só não precisa do Direito. Ele deve ser socialmente integrado. A sociedade é pressuposto da existência do Direito.

Caio Mário da Silva Pereira, numa tentativa de conceituação do Direito, ensina que:

Diante de todas as tentativas dos grandes pensadores, Kant, ou Von Ihering, Regelsberger ou Levy-Ullman, Kelsen ou Del Vecchio, Savigny ou Radbruch, impotentes para darem noção que se congrasse por uma receptividade pacífica, limitemo-nos a dizer que o direito é o princípio de adequação do homem à vida social. Está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está no anseio de justiça, como ideal eterno do homem; está imanente na necessidade de contenção para a coexistência. Princípio de aspiração divina para uns, princípio de submissão à regra moral para outros, princípio de que o poder público reveste de sanção e possibilita a convivência grupal, para outros ainda. Sem ele não seria possível estabelecer o comportamento na sociedade; sem esta, não haveria nem a necessidade nem a possibilidade do jurídico, já que para a vivência individual ninguém teria o poder de exigir uma limitação da atividade alheia, nem teria a necessidade de suportar uma restrição à própria conduta. (PEREIRA, 1994, p. 5).

O Direito desenha-se conforme o seu momento histórico. A cada época, mudam as perspectivas, anseios e necessidades da sociedade, ocorrendo o mesmo com o Direito Civil, que é aberto enquanto sistema e dotado de historicidade e continuidade, conforme ensina Francisco Amaral:

O direito civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas de historicidade e da continuidade. *Historicidade* no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência jurídica. *Continuidade*, pelo fato de ter-se mantido como processo constante e de certo modo uniformemente na maneira de solucionar os problemas que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orientar a gênese e a realização de suas normas. (AMARAL, 2003, p. 110).

Ainda, transcreve-se lição de Paulo Nader a respeito da importância da adaptação do objeto do direito ao seu tempo e à sua cultura:

Como objeto cultural que busca permanentemente adaptação à vida em sociedade, o Direito Positivo se acha impregnado de historicidade. Sob este aspecto dinâmico o Direito é ser transformado e transforma-se, ou seja, não permanece invariável no tempo e no espaço. Em grande parte o Direito contemporâneo compõe-se de instituições nascidas no passado e atualizadas no presente, seja por iniciativa do legislador ou por via judicial. (NADER, 2003, p. 20).

Deve-se pensar – portanto – na história e na cultura como elementos da efetiva atuação sobre as normas do Direito, até porque não se pode desprezar o fato de ter sido o atual Código Civil de 2002 pautado na dignidade da pessoa humana, a qual arrima toda a ordem constitucional e civil contemporânea e que promove uma redescoberta ou refundação do Direito Privado, atualmente voltado para a produção de postulados que valorizam a dignidade humana em substituição ao patrimonialismo outrora vigente.

O estudo do Direito Civil deve levar em conta a realidade que o fez nascer e a atual conjuntura histórica para se aquilatar a real aplicabilidade de seus institutos, com a adequação do conteúdo destes ao momento em foco para que cumpram satisfatoriamente com suas funções e objetivos.

Muito embora haja, conforme a doutrina, toda uma multiplicidade de ramos do Direito, a presente obra interessa-se pelo Direito Civil, pelo que se faz imperativa uma definição acerca de seu conteúdo. Pois bem: trata-se de ramo específico que

busca reger as relações de natureza privada entre as pessoas humanas e as pessoas jurídicas de direito privado. Conforme Francisco Amaral:

Direito civil é o conjunto de princípios e normas de direito que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. É o direito privado comum, geral ou ordinário. De modo analítico, é o direito que regula a pessoa, na sua existência e atividade, a família e o patrimônio. É direito privado porque se baseia na igualdade jurídica e no poder de autodeterminação das pessoas que intervêm nas relações jurídicas, objeto de sua disciplina, e é comum ou geral, porque suas normas aplicam-se de modo uniforme a todas essas relações, disciplinando a realidade social como um todo. (AMARAL, 2003, p. 107-108).

Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald completam, conceituando Direito Civil como “ramo do direito privado tendente a reger as relações humanas. Enfim, é o direito comum a todas as pessoas, disciplinando o seu modo de ser e de agir. É, pois, o direito da vida do homem” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 30).

Assim, regula a existência da pessoa desde o nascimento à morte, sendo seus principais institutos (como a personalidade, família, propriedade, contrato, herança e a responsabilidade civil) estáveis em comparação aos sistemas de direito público.

Anteriormente, foi exposto que o Direito Civil, em que pese a estabilidade de seus institutos, deve ser interpretado e aplicado conforme a historicidade e a continuidade. Portanto, antes de se chegar ao Direito Civil atual, importante um breve giro histórico até a promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

Conforme Francisco Amaral, o processo evolutivo do Direito Civil pode ser distinguido em quatro fases, quais sejam: a do direito romano, a do direito medieval, a do direito moderno e a do direito contemporâneo (AMARAL, 2003, p. 111).

No que toca ao direito romano, o importante a se relatar é que este deixou um legado importantíssimo à cultura ocidental. Afinal, foram os romanos que criaram os institutos mais importantes do Direito Civil, havendo eles desenvolvido a teoria da personalidade, a capacidade de direito, a teoria dos bens e os direitos reais, a teoria da posse, a teoria geral das obrigações e dos contratos e a sucessão. Também, conferiu aos cidadãos da *polis* o reconhecimento de direitos básicos com base no princípio da liberdade, o qual fundou o princípio da autonomia da vontade e da propriedade como um direito subjetivo absoluto.

No período medieval, houve inúmeros fatos históricos (queda do Império Romano e sua cisão em oriente e ocidente, invasão dos bárbaros, coexistência do direito romano e do direito germânico até sua síntese no Sacro Império Romano Germânico, surgimento dos feudos e do direito feudal, etc) que não são passíveis de análise neste momento para não causar maiores dilações. O que realmente importa para iniciar-se uma análise mais verticalizada e relevante para cumprir o escopo deste breve relato histórico é o período do absolutismo no início da fase do direito e do Estado Moderno. Aliás, Francisco Amaral afirma que

O Estado moderno surge inicialmente como Estado absoluto, vigente até fins do séc. XVIII, caracterizado pela concentração do poder real, enfraquecimento da nobreza, ascensão da burguesia, culto da razão de Estado, e pela vontade do rei como lei. (AMARAL, 2003, p. 120).

Assim, financiado pelas grandes navegações e pelo mercantilismo, fortaleceu-se o Estado Nacional absoluto. Em tal período, havia uma total ausência de separação entre o público e o privado, tendo em vista que o rei era o Estado, emanando todo o direito de sua vontade e desígnios individuais. A despeito da extrema separação entre as classes sociais em nobreza, clero e povo, todos reverenciavam a figura do chefe de Estado e da Igreja como o líder supremo e soberano.

Francisco Amaral elucida o momento histórico:

Efeito da revolução comercial e da reforma religiosa é o fortalecimento do poder real, com o surgimento do Estado-Nação e o desenvolvimento do absolutismo como forma de governo. A criação dos impérios coloniais e o desenvolvimento do mercantilismo proporcionam aos reis grande riqueza, usada na organização de exércitos e armadas. Por outro lado, a expansão dos negócios acentua a necessidade de um governo forte, tendo a classe média, no governo, a garantia para o seu desenvolvimento e bem estar. (AMARAL, 2003, p. 118).

Nesse cenário, inexistia a *summa divisio* entre o Direito Privado e o Direito Público por não haver uma separação entre o Estado e a sociedade. Os direitos concentravam-se na figura do rei, que detinha o poder de império, era o emanador do ordenamento jurídico e garantidor de seu cumprimento.

Todavia, durante os séculos XVII e XVIII, a Europa presenciou o progresso da filosofia e da ciência com a revolução intelectual iluminista, tendo esta como notáveis expressões o racionalismo e o individualismo. Tanto a razão quanto o ser-

humano ganharam maior valorização. O homem passou a ser reconhecido como sujeito singular, livre, igual e responsável por si mesmo. O intuito de se conferir aos indivíduos os ideais de liberdade e igualdade levou a sociedade à repulsa do sistema político absolutista e das classes sociais em flagrante estagnação.

Tendo como antecedentes a Bill of Rights inglesa de 1689, a Declaração de Direitos de Virgínia norte-americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nasce um novo momento para o Direito a partir da Revolução Francesa, com a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal ou – como também reconhecido – Estado de Direito em razão das seguintes características: império da lei, divisão dos poderes, generalidade e abstração das regras jurídicas, crença na completude e na neutralidade do ordenamento jurídico, concepção do homem como um abstrato sujeito de direito e a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado.

O Estado Liberal – por intermédio do Código Civil – garantia ao homem a qualidade de sujeito de direito, consagrando os princípios da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada. Ao Estado Nacional livre do absolutismo cabia a manutenção da segurança e da ordem, com seu campo de influência reduzido a determinar sua estrutura e a regular sua relação com os cidadãos.

Diante da vertiginosa redução da intervenção estatal sobre o indivíduo, houve uma profunda divisão entre os interesses privados e interesses estatais. É neste cenário em que se presencia uma revolução na sistematização do Direito daquela época: (re)estabelece-se uma nítida separação entre Estado e sociedade.

Enquanto a Constituição despontava como o principal diploma do Direito Público, o Código Civil tornava-se a basilar representação do Direito Privado.

Novamente, recorre-se aos ensinamentos de Francisco Amaral:

Conjugam-se, assim, os códigos civis e as constituições, criando uma nova organização jurídica da sociedade, e realizando o espírito da época, o “individualismo jurídico próprio do pensamento liberal”, que se exprime na divisão do direito em público e privado, na garantia da liberdade dos indivíduos, e na concepção da centralidade do direito em face da política e da filosofia. (AMARAL, 2003, p. 124).

Neste contexto, com a elevação das Constituições escritas como o principal diploma do Direito Público, estas passaram a enunciar direitos e garantias fundamentais para tutelar o indivíduo contra a interferência do poder soberano

Estatual e renovando o pacto social entre o Estado e o povo, o qual passa a ser o titular do poder político.

Em seguida, é promulgado o Código Civil de Napoleão em 1804, lançando as bases do individualismo e do liberalismo, tendo como marco a ideia de igualdade formal entre os sujeitos, desprezando a visão do período absolutista anterior em que havia uma separação social de castas. Os Códigos Civis e as Constituições passam a coexistir paralelamente.

No tocante a tal momento histórico, Kildare Gonçalves Carvalho caracteriza o comportamento do Estado:

A lei é o limite da ação do poder, expressão da vontade geral. São reconhecidos os direitos fundamentais para todos os indivíduos. O princípio da separação dos Poderes é também inerente a concepção de Estado Constitucional, como limitador do poder político que deixa de ser absoluto. No plano econômico, o Estado se caracteriza pelo absentéismo; é capitalista e burguês: não há a interferência do poder político no domínio econômico, onde se garante a propriedade privada e se valoriza a liberdade, que se torna absoluta [...]. (CARVALHO, 2004, p. 41).

Todavia, a conduta absentéista do Estado somada ao individualismo exacerbado acarretou em grande desigualdade social. A igualdade formal e a plena liberdade não garantiram o sucesso econômico do capitalismo de forma a equilibrar o mercado que se autorregularia, como pensava Adam Smith com o argumento da suposta mão invisível, antagônica à intervenção do Estado na economia.

Assim, a extrema desigualdade material – decorrente da escassa regulação de direitos e da concentração de capital nas mãos de uma minoria com poder de barganha tiranamente desproporcional em relação à grande maioria de proletários urbanos – e a ganância individual própria do capitalismo arquitetaram um panorama em que a sociedade se insurgiu buscando melhores condições sociais.

Daí então, impulsionados pela massiva urbanização e concentração do proletariado para contrapor os efeitos do capitalismo sem quaisquer amarras percebido na Revolução Industrial, movimentos operários como o cartismo, ludismo e as *trade unions* sobrelevaram questões de cunho social anteriormente cobertas pelo véu do liberalismo econômico, notadamente no que tocava às condições sub-humanas de trabalho. Fez-se necessária a intervenção estatal nos domínios sociais e econômicos, fragilizando os ideais do Estado Liberal. Transcrevendo Kildare Gonçalves Carvalho:

A intervenção do Estado nos domínios social e econômico, em ambiente político onde têm significação especial a doutrina social da Igreja e a radicalização da ideologia marxista como resposta às questões sociais do entre-guerras, acarretou a crise do Estado Liberal, que se revelou insuficiente para o atendimento das reivindicações sociais dos trabalhadores. O Estado absenteísta torna-se, então, atuante. De árbitro transforma-se em agente criador de serviços, mediante a prestação de inúmeras atividades sociais. (CARVALHO, 2004, p. 41).

Completa-se o raciocínio acima acerca do Estado Intervencionista com lição de Mozart Víctor Russomano:

Nesse quadro, rapidamente esboçado, os discípulos do liberalismo recuaram: abandonaram a idéia do Estado liberal puro e admitiram que ele, sem deixar de ser democrático, pode e deve intervir, não apenas na organização, mas, igualmente, na direção do processo econômico-social. E isso, em última análise, significa que o reconhecimento do papel intervencionista do Estado é, modernamente, o ponto de encontro de todas as doutrinas, as quais, por estradas diversas, mas convergentes, nele vêm o garantidor da ordem, do êxito nacional, do progresso e da paz interna. (RUSSOMANO, 1944, p. 15).

O Estado passa a se interessar sobre as consequências que as relações privadas acarretam em um prisma social. Por intermédio da Constituição, passa a regular a liberdade privada no escopo de reequilibrar as forças entre os vários sujeitos sociais, conforme suas disparidades.

A Constituição, portanto, deixa de ser diploma meramente arraigado ao Direito Público, passando a caminhar em harmonia ao Código Civil e a interferir diretamente nas relações privadas. Exemplo disso é o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetz Buch – BGB*) de 1900 e a Constituição de Weimar de 1919, consentes em atingir uma igualdade material.

Resumindo com muita propriedade a transição do Estado Liberal para o Estado Social, Francisco Amaral disserta:

O Estado liberal, Estado burguês ou Estado de Direito, assim conhecido porque submetido ao ordenamento jurídico por ele próprio elaborado, caracterizava-se pela separação dos poderes, pela limitação do poder político, pela garantia dos direitos individuais, pela distinção do direito público/privado e pela abstração e generalidade das normas respectivas. Sua função básica era garantir os direitos, principalmente a liberdade e a propriedade. Com a intervenção crescente do poder público na economia e no trabalho, reconhecendo o direito dos trabalhadores, protegendo a família, instituindo a previdência na matéria até então reservada à iniciativa individual, o Estado de Direito transforma-se em Estado social, tão bem estruturado na Constituição de Weimar, caracterizando-se pela prioridade

concedida à justiça social, pela supremacia da segurança coletiva sobre a individual e pela importância dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos.

Com o advento do Estado social ou intervencionista, o individualismo típico e fundamental do direito privado, expresso nos códigos civis francês e alemão, entra em crise, como resultado da contradição entre os ideais jurídicos da burguesia e o anseio da justiça das classes menos favorecidas. O valor da liberdade supera-se com o ideal da socialização e da presença do Estado na economia. (AMARAL, 2003, p. 152).

Feito o relato histórico referente ao Direito na Europa, passa-se a se ocupar da situação no Direito brasileiro.

No Brasil, o primeiro Código Civil surgiu apenas em 1916. Até a sua promulgação, as Ordenações Filipinas – legislação portuguesa do século XV – continuaram a vigor no território brasileiro, muito em razão de o regime escravocrata haver perdurado durante quase todo o século XIX.

Flávia Lages de Castro elucidada:

Os Códigos Civis que foram feitos após o Código Civil Napoleônico – portanto os que merecem este nome – tratavam de direitos e deveres de Cidadãos, igualando-os todos, logo Código Civil são leis para o cidadão no tocante a direitos e obrigações de indivíduos com *status* – e tudo que advém deste. Como definir cidadão em um país com uma maioria esmagadora de escravos como era no Império?

Para a elaboração de um Código Civil é necessário, antes de mais nada, haver uma definição clara de quem são os cidadãos e, assim que definidos devem contar com a proteção do Código com um todo, já que é, no mínimo, estranho, que um indivíduo possa ser parcialmente cidadão. Mas a excentricidade do “meio cidadão” existiu de fato no Brasil sem Código Civil e, portanto, sem parâmetros de cidadania. (CASTRO, 2008, p. 434).

Todavia, na segunda metade do século XIX, houve compilações sistemáticas de leis lideradas por Teixeira de Freitas no escopo de se disciplinar o Direito Civil brasileiro daquela época. Ao que tudo indicava, seria dele a empreitada de se escrever o Código Civil – tanto é que elaborou e publicou o “Esboço do Código Civil” –, mas abandonou o mister alegando incompatibilidade entre suas concepções jurídicas e a do governo imperial.

A contratação de Clóvis Beviláqua para a redação do Código Civil de 1916 se deu no governo de Campos Sales, já após a proclamação da República.

O projeto do Código ficou pronto em 1890, mas a tramitação no Senado foi trabalhosa. Somente em 1912 a discussão foi retomada e, com algumas emendas propostas por Rui Barbosa, o projeto foi aprovado em 26 de dezembro de 1915, sendo sancionado e promulgado com a Lei nº 3.071 de 1916.

O Código Civil de 1916 – tido à época como a “Constituição do Direito Privado” – traduzia os valores liberais, individualistas e patrimonialistas do fim do século XIX e início do século XX, refletindo as concepções da classe dominante detentora dos poderes político e social do início do período republicano. Além disso, conforme Francisco Amaral, o referido Código Civil também

consagrava os princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo”. (AMARAL, 2003, p. 132).

Dessa forma, havia pouca intervenção estatal sobre as obrigações e contratos por entender os legisladores que o Direito Privado não deveria sofrer intervenções estatais.

Ocorre que, diante das transformações metajurídicas pelas quais a sociedade brasileira passou no início do século XX, houve a necessidade de se revisar o Código Civil de 1916 – que, na realidade, teve sua estrutura construída no fim do século XIX. Em 1967, nomeou-se comissão para a elaboração de um novo Código Civil coordenada por Miguel Reale, sendo apresentado um anteprojeto em 1972 no intuito de se manter as disposições do Estatuto Civil da época naquilo que fosse possível. Em 1984, foi publicada a redação do Projeto de Lei nº 634-B/1975 no Diário do Congresso Nacional. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o projeto passou por várias alterações para se adaptar ao novo diploma constitucional.

Dessa forma, a partir de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro realizou uma profunda interpenetração do Direito Público e do Direito Privado, redefinindo seus espaços em obediência aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da igualdade substancial, da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, visando a promoção do bem de todos.

Assim, do movimento iniciado em 1967 no auge da ditadura militar e baseado na Lei Civil de 1916 insculpida em uma realidade liberal, surgiu o Código Civil de 2002 com inovações trazidas – na realidade – pela Constituição da República de 1988. Conforme lição de Cristiano Chaves de Farias, o atual Código Civil

nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem. Tome-se por exemplo o Livro do Direito de Família que desconhece o DNA e suas importantes influências na determinação da filiação, a pluralidade dos modelos familiares e o avanço da biotecnologia, dentre outros graves equívocos e omissões. Outrossim, 'é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão sendo tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outuro de 1988', como desfecha com mestria o genial Gustavo Tepedino (Revista Trimestral de Direito Civil 7: VI). Vale o exemplo de anulação de casamento com base no anterior defloramento da mulher – logicamente ignorado pelo marido – que já não tinha qualquer cabimento desde a CF/88 e tão invocado pelos defensores do Código Civil como grande e exuberante novidade... (FARIAS, 2002).

Hodiernamente, encontram-se em vigor no Brasil a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, buscando unir o público e o privado de forma a diminuir o foco que antes os separava. O Direito Privado deixa de ser visto apartadamente do Direito Público: ambos passam a ser instrumentos que regulam a vida das pessoas em suas relações intersubjetivas e com o próprio poder soberano estatal.

É cediço que em um determinado ponto da história a sociedade precisou fazer uma cisão forte entre as normas de Direito Público e as normas de Direito Privado, visando aniquilar os privilégios feudais e garantir a liberdade, a igualdade e a propriedade aos cidadãos iguais. Entretanto, na contemporaneidade, a aproximação entre ambos é imperiosa a fim de manter uma sociedade livre, justa e solidária.

Diante da promulgação da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de 2002, o Direito Civil brasileiro – bem como o ordenamento jurídico pátrio como um todo – passa a ser interpretado conforme a Constituição, sofrendo o sopro do vento de novos valores que rompem a interpretação dos princípios clássicos do Código Civil de 1916 e sua aplicação aos sujeitos das relações eminentemente privadas. O foco de aplicação da norma é mudado a fim de se atingir a dignidade da pessoa humana.

Sobre tal alteração ideológica do Direito Civil atual, traz-se à baila ensinamento de Luiz Edson Fachin:

Da eliminação e das fronteiras arquitetadas pelo sistema privado clássico abre-se o Direito Civil contemporâneo.

Do estágio de direitos absolutos, individualistas e perpétuos, migra para a sua conformação contemporânea, o modelo de família num reconhecimento plural de entidades familiares, do contrato e da propriedade funcionalizados, mudanças que repercutem nos direitos e deveres que os diversos sujeitos apresentam. (FACHIN, 2000, p. 328).

Os ares constitucionais – portanto – passam a afeiçoar a seara civil de modo formal e material. Formalmente, a partir da introdução de normas tipicamente civilísticas no texto constitucional vigente, tal como se vê no instituto da usucapião (artigos 183 e 191 da CR/1988), na previsão ampla da responsabilidade civil pelo dano moral, dever antes limitado pela doutrina e pela jurisprudência anterior ao ano de 1988 (artigo 5º, incisos V e X, da CR/1988) e pelas regras inerentes à família, descritas no artigo 226 e seus parágrafos da Constituição da República de 1988.

Materialmente, a Constituição passa a traçar valores e princípios que servem de guia às regras civis, deslocando institutos antes amalgamados no Código Civil para a Constituição da República, como a família, a propriedade, a responsabilidade civil e os contratos. Muda-se, portanto, o referencial antes situado no estatuto civil como o principal instrumento jurídico do cidadão para a Constituição que passa a cumprir o papel de referencial do Direito positivo contemporâneo.

O caráter material da constitucionalização do Direito Privado é sentido sobremaneira nos contratos que sofreram o influxo de novos valores. Neste passo, faz-se mister a doutrina de Luis Renato Ferreira da Silva:

Sob o ângulo formal, não haveria muito o que se falar de constitucionalização quanto ao direito dos contratos. É que o texto constitucional brasileiro não editou regras estruturando ou modificando as regras civis do direito dos contratos. Entretanto, sob o ponto de vista material, certamente as afirmações da Carta Constitucional abrangem e alteram significativamente as regras postas do direito contratual. Esta evolução, que já vinha sendo, timidamente, desenvolvida pela jurisprudência, acaba por encontrar ressonância nos três princípios basilares que estruturam a teoria geral dos contratos no Novo Código. Por isso, insista-se na ideia de que a fonte primária do Direito Civil – e de todo o ordenamento jurídico – é a Constituição da República, que, com os seus princípios e as suas normas, confere uma nova feição à Ciência civilista. (SILVA, 2006, p. 129).

Completa-se o raciocínio acima com lição de Néelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, dissertando sobre o Direito Civil interpretado conforme a Constituição:

Um direito poroso, aberto, sensível aos avanços que a tecnologia e a capacidade intelectual do homem impuserem e eficaz para regular os novos conflitos que se descortinam. Este o Direito Civil contemporâneo, forjado na legalidade constitucional, com o propósito de se moldar a cada tempo e lugar, na busca da garantia da dignidade do homem – por quem e para quem foi criado. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 31).

A interpretação do Direito Civil conforme a Constituição abala o limite separativo entre o Direito Público e o Direito Privado, fortalecendo o ideal de unidade e interdisciplinariedade jurídica a partir de pontos comuns de contato entre os dois conjuntos da *summa divisio*, tendo em mira a preservação dos fundamentos, princípios e objetivos norteadores da República.

Ao decorrer deste estudo, será dada atenção aos princípios próprios do Direito contratual, podendo-se notar a mudança de norte em suas interpretações após a promulgação da Constituição de 1988. A pretensão inicial era a de demonstrar a necessidade de interpretar os institutos civis à luz do ordenamento constitucional e do momento histórico em que elaborado o presente trabalho. Passa-se agora à indispensável compreensão do conceito de contrato, repassando brevemente a teoria dos atos, fatos e negócios jurídicos.

3 FATOS, ATOS, NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS

Antes de se posicionar acerca dos contratos, imperiosa é a abordagem – por mais perfunctória que seja – dos fenômenos, ações ou relações com relevância para o Direito. Noutras palavras, não se pode desconsiderar a teoria dos fatos, atos e negócios jurídicos.

O mundo tangível se realiza pelos fatos que o descrevem. É por uma série de acontecimentos que se desenvolvem no meio físico que se cria um universo passível de investigação científica.

“Ciência” é o conjunto de conhecimentos socialmente apreendidos ou produzidos ao longo do tempo, dotados de universalidade, objetividade e estruturados com métodos, teorias e linguagens próprias, visando compreender e orientar a natureza e as atividades humanas.

Portanto, no universo até então conhecido pela ciência, há fenômenos advindos da natureza, descritos e regulados pelas ciências biológicas – como a medicina e a biologia – e pelas ciências exatas (física e química, por exemplo). Todavia, há acontecimentos envolvendo seres humanos e suas condutas em sociedade que também são sujeitos à regulação e descrição científica.

O Direito é uma ciência social aplicável: disciplina as condutas das pessoas, jurídicas ou naturais, em uma sociedade por forma de lei, aplicando um conjunto de conhecimentos almejando a utilização de métodos e princípios próprios para a definição e regulação das condutas dos seres humanos que vivem em sociedade.

Entretanto, não é somente o comportamento humano que importa ao Direito, mas fatos naturais também podem ter relevância jurídica. Dessa forma, quando juridicamente relevantes, criando, modificando ou extinguindo relações ou situações jurídicas, os fatos – humanos ou naturais – são classificados como fatos jurídicos. Aliás, “fato jurídico é, pois, todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas” (FIUZA, 2004, p. 188).

A título de exemplificação, a notícia de que houve uma eventual chuva no deserto é um fato isolado, sem qualquer importância para o Direito; é um fato natural e não jurídico. Entretanto, há fatos naturais que têm uma enorme relevância jurídica, como o nascimento e a morte do ser humano. Afinal, pela teoria natalista, o Homem passa a ser pessoa a partir do nascimento com vida, adquirindo personalidade e

tornando-se sujeito de direitos. No que toca à morte, há o debate da comoriência para fins sucessórios. O nascimento e a morte do seres humanos são – indene de dúvidas – fatos jurídicos e naturais.

Da mesma forma, há fatos decorrentes de ações humanas que podem ser jurídicos ou não. A simples situação em que pessoas se abraçam ou conversam assuntos do cotidiano não gera (em regra) repercussões no Direito, sendo, portanto, fatos humanos e não jurídicos. Ao contrário, há uma gama imensurável de fatos causados por ações humanas com relevância para o Direito, como uma declaração unilateral de vontade, uma negociação entre pessoas no escopo de firmar um contrato ou desfazê-lo, a compra de um salgado na cantina ou de um apartamento no mercado imobiliário, o casamento, a união estável, a reparação civil por um ato ilícito, etc.

Quando se trata de fatos advindos de ações humanas, positivas ou negativas e com relevância jurídica, chega-se ao conceito de ato jurídico. O ato jurídico é o fato jurídico humano voltado a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Por fim, em uma amplitude menor que a do ato jurídico, chega-se ao cotejo do negócio jurídico.

No Código Civil de 1916, o negócio jurídico era definido no art. 81, sem, contudo, esta denominação. Pela redação do referido artigo, negócio jurídico era “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

Ao contrário dos atos jurídicos em sentido estrito, cujos efeitos jurídicos advêm mais da Lei do que da vontade da pessoa, os negócios jurídicos são abalizados pela autonomia privada do agente de conseguir os efeitos desejados com a realização do referido negócio, suprimindo seus legítimos interesses de criar, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. “Quando o homem usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico” (VENOSA, 2005, p. 391).

Caio Mário assevera nas primeiras linhas de sua obra sobre contratos:

Ao tratarmos do negócio jurídico (nº 82, vol. I), vimos que sua noção primária assenta na idéia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido.

Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição de um negócio jurídico bilateral (nº 85, vol. I). Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se *ajustam*, num dado momento. (PEREIRA, 2005, p. 7).

Importante salientar que a lição do professor Caio Mário ora transcrita demonstra a possibilidade de um negócio jurídico ser unilateral ou bilateral, dando a esta última classificação a necessidade de haver manifestações de vontade do mesmo gênero e em coincidência para a bilateralidade do negócio jurídico.

Entretanto, há doutrina em sentido diverso, em que se classifica os negócios jurídicos bilaterais como um ato que demanda – ao menos – duas declarações de vontade conflitantes. “A compra e venda exemplifica bem a questão, pois enquanto um quer comprar, o outro quer vender. A vontade de um é contrária à do outro” (FIUZA, 2004, p. 200).

Impende ressaltar que, quanto à classificação dos negócios jurídicos e dos contratos, a unilateralidade/bilateralidade/plurilateralidade possui paradigmas diversos. Nos negócios jurídicos, toma-se como parâmetro a manifestação de vontades; nos contratos, leva-se em conta as obrigações das partes.

Ainda nesse cerne, César Fiuza classifica os negócios jurídicos como plurilaterais, exigindo duas ou mais declarações de vontade, mas convergentes a um mesmo fim, como no contrato de sociedade e no casamento.

De qualquer maneira, fica claro que há nos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais a emissão de duas vontades, sejam elas conflitantes ou não, mas em consenso, visando a criação, o resguardo, a transferência, a modificação ou a extinção de relações jurídicas.

A partir daí que se inicia a estruturação do conceito de contrato a que se propõe este estudo. Dentre os requisitos subjetivos de existência e validade dos contratos, além da capacidade, encontram-se a pluralidade de partes e o consentimento. Portanto, sem haver a emissão de duas vontades livres por sujeitos de direito capazes, o contrato não existe e não é válido.

E com tais requisitos de validade e existência dos contratos se confundem os dos negócios jurídicos bilaterais. Afinal, contratos são negócios jurídicos bilaterais e, segundo Sílvio de Salvo Venosa, “as verdadeiras regras gerais do direito contratual

são as mesmas para todos os negócios jurídicos e estão situadas na parte geral, que ordena a real teoria geral dos negócios jurídicos” (VENOSA, 2005, p. 391). Continuando a citar o escólio de Caio Mário:

Aqui é que se situa a noção estrita de *contrato*. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. (PEREIRA, 2005, p. 7).

Segundo Orlando Gomes, contrato é “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam” (GOMES, 1996, p. 10). Por sua vez, Silvio Rodrigues assevera: “contrato é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (RODRIGUES, 2003, p. 5). Para Washington de Barros, é “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (MONTEIRO, 2003, p. 5). Por fim, Giselda Hironaka afirma que o contrato é “o ajuste ou o acordo, quer dizer, é a manifestação casada de duas ou mais vontades, tendo em vista a produção de efeitos jurídicos” (HIRONAKA, 2000, p. 86).

Considerando a autonomia da vontade, a propriedade e a família os três pilares tradicionais do Direito Civil (FIUZA, 2004, p. 88), o contrato tem extrema importância para a economia das sociedades capitalistas, pois é por intermédio deles que os indivíduos exercem sua autonomia e emitem suas vontades de transferir propriedades e de prestar/tomar serviços.

Com isso, os contratos são fonte de obrigações: as pessoas assumem obrigações patrimoniais umas perante as outras, criando-se um dever jurídico entre os sujeitos, mas sempre revestidas de caráter material e reduzíveis em dinheiro.

Afinal, dentre as funções do contrato, está a função econômica. César Fiuza explica:

A função econômica dos contratos é variada. Os contratos auxiliam no processo de circulação da riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica; desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular as

riquezas, mas ajudam a distribuir a renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades. (FIUZA, 2004, p. 365).

Ademais, a economicidade (além de possibilidade do objeto e sua determinação) é requisito objetivo de existência e validade do contrato. Aliás, o Código Civil italiano demonstra claramente que o contrato deve ter repercussões patrimoniais, conforme redação do art. 1.321, que estipula ser o contrato um o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial entre elas.

Até o presente momento, definiu-se que os contratos são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais com o objetivo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de caráter patrimonial.

Darcy Bessone afirma que contrato é “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial” (BESSONE, 1960, p. 17). Para Limongi França, é “o ato jurídico por força do qual duas ou mais pessoas convencionam entre si a constituição, modificação, ou extinção de um vínculo jurídico, de natureza patrimonial” (FRANÇA, 1996, p. 714). Álvaro Villaça de Azevedo ensina que contrato é uma “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial” (AZEVEDO, 2002, p. 21).

Ocorre que, como o negócio jurídico está entre as espécies de ato jurídico em sentido amplo, ele se diferencia dos negócios jurídicos em sentido estrito e dos atos ilícitos, sendo estes últimos aqueles contrários ao Direito. Portanto, os negócios jurídicos são caracterizados pela licitude de seu objeto, possíveis jurídica e materialmente.

Assim, os contratos devem ser firmados em conformidade com a ordem jurídica, observados os princípios jurídicos e as normas legais, sob pena de invalidade, revisão ou extinção do acordo e das obrigações dele decorrentes.

Maria Helena Diniz ensina que

o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2003, p. 25).

Para Flávio Tartuce, corroborando tudo desenvolvido acima,

trata-se de um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana, que pretende um objetivo de cunho patrimonial; constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não contrariando o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. (TARTUCE, 2005, p. 26).

Após vários conceitos de contrato, ressalta-se que o objeto de estudo neste trabalho são os contratos regulados pelo Direito Privado que não sejam atinentes à matéria trabalhista. Portanto, tratar-se-á de avenças celebradas por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sob o regime civil-empresarial.

César Fiuza conceitua contrato como

todo acordo de vontades entre pessoas de Direito Privado que, em função de suas necessidades, criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres de caráter patrimonial, no dinamismo de uma relação jurídica. (FIUZA, 2004, p. 360).

Feitas as explanações até este momento, passa-se a uma definição que se pôde construir a partir dos conceitos apresentados, qual seja: contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, celebrado entre pessoas de Direito Privado no escopo de criar, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir relações jurídicas e direitos de caráter patrimonial em razão das necessidades movidas pela vontade das partes, livremente acordadas no dinamismo de uma relação jurídica lícita, não contrariando o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

4 FUNÇÕES E FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Conforme explanado, os contratos são fonte de obrigações de conteúdo patrimonial, sendo manifestação privada das partes contratantes que devem observar os ditames do ordenamento jurídico, a boa-fé, a função social e econômica e os bons costumes. Portanto, não é mero instrumento da vontade individual das partes, mas veículo de coordenação de interesses privados com efeitos internos e externos à relação jurídica em si.

Diante de tal conjuntura, os contratos exercem papéis na comunidade, não podendo ser analisados isoladamente de todas as consequências que acarretam. Afinal, conforme já trabalhado alhures, é um grave equívoco aceitar e compreender um instituto do Direito Civil tal como o contrato somente em sua concepção clássica, isolado da realidade fática presente.

No estágio atual do Direito Civil em que se aborda uma suposta “crise”¹ das instituições privadas, o paradigma clássico de contratação – pactuada de forma atomizada entre pessoas que discutiam livremente as cláusulas contratuais arrimadas na vontade como razão para contratar – sofre uma revolução que afeta a principiologia que rege o Direito Contratual. Os ideais do liberalismo calcados na igualdade, liberdade formal e propriedade privada, refletidos na doutrina clássica dos contratos pela autonomia da vontade, na obrigatoriedade e na relatividade dos efeitos da contratação não mais são legítimos – por si só – para abalizar os fundamentos de vinculatividade dos pactos contratuais. Conforme Fiuza (2004, p. 90), em uma teoria preceptiva, o contrato passou a ser concebido em termos econômicos e sociais porque interessa à sociedade a sua tutela diante das próprias consequências econômicas e sociais decorrentes de seu cumprimento/descumprimento.

¹ Entendemos que o termo “crise”, frequentemente utilizado, não é o mais apropriado. Na realidade, não se trata de crise, mas de releitura do paradigma clássico liberal, relativizado por novos costumes negociais, como as condições gerais oferecidas unilateralmente por uma das partes de forma à dar celeridade à contratação, os vínculos forçosos com o setor público, contratos de colaboração e larga duração, contratação por meios eletrônicos, interação entre contratos civis e empresariais e o protecionismo de hipossuficientes. O modelo contratual é um produto cultural historicamente relativo, sendo que, à época do liberalismo clássico, não se observava situações peculiares como a dos consumidores, não se compreendia a relação jurídica como dinâmica e as regras contratuais eram bastante materializadas, sendo o contrato examinado sem a consciência de suas repercussões em uma comunidade. Acerca do explanado, remete-se o leitor às lições de LORENZETTI (2004, p. 7-14).

Enzo Roppo defende que o conceito de contrato não pode ser dado sem que haja uma observação do contexto em que está inserido. Conforme seus ensinamentos:

Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade económico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de <<contrato>> (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico). (ROPPO, 2009, p. 7-8).

O contrato, assim como outros institutos do Direito Civil, passa a se funcionalizar, ficando não somente restrito a sua mera estrutura jurídica (sujeito, objeto e forma), mas com relevante destaque às consequências que promove em um ambiente comunitário. Como toda relação jurídica intersubjetiva se vincula a valores sociais estabelecidos pelo ordenamento na Constituição da República e no Código Civil, os legítimos interesses individuais devem ser tutelados na medida em que interesses socialmente relevantes venham a ser igualmente protegidos.

Assim, além de ser mera veste jurídica das operações econômicas, os contratos passaram a cumprir um papel na comunidade. Tal fenômeno é denominado pela doutrina de funcionalização.

Luis Renato Ferreira da Silva descreve com propriedade a funcionalização do direito, indicando-nos que:

A idéia de função está presente no direito, no plano da compreensão global, quando se pensa em que o conjunto de regras positivas deve ter um tipo de finalidade e buscar alcançar certos objetivos. Neste sentido, fala-se em função promocional do direito, pois no Estado social, o legislador emprega técnicas de encorajamento, mais do que as tradicionais regras de desencorajamento. Por outro lado, pode-se ver tal noção vinculada a algum ou a alguns institutos jurídicos específicos. Neste sentido é que se fala em função social da propriedade ou função social do contrato.

Ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função social. Mais do que um poder atribuído ao titular (no sentido de direito subjetivo atributivo de faculdades) está-se falando de um poder-dever, ou seja, uma faculdade que está umbilicalmente ligada ao cumprimento do fim por conta do qual é aceita no direito. (SILVA, 2006, p. 129).

Segundo Francisco Amaral, funcionalização é a conexão da teoria estrutural do direito com a teoria funcional e o estudo sociológico, visando o cotejo de qual papel um princípio, norma ou instituto desempenha em um sistema jurídico. “Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final” (AMARAL, 2003, p. 366).

Teresa Negreiros (2006, p. 209-211), dissertando sobre a função social e a funcionalização, defende os institutos do Direito Civil interpretados conforme a Constituição – em especial o contrato – como instrumentos de realização do projeto constitucional, não sendo contrários aos direitos subjetivos, bem como não se apresentando como mera limitação externa de tais direitos. Cabe a transcrição de seu escólio:

Tal abordagem assim circunscrita não significa, contudo, ignorar-se o perfil intrinsecamente social do contrato, assim como das situações jurídicas em geral. Vale dizer: a função social, muito além de ser mais um princípio, com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um “instrumento de realização do projeto constitucional”. Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente. (NEGREIROS, 2006, p. 209-211).

Nélson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias arrematam a lição acima, asseverando que a funcionalização do direito e o reconhecimento da função social dos institutos do Direito Civil atuam como limite interno e positivo, com o ordenamento jurídico conferindo legitimidade ao poder de agir concedido à pessoa desde que não lesadas as legítimas expectativas que lhe rodeiam – ou seja, desde que realizada uma finalidade social e as exigências do bem comum (conforme o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, anteriormente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil):

Todo poder é concedido para a satisfação de um dever. Isto explica a recorrente utilização das expressões “poder-dever” e “direito-função”. Há uma relação de complementaridade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social. Quer dizer, a função social não é um limite externo e negativo (restritivo) ao direito subjetivo. Pelo contrário, trata-se de limite interno e positivo. Interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo. (CHAVES; ROSENVALD, 2010, p. 23).

Conforme Fiuza (2004, p. 365-366), são três as funções dos contratos, quais sejam: a função econômica, a função pedagógica e a função social.

A função pedagógica faz alusão ao contrato como um meio de civilização, de forma a aproximar as pessoas a pactuar e estabelecer direitos e deveres entre si, servindo-se de maquete do ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico estabelece as regras de conduta nas mais variadas relações intersubjetivas, assim como os contratos. Todos sabem que possuem o dever de pagar pelo recebimento de um serviço prestado em razão de uma contratação realizada, sob o primado da Justiça. Segundo Fiuza (2004, p. 366), “por meio dos contratos, as pessoas aprendem a lutar pelo Direito como um todo, de vez que, lutando por seus direitos contratuais, adquirem a visão necessária do funcionamento do ordenamento jurídico”.

A função econômica é ainda mais latente. A economicidade (ao lado da determinação e da possibilidade jurídica e material do objeto) é requisito objetivo dos contratos, que são fonte de obrigações. Estas, por sua vez, decorrem de vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável.

Certamente, as obrigações podem ser de cunho moral ou material, tanto é que o ordenamento jurídico brasileiro diz que o ilícito civil que transgrida essas modalidades de obrigações são passíveis de sanção jurídica indenizatória para se reparar o dano. Em contrapartida, a prestação deve economicamente apreciável.

Indiscutivelmente, a indenização por danos morais pode ser reduzida a dinheiro, compensando a transgressão à honra de outrem através de acréscimo ao patrimônio do lesado em pecúnia. Assim, a prestação devida é econômica, mesmo sendo moral o interesse transgredido que ensejou obrigação.

César Fiuza elucida:

Ora, se toda prestação pode ser adimplida, mesmo aquelas morais, sendo-lhes dado valor em dinheiro, é sinal de que têm fundo econômico, equivalente patrimonial. Evidentemente que quando a Constituição Federal (art. 5º, V) ou o Código Civil (art. 186) dizem serem indenizáveis todos os danos causados por uma pessoa à outra, mesmo os puramente morais, não está preconizando não existirem obrigações cuja fonte não seja econômica. Sem dúvida alguma, é totalmente diferente o dano advindo de acidente de trânsito daquele oriundo de calúnia ou difamação. Este tem origem não econômica, não se discute. Mas, uma vez que seja indenizável, adquire caráter patrimonial. Caso contrário, nem se poderia falar em compensação por danos morais. (FIUZA, 2004, p. 277).

Ademais, Enzo Roppo afirma com clareza, citando o já referido art. 1.321 do Código Civil italiano, ser a operação econômica pressuposto para a existência do contrato:

Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*. Isto resulta claramente do próprio código civil, que no art. 1321.º, em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica como todo o <<acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial>>: a especificação introduzida com o adjectivo <<patrimonial>> vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico. (ROPPO, 2009, p. 11).

Portanto, indiscutível a função econômica do contrato, já reconhecida – inclusive – na doutrina liberal do direito contratual.

Segue-se, portanto, a outra função dos contratos: a função social. Segundo César Fiuza, a função social é a síntese das duas funções anteriores, visando promover a dignidade humana por suas consequências econômicas e pedagógicas. Assim, o contrato é

meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem a dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. (FIUZA, 2004, p. 366).

Adiante, a função social do contrato merecerá maior aprofundamento, levando-se em conta seu *status* de novel princípio do direito contratual e de objeto deste estudo. Entretanto, no que toca às funções econômica e social dos contratos, deve-se deixar claro, desde o presente momento, que ambas são complementares

e, se há conflito entre ambas as funções do mesmo instituto, esta se dá de maneira meramente acidental.

A função social do contrato integra, ao lado da autonomia privada, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato (ou justiça contratual) os quatro princípios fundamentais do direito contratual, devendo eles se harmonizar de forma a tutelar os interesses individuais e coletivos, sem prejuízo de um ou de outro.

Esta é a lição de Néilson Rosenthal:

Aliás, os quatro princípios fundamentais da teoria contratual – autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual e função social do contrato – vinculam-se diretamente ao resguardo da liberdade contratual com ponderação hábil a preservar o equilíbrio econômico das prestações e a correção do comportamento das partes. Enfim, concernem ao interesse privado do negócio jurídico, à feição interna da obrigação. Nada obstante, o elemento exterior ao contrato apenas é mensurado no plano da função social. (ROSENTHAL, 2007, p. 381).

Coadunando com a lição acima, Bruno Torquato de Oliveira Naves é assertivo em negar a sobreposição dos interesses sociais sobre os interesses econômicos dos particulares, devendo estes – portanto – serem tutelados de forma a não enforçar a função econômico-social dos contratos.

Há grande erro em se afirmar que o interesse social sobrepõe-se ao interesse particular. Este é integrante daquele e, não raras vezes, estar de acordo com o interesse social é satisfazer o particular. Não devemos descaracterizar o contrato como instrumento de realização privada, mas impedir que seja meio egoísta de se sobrepor à parte mais fraca. (NAVES, 2007, p.248).

A seguir, passa-se ao estudo acerca dos princípios do Código Civil de 2002 e da hodierna teoria contratual para sustentar os vindouros pontos a serem debatidos neste estudo.

5 PRINCÍPIOS

Antes de uma análise acerca dos princípios do Código Civil de 2002 e do Direito Contratual interpretado sob a perspectiva constitucional, é cabível a conceituação do termo “princípio”.

Humberto Ávila (2008, p. 29), em obra exclusiva sobre princípios jurídicos, classifica princípios e regras como normas jurídicas de primeiro grau. Discorrendo sobre o entendimento acerca da diferenciação entre os princípios e regras, arrola como critérios de distinção o caráter hipotético-condicional, o modo final de aplicação, o relacionamento normativo e o fundamento axiológico.

A distinção pelo caráter hipotético-condicional se fundamenta no fato de a regra conter uma hipótese e uma consequência decorrente dessa hipótese, com aplicação silogística, ao passo que os princípios apontam os fundamentos a serem utilizados pelo intérprete para encontrar a regra para o caso concreto.

O modo final de aplicação, por sua vez, sustenta-se no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), enquanto os princípios aplicam-se gradualmente (mais ou menos).

Já o critério de diferenciação pelo relacionamento normativo indica que a antinomia de regras soluciona-se pela invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, enquanto “o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles” (ÁVILA, 2008, p. 39). Logo, entre os princípios há uma sobreposição parcial de um sobre o outro diante de um determinado caso concreto.

Por fim, quanto ao critério axiológico, considera os princípios como fundamentos de cunho valorativo para a interpretação/decisão a ser tomada, não cotejando tal situação para as regras.

Reconhecendo inconsistências nestes critérios de diferenciação, propõe o conceito de princípio:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2008, p. 78-79).

Os princípios são normas imediatamente finalísticas por estabelecerem um fim a ser atingido, determinando uma conduta. Possui – pois – uma função diretiva que conduz a um conteúdo, a um comportamento desejado. Para se efetivar um estado de lealdade e boa-fé, é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para se efetivar a função social do contrato, este deve ser adimplido de forma a cumprir com o interesse da coletividade ou, ao menos, não lhe ser contrário. Logo, deve-se adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, exigindo-se ou conformidade (conduta adotada é dedutível da previsão normativa), ou compatibilidade (comportamento não contradiz a descrição normativa).

Ademais, os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo, mas estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido, exigindo um exame de correlação (e não de correspondência entre descrição normativa e fato/ato, como nas regras) entre o referido estado e os efeitos decorrentes da conduta necessária à sua promoção.

Dessa forma, distingue-se princípios e regras utilizando como critérios a natureza da descrição normativa (princípios descrevem um estado de coisas a ser promovido; regras descrevem objetos determináveis, como condutas, sujeitos, efeitos jurídicos, etc.), a natureza de justificação (princípios exigem avaliação de correlação; regras, de correspondência) e a natureza de contribuição para solução do problema (princípios têm pretensão de complementariedade pois se prestam como razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema, ao passo que regras aspiram a decidibilidade, visando solucionar um problema conhecido ou antecipável).

Prosseguindo, César Fiúza também entende os princípios – assim como as regras – como normas jurídicas. Ademais, os princípios são gerais e fundantes, servindo de alicerce para o ordenamento jurídico (ou parte dele), aplicando-se a diversos problemas concretos e possibilitando a criação de novos princípios a partir de si próprios. É sua lição:

[...] podemos dizer de forma bem simples que princípios podem ser entendidos como postulados que fundamentam, como mandados de otimização, como razões primeiras, servindo de alicerce para todo o sistema jurídico, ou para parte dele. Podem ser definidos, de maneira bem simplificada, como normas gerais e fundantes. Gerais, porque se aplicam a vários problemas concretos; fundantes, porque deles se pode extrair sub-princípios e regras. (FIUZA, 2004, p. 28).

Geraldo Ataliba, na mesma toada, entende que os princípios servem de orientação ao sistema jurídico, demonstrando o querer de uma comunidade. Segundo o doutrinador,

são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências. (ATALIBA, 1998, p. 34).

Pertinente, também, a transcrição dos ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho acerca dos princípios:

Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma 'pirâmide normativa' (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu raio de abrangência. (GUERRA FILHO, 2002. p. 92).

Segundo Francisco Amaral, os princípios são – juridicamente falando:

pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios. (AMARAL, 2003, p. 92).

Independentemente de seu conteúdo indeterminado, são dotados de função positiva, influenciando na formulação de determinadas decisões e de novas regras, e de função negativa, impedindo formulação de decisões e normas contrárias aos seus postulados.

Aliás, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, a transgressão do conteúdo de um princípio jurídico por uma norma (leia-se “regra”, uma vez que princípios e regras são, conforme salientado alhures, normas) ou uma decisão judicial é preocupante. Afinal, como os princípios alinhavam os pensamentos diretores de um ordenamento jurídico, sua violação constitui grave forma de ilegalidade:

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]. (MELLO, 1980, p. 230).

Aliás, o Direito é um todo coerente e coeso, de forma que as decisões devem ser harmônicas ao sistema de princípios e regras. Não cabe ao juiz criar discricionariamente o Direito para um caso concreto que não tenha solução aparente, mas descobri-lo mediante a aplicação dos princípios que convêm em decisões similares. Como descrevem direitos em dimensões de importância, de peso, devem ser sopesados com os outros princípios concorrentes que competem entre si, de forma a aplicar aquele que melhor se afeioe ao caso concreto. Neste caso, os princípios não se anulam, devendo o julgador ter em conta o peso relativo de cada um.

Em que pese o vocábulo “princípio” ter como uma de suas características essa indeterminação conceitual e dimensional, o certo é que, estando todos os institutos do Direito sendo interpretados à luz da Constituição, os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhes sejam atribuídos o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecidos seus intensos graus de juridicidade. Deixaram de desempenhar um mero papel secundário de integração para passarem a ser protagonistas do sistema, ganhando reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante.

Quanto a isso, Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald (2011, p. 92) alertam sobre a distinção entre os princípios gerais de direito (ou princípios informativos) e os princípios fundamentais do sistema jurídico.

Segundo o escólio de ambos, os princípios gerais do direito prestam-se ao preenchimento de lacunas, assim como a analogia e os costumes (art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), sendo dotados de caráter universal e sem qualquer caráter axiológico².

Em contrapartida, os princípios fundamentais do sistema jurídico são normas jurídicas imperativas e vinculantes, dotadas de conteúdo valorativo, que

² Conforme Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald, discute-se sobre a revogação do art. 4º da Lei Introdutória ao argumento de que os princípios gerais do direito seriam os próprios princípios gerais contidos na Constituição, os quais, sem qualquer sombra de dúvida, possuem força normativa. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 92).

forneem os pilares de determinado ramo do pensamento científico, podendo estar reduzidas ou não em texto legal. Como exemplos, no Direito Civil, há os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade, não estando nenhum deles escritos na legislação civil-constitucional, ao contrário dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, literalmente presentes no Código Civil de 2002 e que norteiam o direito contratual na atualidade. É sobre esta categoria de princípios que o presente estudo se sustenta.

Daí, Paulo Bonavides constata que "tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal" (BONAVIDES, 1996, p. 238).

Princípios – portanto – são postulados abstratos que atuam como normas gerais e fundantes, irradiando-se sobre uma sorte de situações concretas, bem como sobre outras normas de Direito, sustentando e dirigindo o sistema jurídico (ou parte dele), conferindo-lhe uniformidade, legitimidade e validação. Dotados de generalidade, implicam uma série indefinida de aplicações e interpretações de regras, sendo teoricamente intransigentes. Afinal, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, "uma lei pode surgir a partir da transação entre forças sociais opostas. Mas sobre um princípio não se transige" (FONSECA, 2007, p. 47).

Repisando-se, nem sempre os princípios possuem existência própria. Certas vezes, encontram-se ínsitos no sistema, cabendo à doutrina desvendá-los e aos intérpretes e aplicadores do Direito darem-lhes força e vida. Assim, há princípios positivados e não positivados, mas que – independentemente de estarem ou não reduzidos a texto legal – mantêm o seu escopo de influir na formulação de determinadas decisões e de novas regras, bem como de impedir a expedição de decisões e normas contrárias aos seus postulados.

Observa-se que os princípios, portanto, carregam em si grande grau de abstração e amplitude. Diante dessa afirmativa, podemos diferenciá-los das regras jurídicas que formam os Códigos e os microsistemas jurídicos.

As regras jurídicas, assim como os princípios, ditam preceitos de comportamento que possuem valor normativo e coercitivo. Entretanto, possuem elevado grau de concretude, não sendo gerais e fundantes, carregando em si conceitos bem delimitados de obrigações igualmente cogentes, imperativas e autorizantes.

Ademais, a regra jurídica sempre constitui fonte direta do direito, sendo o princípio apresentado como fonte indireta e podendo ser aplicável quando a lei for omissa, como leciona o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Ressalta-se que os princípios – segundo Francisco Amaral – não contêm a estrutura típica das regras jurídicas, com a hipótese de fato e a consequência jurídica, não podendo, pois, constituírem-se em premissa maior de um silogismo de subsunção (AMARAL, 2003, p. 93).

Ronald Dworkin afirma que os princípios tem uma dimensão que as regras não têm, reconhecendo a possibilidade de relativização dos princípios para a busca da pacificação social, sendo tal característica defesa às regras jurídicas. Segundo seu entendimento:

A diferença entre princípios e regras legais é uma distinção lógica. Ambos partem de um ponto comum para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias particulares, mas diferem no caráter de orientação que fornecem. Regras são aplicadas como um “tudo ou nada”. Se os fatos de uma estipulada regra são postos, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribui em nada para a decisão. (DWORKIN, 1978, p. 24, tradução nossa)³.

Logo, repita-se, os princípios possuem carga jurídica normativa e coercitiva. Indo além, sendo nosso sistema jurídico reconhecidamente aberto, tanto pelo emprego de cláusulas gerais, quanto pela existência de lacunas, adefere-se a eles – também – caráter de importante ferramenta de integração da norma jurídica.

No que tange à diferenciação entre princípios e valores, nota-se que estes possuem uma generalidade ainda maior que os primeiros, mas lhes falta juridicidade. Em outras palavras, falta-lhes um posicionamento jurídico que os conduza.

Conforme Humberto Ávila:

Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e,

³ The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standart point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but the differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts of a rule stipulates are given, the either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to decision.

por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. (ÁVILA, 2008, p. 80).

Das linhas acima expostas, pode-se arrematar que a doutrina jurídica reconhece nos princípios o caráter conceitual e positivo de norma de direito. Assim, decorre a seguinte conclusão: os princípios possuem positividade e vinculatividade, o que lhes confere a qualidade de normas que obrigam e possuem eficácia sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, tais como as regras ou, até mesmo, outros princípios.

Em seguida, seguem os princípios fundamentais do Código Civil de 2002, quais sejam, a eticidade, a operabilidade e a socialidade.

6 PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ETICIDADE, OPERABILIDADE E SOCIALIDADE

O Código Civil de 2002 teve longa tramitação no Congresso Nacional, tendo sua origem primordial no Projeto de Lei 634-D, elaborado com arrimo nos trabalhos de uma comissão coordenada por Miguel Reale e submetido à apreciação pela Câmara dos Deputados em 1975 no governo do então presidente Ernesto Geisel. Tal comissão determinou a construção de uma codificação com uma parte geral e cinco partes especiais, cada uma delas elaboradas por juristas⁴ que compartilhavam as mesmas ideias sobre as diretrizes básicas a serem seguidas. Salienta-se, todavia, que o texto inicial não se consolidou de plano, ocorrendo inúmeras emendas ao projeto tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal.

Com o novo Código, houve plena alteração principiológica. O Direito Civil brasileiro passou a ser regido por “valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade” (REALE, 2002), sendo estes os três princípios fundamentais do Código Civil. É a partir de tais princípios que as relações privadas irão se pautar e originar outros princípios e normas de conduta.

Salienta-se que o Código Civil de 2002 foi criado em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo os valores nele contidos adequados aos do ordenamento constitucional e seus princípios reconhecidos em face de tais valores.

Pois bem: o princípio da eticidade fixa que as relações jurídicas privadas devem ser pautadas na confiança em sua múltiplas facetas, tais como a lealdade, a boa-fé, a proteção dos interesses de terceiros, a moral, os bons costumes e ética. Tal princípio almeja a compatibilização da técnica jurídica com os valores éticos, sempre observando o Direito Civil como o direito dos particulares na tríplice dimensão do ser, do ter e do agir. Procura, “em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o direito privado” (TARTUCE, 2005, p. 43).

⁴ Quais sejam: José Carlos Moreira Alves (relator da Parte Geral), Agostinho Alvim (relator dos Direitos das Obrigações), Sílvio Marcondes (relator do Direito de Empresa), Erbert Chamoun (relator do Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (relator do Direito de Família) e Torquato Castro (relator do Direito das Sucessões).

Tal princípio somente se torna possível por ser o Código Civil de 2002 um sistema aberto elaborado sem grandes formalismos. Através dele, se busca conhecer a participação dos valores éticos em todo o direito privado.

Imperiosa a remissão de alguns dos vários dispositivos do Código Civil que atentam ao princípio da eticidade, diretamente atrelado à boa-fé, como os artigos 113⁵; 167,§2⁶; 187⁷; 422⁸ (BRASIL, 2011). Em todos eles, a busca da eticidade encontra-se em sua plenitude pela observância da boa-fé, que busca a completa correção (*correttezza*) nas relações entre as partes integrantes de uma relação jurídica.

Logo, a eticidade sustenta-se na confiança, na correção e na boa-fé geral e esperada das pessoas na realização de todo e qualquer ato em uma relação jurídica, devendo serem impostas sanções àqueles que não respeitem os limites da autonomia privada.

O princípio da operabilidade, por sua vez, apresenta-se como forma de se estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito, principalmente com o esclarecimento de termos até certo momento nebulosos e suas diferenças (ex: prescrição e decadência), bem como a utilização de linguagem facilmente inteligível e a inclusão das cláusulas gerais, cujo conteúdo é intencionalmente aberto e indeterminado, também chamadas de “janelas abertas” por Judith Martins-Costa⁹. Segundo Karl Engisch, cláusula geral é conceituada como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 1964. p. 188).

Referidas cláusulas buscam a concretização e a efetividade das normas jurídicas abstratas – idealizadas pelo legislador – de forma a serem realizadas pelo operador visando aplicar o direito em um plano fático, facilitando a materialização dos institutos previstos na Lei Civil. Ademais, o emprego de cláusulas gerais

⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁶ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.[...]§2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos costumes.

⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹ Mais detalhes a este respeito podem ser encontrados em Martins-Costa (2002, p. 118).

objetiva afastar o direito de uma concretude casuística involutiva, permitindo ao aplicador da norma interpretá-la ampliativamente de forma a adequar sua incidência à realidade de determinada conjuntura fática.

Logo, o Juiz, valendo-se de cláusulas abertas como, por exemplo, a teoria da imprevisão, a lesão, a onerosidade excessiva, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, pode, enfim, intervir na relação jurídica a fim de fazer valer os modernos paradigmas e normas do Estado Democrático de Direito, os quais, em última análise, funcionalizam o contrato como uma operação dinâmica, complexa e solidária – e não apenas como um instrumento meramente estrutural, conforme já ventilado.

Há uma grande preocupação – todavia – com as consequências que a referida forma de legislar possa trazer à tona em razão do enorme poder que se coloca nas mãos dos aplicadores das normas jurídicas, podendo acarretar insegurança jurídica decorrente de concepções parciais dos magistrados e outras pressões ideológicas externas. Como bem esclarece Rodrigo Garcia da Fonseca:

É imenso o poder que tais cláusulas gerais outorgam ao magistrado, na análise dos casos concretos. Mas este poder, que possibilita a realização da justiça nas mais variadas situações fáticas que o legislador não seria capaz de prever em detalhe, é também um poder que, se mal utilizado, tem o condão de deturpar o objetivo da própria norma, e ter consequências negativas para o sistema jurídico como um todo.

Se de um lado há virtudes em tratar cada caso separadamente, captando as particularidades de cada um, de outro é um imperativo de justiça que problemas jurídicos semelhantes tenham soluções semelhantes. A isonomia é um princípio constitucional dos mais essenciais, talvez a mais importante e emblemática conquista democrática republicana. Tão importante quanto tratar desigualmente o que é desigual, é tratar igualmente o que é igual.

É necessário, portanto, que a interpretação e aplicação das cláusulas gerais sigam diretrizes comuns, capazes de manter uma unidade isonômica do direito, e impedindo a transformação do processo judicial ou administrativo numa loteria imprevisível, cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de quem é o juiz, fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto. A máxima popular segundo a qual “cada cabeça, uma sentença” não pode ser a tônica do Judiciário, sob pena de se ver instalada uma incerteza jurídica insustentável. (FONSECA, 2007, p. 18-20).

Portanto, o princípio da operabilidade visa solucionar, por meio de normas jurídicas de caráter aberto e indeterminado, uma maior amplitude de questões não previstas casuisticamente, conferindo ao julgador a possibilidade de avaliar o caso concreto para que o direito seja devidamente ajustado à situação, sem se esquecer – certamente – nos princípios da eticidade e da socialidade.

O princípio da socialidade, por fim, tem como conteúdo a superação do caráter individualista do Código Civil de 1916, criado sob a ótica do capitalismo liberal do século XIX e de uma sociedade predominantemente agrícola. Diante da situação fática atual, diametralmente oposta à do início do século XX, imperiosa a tutela da sociedade como um todo em detrimento do indivíduo tomado de forma egoística.

Miguel Reale defende que,

hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual. (REALE, 2002).

Tartuce, citando Miguel Reale, reforça:

Miguel Reale denota a importância do princípio da socialidade, lembrando que, “se não houve vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade”. Em outras palavras, dizemos: o socialismo praticamente acabou, teve ciclo encerrado como modelo social e de produção; resta a socialidade, prole do primeiro. Antes mesmo do novo Código Civil, interessante deixar claro que a socialidade já se encontrava há muito inserida em nosso ordenamento jurídico. Pela expressão do art. 5º da LICC, que para nós constitui “o embrião da socialidade”. (TARTUCE, 2005, p. 47).

Dessa forma, não se trata de um triunfo do socialismo, até mesmo porque a própria Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2011) estatui como um dos fundamentos da República a livre iniciativa (art. 1º, IV), fixa o direito fundamental à propriedade privada (art. 5º, *caput*) e tem como princípio da ordem econômica – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, *caput*) – a livre concorrência (art. 170, IV). A Carta Política determina claramente a República como capitalista, valorizando a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) ao invés de sobressaltar valores coletivos ou individuais.

Ademais, ressalta-se que há muito já se reconhece no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de se aplicar a lei observados os fins sociais que o direito deve alcançar. O mencionado art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui que os fins sociais e o bem comum devem ser observados quando da aplicação das leis, valendo a transcrição: “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 2012).

Isso significa que não se trata de um novel princípio, mas de um princípio que foi reconhecido pelo Código Civil de 2002, desta vez em sua plenitude, para regular as relações privadas.

Desse modo, o princípio da socialidade é o precursor da função social do contrato no Código Civil de 2002, uma vez que coloca o interesse coletivo acima do particular, superando – pois – o caráter individualista do Código Civil de 1916.

Ato contínuo, alterações ocorreram nos mais diversos campos do Direito Civil. Afinal de contas, não somente os contratos, mas a propriedade também é dotada de função social, que, hodiernamente, chega a patamares ainda maiores que aqueles nos quais particulares se relacionam com seus semelhantes; a função socioambiental, limitadora do exercício do direito de propriedade no que tange à preservação do meio ambiente, também deve ser observada e respeitada, sob pena de sanção.

Insta salientar que, até mesmo a posse – como desdobramento da propriedade – recebe função social, mesmo que implicitamente, já que o Código Civil atual prevê a diminuição dos prazos de usucapião quando observada a função social.

A empresa, também, deve possuir função social, havendo vários dispositivos no novo Código Civil que valorizam a função social da pessoa jurídica. Quanto a isso, Roberto Senise Lisboa ensina que "a propriedade, inclusive a empresarial, deverá realmente atender a sua função social, sendo exercida a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo em um sistema econômico no qual prevalece a livre concorrência sem o abuso da posição dominante de mercado, proporcionando-se meios para a efetiva defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais" (LISBOA, 2001, p.16).

No âmbito da família, de igual modo, há que se observar a função social. Afinal, suas normas são, regra geral, de ordem pública, não poucas vezes havendo o Ministério Público que intervir em prol dos interesses da entidade familiar – o que denota grande repercussão social neste cerne. Ademais, sendo a família elemento fundamental da vida em sociedade e um dos pilares do Direito Civil ao lado da autonomia privada e da propriedade, cogente o reconhecimento de sua função social.

Ainda, impende-se reconhecer que o próprio direito sucessório possui função social. Vale a transcrição do ensinamento de Flávio Tartuce:

Ora, não há dúvidas de que também a morte tem a sua repercussão social. Lembremos o simples luto da família, que deve ser respeitado, sob pena de atingir direitos da personalidade, conforme o art. 20, parágrafo único, do novo CC. Sob outro prisma, pertinente apontar a necessidade de justificativa de restrições de direitos sucessórios no caso de testamento, conforme prevê o art. 1.848 em relação às cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Reconhecendo o legislador a necessidade de "justa causa" para a instituição dessas cláusulas, logicamente está-se atribuindo função social ao testamento. (TARTUCE, 2005, p. 50-51).

Logo, observa-se que o princípio da socialidade atinge, praticamente, todos os ramos do Direito Civil na atualidade, devendo-se reconhecer o reflexo da Constituição da República (BRASIL, 2011) nas relações privadas, já que não há como se apreender o escopo das relações privadas sem ter como norte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), solidariedade (art. 3º, I, CR/88) e a isonomia (art. 5º, *caput*, CR/88).

Como demonstrado que praticamente todos os ramos do Direito Civil são tangenciados pelo princípio da socialidade, claro é que os contratantes devem, imperiosamente, observar os ditames e limites da função social para o exercício da liberdade de celebrar contratos, sem se esquecer da exigência ética fixada pelo princípio da eticidade.

Discorridos os princípios em que se assenta o Código Civil de 2002, passa-se à análise dos princípios que regem o direito contratual.

7 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Definidos e desvendados os princípios do Código Civil de 2002, faz-se imperiosa a apresentação dos princípios fundamentais que regem o direito contratual atual. Todavia, esta não é tarefa das mais simples, uma vez que é a doutrina a responsável pela investigação e exposição de quais são as linhas mestras norteadoras dos contratos, havendo pequenas divergências em se fixar, taxativamente, quais são todos os princípios. Afinal, é próprio dos princípios o fato de serem fundantes, sendo uns fonte de outros.

A despeito das divergências doutrinárias acerca de quais são os princípios que regem o direito dos contratos, há um rol pacificamente aceito de quais os sejam. No presente trabalho, considerar-se-á como os princípios fundamentais do direito contratual a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, a obrigatoriedade, a justiça contratual (ou equivalência material, ou equilíbrio econômico), a relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Os primeiros princípios serão debatidos de forma singela, mas não menos esclarecedora, guardando-se maior aprofundamento de conteúdo para a análise da função social do contrato no capítulo seguinte. Vamos a eles.

7.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é literalmente insculpido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República. Portanto, mais que um mero princípio de Direito, é regra constitucional com conteúdo essencialmente político, aplicável a todas as relações jurídicas, indiferentemente se atinentes à ainda usual *summa divisio* entre direito público e direito privado. Faz-se pertinente sua transcrição:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011).

A dignidade pode ser considerada como qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa humana em relação aos seus semelhantes, fazendo-a merecedora de

respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade ao seu redor. Para sua tutela, o ordenamento impõe um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem ao indivíduo a proteção de seus direitos de personalidade, visando tanto a sua promoção pessoal, quanto vedando práticas que venham a vergastar sua condição humana. Assim, é um “valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 33).

O italiano Pietro Perlingieri define a noção de dignidade como o instrumento que

confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes. (PERLINGIERI, 2002, p. 37).

Portanto, a exigência de existência digna dos seres humanos é padrão no Direito. No século XX, logo após duas tirânicas guerras em que toda sorte de situações desumanas ocorreram, as Nações Unidas se reuniram em assembléia e publicaram em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil na mesma data. Em tal documento, reconheceu-se a dignidade como inerente a todos os humanos e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Logo em seu artigo 1º, estatui que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Ainda visando conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, recorre-se ao constitucionalista Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2004, p. 128-129).

O referido princípio possui duas facetas diversas. Prosseguindo na lição de Alexandre de Moraes,

primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (MORAES, 2004, p. 129).

No direito privado, especialmente no que toca aos contratos, a dignidade humana direciona o alcance das normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo da tutela ao patrimônio. Conforme escólio de César Fiuza, “os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade” (FIUZA, 2004, p. 378).

A pessoa deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial, mas não pode subjugar o conteúdo econômico das avenças. Pietro Perlingieri ensina que não se pode desprezar a aspiração econômica, mas deve-se considerá-la como um meio de suporte ao desenvolvimento da pessoa; o Direito Civil deve ser reconstruído sob uma tutela qualitativamente diversa. Segundo ele, sobre os institutos patrimoniais do direito privado:

Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se a novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza. (PERLINGIERI, 2002, p. 33).

Portanto, na seara do direito dos contratos, as avenças deverão ser executadas para a promoção do ser humano. Sob outra ótica, as estipulações não podem ser executadas quando em detrimento à dignidade da pessoa humana. Não é mais concebível que o tratamento entre as partes reprima a consideração que se deve ter, peremptoriamente, em face da pessoa humana, sendo vedado utilizar-se de qualquer pretexto que desconsidere os direitos de personalidade do indivíduo – a não ser que a própria Constituição expressamente admita o sacrifício de um valor

individual tendo em vista fins ainda mais superiores (ex: prisão civil do alimentante inadimplente).

Ademais, destaca-se que a solidariedade social (art. 3º, I da CR/1988) é objetivo da República, pelo que a Constituição e as normas infraconstitucionais devem estabelecer regras que possibilitem o seu fiel cumprimento (ao contrário do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em norma de aplicação imediata por traduzir direito fundamental). Como é cediço, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa pela valorização da pessoa humana individualmente. Da mesma forma ocorre com a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III da CR/1988), a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV da CR/1988). Quanto a isso, vide lição de Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (TEPEDINO, 2002, p. XXV).

Portanto, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, enquanto direito fundamental (afinal, é fundamento da República), leva à necessidade de questionamento de uma série de dogmas civilísticos, especialmente no que toca ao direito contratual. Há questões de conteúdo patrimonial, claro, e estas são importantíssimas. Todavia, não se pode jamais se olvidar que as normas contratuais e suas disposições não podem desconsiderar a dignidade da pessoa humana. Mais do que isso: tais normas e disposições devem agenciar a circulação de riquezas de forma a promover a dignidade das partes contratantes em uma relação privada e, em uma perspectiva mais ampla, contribuir na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

7.2 Princípio da autonomia privada

A concepção liberal de contrato tinha como paradigma a reunião de duas pessoas que, em acordo de vontades, debatiam as cláusulas de um pacto que

regeria suas condutas em determinado negócio jurídico na busca de determinado objeto contratual. Daí, antecedendo ao princípio da autonomia privada, falava-se no princípio da autonomia da vontade. Este conferia às partes contratantes total liberdade para concluir os contratos, sendo estes fenômeno meramente volitivo.

O princípio da autonomia da vontade liga-se diretamente ao liberalismo, uma vez que protegia os interesses individuais das partes contratantes da intervenção estatal, concedendo total liberdade aos iguais de poderem regular suas condutas mediante negócios jurídicos fundados em suas meras vontades. Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes pontuam que

Com a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal. Tal concepção era extremamente conveniente ao objetivo da época, posto que qualquer limitação dos anseios individuais por parte do Estado travaria o progresso e o desenvolvimento humano e social, materializando-se em obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo. (SÁ; PONTES, 2009, p. 43).

Portanto, pelo princípio da autonomia da vontade, a fonte das obrigações contratuais era a vontade livremente manifestada, a qual vinculava as partes à realização do objeto do contrato, desde que o objeto fosse lícito, possível e determinado ou determinável.

Todavia, o excesso de liberdade causa limites à autonomia da vontade. Afinal, há uma série de fatores econômicos, políticos e sociais que limitam as manifestações volitivas de algumas pessoas frente a outras, escalonando-se o peso da vontade de forma despótica, abusiva e arbitrária. Logo, a vontade de um indivíduo sobreporia a de outro, eliminando sua autonomia e implodindo o sistema. O próprio liberalismo sucumbia a suas próprias razões.

Assim, deu-se uma guinada no cenário liberal com o advento do Estado Social, elevando os interesses coletivos em detrimento do mero interesse individual. Todavia, referida providência não obteve sucesso por ser igualmente radical. André Rüger e Renata de Lima Rodrigues destacam que

da mesma forma que no Estado Liberal, onde o exagero da autonomia privada causou a falência do sistema, no Estado Social os excessos da interferência estatal na esfera de liberdade individual fizeram cair por terra postulados que privilegiam incondicionalmente a vontade coletiva em detrimento da vontade individual. O Estado concebido como a concretização ética de um povo em um determinado momento histórico passou a

representar um fim em si mesmo que se chocava com as pretensões individuais de seus membros, pois a vontade coletiva não equivale à soma das vontades individuais da comunidade. (RÜGUER; RODRIGUES, 2007, p. 19).

Fica claro, portanto, que necessário um equilíbrio entre as perspectivas de uma autonomia individual meramente volitiva e de outra estatal intervencionista. Às partes do contrato cabe a discussão das cláusulas contratuais conforme suas vontades e necessidades, sem – contudo – se olvidar de que há um ordenamento jurídico que lhes confere tal possibilidade, delimitando a liberdade dos indivíduos para que manifestem sua autonomia de forma equânime em uma perspectiva relacional de reconhecimento recíproco, cumprindo à lei disponibilizar mecanismos para tanto e impor sanções quando necessário.

Conforme César Fiuza, o princípio da autonomia da vontade, “ao ser relido, adaptado aos tempos modernos, recebe o nome de princípio da autonomia privada” (FIUZA, 2004, p. 378), corolário do princípio da liberdade. Segundo o referido doutrinador, o princípio da autonomia privada

consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. (FIUZA, 2004, p. 379).

Segundo o escólio de Flávio Tartuce, deve-se conceituar

o princípio da autonomia privada como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual, na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. (TARTUCE, 2005, p. 147).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

o novo modelo da autonomia privada é garantir aos contratantes um poder normativo atrelado aos valores constitucionais, princípios e regras que o ordenamento jurídico impõe para o sucesso do programa axiológico, ou seja, de modo a viabilizar a promoção dos valores básicos, notadamente de índole social. (GAMA, 2007, p. 74).

Roberta Elzy Simiqueli de Faria distingue os princípios da autonomia da vontade e o da autonomia privada asseverando que o primeiro possui uma conotação subjetiva, enquanto o outro é mais objetivo. Assim, a autonomia da

vontade confere às partes a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando se querem contratar, com quem contratar e o que contratar. A autonomia privada, por sua vez, afigura-se como “poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, ou seja, o poder de criar, nos limites legais, normas jurídicas” (FARIA, 2007, p. 61).

Por sua vez, Francisco Amaral diferencia a autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito enquanto a autonomia privada seria o

poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas; o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal. (AMARAL, 2003, p. 347).

Ainda, imperiosa a transcrição de inteligente especificação entre autonomia da vontade e autonomia privada cunhada por André Rügner e Renata de Lima Rodrigues:

Como forma de balizar o poder individual e a necessidade de atender aos interesses públicos, a vontade como fonte jurídica sofreu conformações em seu âmbito de incidência, sem, no entanto, perder a sua importância. Poderíamos, a título de ilustração, recorrer à imagem de dois círculos concêntricos, na qual o círculo interior representa a autonomia da vontade e o círculo exterior a autonomia privada, ambas fundadas no mesmo substrato. No núcleo comum desses dois círculos, situa-se a vontade como expressão da racionalidade humana. O círculo externo denota o âmbito da autonomia privada, onde sujeitos livres e iguais compartilham o espaço de atuação no mundo. Como consequência, os diversos círculos da autonomia privada dos sujeitos em relação possuem área comum. O círculo interno, por sua vez, circunscreve um espaço de intangibilidade do sujeito, no qual a ação dos seus iguais não pode macular sem o convite do titular. (RÜGUER; RODRIGUES, 2007, p. 9).

Feitas as considerações acima acerca da autonomia da vontade e da autonomia privada, deixa-se claro ao leitor que é esta última que atua como norte das relações contratuais hodiernas, com o Estado delimitando a área de atuação do poder dos indivíduos de regulamentar as regras de conduta a serem seguidas em uma relação contratual. Nesta área, as partes podem realizar toda sorte de contratos, inclusive inovar, criando contratos atípicos.

O objetivo do ordenamento jurídico não é o de retirar a autonomia dos indivíduos. Esta é garantida pelo princípio da liberdade. Em contrapartida, sendo indiscutível a existência de variáveis e a diferença no peso das vontades dos

indivíduos numa comunidade plural em que todos se relacionam entre si, cabe ao Estado evitar a sobreposição das manifestações volitivas dos contratantes. Como? Interferindo no conteúdo do contrato de modo a equilibrar forças, protegendo aquele com “menos vontade” tanto dos abusos da parte contrária, quanto de si próprio.

Fora o princípio clássico da autonomia da vontade, cuja releitura foi tão veemente de forma a acarretar em sua substituição pelo princípio da autonomia privada, os demais princípios clássicos da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato não foram expulsos pela doutrina atual, mas meramente adaptados à realidade.

7.3 Princípio da obrigatoriedade

Na doutrina clássica, afiguravam-se como princípios do direito contratual a autonomia da vontade, a obrigatoriedade e a relatividade dos efeitos. Naturalmente, uma vez que os contratos se formavam a partir da autonomia da vontade das partes, a obrigatoriedade decorre desta autonomia, dando coercibilidade ao pacto firmado.

Pelo princípio em questão, uma vez celebrado o contrato, atribui-se força de lei às suas cláusulas. Noutras palavras, firmado um acordo, ele deve ser observado (*pacta sunt servanda*). Dessa forma, impõe aos contratantes o cumprimento do negócio jurídico tal como formulado assim que haja o consenso entre eles, restringindo a liberdade de contratar anterior à celebração da avença.

Orlando Gomes assim define o princípio da força obrigatória dos contratos:

o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. (GOMES, 1996, p. 36).

Assim, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) reconheceu o princípio clássico da obrigatoriedade do contrato nos artigos 389 e 391¹⁰. Afinal, impõe ao

¹⁰ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

devedor inadimplente que responda com todos os seus bens por perdas e danos, externalizando a necessidade de se cumprir a avença sob pena de ver seu patrimônio dilapidado.

Imperioso salientar que a obrigatoriedade tornava o conteúdo do contrato irretocável, a não ser que as partes deliberassem por modificá-lo em comum acordo. Celebrado sem vícios entre indivíduos livres e formalmente iguais, ganhava força de lei individual para as partes, revestindo-se de caráter absoluto.

Todavia, esta não é mais a situação. Atualmente, há previsões no ordenamento jurídico que arrefecem a intangibilidade do conteúdo do contrato e abrandam a sua obrigatoriedade, como a teoria da imprevisão com a resolução por onerosidade excessiva e a lesão. Não se pode admitir o contrato descasado da realidade, sendo certo que a revisão ou – quando impossível – a resolução dos contratos são a solução em meio a contratações ou circunstâncias injustas. Aceitar o contrário é negar a valorização da dignidade humana e a solidariedade social em detrimento à abusividade de um acordo arbitrário pautado na vontade liberal sem considerar as variáveis que o tornaram desequilibrado e injusto.

Nélson Nery Junior coaduna com o relatado:

Falar-se em *pacta sunt servanda*, com a conformação e o perfil que lhe foram dados pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX, é, no mínimo, desconhecer tudo o que ocorreu nos últimos duzentos anos. O contratante mais forte impõe cláusulas ao contratante mais débil, determina tudo aquilo que lhe seja mais favorável, ainda que detrimtoso ao outro contratante, procedimentos que quebram as regras de boa-fé objetiva e da função social do contrato, e ainda quer que esse seu comportamento seja entendido como correto pelos tribunais, invocando em seu favor o vetusto brocardo romano *pacta sunt servanda*. (NERY JR. *apud* TARTUCE, 2005, p. 159).

Não se quer dizer que o princípio foi seriamente vergastado, até porque sem o princípio da obrigatoriedade, os contratos careceriam de força jurídica, em flagrante prejuízo à segurança das relações negociais. Persiste o princípio da obrigatoriedade, isto é certo. Contudo, perdeu o contrato o poder absoluto de vincular as partes a avenças cujo cumprimento se torna inviável por situações supervenientes, extraordinárias e imprevisíveis. Ao Estado interessa o cumprimento dos contratos, uma vez que, além dos interesses econômicos das partes, deve

promover interesses coletivos dada a sua função social. Quanto a isso, César Fiuza ensina:

modernamente, a obrigatoriedade contratual encontra seus fundamentos na Teoria Preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos obrigam não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas conseqüências econômicas e sociais. A esfera contratual é espaço privado, em que as partes, nos limites impostos pela Lei, podem formular preceitos (normas) para regular sua conduta. A obrigatoriedade contratual também se baseia no princípio da confiança. Baseado no valor social da aparência (Betti), o contrato vincula por razões sociais, ou seja, as partes têm que ter a segurança ou a confiança de que o contrato será cumprido, mesmo que à força. (FIUZA, 2004, p. 375).

Flávio Tartuce vai além, afirmando que o princípio da obrigatoriedade ainda persiste, mas de forma secundária, prevalecendo a socialidade:

Dentro dessa realidade, opinamos que o princípio da força obrigatória, da obrigatoriedade das convenções, do consensualismo ou da conservação do contrato continua previsto em nosso ordenamento jurídico, não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui, desse modo, exceção à regra geral da socialidade, secundário à função social dos contratos, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo, que outrora denominamos direito civil moderno. (TARTUCE, 2005, p. 158)

Portanto, perceptível o abrandamento da obrigatoriedade quando configuradas algumas situações, tudo no escopo de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. Pertinente, pois, imiscuir no debate do princípio da equivalência material.

7.4 Princípio da justiça contratual

Pertencente à nova principiologia contratual, ao lado da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada (conforme visto, esta é mais que mera releitura do princípio da autonomia da vontade, substituindo-o), da boa-fé objetiva e da função social do contrato, apresenta-se o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Também chamado de justiça contratual, reciprocidade, equivalência das condições e equivalência material, tal princípio revela que as prestações contratuais devem ser proporcionais e equivalentes à contraprestação, sob pena de mitigação

do princípio da obrigatoriedade anteriormente aventado, autorizando o Judiciário a intervir no conteúdo do contrato de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres do contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. (LÔBO, 2002).

Conforme César Fiuza, a justiça contratual “é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu” (FIUZA, 2004, p. 383). Aliás, no que toca a contratos comutativos, afirma que são aqueles “em que à prestação de uma das partes corresponde contraprestação da outra” (FIUZA, 2004, p. 441).

Continuando a explanação do doutrinador, este defende ser a equidade fundamental ao princípio em apreço, uma vez que se trata de justiça no caso concreto. Por fim, completa que “a justiça substancial se baseia em dois princípios: o princípio objetivo da equivalência (entre prestação e contraprestação) e o princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos” (FIUZA, 2004, p. 383).

O equilíbrio econômico do contrato determina, pois, que as avenças devam ser justas a ponto de privilegiar ambas as partes contratantes, uma vez que contratam em razão da autonomia privada de forma a satisfazer suas vontades e necessidades. Ademais, o cumprimento do contrato não só diz respeito às partes, mas ao Estado. Afinal, este dispõe de mecanismos para forçar o adimplemento com base no princípio da obrigatoriedade, como também tem interesse no cumprimento dos pactos sem levar uma das partes à ruína, haja vista que tem como objetivo a erradicação da pobreza (art. 3º, III da CR/1988) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV da CR/1988).

Quanto a isso, preceitua Sílvio de Salvo Venosa:

Pelo princípio da reciprocidade ou equivalência das condições, nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até o momento de seu cumprimento. Se um fator externo rompe esse equilíbrio, estará autorizada a intervenção. Para outros, como o contrato desempenha uma função social e econômica, o desequilíbrio da sociedade e da economia autorizam a revisão. (VENOSA, 2005, p. 495).

Diante do panorama em que convivem os princípios da força obrigatória e do equilíbrio econômico, emerge-se o subprincípio da conservação do contrato. A obrigatoriedade foi relativizada em prol da justiça contratual, mas isso não significa que as avenças desequilibradas se tornem mácula impossível de ser remediada. A própria segurança jurídica de que os contratos tenham de ser observados arrimam a necessidade de sua manutenção naquilo que não for contrário aos regulares interesses das partes e do Estado.

Ressalta-se que o contrato possui funções econômicas, pedagógicas e sociais, não devendo um mero desequilíbrio acarretar sua extinção. A grosso modo, os contratos podem ser corrigidos de forma a satisfazer os interesses das partes contratantes, minorando as já cedidas perdas decorrentes do término do vínculo. Afinal, todo o custo de transação seria suportado por ambas as partes.

É claro: caso o desequilíbrio seja tal a ponto de eivar o contrato de insanável injustiça, o princípio da justiça contratual apontará para extinção do vínculo, sendo esta a providência mais eficiente para a situação de forma a não impor prejuízos tamanhos a uma das partes, deixando de promover o bem de todos (art. 3º, IV da CR/1988).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, como mecanismos para a realização da justiça contratual e estabelecimento do esperado equilíbrio econômico do contrato, o Código Civil de 2002 apresenta a lesão e a onerosidade excessiva. Conforme seu ensinamento:

b) Princípio do equilíbrio econômico do contrato: o sinalagma contratual leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a lesão e a onerosidade excessiva. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado, por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157). Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para uma das partes contratantes e extremamente vantajosa para a outra, o que a lei faz é permitir a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação (Código Civil, arts. 478 e 479). (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 11-12).

Além destes remédios jurídicos, não se pode olvidar do estado de perigo (art. 156 do CC/2002), configurado quando alguém, premido da necessidade de salvar a si próprio ou a pessoa de sua família de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Assim, como a lesão, é um mecanismo advindo do princípio da justiça contratual, visando sanar o desequilíbrio de contrato que já nasce desequilibrado.

Por sua vez, o art. 478 trata da resolução do contrato, e não de sua revisão, em contratos de trato sucessivo e de execução diferida. Todavia, a teoria da revisão contratual por onerosidade excessiva, em consonância com o subprincípio da conservação do contrato está prevista no art. 317 do Código Civil, *verbis*:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor da obrigação. (BRASIL, 2011)

Tanto o art. 478 quanto o art. 317 carregam em seu texto o requisito da imprevisibilidade. Conforme Flávio Tartuce (2005, p. 190-191), os eventos imprevisíveis nos dias atuais são bastante restritos, servindo-se a imprevisibilidade de entrave à teoria da revisão por onerosidade excessiva. Segundo ele, o acontecimento imprevisível é próprio dos contratos aleatórios (ex: contrato de seguro), o que impede revisão dos contratos comutativos pela via do art. 478.

De toda forma, primeiramente tenta-se a aplicação do art. 317 do Código Civil, sendo a observância do art. 478 meramente subsidiária.

Finalizando, César Fiuza ainda afirma que a proteção ao hipossuficiente e a proteção genérica ao devedor figuram como subprincípios do princípio em debate:

Poderíamos dizer que é subprincípio da justiça contratual o princípio de proteção ao hipossuficiente, à parte mais fraca. Na dúvida, a interpretação será sempre mais favorável à parte, que naquelas circunstâncias se apresenta como parte mais fraca.

Outro subprincípio da justiça contratual é o princípio de proteção genérica ao devedor. *In dubio, pro debitore*. A interpretação, em caso de dúvida, deverá tender para o devedor. Afinal, é ele que suporta os ônus da prestação. (FIUZA, 2004, p. 384).

Assim, em havendo desequilíbrio nas obrigações contratuais, o princípio da obrigatoriedade relativiza-se para que o contrato seja revisto de forma a estabelecer a equidade, mantendo-se o seu cumprimento após a revisão. Para tanto, a lei

apresenta mecanismos. Impossibilitada a revisão, a extinção do pacto é a última *ratio*, caso em que a conservação do contrato torna-se inviável.

7.5 Princípio da relatividade dos contratos.

O princípio da relatividade se posiciona como princípio clássico do direito contratual, ao lado da autonomia da vontade e da obrigatoriedade. Conforme sua original configuração, os contratos – como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais e principal fonte do direito das obrigações – apenas obrigavam as partes que o celebraram, não vinculando e não produzindo efeitos a um terceiro estranho à relação, vez que este nela não se obrigou. Encontra guarida no Código Civil Francês de 1804:

Art. 1.165. As convenções não têm efeito a não ser entre as partes contratantes; elas não prejudicam os terceiros, e não os beneficiam a não ser no caso do artigo 1.121 (tradução nossa)¹¹.

Humberto Theodoro Júnior assevera que a relatividade dos efeitos contratuais determina que “o contrato só vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiros (*res inter alios acta neque nocet neque prodest*)” (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 1, 2).

Em adição, Sílvio de Salvo Venosa elucida que

temos de entender por *parte contratual* aquele que estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais. Por outro lado, deve ser considerado como *terceiro*, com relação ao contrato, quem quer que apareça estranho ao pactuado, ao vínculo e aos efeitos finais do negócio. (VENOSA, 2005, p. 408).

Conclui-se que o princípio da relatividade sob o lume da doutrina clássica determinava que os efeitos das obrigações contraídas em uma relação contratual eram meramente *inter partes*, sendo inoponíveis *erga omnes*, salvo exceções fixadas em lei.

Entretanto, na doutrina moderna, tratou-se de condicionar os efeitos relativos dos contratos aos princípios sociais. Assim ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

¹¹ Art. 1.165. Les convention n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1.121.

Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo. (LÔBO, 2002).

Aliás, é bastante nítida a preocupação social do legislador em “relativizar” o princípio da relatividade dos contratos, com a redação de leis estendendo os efeitos dos pactos para atingir terceiros que não se vincularam às obrigações assumidas. Como exemplos, encontra-se a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC/2002) já outrora reconhecida pela legislação civil, o contrato com pessoa a declarar (arts. 439 e 440 do CC/2002), o registro público do instrumento particular como requisito para que os efeitos das obrigações convencionais operem a respeito de terceiros (art. 221 do CC/2002) e a tutela externa do crédito (art. 608 do CC/2002). Flávio Tartuce (2005, p. 161), inclusive, alude a dispositivos do CDC sobre *consumidor bystander*, equiparando terceiros à figura do consumidor.

Assim, terceiros vêm sendo considerados tanto quanto aos efeitos internos do contrato, quanto aos efeitos externos. Noutras palavras, há possibilidade de que uma avença atinja terceiros, bem como que partes estranhas à contratação interfiram em um pacto formado regularmente. Rodrigo Garcia da Fonseca elucida:

Na oponibilidade do contrato pelas partes aos terceiros, normalmente se entende que o terceiro não pode servir de cúmplice do inadimplemento de uma das partes. Não pode agir de modo a colaborar com o descumprimento do contrato por um dos contratantes.

Na oponibilidade do contrato pelos terceiros às partes, de um modo geral, se o inadimplemento contratual de uma parte causar prejuízo a terceiro, esta circunstância poderá ser invocada pelo prejudicado, ainda que não fosse ele o credor da obrigação inadimplida. (FONSECA, 2007, p. 44).

Portanto, uma vez que os terceiros não podem ser indiferentes ao contrato e nem os contratantes indiferentes a terceiros, flagra-se a interferência da função social na relativização do princípio em apreço. Importante a lição de Teresa Negreiros:

Ocorre que, como se procura demonstrar a seguir, o princípio da função social pode alterar este quadro, desafiando as categorias dogmáticas

clássicas e enfatizando os contornos sociais do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes. (NEGREIROS, 2006, p. 219).

Portanto, resta claro que o princípio da função social do contrato é a pedra angular que determinou, por assim dizer, a releitura do princípio da relatividade dos contratos. Inclusive, o Enunciado 21 do Conselho Superior de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, determina:

Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. (CASTRO *apud* BARBOSA, 2011, p. 57).

Durante o estudo do princípio da função social do contrato, principalmente quanto aos seus aspectos externos, maiores divagações serão feitas sobre o princípio da relatividade.

7.6 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é a consagração do princípio da *Treu ud Glauben* (lealdade e confiança) do §242 do *BGB* (Código Alemão) de 1900: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Conforme Caio Mário (PEREIRA, 2005, p. 20), uma das maiores críticas a se fazer ao Código Civil de 1916 era a ausência de previsão expressa do princípio em apreço.

A boa-fé já havia sido aludida no Código Comercial no art. 131, I como regra de interpretação contratual. O texto revogado asseverava que, em caso de necessidade de se interpretar as cláusulas do contrato, a exegese seria pautada na “inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”.

Entretanto, com a promulgação do CDC (BRASIL, 2011), o ordenamento jurídico pátrio inseriu o princípio da boa-fé objetiva no âmbito contratual. Neste diploma legal, a boa-fé foi expressamente aludida no art. 4º, III e no art. 51, IV. Imperiosa a transcrição (grifamos):

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

[...]

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

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

[...]

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

Assim, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, os contratos de consumo já deviam se pautar na boa-fé objetiva, impondo obrigações adjetivas àquelas contraídas na avença de modo a contribuir na viabilização da dignidade humana, do desenvolvimento nacional, da redução das desigualdades, da defesa do consumidor e da promoção do bem de todos. Caso as cláusulas contratuais de fornecimento de produtos e serviços fossem incompatíveis com o paradigma da boa-fé, operar-se-ia a nulidade.

Preenchendo-se de uma vez por todas a lacuna, o Código Civil de 2002 estatuiu em seu art. 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Eis o princípio da boa-fé objetiva. Esta consiste em um *standart* de comportamento – entre as partes contratantes que contraem uma obrigação – arrimado na honestidade e na retidão. Assim, incitados pelo princípio, os contratantes têm de assumir uma conduta de recíproca cooperação na toada dos interesses comuns para alcançar o efeito prático que justifica a existência do contrato: o seu cumprimento de forma a satisfazer as necessidades e vontades daqueles que se vincularam à avença.

Impende ressaltar que há latente diferença entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. A primeira, conforme explanado, é princípio jurídico que impõe o paradigma de um dever de conduta pautado na honradez e integridade em relação à parte contrária, impondo aos contratantes uma atuação pautada pela ética da igualdade e da solidariedade. A boa-fé subjetiva, por sua vez, não é princípio; é

mero estado de convicção individual do agente por ocasião de um dado comportamento, não se conformando como um padrão a ser observado.

Caio Mário da Silva Pereira diferencia a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva afirmando que o princípio impõe obrigações positivas a serem observadas pelas partes. Eis a sua lição:

A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva no dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios. (PEREIRA, 2005, p. 20-21)

Valioso, também, é o escólio de Néelson Rosenvald na distinção que ora se faz:

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros da honestidade e retidão. Por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social. (ROSENVALD *in* PELUZO, 2009, p. 458-459).

Ainda neste cerne, Flávio Tartuce entende serem diferentes a boa-fé objetiva e a subjetiva, mas é bastante feliz ao correlacioná-las, afirmando que

dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma boa atuação presume ou relaciona-se com uma boa intenção. Portanto, toda vez que já previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos denotam. (TARTUCE, 2005, p. 167).

De toda forma, a boa-fé objetiva impõe obrigações aos contratantes além daquelas oriundas das cláusulas contratuais, sendo chamadas de deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres assessórios, deveres de proteção,

deveres de tutela ou deveres adjetivos. Seja qual for a terminologia, fato é que todos eles decorrem da boa-fé objetiva, pressuposta em toda contratação.

Deve-se ter em mente que contrato é um instrumento de realização de objetivos que só merecem proteção jurídica se e enquanto estiverem de acordo com os valores da sociedade (art. 3º, I da CR/1988). Conforme Sílvio de Salvo Venosa, a constatação da transgressão da boa-fé objetiva equivale a uma moléstia da avença, devendo ser remediada e vergastada pelo Direito:

A idéia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Na verdade, levando-se em conta que o Direito gira em torno de tipificações ou descrições legais de conduta, a cláusula geral traz uma tipificação aberta. (VENOSA, 2005, p. 409).

Certamente, como cláusula geral que é, seu conteúdo é aberto e a interpretação estende-se para além das palavras do art. 422 do Código Civil. É pacífico que não é somente na conclusão e na execução do contrato que devem as partes ajustar suas condutas de acordo com a boa-fé, como esta também os vincula em uma fase pré e poscontratual. Os contratantes vinculam-se anteriormente ao contrato e continuam vinculados após a sua execução porque, em razão da nova principiologia do direito contratual e, conseqüentemente, do princípio da boa-fé objetiva, a ética contratual foi reorientada para a consecução de finalidades socialmente legítimas, e não para a liberdade individual.

Assim, “a boa-fé objetiva desliga-se completamente do elemento vontade, para focalizar sua atenção na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem médio, reticente, do bom pai de família. O eixo da análise é deslocado” (USTÁRROZ *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 10).

Devidamente demonstrada a função criadora da boa-fé objetiva insculpida no artigo 422 do Código Civil, há outros dois dispositivos que completam a extensão do princípio. Portanto, além de ser norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé objetiva também é modelo interpretativo e elemento limitador ao exercício de direitos subjetivos.

Como padrão exegético, o artigo 113 do Código Civil estatui que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração”. Assim, quando o sentido objetivo da contratação suscitar dúvidas, a melhor interpretação será aquela conforme as diretrizes da boa-fé objetiva.

Paralelamente, a função limitadora – ou de controle (FIUZA, 2004, p. 381) – estabelecida no artigo 187 do Código Civil confere ilicitude à conduta do contratante que proceder sem a observância da boa-fé objetiva, uma vez que se trata de abuso de direito.

Resumindo as três funções, cita-se a lição de Cláudia Lima Marques:

A primeira é uma função criadora, seja como fonte de novos deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito, ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora, reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e liberando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. A terceira é a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o que permite uma visão total e real do contrato sob exame. (MARQUES, 2002, p. 180).

Corolário do princípio da eticidade, a boa-fé objetiva posiciona-se ao lado da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da justiça contratual e da função social como os novéis princípios do direito contratual, juntamente com os clássicos princípios da relatividade e da obrigatoriedade. Como o objeto deste estudo arrima-se, principalmente, no princípio da função social do contrato, passemos à análise mais aprofundada em capítulo à parte.

8 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Como se pode ver, com a mudança da realidade social, os princípios da relatividade e da obrigatoriedade relativizaram-se. A autonomia da vontade apresenta-se em uma nova roupagem, transmutando-se em autonomia privada. Surgem os novos princípios da justiça contratual e da boa-fé objetiva. O individualismo encontra-se em ruínas no direito contemporâneo com a elevação da pessoa humana como centro valorativo do direito.

Roberta Elzy Simiqueli de Faria afirma que

As situações patrimoniais que tradicionalmente gravitam em torno da propriedade e dos contratos passam por profundas transformações. O abandono da vontade como dogma, do voluntarismo e do individualismo como doutrinas, fez com que tais institutos sofressem limitações. Essas limitações nada mais são do que consequências necessárias da aplicação do princípio da autonomia privada. Abandona-se o princípio da autonomia da vontade em prol das necessidades sociais, da justiça material, enfim, da valorização do ser humano como centro do ordenamento jurídico brasileiro. (FARIA, 2007, p. 62).

Nesse horizonte, também é reconhecida a função social dos contratos. Este novel princípio do direito contratual encontra-se insculpido no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) nos artigos 421 e 2.035, parágrafo único. Eis a redação de ambos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.

Art. 2.035. [...]

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Os artigos supramencionados determinam que a função social do contrato é preceito de ordem pública, impulsionando a liberdade de contratar e dando-lhe serventia para um cenário além das partes, sem – contudo – deixa de impor limites a serem observados pelos contratantes. A liberdade de contratar está condicionada pela função social.

Todavia, todo cuidado é pouco ao falar em liberdade de contratar. Rodrigo Garcia da Fonseca alerta:

Liberdade, porém, não pode se confundir com ausência de regras ou normas limitadoras da conduta daqueles que participam do mercado. Por exemplo, a própria Constituição prevê como um dos princípios da ordem econômica a livre concorrência, e estabelece que a lei deve reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”. Também são direitos fundamentais e princípios da ordem econômica a função social da propriedade, e a defesa do consumidor e do meio ambiente.

A liberdade de contratar, portanto, não deve proporcionar situações que minem a livre concorrência, que permitam o abuso do poder econômico ou que contrariem a função social da propriedade ou os legítimos interesses de proteção dos consumidores ou do meio ambiente. (FONSECA, 2007, p. 35).

Aliás, à livre iniciativa (consagrada como fundamento da ordem econômica pela Constituição) corresponde a liberdade de contratar, sendo – portanto – o princípio da autonomia privada consagrado pelo ordenamento constitucional. Noutras palavras, a interseção entre a valorização da livre iniciativa e o princípio da autonomia privada encontra-se na liberdade de contratar. Dessa forma, a livre iniciativa está condicionada pela função social dos contratos.

Conforme observado outrora, a evolução do Direito Civil exige que os seus vários institutos passem a ser funcionalizados, desempenhando papéis na sociedade regida por normas jurídicas. A análise perfunctória da teoria estrutural do direito, descasada da teoria funcional e de um estudo sociológico, é, não só insuficiente, como ineficiente para cumprir com o escopo de se conquistar a dignidade humana e a paz social.

Esses conceitos, ditos funcionais, operam relacionando dois planos: o plano normativo e o plano da realidade social... É equívoca, portanto, a leitura de institutos civis sob a perspectiva puramente estrutural. As categorias, conceitos e institutos devem ser lidos à luz da função exercida. É essa a grande viragem do direito moderno: a passagem de uma concepção estrutural do direito em favor de uma postura funcionalizada, onde sobreleva a atuação social dos direitos. (NETTO, 2003, p. 38).

O contrato não fugiu à funcionalização. Ele possui, além da função pedagógica e econômica, implicações sociais. A contratação e o cumprimento das avenças são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que o contrato é a veste jurídica das operações econômicas e a organização econômica é essencial para o desenvolvimento do Estado, com a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, bem como – por consequência – para a existência digna do ser humano.

Dessa maneira, a função social é a aproximação do direito com as demais ciências sociais, inserindo o jurista à realidade de seu tempo, de forma a lhe exigir uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade. Para tanto, o direito e a sociedade devem se preocupar com a eficácia das normas e dos institutos vigentes. Perde o direito o arrimo superficial na função repressiva em favor de outras funções de maior nobreza.

Segundo a lição de Rogério Monteiro Barbosa e Wellington Pereira:

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral, começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia. Surge, assim, o conceito de função no direito, ou melhor, dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. (BARBOSA; PEREIRA, 2010, p.315).

Impende destacar que o vocábulo “social” decorre do princípio da socialidade do Código Civil de 2002, cuja análise já foi feita outrora. Não há qualquer correlação com o socialismo no sentido político e ideológico do termo. Socialidade e socialismo não são sinônimos. O Estado brasileiro é social, mas não é socialista; é flagrantemente capitalista, elevando a propriedade privada como um dos direitos fundamentais do cidadão e fixando a valorização do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica. Miguel Reale fez questão de esclarecer:

Por socialidade não entendemos algo vinculado ao problema político do socialismo, por exemplo, mas ao contrário, como expressão da socialização crescente que se operou em todo o fazer humano, em todas as ações humanas, a partir do século passado, quando os interesses individuais foram colocados e situados em função cada vez mais dos imperativos da coletividade, salvaguardado, sempre, o valor da pessoa humana. (REALE *apud* FONSECA, 2007, p. 22).

Assim, o contrato – além de criar, modificar e extinguir obrigações entre as partes contratantes – é útil à sociedade, devendo o Estado fazer cumprir os pactos lícitos diante do benefício que o adimplemento contratual deve proporcionar a todos. Há preocupação do Estado com as repercussões dos contratos no seio da sociedade. Afinal, o instituto em apreço possui implicações que transcendem a

relação jurídica entre dois indivíduos, passível de atingir terceiros e beneficiá-los. Quanto a isso, Sérgio Botrel disserta com brilhantismo:

O contrato é útil socialmente porque aproxima os membros de uma comunidade; porque possibilita o acesso aos bens de consumo, sejam eles necessários à subsistência ou supérfluos; e porque possibilita o desenvolvimento econômico, mediante a circulação de riquezas; porque instrumentaliza o exercício da liberdade conferida pelo ordenamento. Esse rol de utilidade, que é meramente exemplificativo, evidencia que a utilidade social do contrato pode referir-se à satisfação de interesses particulares de membros inseridos em uma determinada sociedade e que não é possível preencher, aprioristicamente, o conteúdo da função social do contrato, a qual é influenciada por ideologias e sofre variação no tempo e no espaço. (BOTREL, 2007, p. 375).

Teresa Negreiros (*apud* TARTUCE, 2005, p. 200) ensina que “a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetados”.

Portanto, fica bem claro que os contratos possuem relevância para situações *ultra* e *extra* contratuais, atingindo toda a sociedade. As avenças visam a conjugação do bem comum dos contratantes e da comunidade em que vivem, da autonomia privada e do princípio da solidariedade (art. 3º, I da CR/1988). Esta é a essência do princípio.

Entretanto, há várias zonas cinzentas na doutrina no que toca à extensão da aplicabilidade do princípio da função social do contrato, dada à extensão de sua abertura. Quais as sanções para a transgressão da norma-princípio? Referido princípio possui aspectos externos e internos?

Estas perguntas suscitam as maiores dúvidas e incertezas. Como cláusula geral, a abstração da norma deve ser materializada no caso concreto, mas segue indefinido o modo de aplicação da regra dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil. Aliás, Néelson Rosenvald alerta para a imprecisão do art. 421. Segundo ele,

em tempos de abertura para o novo, a tendência da jurisprudência é a de empregar a função social do contrato como uma panacéia para os males do rigor contratual. Pablo Rentería assume que a grande dificuldade para o operador do direito “diz respeito à identificação de uma especificidade

normativa para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação próprio e efetivo". (ROSENVALD, 2007, p. 369).

Como um imperativo de justiça e isonomia, problemas semelhantes não de ter soluções semelhantes. Afinal, não se pode cotejar que a decisão decorrente de um debate judicial ou administrativo esteja entregue ao acaso, sob pena de ausência de segurança jurídica, gerando instabilidade social e econômica. Conforme Rodrigo Garcia da Fonseca, jamais é recomendável que os processos sejam dotados de imprevisibilidade, "cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de quem é o juiz, fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto. A máxima popular segundo a qual "cada cabeça, uma sentença" não pode ser a tônica do Judiciário, sob pena de ser ver instalada uma incerteza jurídica insustentável" (FONSECA, 2007, p. 20).

Frente a tal panorama, o Conselho de Justiça Federal (CJF) buscou uniformizar a interpretação e a aplicação da norma do art. 421 do Código Civil de 2002. Para tanto, realizou encontros denominados Jornadas de Direito Civil, sendo a primeira delas realizada em 12 e 13 de setembro de 2002, antes mesmo da vigência da Lei nº 10.406/2002. Nesta primeira reunião, foram publicados logo três enunciados no que tange ao art. 421:

Enunciado 21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado 22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (CASTRO *apud* BARBOSA, 2011, p. 57).

Na terceira jornada, realizada entre 1º e 3 de maio de 2004, firmou-se os seguintes entendimentos:

Enunciado 166 – Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.

Enunciado 167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de

Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos. (CASTRO *apud* BARBOSA, 2011, p. 57).

Por fim, na quarta jornada (de 25 a 27 de outubro de 2006) foram elaborados os seguintes enunciados:

Enunciado 360 – Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

Enunciado 361 – Arts. 421, 422 e 475: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. (CASTRO *apud* BARBOSA, 2011, p. 57).

As interpretações acima são válidas, mas insuficientes para definir precisamente os limites de aplicação do art. 421. Portanto, visando definir o meio de aplicar o princípio, propor-se-á respostas às perguntas levantadas alhures de forma a unificar as diretrizes de interpretação e aplicação do princípio objeto deste estudo.

Quanto às sanções pela inobservância do princípio da função social, estas devem ser sopesadas caso a caso tendo como parâmetro o princípio da conservação. Caso a transgressão seja tamanha de forma a incompatibilizar o contrato aos anseios sociais, o negócio jurídico deve ser declarado nulo por ofensa à norma de ordem pública. Contudo, em sendo possível a mera revisão de cláusula contratual desconforme com a função social exigida, plenamente possível torná-la ineficaz, prevalecendo o contrato naquilo que não agrida a função social. Aliás, esta é a recomendação do artigo 421: a liberdade de contratar é exercida (e não, validada) em razão e nos limites da função social do contrato. Logo, a função social não dá validade à liberdade de contratar, mas é condicionante de seu exercício.

Ressalta-se que podem advir outras consequências jurídicas decorrentes da transgressão da função social do contrato, como a imputação de responsabilidade civil por perdas e danos a terceiros que interfiram negativamente em uma avença, a imposição de multa contratual pelo descumprimento ou a cominação de astreintes pela turbação ao cumprimento do acordo. Todavia, são punições reflexas, havendo um rol deveras extenso e que não é objeto de análise no presente momento.

Estabelecidas as sanções da ofensa à função social do contrato, necessário saber como identificar a transgressão do princípio. Para tanto, imperioso conhecer os aspectos/efeitos da função social.

Discute-se se o princípio da função social do contrato é dotado de aspectos internos e externos, de efeitos intrínsecos e extrínsecos que influem diretamente em sua aplicabilidade.

Sem maiores rodeios, este trabalho adota a posição de que a função social do contrato possui aspectos externos – estes unânimes – e internos. Aliás, o próprio enunciado 360 da quarta jornada de Direito Civil do CFJ já havia reconhecido a eficácia interna da função social dos contratos.

Pois bem: quanto aos aspectos externos, estes dizem respeito aos efeitos que um determinado contrato firmado entre as partes possa causar a terceiros estranhos à contratação.

Neste cerne, trabalha-se com o conceito de externalidades da disciplina de Análise Econômica do Direito (a qual será abordada adiante), qual seja, efeitos de negócios jurídicos realizados por sujeitos de direito que atingem terceiros não participantes do referido negócio jurídico. As externalidades podem ser positivas ou negativas.

Exemplifica-se: a construção de um shopping de grande credibilidade em um bairro residencial – facilitando a vida dos vizinhos pelo oferecimento de comércio, alimentação e lazer – é uma externalidade positiva, visto que aumenta consideravelmente o valor do m² na região e facilita o acesso a tais bens/serviços. Como externalidade negativa, podemos apontar o tradicional exemplo da poluição por parte de uma sociedade empresária que causa prejuízos à sociedade de modo geral.

Certamente, as externalidades negativas transferem um custo a um indeterminado número de indivíduos no exemplo acima, o que não é recomendável. Logo, para se evitar as externalidades negativas ou, ao menos, reduzi-las, elas devem ser internalizadas de forma que os agentes causadores do prejuízo possam repará-los, tornando os prejudicados incólumes dos danos com os quais tiveram que lidar.

Feitas tais elucidações, tanto há possibilidade de o contrato ocasionar prejuízos/benefícios aos terceiros, quanto é admissível que terceiros interfiram, positivamente ou não, no conteúdo de um contrato.

O leitor deve, após as linhas acima, questionar sobre a incongruência dos efeitos externos da função social dos contratos com o princípio da relatividade. De fato, a função social impõe a revisão da relatividade dos efeitos dos contratos, assim

como determinado pelo enunciado 21 da I Jornada do CFJ, mas isto não é novidade do Código Civil de 2002. Antes mesmo de sua redação, já havia as estipulações em favor de terceiros. Na França, independentemente de haver letra expressa na lei acerca da relatividade dos efeitos (art. 1.165 do Código Civil francês), a oponibilidade foi percebida como complemento necessário ao princípio da obrigatoriedade (FONSECA, 2007, p. 43).

De toda forma, o contrato é um fato social e, por produzir efeitos em uma determinada comunidade, deles ela não pode escapar. Assim, mesmo que não se admita – como regra – que o contrato possa criar direitos e deveres para terceiros estranhos à relação jurídica contratual, há a possibilidade de as partes oporem o contrato a terceiros e destes oporem o contrato às partes. Rodrigo Garcia da Fonseca elucida com precisão:

Na oponibilidade do contrato pelas partes aos terceiros, normalmente se entende que o terceiro não pode servir de cúmplice do inadimplemento de uma das partes. Não pode agir de modo a colaborar com o descumprimento do contrato por um dos contratantes.

Na oponibilidade do contrato pelos terceiros às partes, de um modo geral, se o inadimplemento contratual de uma parte causar prejuízo a terceiro, esta circunstância poderá ser invocada pelo prejudicado, ainda que não fosse ele o credor da obrigação inadimplida. (FONSECA, 2007, p. 44).

Na primeira situação (oponibilidade do contrato pelas partes aos terceiros), destaca-se a tutela externa do crédito estatuída no art. 608 do CC e destacada no enunciado 21 da I Jornada de Direito Civil de CFJ. Assim, se o terceiro ofende o crédito alheio mediante a realização de um segundo contrato com uma das partes, a interferência é ilícita em razão da incompatibilidade entre os dois contratos, induzindo a violação do negócio jurídico primitivo. Ocorrendo tal situação, surge a possibilidade de o ofendido pela quebra de seu contrato demandar diretamente contra o terceiro ofensor, mesmo não havendo avença entre eles.

Eis exemplo fictício, mas baseado em fatos reais: José, famoso cantor, é contratado por uma fabricante de cerveja “A” para participar, com exclusividade, de anúncio publicitário visando aumentar a exposição e as vendas do produto. Entretanto, após a assinatura do contrato e da exaustiva exposição da publicidade na mídia, uma outra fabricante de cerveja “B”, ciente da relação contratual entre o cantor e a sociedade empresária “A”, oferece um novo contrato a José em

condições mais vantajosas, claramente prejudicando a fabricante "A" ao perder seu prestador exclusivo de serviços.

Conforme o art. 608 do Código Civil, "aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviços a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos".

Logo, independentemente de outras situações e consequências referentes à quebra do contrato inicialmente assinado por José, cabe à fabricante "B" pagar à sociedade empresária "A" a importância que esta pagaria ao cantor por dois anos no ajuste desfeito.

Pois bem: é neste panorama externo do contrato que se cogita de uma irradiação do direito de crédito. Nesta perspectiva, o terceiro tem o dever de respeitar a situação criada pelo contrato, consistente em uma abstenção. Como consequência desta oponibilidade, o terceiro que participa da violação de um contrato é responsável pelo dano que cause ao credor.

Ademais, ocorre aqui uma ofensa ao princípio da função social do contrato. Tratando-se de um anúncio publicitário, o interesse das pessoas é afetado, repercutindo em toda a sociedade. Da mesma forma, a sociedade também se preocupa com o cumprimento dos contratos, sendo vedado o abuso da liberdade de contratar de forma a prejudicar terceiros pessoas.

A oponibilidade do contrato a este terceiro representa, nestes casos, uma obrigação de não fazer, "imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte", sendo que tal oponibilidade "não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito de tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)" (NEGREIROS, 2006, p. 272-273).

Portanto, o terceiro não deve interferir negativamente nas avenças de forma a não prejudicar o contrato realizado. A oponibilidade do contrato pelas partes aos terceiros visa obrigá-los "a aceitarem e respeitarem a existência do vínculo contratual, de forma a prestigiar a conservação do contrato e permitir que este atinja os fins aos quais se destina, a partir dos objetivos perseguidos pelas partes na contratação original" (FONSECA, 2007, p. 53). Alegar a liberdade de contratar em casos como este nada mais é que abuso de direito (art. 187 do CC, que é ato ilícito

passível de reparação civil caso acarrete em danos) e violação da função social do contrato.

Ainda no que toca aos aspectos externos do princípio da função social dos contratos, há de se falar, também, da oponibilidade do contrato por terceiros em relação às partes. Nestes casos, mesmo sem haver direitos ou obrigações assumidas por um indivíduo estranho ao negócio jurídico celebrado pelas partes contratantes, o contrato não pode lhe causar prejuízos. Caso ocorra externalidades negativas, estas devem ser internalizadas de forma a transferir o custo ao responsável pelo inadimplemento, indenizando o terceiro pelas perdas e danos suportados.

Recorre-se a dois exemplos para aclarar as situações em que se apura os aspectos externos da função social do contrato quando os terceiros podem opor o contrato às partes contratantes: no primeiro caso, supõe-se que Silva e FYET celebraram contrato de compra e venda de veículo em perfeitas condições, sendo Silva o comprador e FYET o vendedor. Após sair da concessionária do vendedor e circulando normalmente com o novo veículo, por infortúnio, a roda automóvel de Silva se desprende e acerta violentamente o carro de Souza que se encontrava devidamente estacionado. Desgovernado, o veículo de Silva abalroa a motocicleta de Dias.

Simplificando, Silva e FYET são partes do contrato de compra e venda; Souza e Dias são os terceiros prejudicados. Anteriormente, o princípio da relatividade negava os efeitos da contratação aos terceiros. Todavia, como o contrato é fato social e repercute na sociedade, o princípio da relatividade passou por revisão e há responsabilidade civil da FYET perante os terceiros prejudicados pela venda do veículo cuja roda não se encontrava devidamente instalada.

Mesmo pertencendo o veículo a Silva, este não possui responsabilidade civil alguma no caso por não haver qualquer conduta antijurídica culposa por sua parte, muito menos nexos de causalidade entre seu agir e os danos sofridos por Souza e Dias.

Como o contrato celebrado entre Silva e FYET possuía como objeto um veículo avariado e tal fato causou prejuízos a terceiros, estes podem se opor ao pacto firmado pelas partes, podendo demandar em juízo diretamente contra o vendedor inadimplente que não alienou o veículo em perfeitas condições. Afinal, a função social do contrato condiciona a liberdade de contratar, devendo tal liberdade

ser exercida em razão e nos limites da função social. Como houve prejuízo para indivíduos da comunidade, a fronteira permissiva do exercício da autonomia privada foi transgredida, devendo o responsável – no caso, a FYET – indenizar os prejudicados (tanto o credor, quanto os terceiros).

Outra situação é o caso de leis protetivas do meio ambiente, que responsabilizam os participantes de uma relação contratual cujo objeto cause danos ambientais, prejudicando toda a coletividade. Dessa forma, esta pode se opor ao contrato pelos meios legais. Cabe, no momento, transcrição de Humberto Theodoro Júnior:

Na correta compreensão da função social e de sua vinculação aos interesses institucionais, não se pode reconhecer eficácia alguma à convenção que, por exemplo, implique risco evidente de dano ambiental, o mesmo se passando com os contratos entre empresas que afetem genericamente interesses dos consumidores (“aqui entendidos como a totalidade dos consumidores, o mercado de consumo – i.é, a concorrência ou algum outro interesse comum de todos os consumidores –, pois só aí, segundo os critérios desenvolvidos *supra*, haverá interesse institucional envolvido”). Se houver reparação a fazer, será não aos contratantes, mas ao bem institucional lesado (recuperação, p. ex., do meio ambiente, proibição da prática não concorrencial, cessação da propaganda ilícita ou enganosa etc.). (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 59-60).

Assim, o contrato somente terá função social se for imposta aos contratantes a observância do bem comum, traçando limites à autonomia privada para evitar que a liberdade das partes sobreponha os objetivos do Estado de uma sociedade também livre, justa e solidária (art. 3º, I do CR/1988). O Direito não tutela a liberdade de contratar dos indivíduos de forma a prejudicar os outros sujeitos de direito de uma mesma sociedade.

De toda forma, quando se fala em aspectos externos da função social do contrato e a oponibilidade do contrato dos contratantes a terceiros e de terceiros aos contratantes, a reparação sempre se arrimará na responsabilidade civil aquiliana. Afinal, não há vínculo decorrente de contrato entre as partes e os terceiros prejudicados.

Quanto aos aspectos internos da função social, há divergências doutrinárias sobre a sua existência.

Nélson Rosendal defende – arrimado na redação do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro segundo o qual o juiz deve aplicar a lei conjugando o bem comum dos contratantes e da sociedade – que se pode cogitar

uma função social interna e uma função social externa do contrato. O aspecto externo assemelha-se com o já explanado acima, demonstrando a oponibilidade dos contratos pelos contratantes perante terceiros e por terceiros em relação aos contratantes. Conforme lição do referido autor sobre os terceiros em uma relação contratual, “da mesma forma que podem ser afetados por contratos alheios, terceiros também podem agir de forma a violar uma relação contratual em andamento. A função externa do contrato é via de mão dupla” (ROSENVALD *apud* PELUSO, 2009, p. 457).

Por sua vez, o aspecto interno da função social do contrato seria, no entendimento de Rosenvald, uma relação de cooperação indispensável entre os contratantes ao longo de toda duração da relação, desde a fase precontratual à fase poscontratual, até porque ambos são sujeitos de direito titulares de igual dignidade e têm como finalidade o adimplemento de suas obrigações da forma mais eficiente. Prosseguindo na construção da ideia do aspecto interno da função social, Rosenvald afirma:

Nesse plano, a função social se converte em limite positivo e interno à estrutura contratual, impedindo a formação de uma relação de subordinação sobre a pessoa do devedor, o que implicaria a quebra de sua autonomia privada com reflexo em seus direitos de personalidade. Em qualquer relação contratual, os partícipes cedem uma parcela de sua liberdade jurídica em prol do êxito do programa comum. A função social interna pretende acautelar os contratantes da recuperação dessa liberdade contratual ao término do empreendimento conjunto. (ROSENVALD *apud* PELUSO, 2009, p. 456).

Assim como Rosenvald, Paulo Nalin defende a existência de aspectos internos e externos da função social do contrato, denominando-os como perfis extrínsecos e intrínsecos do princípio. O perfil extrínseco diz respeito ao contrato em face da coletividade, rompendo com o princípio da relatividade, uma vez que o negócio jurídico bilateral (ou plurilateral) possui repercussões nas mais variadas relações sociais. Já o perfil intrínseco da função social do contrato captura-o como relação jurídica entre as partes negociais, mas atentando à imperiosa observância dos princípios da igualdade material, equidade e boa-fé objetiva pelos contratantes (NALIN *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 44-45).

Entretanto, há quem assevere a inexistência do aspecto interno da função social do contrato, como Humberto Theodoro Júnior, Teresa Negreiros e Antônio Junqueira de Azevedo.

Humberto Theodoro Júnior defende que o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva possuem, cada qual e respectivamente, aplicação limitada aos aspectos externos e internos da avença. Segundo ele, os dois princípios foram disciplinados separadamente – um arrimado na eticidade, o outro sustentado pela socialidade – para se lhes reconhecer individualidades e evitar o endeusamento da função social, tornando-a uma panacéia indefinível. Nada melhor que a transcrição do entendimento para elucidar:

Quer dizer simplesmente que os contratantes gozam de autonomia para contratar ou não contratar, assim como para definir o objeto e as condições do contrato. Essa liberdade, todavia, tem limitações que operam em duas dimensões: a) internamente, um contratante não pode impor ao outro condições ou sujeições que sejam incompatíveis com a eticidade, isto é com os ditames da boa-fé objetiva (não pode praticar a usura nem se furtar às obrigações acessórias que emergem da lei e dos bons costumes); b) externamente não podem os contratantes criar situações jurídicas que afrontem direitos de terceiros (fraude e dolo), nem podem terceiros agir, frente ao contrato, de modo a dolosamente lesar o direito subjetivo do contratante (ato ilícito, abuso de direito). Na abstenção de condutas contratuais nocivas a terceiros, portanto, é que opera a função social do contrato (como limite à liberdade de contratar). (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 110).

Da mesma forma, Teresa Negreiros e Antônio Junqueira de Azevedo somente acreditam na existência de aspectos externos da função social do contrato com ênfase no abrandamento do princípio da relatividade, uma vez que o substrato do referido princípio – qual seja, a autonomia da vontade como fundamento da força obrigatória do contrato – perdeu consistência. “Diante do novo cenário principiológico em que se insere o contrato, podem ser deduzidos fundamentos para, sob certas circunstâncias, atribuir ao credor ação de responsabilidade em face do terceiro que, através de um contrato concorrente, inviabiliza a satisfação do seu direito de crédito” (NEGREIROS, 2006, p. 212).

Ao nosso entender, o aspecto interno da função social possui duas facetas. Em uma delas, a função social é tomada como diretriz interpretativa dos contratos, uma vez que a sociedade se preocupa com a proteção das partes contratantes face à tirania clássica da autonomia da vontade e da obrigatoriedade. Assim, o Código Civil de 2002 reconhece a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva, lesão, estado de perigo, abuso de direito como ato ilícito por ser contrário à boa-fé, etc.

Rodrigo Garcia da Fonseca ensina:

Ainda assim, é nesta relação interna do contrato que muitos autores identificam as principais características da função social do contrato. Nesta linha, seriam manifestações da função social do contrato expressas no novo Código Civil, por exemplo, a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva, a figura do estado de perigo, a reintrodução no ordenamento jurídico do instituto da lesão, ou as normas em torno da boa-fé e repressão ao abuso de direito, entre outras. (FONSECA, 2007, p. 56).

Ressalta-se que o princípio da função social é uma cláusula geral, criando uma abertura interpretativa ao aplicador do direito. Todavia, não há pretexto para se enforçar critérios seguros de interpretação, concedendo aos magistrados total discricionariedade para aplicar a norma. Para tanto, os institutos acima (resolução por onerosidade excessiva, estado de perigo, lesão, etc), além de demonstrar a preocupação social com o conteúdo do contrato firmado entre duas partes, são critérios interpretativos da função social pela sua maior delimitação, inobstante também serem cláusulas gerais. É muito mais simples determinar o que é “premente necessidade” e “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” do que seja “função social do contrato”.

Aliás, deve-se deixar claro que a função social do contrato no aspecto interno não é princípio programático, realizando-se somente através da aplicação de outros dispositivos e normas legalmente previstas, assim como o vocábulo “social” não se refere à realização de justiça social distributiva, caso a caso. Na primeira situação, o princípio tornar-se-ia bastante fluido, esvaziando o seu conteúdo e impedindo a aplicabilidade imediata, enquanto tomar a função social interna como meio de realização de justiça distributiva casuística torna qualquer julgamento em obra do acaso, gerando imprevisibilidade e insegurança jurídica. O Judiciário não é lugar de se levar políticas públicas, as quais devem ser destinadas ao Legislativo para se definir o que se pode ou não pode fazer.

Assim, ao contrário da função social externa, a tutela do contrato contra a lesão e estado de perigo (por exemplo) diria respeito – em um primeiro momento – somente às partes contratantes, não se preocupando com reflexos em terceiros, bem como não havendo interferência de terceiros no conteúdo do contrato. O elemento social encontra-se no interesse do Estado de tutelar as relações entre os iguais. Afinal, este é o escopo do Código Civil e é por intermédio de alguns mecanismos nele estatuídos que injustiças pontuais possam ser reparadas.

Entretanto, conforme ressaltado, é somente em um primeiro momento que a relação interna não transborda seus efeitos para terceiros e, conseqüentemente, para a sociedade. É indubitável que o seio social considera relevante a proteção aos mais fracos. Dessa forma, há normas no ordenamento jurídico – como o Código de Defesa do Consumidor e a CLT – que os protegem na tentativa de restabelecer o equilíbrio nas relações obrigacionais com as partes cuja “vontade” prevaleceria. Cabe ao Estado intervir nestas relações privadas para que o contrato entre desiguais não acarrete injustiças. “É uma necessária ação estatal para não permitir que, a pretexto da liberdade de mercado, o excesso de poder de certos agentes econômicos acabe por sufocar o próprio mercado e a sociedade” (FONSECA, 2007, p. 62).

Contudo, havendo equilíbrio de forças, não há razão para que haja intervenção estatal nos contratos. O direito garante o respeito às regras do mercado. Conforme lição de Enzo Roppo:

Desta maneira, como se disse, o ordenamento não tutela a instrínseca justiça da troca contratual, mas só a correção formal das modalidades externas através das quais a troca é decidida e realizada. Deve-se acrescentar que, deste modo, o ordenamento não tutela nem sequer as *concretas expectativas de lucro* que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que *um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato*, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir). Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a *abstracta possibilidade do lucro*; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado. A indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro: é claro que se a cada contraente fosse consentido libertar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados (não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação à mesma operação, pela parte contrária, mas) todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas: é este – já o sabemos – o sentido real do princípio *pacta sunt servanda*. (ROPPO, 2009, p. 225/226).

De tal lição, conclui-se algo importantíssimo para a segunda faceta da função social interna do contrato: em um “jogo de mercado”, os contratos são peças importantíssimas do quebra-cabeça.

Certamente, há diversificação na natureza das avenças. Não se pode sopesar igualmente um contrato decorrente de uma relação de consumo e um pacto eminentemente civil-empresarial. De toda forma, todos eles – independentemente da natureza – compõem um cenário macroeconômico resultante de várias interações microeconômicas dos agentes econômicos que se multiplicam. Como é cediço, a variável “preço de bens e serviços” em um mercado decorre de outras variáveis, tais como “oferta”, “demanda” e “escassez do bem e/ou do serviço”.

Como exemplo, em um contrato entre duas pessoas no qual o objeto é a venda de diamantes rosas, o preço é bastante elevado em razão da escassez do bem e da alta procura. Tal relação bilateral certamente influi no mercado, uma vez que há uma padronização (quase que) involuntária do preço. Na hipótese de se encontrar várias jazidas minerais com uma enormidade de diamantes rosas, não haveria escassez, o comércio destas pedras tornar-se-ia comum, o público teria mais acesso, o item deixaria de ser exclusividade das classes mais abastadas e o preço diminuiria. O resultado final seria o mesmo se o vendedor de diamantes passasse a praticar preços inferiores, pois passaria a vender mais que seus concorrentes, os quais seriam obrigados a rever o valor cobrado pelos diamantes.

Conclui-se, assim, que o contrato tem reflexos no mercado. Um contrato particular, por ser fato social e econômico, possui papel social por ser peça microeconômica do quebra-cabeça macroeconômico que abarca a sociedade. Há um efeito cascata de um contrato sobre o mercado. Rodrigo Garcia da Fonseca arremata:

Assim, o que acontece dentro de uma relação contratual, mesmo que não afete diretamente terceiros, tem o potencial de propagar efeitos por toda a sociedade. Logo, tem repercussões sociais. Se assim é, torna-se possível vislumbrar uma função social incidindo também no aspecto interno das relações contratuais, e delas emanando. Esta função social, no entanto, aparece não exatamente no contexto individual de cada contrato, mas naquilo em que cada situação individual afeta o contexto social, ganhando relevo para a coletividade. (FONSECA, 2007, p. 72).

Diante da necessidade de se cotejar o funcionamento da economia para determinar a função social interna do contrato, imperiosa a abordagem da disciplina de análise econômica do direito (ou *law and economics*). Afinal, é necessário compatibilizar as concepções jurídicas com as econômicas, sob pena de causar prejuízos à sociedade com o pretexto de protegê-la. Isentar estudantes e idosos de

pagar o valor referente ao contrato de transporte de pessoas em ônibus é louvável, mas há de se considerar que há um custo e que este será transferido para terceiros. Há eficiência em tal conduta? Há majoração de interesses da sociedade?

Essas são reflexões a serem tomadas, conforme alerta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

A questão da função social do contrato poderá ser discutida, por exemplo, no pedido de despejo de locatário em contrato de locação por falta de pagamento do aluguel, em razão de ter ele ficado desempregado. Decisões que protegessem o locatário poderiam exercer uma função social imediata no plano individual, à custa do locador mas que, a longo prazo, seriam socialmente ineficientes, pois seria um desestímulo ao oferecimento de imóveis no mercado de locação, com elevação do nível dos aluguéis. Ao se introduzir a análise da função social do contrato no direito brasileiro, o Judiciário deverá, necessariamente, efetuar estudos de *law and economics*, aplicando uma solução em atendimento a esse princípio que não seja imediatista, mas que vise um resultado geral duradouro, em termos de eficiência. Uma decisão que esqueça dos efeitos no plano macroeconômico poderá fazer justiça no caso concreto e injustiça no plano coletivo, por levar a uma resposta socialmente (e economicamente) ineficiente. (VERÇOSA *apud* FONSECA, 2007, p. 73).

Hialina, portanto, a existência de aspectos externos e internos da função social do contrato. Uma vez delimitados, imperioso o esclarecimento acerca da economicidade e da essencialidade dos bens e serviços objetos de avenças contratuais.

9 PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Originariamente, ao se falar em princípio da economicidade, tem-se em mente a discussão na seara do Direito Econômico, cujo objeto é a perspectiva macroeconômica, enfatizando “a postura do Estado e dos demais intervenientes na condução da *política econômica* de modo a captar o alcance coletivo ou transindividual das medidas de política econômica adotadas” (FONSECA, 2007b, p. 41).

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,

O princípio da economicidade é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o *resultado final* seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos. Nessas escolhas, estarão sempre presentes os critérios da *quantidade* e da *qualidade*, de cujo confronto resultará o ato a ser praticado. As ações econômicas não podem tender, em nível social, somente à obtenção da maior quantidade possível de bens, mas a melhor qualidade de vida. (FONSECA, 2007b, p. 35-36).

Todavia, em um cenário macroeconômico, há várias relações de caráter microeconômico cujas consequências não ultrapassariam o plano interindividual. Em sendo o mercado composto por várias relações microeconômicas, estas são relevantes e nele refletem decisivamente. Conforme Rodrigo Garcia da Fonseca, “no capitalismo, ao revés, a idéia é a de que o mercado surge das relações micro para as macroeconômicas. A liberdade de ação leva à interação dos indivíduos e empresas até que se chega ao equilíbrio” (FONSECA, 2007b, p. 172). Portanto, o princípio da economicidade também deve ser levado em consideração nas relações econômicas singulares envolvendo o direito contratual.

Segundo Rodrigo Garcia da Fonseca:

Dentro da ideologia constitucionalmente adotada, o princípio da economicidade pode ser entendido como a transposição dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade para o campo do direito econômico e do direito dos contratos. Adotar a idéia de economicidade é uma forma de interpretar a função social do contrato conforme a Constituição, buscando a congruência entre meios e fins na aplicação do direito. (FONSECA, 2007, p. 177).

O Estado confessa no artigo 3º da Constituição quais são os seus objetivos e, analisando-os detidamente, percebe-se que, mesmo sendo eles de cunho

evidentemente social, carregam em si características econômicas inarredáveis. A busca do pleno emprego em uma sociedade capitalista, a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades, a promoção do bem de todos: todos estes objetivos necessariamente também envolvem circunstâncias econômicas favoráveis para tornar possível o seu alcance.

A liberdade de contratar corresponde à livre iniciativa – fundamento da ordem econômica –, devendo ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, de forma a cumprir com os objetivos constitucionais. Conforme lição de Rodrigo Garcia da Fonseca:

Se a liberdade de contratar é o motor da economia, ideologicamente essa liberdade também é de interesse da sociedade, pois é através dela que se desenvolve e cresce a economia. Sem liberdade contratual não se atingiria o desenvolvimento econômico, e conseqüentemente não se reduziriam as mazelas sociais. Se a Constituição elege como prioridade, paralelamente, o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais, e ao mesmo tempo afirma que a economia deve seguir o primado da livre iniciativa, sem planejamento estatal obrigatório para o setor privado, está ordenando ao legislador infraconstitucional e ao intérprete do direito, aos Poderes constituídos em geral, que busquem o desenvolvimento econômico e a distribuição mais equânime da riqueza através de uma organização socioeconômica que privilegie a liberdade de iniciativa. (FONSECA, 2007, p. 174).

Eis o princípio da economicidade, diretamente ligado à função econômica e ao aspecto interno da função social do contrato, uma vez que um contrato singular é parte de todo um sistema macroeconômico.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, relatando sobre as normas de Direito Econômico, ensina:

As normas jurídicas direcionadoras da economia como um todo, preponderando o aspecto macroeconômico, mas com acentuada preocupação com o aspecto microeconômico, se situam num campo de *macrodecisões*. As normas de Direito Econômico têm como objetivo principal o direcionamento da macroeconomia, através de decisões que têm por mira impor direcionamentos a partir dos fenômenos e processos econômicos agregados. Assim, as normas poderão ser vistas sob os *aspectos microjurídico e macrojurídico*. As relações microjurídicas serão aquelas que se concretizam entre indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entre empresas individualmente tomadas. Serão relações *microjurídicas* aquelas que são regidas por normas que têm por objetivo a composição de interesses predominantemente privados. Já as relações *macrojurídicas* são aquelas que transcendem os limites do interesse individual, para situar-se no campo das relações globais, supraindividuais, a afetar o conjunto dos interesses nacionais. (FONSECA, 2007b, p. 41-42).

Diante de tal preocupação constitucional com o alcance do bem de todos, é necessário que o social esteja em consonância com o econômico.

No momento, a análise mais adequada ao princípio da economicidade deve-se arrimar na cogência de se abordar a disciplina de Análise Econômica do Direito, uma vez que este não pode prescindir da interdisciplinariedade com a Economia, sob pena de aniquilar as funções do contrato e os objetivos constitucionais. Afinal, “o Judiciário vem se conscientizando da importância de produzir decisões legítimas e ao mesmo tempo economicamente viáveis e eficientes, sem o que ficariam inviabilizadas quaisquer perspectivas de desenvolvimento e crescimento econômico” (FONSECA, 2007, p. 179).

Pois bem: o Direito é uma ciência social aplicada. Da mesma forma, é a Economia, por lidar com o comportamento humano, sendo este o objeto de seu estudo.

O vocábulo Economia, formado pelos radicais gregos *oikos* (casa) e *nómos* (lei), pode ser etimologicamente traduzido como “administração do patrimônio”, visto que “lei da casa” não seria a melhor das definições. A presente tradução aparenta reduzir o escopo da ciência econômica à investigação de fenômenos referentes aos sujeitos de maneira individual, mas esta concepção é mais que ultrapassada. Afinal, a Economia tem como objetivo específico o estudo da sociedade formada pelos indivíduos. É uma ciência instrumental por excelência.

A Ciência Econômica pretende responder a seguinte questão: como a sociedade produz ou adquire os limitados recursos materiais e os organiza para a consecução daquilo que ela precisa e/ou anseia? Portanto, visa ela estudar como a sociedade administra os recursos escassos de forma a atender as suas necessidades e desejos.

Eduardo Goulart Pimenta firma que “a Economia pode, em essência, ser tomada como o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades” (PIMENTA, 2006, p. 160).

Assim, a Economia flagra o conflito entre a escassez de recursos e as necessidades e vontades da sociedade, tendo como o objeto de estudo os meios de organização e administração de tais recursos de forma que haja uma maior

satisfação dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, dos indivíduos que a compõem.

Portanto, a ideia de maximização de riquezas/interesses/utilidades é um dos pontos chave em discussões de cunho econômico. A sociedade busca a maximização de riquezas para poder suprir as necessidades e vontades dos indivíduos que a compõem, administrando os escassos recursos materiais disponíveis.

O ser humano é um ser racional, atuando como maximizador dos próprios interesses em qualquer que seja sua conduta. É assim que ele age no mercado ou em qualquer outra situação, fazendo escolhas de forma a incrementar as utilidades que podem ser conquistadas ou lhe ser atribuídas.

Impende salientar que a maximização de utilidades não é algo necessariamente prejudicial ou maléfico. Quando se fala em atuação objetivando aumentar a consecução de interesses próprios não significa agir em prejuízo de terceiros. A maximização de interesses pode ser, até mesmo, a ajuda ao próximo. Uma entidade filantrópica maximiza seus interesses ao auxiliar um determinado grupo de pessoas. Portanto, deve-se ter bastante cuidado ao depreciar a expressão em apreço, sob pena de se deturpar seu significado.

A administração dos bens de forma a majorar a geração e distribuição de riquezas no escopo de suprir os interesses da sociedade, por sua vez, somente terá valia e efetiva aplicabilidade conforme os objetivos traçados se realizada de forma eficiente, analisando-se as modalidades de incentivos – quais sejam: custos, benefícios e riscos.

Caso os custos e/ou os riscos sejam maiores que os ganhos que a sociedade ou o indivíduo possa auferir, ineficiente será a conduta tomada. Por outro lado, se os riscos e custos assumidos forem racionalmente tais que justifiquem sua assunção de forma que os ganhos se tornem concretos, a conduta será eficiente. Atingir o maior benefício possível ao menor custo social é a natureza da eficiência. A eficiência nada mais é que evitar o desperdício.

Dessa forma, pode-se concluir que a Economia reside num estudo acerca do comportamento humano de forma que a administração dos recursos materiais escassos por parte da sociedade satisfaça de maneira eficiente (observados os custos, riscos e ganhos possíveis) os interesses – vontades e necessidades – dos indivíduos que a compõem. Afinal, “a economia é, fundamentalmente, o estudo da

escassez e dos problemas dela decorrentes. A escassez implica escolhas e custos de oportunidade. Escolher a melhor forma de empregar recursos escassos é o problema básico de toda sociedade economicamente organizada” (ROSSETI, 2006, p. 87).

Há, portanto, uma indissociável relação da Economia com o Direito: este, também, é uma ciência social aplicada cujo objeto de estudo é o comportamento humano, sendo que tanto a Ciência Jurídica quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Aliás, segundo John Rawls, “um certo consenso nas concepções da justiça não é, todavia, o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade” (RAWLS, 2002, p. 6).

O Direito é, por sua vez, uma ciência que disciplina as condutas das pessoas, jurídicas ou naturais, em uma sociedade por forma de lei.

Em um modelo econômico, que simplifica a realidade social para sua melhor compreensão, trabalha-se com variáveis (circunstâncias) e hipóteses. Analisando-se tais variáveis conjuntamente com a hipótese, chega-se a uma resposta que, se constatável na realidade, é tida como válida; caso contrário, será inválida e – por óbvio – descartada.

Portanto, analisando-se um modelo econômico em que há uma lei ditando determinado comportamento sob pena de coerção de forma eficiente, inegável que a lei é uma variável de enorme relevância. Afinal, foi criada para solucionar uma situação hipotética, impondo ao seu transgressor uma conduta (ativa ou passiva) ou uma punição em caso de transgressão da norma jurídica.

Ao se questionar se uma lei é eficiente com base em métodos referentes à Economia, estar-se-á jungindo esta ciência ao Direito, que tem o objetivo de manter a ordem social e solucionar conflitos de interesses quando não for possível evitá-los, privilegiando os destinatários das disposições legais.

“Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos” (PIMENTA, 2006, p. 163).

Inclusive, ressalta-se que o texto constitucional lida com a ideia de eficiência em seu art. 37, arrolando-o como princípio da administração pública.

Como a eficiência é constatada pela satisfação dos interesses da sociedade de forma menos custosa, as legislações devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas de forma a maximizar os interesses e não causarem maiores prejuízos aos seus destinatários, que são os indivíduos de uma sociedade.

Conforme aventado anteriormente, o Direito Econômico visa ditar as regras da produção de bens e serviços de forma a se regular o mercado em uma perspectiva macroeconômica, fomentando o desenvolvimento do Estado. A própria CR/1988 regula a ordem econômica do país nos artigos 170 a 181.

Aliás, a título de elucidação, o art. 170, VII da CR/1988 assevera que é princípio da ordem econômica a redução de desigualdades regionais e sociais. Já o art. 3º, II e III da CR/1988 preconiza que são objetivos fundamentais da República o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais e regionais. Logo, é do interesse da República Federativa do Brasil que haja maximização de riquezas eficiente do Estado Democrático de Direito para que seja possível a todos a satisfação de seus interesses.

A relação entre Economia e Direito, tão importante conforme relatada acima, era reduzida apenas a algumas questões referentes a políticas antitruste, regulação de mercados e cálculos de indenizações, medidas pela extensão do dano no Direito pátrio (art. 944 do Código Civil). Inclusive, até algumas décadas atrás, a interface da Economia com o Direito estava confinada a um pequeno grupo de questões, especialmente antitruste, regulação de mercados e cálculo de danos monetários. Foi nos Estados Unidos que se deu um passo adiante na utilização de métodos econômicos para a análise das mais diversas áreas do conhecimento jurídico, sendo criado o movimento da *Law and Economics* (Direito e Economia) ou *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito).

Certamente, a Economia e o Direito, mesmo com suas metodologias diferindo de modo bastante agudo – “enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade” (SALAMA, 2008, p. 1). –, são ciências que devem se relacionar com a finalidade de que a aplicação das leis seja pautada na eficiência de seus resultados. Para tanto, surgiu a disciplina jurídica de Análise

Econômica do Direito (ou Direito e Economia) com o objetivo de investigar se a elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas são eficientes em situações tais como postas, utilizando-se de conhecimentos próprios da ciência econômica para a consecução de tal escopo, buscando o aperfeiçoamento das atividades dos juristas ao alocar os escassos bens às pessoas que mais os valorizem – seja pela vontade ou pela necessidade de tê-los.

Ressalta-se que o “Direito Econômico” não se confunde com “Direito e Economia”. Aquele é menos abrangente, visto que a disciplina de Análise Econômica do Direito não se limita à análise da regulação de mercados pelo Estado, mas abrange toda e qualquer investigação desde a elaboração à aplicação das normas legais individualmente aos casos concretos singulares, visando a maximização dos interesses da sociedade de forma eficiente.

Especificamente sobre a disciplina de “*Law and Economics*”, esta se divide em Análise Econômica Positiva do Direito e Análise Econômica Normativa do Direito. A primeira, de cunho ontológico, visto que trabalha com o mundo do ser, com a realidade jurídica em si, estuda o comportamento decorrente do sistema legal e da estrutura do sistema legal; a segunda, por sua vez, tem natureza deontológica, propondo mudanças para o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos (PIMENTA, 2010, p. 439).

Tanto a Análise Econômica Positiva quanto a Normativa são complementares e de grande importância, visto que uma analisa o fato como ele é, enquanto a outra visa a adequação da situação a uma nova realidade de forma a maximizar os interesses dos afetados pela norma jurídica de forma eficiente.

Ressalta-se que as ideias de maximização de interesses e de eficiência não são necessariamente ligadas a aspectos pecuniários. O altruísmo de uma ação pode ser eficiente se for de interesse da pessoa que a realizou em prol de outrem, destinando um recurso material (ou imaterial) escasso à pessoa que mais o valorize.

Como os recursos – sejam eles materiais (como dinheiro, bens materiais) ou não (segurança, educação, saúde, etc) – são escassos, necessária a alocação eficiente de tais recursos. Para tanto, há critérios de aferição de eficiência, tais como os critérios de Vilfredo Pareto e de Kaldor-Hicks.

Segundo o critério de Pareto, há uma troca eficiente quando há uma proporcionalidade não-negativa entre as condutas de duas partes: quando uma obtém um ganho, a outra parte não suporta prejuízo, podendo tanto continuar na

mesma situação, quanto auferindo benefícios simultaneamente. Logo, para Pareto, há eficiência quando não há perdas.

O famoso estado “ótimo” de Pareto é, portanto, uma situação em que não há mais como uma das partes obter benefícios sem o prejuízo alheio. Para se alcançar tal estado, é necessária a distribuição ideal de bens entre os consumidores, a alocação técnica ideal de recursos e quantidades ideais de produção.

Como exemplo, caso haja uma situação que um bem “X” valha mais para uma pessoa “A” do que para uma pessoa “B” e o referido bem está nas mãos da pessoa “B”, a troca será eficiente se “A” receber o bem sem que cause prejuízos à “B”. Dessa forma, o fato de o bem estar nas mãos de pessoa que mais o valorize sem prejudicar terceiros interessados torna a situação economicamente eficiente.

No que toca ao critério de Kaldor-Hicks, mais utilizado pelos operadores de Análise Econômica do Direito, este reside em os bens e serviços estarem nas mãos daqueles que mais os valorizem, recusando a sua troca pelo valor monetário dos mesmos. Assim, o prejuízo daquele que não teve acesso ao bem/serviço é menor do que o da pessoa que se negou a negociá-lo. Caso contrário, o que teria negociado o bem teria um maior prejuízo.

Portanto, o critério de Kaldor-Hicks tem por base a capacidade indenizatória daquele que possui o bem e lhe atribui mais valor, visto que pode compensar as perdas daqueles atingidos pelo negócio. Ao contrário de Pareto, admite-se a perda, desde que passível de ser compensada pelo agente que se encontra com o recurso a que mais dá valor.

Neste cerne, há de se considerar as externalidades (já retratadas anteriormente), ou seja, os efeitos de negócios jurídicos realizados por sujeitos de direito que atingem terceiros, os quais não participaram do referido negócio jurídico.

Recapitulando, as externalidades podem ser de cunho positivo ou negativo. Quando positivas, elas acarretam ganhos aos terceiros; quando negativas, estes suportam um custo, o que não é recomendável. Logo, para se evitar as externalidades negativas ou, ao menos, reduzi-las, elas hão de ser internalizadas de forma que os agentes causadores do prejuízo possam repará-los, tornando os prejudicados incólumes aos danos com os quais tiveram que lidar.

Portanto, se as externalidades negativas puderem ser internalizadas e os autores dos danos obtenham ganhos, possam usufruir dos recursos/bens/serviços

que mais valorizem e consigam indenizar as vítimas das perdas, tal ato jurídico-econômico é eficiente conforme o critério de Kaldor-Hicks.

Para o cotejo acerca da eficiência, necessário – portanto – a análise das modalidades de incentivo para se evitar atos ineficientes. Uma destas modalidades de incentivo são os custos, que devem ser reduzidos ao extremo para a maximização dos interesses dos indivíduos.

Quanto a este tema, transcreve-se a esclarecedora lição de Eduardo Goulart Pimenta acerca do assunto:

Em outra oportunidade, alertamos que hoje existem diferentes abordagens sobre o custo de transação. Contudo, para o presente estudo, podemos dizer que o custo de transação consiste naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.

Cada fator de produção em uma determinada atividade possui um custo. O trabalho, em forma de salários; as matérias-primas (fator terra), em forma do seu preço; o capital, na forma de juros, a tecnologia, em *royalties*. Estes são os custos de produção. Além disso, há ainda os custos de oportunidade, ou seja, aquilo que o empreendedor deixa de ganhar ao despender seu tempo no exercício empresarial. Porém, todos os fatores de produção e o próprio desenvolvimento da atividade impõem ao empresário uma complexa e interdependente gama de transações jurídicas imprescindíveis para o exercício da empresa. O tempo e o dinheiro gasto para planejar, efetuar e garantir os efeitos contratuais são o custo de transação. (PIMENTA, 2010, p. 449).

Arrematando todo o exposto, Amanda Flávio de Oliveira ensina ser inegável que

A análise econômica do direito permite visualizar o fato de que as decisões judiciais representam um custo para a sociedade, gerando efeitos externos, ou 'externalidades'. O juiz, a partir do novo enfoque, passa a perceber o contexto global dos conflitos e a compreender que seus julgamentos interferem inevitavelmente em outras esferas de interesse, além daquelas que estão envolvidas diretamente no caso que lhe foi submetido. A análise econômica do direito possibilita ao julgador a percepção de conjunto, que deverá ser levada em consideração antes de proferir sua decisão. Introduce, assim, no universo das cogitações a serem por ele feitas no momento da apreciação do direito aplicável ao caso concreto, a questão do custo-benefício de se aplicar determinada regra jurídica ou de se proceder a determinada interpretação. (OLIVEIRA, 2002, p. 101-102).

Assim, a Análise Econômica do Direito visa auxiliar os juristas a elaborar, interpretar e aplicar normas jurídicas de forma a possibilitar a ocorrência de trocas eficientes, reduzido ao máximo os custos dos direitos à sociedade, visto que a referidas trocas são a base fundamental do crescimento econômico. Por isso, outra

não é a conclusão: para a compreensão do princípio da economicidade, a referida disciplina é o principal instrumento.

Mais adiante, serão apresentadas situações envolvendo o princípio da economicidade e da função social do contrato. No momento, passa-se à análise da essencialidade dos bens.

10 PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE DOS BENS

Para se debater acerca da essencialidade dos bens, é necessário – primeiramente – determinar o que é um “bem”.

Na doutrina, há diversas teorias para diferenciar “coisas” e “bens”, mas entendemos não ser importante nesse estudo tal enfoque.

Segundo César Fiuza, “bem é tudo aquilo que é útil às pessoas”, devendo representar interesse e gestão de ordem econômica, bem como subordinação jurídica (FIUZA, 2004, p. 171).

Ao nosso ver, bem é aquilo que pode ser objeto de uma relação jurídica, atendendo aos interesses dos sujeitos de direito.

No Código Civil de 2002, os bens foram classificados em quatro classes decorrentes de referenciais diversos, mas sempre observada a sua finalidade para o sujeito ou para a ordem jurídica. Teresa Negreiros explana sobre o método do CC/2002 para classificar os bens:

Tomou-se, pois, o objeto de direito no seu sentido mais materializável e acessível (sentido imediato). Todavia, não abandonou o fim tido em vista pelo sujeito e pela ordem jurídica (objeto imediato). Pelo contrário, esse fim, esse interesse, essa destinação, estão presentes ao longo de todos os dispositivos que estabelecem a classificação dos bens. Isto poderá ser confirmado ao se observar o critério que presidiu a cada uma das classificações: estas não obedecem apenas a uma determinação estrutural, proveniente das características naturais ou físicas dos bens, antes se estabelecem, em grande parte, com base na finalidade que se propõem alcançar, a destinação que visam a atingir. (NEGREIROS, 2006, p. 424-425).

Logo, os bens foram classificados:

- a) em si mesmos;
- b) reciprocamente considerados;
- c) conforme a relação com seu titular e;
- d) considerados em relação a sua comerciabilidade. Dentro de cada um destes referenciais, há subclassificações.

Em si mesmos, os bens podem ser classificados como:

- a) corpóreos e incorpóreos;
- b) móveis, semoventes e imóveis;
- c) fungíveis e infungíveis;
- d) consumíveis e inconsumíveis;
- e) divisíveis e indivisíveis, e;
- f) singulares e coletivos.

Reciprocamente considerados, são classificados como principais, acessórios e pertenças.

Considerados conforme a relação com o seu titular (ou em relação às pessoas), os bens são classificados como públicos ou privados.

Em relação a sua comerciabilidade, classificam-se como:

- a) bens no comércio e fora do comércio, e;
- b) bens de família.

Esta é a disciplina dos bens no Código Civil de 2002, sendo a doutrina importante ferramenta para determiná-la com minúcias e, também, contribuir para a inovação. Afinal, a lei não trata amiúde dos bens no que tange a sua necessidade/utilidade ao ser humano, talvez porque não exista “uma teoria geral do objeto do direito como existe uma teoria geral do sujeito. E atribui esta falta à natureza tão variada e heterogênea que pode assumir o objeto do direito, por tal forma que se torna muito difícil, ou mesmo impossível, tratá-lo como categoria lógica, passível de abstração e teorização” (NEGREIROS, 2006, p. 421).

Portanto, Teresa Negreiros propõe a classificação mencionada, comparável ao regime das benfeitorias que, como bens acessórios, podem ser classificadas em necessárias, úteis e voluptuárias:

Assim, não parecem existir razões de ordem metodológica para que a argumentação jurídica, diversamente do que já se verifica em relação à teoria econômica, deixe de explicitar como base para a individualização de certas espécies de bens as necessidades humanas. Pelo contrário, a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos, tal como aqui proposta, é não só coerente com os critérios hoje já plenamente aceitos, mas, sobretudo, pode ser compreendida como conseqüente à aplicação dos princípios constitucionais, donde provém a sua legitimidade. (NEGREIROS, 2006, p. 400).

Este, portanto, seria o paradigma para uma quinta classificação dos bens. Além de considerá-los em si mesmos, reciprocamente em relação a outros bens, em relação a seu titular e em relação a sua comerciabilidade, Teresa Negreiros entende pela pertinência de classificar os bens sob o ponto de vista da serventia que trazem ao seu titular – ou seja, em relação à necessidade do ser humano em relação ao bem. Assim como nas outras classificações, as relações jurídicas envolvendo bens assim classificados teriam regime jurídico diferente conforme o grau de necessidade.

Repisa-se: é com base na dignidade da pessoa humana – fundamento da República (art. 1º, III da CR/1988) – que a classificação dos bens conforme a necessidade/utilidade para o ser humano ganha legitimidade. “O conceito de essencialidade dos produtos está associado, portanto, à manutenção de um padrão mínimo de vida, o que equivale a associar a essencialidade à conservação da dignidade da pessoa humana” (NEGREIROS, 2006, p. 410).

Impende ressaltar que a Constituição reconhece o paradigma da essencialidade dos bens ao determinar as necessidades humanas básicas para que viva com dignidade. O artigo 7º, IV da CR/1988, ao fixar que o salário mínimo deve (ao menos, deveria) ser capaz de atender às necessidades vitais de alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, arrola quais são as condições para a vida digna, sendo estas condições, notadamente, bens jurídicos. Afinal, são úteis às pessoas e podem ser objeto de uma relação jurídica.

Tais bens jurídicos, aliás, são direitos sociais – conforme capitulação da CR/1988 – e compõem o patrimônio mínimo do ser humano, visto que, sem eles, as

liberdades e garantias individuais da pessoa são restringidas, arruinando a possibilidade de se viver dignamente.

Tradicionalmente, patrimônio é um conjunto de bens, direitos e obrigações apreciáveis economicamente e corporificados no ativo e no passivo de uma pessoa, servindo-se como garantia dos credores do titular em caso de inadimplemento deste. Contudo, “o patrimônio não pode mais se resumir a um complexo de relações econômicas de um indivíduo, cuja finalidade é preservar a segurança de relações creditícias. A ordem constitucional demanda que uma fração do patrimônio atue como um meio de promoção de uma vida digna” (FARIAS; ROSENVALD, 2011b, p. 367). Para a promoção da vida digna, a doutrina detecta na Constituição a tutela do mínimo existencial, que não passa de um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais (TORRES, 2009, p. 25).

Conforme dito acima, os bens jurídicos que compõem o patrimônio mínimo da pessoa humana, possibilitando a vida digna, são direitos sociais, tanto é que o salário mínimo deveria ser suficiente para provê-los. Ainda, o mínimo existencial integra o conceito de direitos fundamentais, sendo deles conteúdo essencial. Estas duas assertivas acima parecem conflitantes, uma vez que a Constituição se remete primeiramente aos direitos fundamentais no artigo 5º, aludindo-se aos direitos sociais nos artigos subseqüentes.

Kildare Gonçalves Carvalho assevera que os direitos fundamentais impõem uma abstenção do Estado para preservar a autonomia dos indivíduos, enquanto os direitos sociais reclamam uma prestação positiva do Estado, não deixando – todavia – de os equiparar a direitos fundamentais (CARVALHO, 2004, p. 443). Ricardo Lobo Torres aprofunda: além de perceber que há também uma tutela negativa do Estado em não cobrar tributos para certos bens (*status negativus libertatis*, em contraposição ao *status positivus libertatis*, aventado anteriormente como prestações positivas do Estado), é a essencialidade de certos direitos sociais que os torna um direito fundamental, estendendo àqueles a lógica, a retórica e a eficácia dos direitos de liberdade:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser

obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. (TORRES, 2009, p. 41).

E conclui: “os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial” (TORRES, 2009, p. 42). Logo, somente serão direitos fundamentais os direitos sociais mínimos sem os quais a pessoa humana não possa viver com dignidade, sendo a essencialidade núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais, sejam eles da liberdade (art. 5º da CR/1988), sejam eles sociais (art. 6º e art. 7º, IV da CR/1988). Caso o direito social não seja essencial, não integrará o campo do mínimo existencial.

Para ilustrar, toma-se o bem jurídico “saúde”. Originalmente, não é um direito fundamental por estar inserto como direito social na Constituição nos artigos 6º; 7º, IV; e 196 e seguintes. Para a jusfundamentalização da saúde, é necessária a essencialidade da prestação do direito social. Logo, há questões relacionadas à saúde passíveis de escalonar sua essencialidade, colocando-a ora como mero direito social, ora como bem jurídico inserido no patrimônio mínimo da pessoa humana.

Esta é a doutrina de Ricardo Lobo Torres. Segundo ele, a Constituição delimita as atividades preventivas (campanhas de vacinação, proteção contra doenças sexualmente transmissíveis, combate à dengue, etc) como obrigação básica do Estado, delas se beneficiando toda a coletividade, sem qualquer distinção – neste ponto, a saúde é considerada direito fundamental social. Em contrapartida, a medicina curativa e o tratamento médico em hospitais públicos estão fora do campo do mínimo existencial, devendo ser remunerados pelo pagamento de contribuições ao sistema de seguridade, estando as pessoas mais pobres exclusivamente indulgenciadas de efetuar tais contribuições sem lhes ser – contudo – vedado o acesso (TORRES, 2009, p. 245).

Situação semelhante é a da educação: a leitura do art. 208 da Constituição demonstra que o ensino fundamental, dada à maior essencialidade (alfabetização, realização de cálculos matemáticos simples e cotidianos, mínimos conhecimentos históricos e geográficos, etc), tem acesso privilegiado em relação ao ensino médio e ao ensino superior.

É de imperioso destaque que a tutela do mínimo existencial é superior ao mínimo vital, isto é, “não pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo” (SÁ, 2001, p. 59). Ingo Sarlet adverte que

a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 21).

A feliz asserção de Cristiano Chaves de Farias e Néilson Rosenvald também é esclarecedora:

O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, a assistência social, a moradia, a cultura e o lazer, são meios tendentes à promoção da igualdade material. Esses bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interdita qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares. Na música e na letra dos Titãs, “a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte...”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011b, p. 369).

Ainda no que toca aos direitos sociais, a Constituição, ao assegurar o direito de greve, preconiza que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º da CR/1988). E a Lei nº 7.783/1989, em resposta à determinação constitucional, definiu no artigo 10 quais são os serviços ou atividades essenciais em onze incisos: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

Quanto ao tema, Maurício Godinho Delgado assevera:

Com isso, a Constituição firma *qualificativo circunstancial importante* na realização dos movimentos paretistas: os serviços ou atividades essenciais. Concretizado o movimento nesse âmbito diferenciado, seus condutores deverão atentar para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Ou seja: a Carta Magna não proíbe a greve em tais segmentos (ao contrário do que já ocorreu em tempos anteriores da história do país); mas cria para o movimento paretista imperiosos condicionamentos, em

vista das *necessidades inadiáveis da comunidade*. (DELGADO, 2009, p. 1.304).

Ainda quanto à essencialidade dos bens reconhecida pela Carta de 1988, há preocupação atinente ao direito tributário, tomando a essencialidade como diretriz para a tributação – é o *status negativus libertatis*, nas palavras de Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2009, p. 54).

O IPI será seletivo “em função da essencialidade do produto” (art. 153, IV, §3º, I da CR/1988), assim como o ICMS poderá ser seletivo “em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, §2º, III da CR/1988). Tais dispositivos demonstram que há uma visão diferenciada referente à tutela de bens essenciais na Constituição.

Aliomar Baleeiro, referindo-se à questão das alíquotas aplicáveis na tributação de mercadorias essenciais, esclarece:

Quanto mais sejam elas necessárias à alimentação, ao vestuário, à moradia, ao tratamento médico e higiênico das classes mais numerosas, tanto menores devem ser. O discricionarismo honesto do legislador, fiel ao espírito da Constituição, fará a seleção das mercadorias e a relatividade das alíquotas. (BALEIRO *apud* MARTINS; BASTOS, 1990, p. 416).

Logo, a essencialidade – que é a medida em função das necessidades do homem – deve ser considerada visando a tutela diferenciada dos bens de forma a cumprir com os anseios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana.

Aliás, a tutela diferenciada do bem de família pela Lei 8.009/1990 já representa uma mudança na legislação em relação aos tradicionais critérios de classificação dos bens dissociados das dimensões existenciais do ser humano. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald firmam que “o bem de família revela exceção ao princípio geral da responsabilidade patrimonial (art. 391, CC, e 591, CPC) em razão de seu perfil funcional, no qual se destaca a destinação existencial de atendimento às necessidades elementares da pessoa, em contraposição ao destino meramente patrimonial” (FARIAS; ROSENVALD, 2011b, p. 372).

O imóvel instituído como bem de família possui regime jurídico diverso de um imóvel exclusivamente destinado à locação em razão da destinação do bem e de seu proveito para a família. Conforme Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “a proteção constitucional assegurada à família na pessoa de cada um de seus membros, o direito a uma existência digna, bem como a preocupação

com a igualdade, em sua dimensão substancial, levaram à edição da Lei 8.009/90” (FACHIN; RUSYK *apud* NEGREIROS, 2006, p. 442).

No campo do direito contratual, Teresa Negreiros entende que a destinação do bem objeto da avença é elemento fundamental para determinar o grau de intervenção do Estado na relação estabelecida entre os contratantes. Eis o seu entendimento:

Estas são as premissas que fundamentam o estabelecimento do paradigma da essencialidade. Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma. (NEGREIROS, 2006, p. 463).

Assim, conclui-se que há de se graduar a preponderância de direitos fundamentais sobre a autonomia privada, baseando-se nas necessidades humanas para tanto. Noutras palavras, a autonomia privada é inversamente proporcional à essencialidade dos bens em um negócio jurídico contratual: quanto maior a essencialidade, menor a autonomia, sendo a recíproca, verdadeira.

A partir de tal premissa, questiona-se: como se deve aferir o grau de essencialidade do bem de forma a legitimar a maior ou menor intervenção estatal no contrato? Em sendo o contrato a veste jurídica das operações econômicas, como se dará a proteção ao prestador de serviço que oferece um bem essencial diante do inadimplemento da parte que dele necessita? O prejuízo deve ser suportado pelo prestador? É legítimo anular a função econômica do contrato e a autonomia privada dos contratantes em prol da dignidade da pessoa humana, pura e simples? O descumprimento não é uma forma de indignidade e, mais ainda, não é prejudicial a toda coletividade, conforme anteriormente visto nos aspectos internos da função social do contrato?

Todas essas indagações podem ser concentradas em uma pergunta: há conflito entre a função econômica do contrato e a tutela dos bens essenciais em um cenário em que a liberdade de contratar é exercida em razão e nos limites da função social? O escopo deste trabalho é o debate de forma a levar o leitor a uma conclusão ao final das linhas que se seguem.

11 CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE E O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Para discorrermos sobre o tema referente ao conflito entre os princípios da economicidade e da essencialidade na função social do contrato, é pertinente a recapitulação de pontos importantes já debatidos neste trabalho, de forma a condensar o conteúdo para melhor compreensão.

O contrato é negócio jurídico que tem como objeto bens e direitos de caráter patrimonial. Dentre seus requisitos objetivos, está a economicidade, determinando a possibilidade de se avaliar em dinheiro aquilo que está sendo contratado para satisfazer aos anseios das partes. “Onde não há operação económica, não pode haver também contrato” (ROPPO, 2009, p.11). Ademais, dentre suas funções, uma delas é a função econômica, uma vez que contribui no processo de circulação de riqueza, geração de empregos e distribuição de renda em um Estado Democrático de Direito capitalista.

A Constituição, inclusive, preconiza ser a ordem econômica da República fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, tendo o Estado como objetivos o desenvolvimento, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos.

Logo, o contrato está tutelado na Carta Política. Sua essência está no proveito econômico que traz àqueles que o celebraram arrimados na autonomia privada conferida pelo Estado. A liberdade de contratar da pessoa para atuar no mercado encontra na livre iniciativa a sua legitimidade.

Além da função econômica, o contrato também possui função social. Os institutos do Direito Civil não mais são vistos conforme sua mera estrutura jurídica, mas também desempenham um papel na coletividade. Tanto é que a economia de mercado é movida pelos contratos, sendo os contratantes agentes econômicos responsáveis tanto pelo cumprimento dos fundamentos e objetivos constitucionais, quanto pela abstenção de lesar as legítimas expectativas de terceiros. Conforme César Fiuza, referindo-se aos contratos, “é por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social” (FIUZA, 2004, p. 378).

Por ser fundamento da República, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental. O Direito Civil há de ser interpretado conforme a Constituição

visando, sempre, conferir à pessoa física uma vida digna. A funcionalização do contrato reside na promoção do ser humano no intuito de a contratação cumprir harmonicamente com todos os fundamentos e objetivos constitucionais: a avença contratual decorre da autonomia privada, fundada na livre iniciativa, que é fundamento da ordem econômica; o contrato é instrumento de circulação de riquezas, geração de empregos e distribuição de renda, contribuindo para o desenvolvimento nacional, redução de desigualdades de forma a erradicar a pobreza, promover o bem de todos e, conseqüentemente, conferir a estes uma vida digna.

Infortunadamente, a “mão invisível” de Adam Smith não é suficiente para tornar a situação acima em realidade. Afinal, há o problema da escassez de bens, bem como o de concentração de renda, de forma a causar falhas de mercado. Tal situação cria óbices venais ao acesso de bens.

Ocorre que há bens que são mais necessários às pessoas. Teresa Negreiros propõe a interessante classificação dos bens conforme as necessidades do ser humano tendo como paradigma a classificação das benfeitorias em necessárias, úteis ou voluptuárias, sendo a autonomia privada maior ou menor na contratação conforme a essencialidade do bem jurídico (NEGREIROS, 2006, p. 400). Noutras palavras, a contratação de um bem jurídico supérfluo confere maior liberdade de contratação às partes, enquanto as avenças envolvendo bem essencial restringem a autonomia privada. Afinal, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social. Nada mais é que a funcionalização do Direito Civil em prol de interesses coletivos.

Teresa Negreiros entende que,

Ao se propor a adoção, no âmbito da teoria contratual, do paradigma da essencialidade configurado neste trabalho como uma decorrência das transformações ocorridas no direito dos contratos e da supremacia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais, propõe-se, como conseqüência, que os contratos que tenham por objeto a aquisição ou a utilização pessoal de bens classificados como essenciais estejam sujeitos a uma disciplina legal de índole tutelar, diversa, neste sentido, da disciplina aplicável às demais espécies de contratos. (NEGREIROS, 2006, p. 484).

A polêmica é determinar o quão essencial é o bem de forma a regular a contratação, assim como definir se referido bem pertence ao patrimônio mínimo do ser humano.

No mesmo diapasão seguido por Nélson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, entendemos que “não é possível hierarquizar de forma abstrata aquilo que é supérfluo, útil ou essencial, pois as necessidades humanas variam de pessoa para pessoa e mesmo uma só pessoa ao longo de uma vida pode experimentar necessidades contingentes. A destinação do bem na concretude do contexto determinará a incidência de um regime mais ou menos intervencionista sobre a relação contratual” (FARIAS; ROSENVALD, 2011b, p. 370).

Teresa Negreiros defende que é o juiz quem deve determinar o grau da essencialidade do bem caso a caso, considerando não somente sua natureza, mas a sua destinação, implicando em um considerável grau de discricionariedade do magistrado:

Os exemplos legislativos e jurisprudenciais invocados demonstram que a adoção de um critério de classificação dos bens conforme a sua utilidade existencial não passa de mais um caso, entre tantos outros, em que a diretriz legal pressuporia, como condição de concretização, uma atividade explicitamente criativa do juiz, o qual seria então chamado a ponderar concretamente as circunstâncias particulares do caso em exame. (NEGREIROS, 2006, p. 473).

A proposição de Teresa Negreiros é perigosa, dado o tamanho de discricionariedade que concede ao juiz ao lhe conferir a realização de “atividade explicitamente criativa”. Repetindo lição de Rodrigo Garcia da Fonseca, jamais é recomendável que os processos sejam dotados de imprevisibilidade, “cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de quem é o juiz, fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto. A máxima popular segundo a qual “cada cabeça, uma sentença” não pode ser a tônica do Judiciário, sob pena de ser ver instalada uma incerteza jurídica insustentável” (FONSECA, 2007, p. 20).

De fato, um bem pode ser útil a alguém e essencial a outrem. O fornecimento de energia elétrica, por exemplo, é indispensável para a realização de várias tarefas cotidianas, sendo essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, há pessoas que necessitam da energia elétrica para manter em funcionamento aparelhos imprescindíveis para a manutenção de suas vidas, como um respirador. Para estas pessoas, há maior essencialidade do bem jurídico. Somente o caso concreto poderá confirmar a situação e é o juiz o responsável por determinar o grau de necessidade do ser humano em relação ao bem.

Contudo, não pode o julgador determinar quais bens são ou não são essenciais aprioristicamente conforme seus meros anseios particulares, sob pena de poder acarretar em ativismo judiciário a favor dos necessitados sob a batuta da essencialidade do bem, da dignidade da pessoa humana ou da função social do contrato. Conforme Humberto Theodoro Júnior, a função social do contrato não o torna “instrumento de “assistência social” ou de caridade à custa do patrimônio alheio” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 123). Deve o julgador, ao menos, partir do mínimo existencial conferido pelo ordenamento jurídico ao ser humano para determinar quais são os bens essenciais a serem tutelados conforme o paradigma da essencialidade.

O mínimo existencial, fundado na dignidade da pessoa humana, é – conforme lição de Ricardo Lobo Torres – os direitos sociais dotados de essencialidade, sendo esta (essencialidade) o pressuposto que lhes confere a jusfundamentalidade. Noutras palavras, os direitos fundamentais sociais compõem o patrimônio mínimo garantido pela Constituição ao ser humano de forma a lhe conferir uma vida digna.

Repita-se a afirmativa outrora apresentada: somente serão direitos fundamentais os direitos sociais mínimos sem os quais a pessoa humana não possa viver com dignidade, sendo a essencialidade núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais, sejam eles da liberdade (art. 5º da CR/1988), sejam eles sociais (art. 6º e art. 7º, IV da CR/1988). Caso o direito social não seja essencial, não integrará o campo do mínimo existencial.

Os direitos sociais, embrião para se encontrar o mínimo existencial, estão colocados na Constituição e – destaca-se – é conforme a Constituição que o juiz deve determinar a essencialidade do bem (ou sua necessidade para o ser humano), sempre partindo da dignidade da pessoa humana como pressuposto. Segundo Luiz Edson Fachin:

O conceito de necessidade pode (e deve) migrar de uma conformação meramente formal para uma expressão econômica e social. E essa migração pode se encontrar justificada pelo direito fundamental a uma vida digna. Ao Direito, pois, incumbe o socorro a essa legítima ação, em homenagem à pessoa e suas necessidades básicas, que pode estar calcada nos princípios constitucionais que garantem o direito à vida. (FACHIN *apud* NEGREIROS, 2006, p. 501).

Tomando a saúde como exemplo, apresentamos o entendimento de Ricardo Lobo Torres no escopo de explicar os limites constitucionais que determinam até que ponto a saúde é direito fundamental social e compõe o patrimônio mínimo da pessoa humana:

O orçamento da seguridade social, referido no art. 165, §5º, inciso III, da CF abrange também o da saúde, que exhibe duas faces: é fundamental (= mínimo existencial) e social – arts. 6º e 196.

Diz o art. 196, que a *saúde* é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Já o art. 6º afirma que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. A CF distinguiu, sem a menor dúvida, entre as prestações de saúde que constituem proteção *do mínimo existencial* e das *condições necessárias à existência*, que deveriam ser gratuitas, e as que se classificam como *direitos sociais* e que poderiam ser custeadas por contribuições (medicina curativa). De feito, as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito: as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias são obrigações básicas do Estado, deles se beneficiando ricos e pobres independentemente de qualquer pagamento. A medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, entretanto, deveriam ser remunerados pelo pagamento das contribuições ao sistema de seguridade, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que têm o direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira, posto que se trata de direito tocado pelos interesses fundamentais. (TORRES, 2009, p. 245).

Conforme o entendimento acima, a medicina curativa e o tratamento médico em hospitais públicos estão fora do campo do mínimo existencial por não tratarem de necessidades básicas do ser humano, devendo ser remunerados pelo pagamento de contribuições ao sistema de seguridade.

Poder-se-ia, a partir do apresentado acima, concluir que a própria Constituição determina estar a medicina curativa em região periférica ao patrimônio mínimo do ser humano pelo fato de lhe faltar o requisito da essencialidade. Todavia, se a medicina curativa compõe as prestações de saúde, negar-lhe a essencialidade somente poderia acarretar em sua classificação como bem útil ou supérfluo – o que não parece ser razoável. A energia elétrica – que não é direito social – é bem essencial, mas a saúde pode não ser? É, no mínimo, paradoxal.

Conforme o entendimento de Ricardo Lobo Torres, a essencialidade de um direito social o torna objeto do patrimônio mínimo. Logo, não haveria como um direito social ser essencial sem pertencer ao mínimo existencial do ser humano.

Há, portanto, uma incongruência na tese acima. O próprio doutrinador afirma que, caso os pobres não possam realizar a contribuição, a medicina curativa lhes é garantida de forma gratuita por se tratar de interesses fundamentais. Então, como se trata de direito social, há interesse fundamental em jogo e a prestação dar-se-á de forma gratuita, a medicina curativa também compõe o mínimo existencial por ser dotada de essencialidade pois é condição necessária à existência do enfermo.

Ressalta-se que é o Estado o responsável pela garantia do mínimo existencial. Além disso, a saúde, como direito social, deve ser garantida pelo Estado. É ele que deve deixar de cobrar tributos sobre os serviços de saúde essenciais, bem como realizar prestações positivas custeadas por contribuições sociais para o seu máximo implemento.

De toda forma, é o mínimo dos direitos sociais que devem ser garantidos. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmam que, dentre outros direitos sociais, a saúde básica (reforça-se: a saúde básica) faz parte do “elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interdita qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares” (FARIAS; ROSENVALD, 2011b, p. 369).

Em contrapartida, “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (TORRES, 2009, p. 41).

Infelizmente, o Estado não consegue cumprir seu dever de garantir a contento o direito à saúde por uma série de motivos: escassez, falta de interesse, corrupção, etc. Todavia, uma vez que a saúde é direito de todos e visando permitir o aumento do acesso à saúde pela coletividade, a Constituição permite que a iniciativa privada preste serviços de forma a suprir a falta do sistema público.

“É importante ressaltar que, para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento estatal para a área respectiva, pois se deve fortalecer o sistema público, e também permitir que a regulação do setor privado permita corrigir as falhas de mercado, garantindo a qualidade na prestação dos serviços à sociedade” (GREGORI, 2011, p. 41)

Conforme aventado alhures, os direitos sociais – sejam eles fundamentais ou não – consistem em prestações positivas ou negativas do Estado. Logo, é o

Estado quem deve, *a priori*, realizar as prestações, visto ser de seu interesse a realização, pura e simples, dos fundamentos e objetivos constitucionais.

Para tanto, não se pode impor à contratação privada o ônus de satisfazer anseios exclusivamente sociais, suprimindo os interesses das partes. É despropositual determinar a um médico ou hospital particular a realização de serviços médicos gratuitos, que cabem ao Estado. O Direito Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, mas não deixa de ser Direito Civil, mesmo que socializado. “É célebre a sentença de Otto Von Gierke, que em termos proféticos afirmava em 1889 que a socialização do direito privado era condição para a sua sobrevivência: “o direito privado será mais social, ou não será”” (NEGREIROS, 2006, p. 496). A reorientação do Direito Civil não enforca os pilares privatísticos, mas funcionaliza seus institutos de forma a humanizar as relações jurídicas de direito privado e contribuir para o cumprimento da Constituição, possibilitando a igualdade material entre os sujeitos jurídicos. Teresa Negreiros defende que

Caberia à política fiscal – e portanto ao direito tributário –, e não ao direito civil, a função de, mediante a implementação de políticas públicas de redistribuição de renda, remover os obstáculos que impedem a realização de uma maior justiça social. A capacidade contributiva seria, pois, o instrumento por excelência do desenvolvimento social, sendo esta uma tarefa cometida ao Estado, e não aos cidadãos no âmbito de suas relações privadas. (NEGREIROS, 2006, p. 498).

Ademais, mencionando Perlingieri

Uma justiça distributiva não pode ser atuada mediante técnicas tradicionalmente privatísticas; estas, sendo conformes aos princípios fundamentais do ordenamento, devem estar prontas a sofrer um uso funcionalizado, mas sempre harmônico com o sistema, sem que lhes seja atribuído um uso distorcido para suprir as carências do aparato público e burocrático. (PERLINGIERI *apud* NEGREIROS, 2006, p. 498).

Como se pode notar, o contrato é instrumento de circulação de riquezas em um Direito Civil funcionalizado e interpretado conforme a Constituição, mas não se pode transpor limites razoáveis de interpretação de forma a descaracterizá-lo e ensejar insegurança jurídica e prejuízo à coletividade. Afinal, é a própria coletividade que deve ser beneficiada para, em última análise, garantir a vida digna aos seus membros.

É com base na promoção da vida digna que se deve determinar quais bens são essenciais, úteis ou necessários à pessoa humana, pois é assim que a Constituição determina. O patrimônio mínimo é – vênua pela redundância – o mínimo para que alguém viva com dignidade e, por isso, os direitos sociais que o compõem são dotados de essencialidade.

Porém, há bens que não fazem parte do mínimo existencial, mas, inobstante, são também essenciais. A possibilidade de o bem ser dotado de essencialidade é mais extensa, não sendo reduzida – tão somente – ao patrimônio mínimo. O núcleo das necessidades humanas para se viver dignamente encontra-se no mínimo existencial (direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais), mas isso não impede que haja outros bens essenciais para a coletividade. A produção e distribuição de energia elétrica, por exemplo, não é direito fundamental social, mas nem por isso deixa de ser bem jurídico essencial para as necessidades humanas.

Entretanto, o mínimo existencial é intangível e deve ser garantido pelo Estado. Os demais bens jurídicos essenciais podem sofrer restrições, uma vez que devem ser sopesadas outras situações.

Toma-se como exemplo a aludida produção e distribuição de energia elétrica. Certamente, a energia elétrica é bem jurídico essencial à sociedade moderna para que viva com dignidade. Entretanto, a suspensão do fornecimento de energia pode ser realizada em caso de inadimplemento do usuário?

Inobstante possa-se afirmar que a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao ser humano atente contra sua dignidade e que se trata de bem essencial para gozar de vida digna, as Concessionárias do serviço público têm amparo legal para suspender o serviço arrimadas em estudos de análise econômica do direito. Afinal, a coletividade será prejudicada com o inadimplemento dos usuários do serviço de energia elétrica e a indevida manutenção do fornecimento aos inadimplentes. Os custos com os quais a Concessionária arcaria certamente seriam repassados aos demais consumidores via aumento do preço referente ao serviço prestado, prejudicando uma gama maior de pessoas. Neste ponto, a economicidade tem maior peso que a essencialidade, adequando-se melhor aos anseios do Estado para a tutela de seus interesses, conforme o caso concreto.

O interesse é demonstrar que não pode o sujeito esconder-se sob a égide da dignidade da pessoa humana como um dogma intocável visando descumprir suas obrigações referentes a contratos, sejam eles de direito público ou privado.

Eis o escólio de Rodrigo Garcia da Fonseca:

A dignidade humana, por outro lado, não deve ser banalizada. Não pode servir genericamente de pretexto para o descumprimento de contratos, gerando incerteza jurídica e fazendo a economia emperrar, tornando-a incapaz de produzir os resultados almejados pela Constituição justamente para melhorar as condições sociais da população e prestigiar a própria dignidade do ser humano. (FONSECA, 2007, p. 167).

Não mais nos encontramos em um Estado de Bem-estar Social, em que a dignidade humana era apontada como princípio absoluto, insuscetível de sopesamento e colocado em patamar superior aos demais. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que já não há princípios hierarquicamente superiores (TORRES, 2009, p. 151). A dignidade humana é princípio fundamental dentro de uma comunidade de princípios, irradiando-se sobre todos, mas não imune ao sopesamento.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira, referindo-se aos ensinamentos de Ronald Dworkin, argumenta:

De reconhecido caráter jurídico, os princípios não são simples normas generalistas do sistema (pois há normas gerais que não representam princípios), tampouco são normas que se aplicam a absolutamente todas as circunstâncias. Não podem ser hierarquizados ou ponderados e, depois de aplicados, terem definidas suas regras de aplicação, pois sempre dependem do caso concreto para poder adequar-se ou não. A exata forma de aplicação de um princípio não depende da aplicação anterior, mas da comunidade de princípios, que é evidenciada a partir da moral política da comunidade personificada. (NOGUEIRA *in* FIUZA; SÁ; NAVES, 2009, p. 31).

Aliás, não se pode negar: dignidade correlaciona-se com honradez. Descumprir com as obrigações firmadas em um contrato é desonrar a palavra empenhada, sendo uma atitude indigna. Não se justifica falar em dignidade humana diante de uma conduta à margem da dignidade.

Apesar de que se possa, aparentemente, conceber incompatibilidade do princípio da dignidade humana com a tutela do patrimônio, tal não ocorre – ao menos de forma definitiva. “Logo se verifica que o princípio da dignidade humana, que deve presidir todas as relações sociais e permeia todo o direito pátrio, não conflita com o sistema capitalista, com o mercado, a propriedade privada ou com a livre iniciativa” (FONSECA, 2007, p. 166). São as falhas de mercado que podem

transformá-lo em instrumento de dominação, suprimindo a liberdade dos agentes econômicos. São elas que devem ser combatidas, e não o mercado em si.

Ainda, imperiosa a alusão aos ensinamentos de Roberto Henrique Pôrto Nogueira:

Por outro lado, o Direito como integridade não nega nenhum dos princípios, mesmo porque negá-los seria negar a própria moral política comunitária, carecendo, portanto, de plausibilidade e coerência. Aceita, sim, a existência de eventuais conflitos entre princípios, que, em realidade, são competições, para que tomem lugar na interpretação e decisão no caso concreto. (NOGUEIRA *in* FIUZA; SÁ; NAVES, 2009, p. 30).

Como o Estado Democrático de Direito brasileiro se pauta economicamente pelo sistema capitalista, a propriedade privada, a livre iniciativa e a autonomia privada não podem ser negadas. “Ao contrário, naquilo que tem de afirmação da liberdade do ser humano, o sistema baseado na livre iniciativa coaduna perfeitamente com a dignidade do homem” (FONSECA, 2007, p. 166). Tanto as dimensões referentes à pessoa quanto ao patrimônio devem se compenetrar de forma que a tutela da propriedade se torne um instrumento a mais para a tutela da personalidade.

Face a todos os argumentos acima, conclui-se: como não há hierarquização do princípio da dignidade humana perante toda uma pluralidade de princípios – bem como perante a tutela do patrimônio (que, em última instância, proporciona a vida com dignidade) – e como a vida digna é critério para se aquilatar o grau de essencialidade dos bens em relação às pessoas, o princípio da essencialidade não é superior ao princípio da economicidade dos bens no Estado Democrático de Direito brasileiro, assim como o princípio da economicidade não pode ser elevado em relação ao princípio da essencialidade.

A dignidade humana, a economicidade e a essencialidade dos bens estão inseridas dentro de um discurso no qual o contrato situa-se como pano de fundo. Suas funções social e econômica não são contraditórias, mas compatíveis com o escopo da contratação ser instrumento para a promoção do ser humano. Da mesma forma, a tutela da personalidade não pode prevalecer aprioristicamente sobre a tutela do patrimônio, como muitos querem fazer crer. O Direito Civil encontra-se funcionalizado à ordem constitucional, a qual determina a valorização do econômico (livre iniciativa, valorização do trabalho, erradicação da pobreza, redução de

desigualdades, promoção do bem de todos), assim como do social, da pessoa humana, destinando-lhe um patrimônio mínimo de forma a lhe conferir dignidade. Não há exclusão, contradição ou subordinação necessária, mas meramente accidental, conforme o caso.

Leonardo Poli não poderia ser mais esclarecedor, pelo que imperiosa a transcrição de seu ensinamento:

Nesse ponto do debate, é imprescindível que se esclareça a razão da adoção, neste estudo, de uma concepção pluralista da funcionalidade do direito subjetivo ao invés de se adotar uma concepção monista em que uma de suas funções prevaleça sobre as demais. Essas concepções monistas parecem ser defendidas por grande número de civilistas brasileiros, provavelmente influenciados, inicialmente, pelo texto constitucional e, posteriormente, pelo texto do atual código civil que se referem, respectivamente, à necessidade do exercício do direito de propriedade e do direito contratual, em conformidade com a sua função social. Uma interpretação comumente defendida tem sido a de que a menção expressa à função social nos referidos textos poderia ser entendida como uma hierarquização das funções do direito subjetivo que alçaria sua função social a um patamar soberano em relação às demais, que seriam preteridas diante daquela. Seria a redenção do paradigma social garantida no ordenamento jurídico brasileiro. Esse entendimento parece recair no mesmo equívoco que o ordenamento jurídico buscou corrigir. A interpretação clássica do direito privado preteria as demais funções do direito subjetivo em prol de sua função econômica. O que a evolução do direito privado buscou evitar foi justamente esse monismo funcional, estéril e incompatível com o pluralismo jurídico. Nesse sentido, a recepção legislativa da função social do direito subjetivo privado deve ser interpretada de forma essencialmente inclusiva. Trata-se justamente de garantia legal de que a função social também será inserida no discurso, juntamente com as demais, econômica, política, normativa e pedagógica. Em uma sociedade jurídica democrática, não parece haver argumentos suficientemente convincentes para se impor a prevalência necessária de uma das funções sobre as demais. (POLI *in* FIUZA; SÁ; NAVES, 2007, p.321/322).

É pela investigação caso a caso que a melhor decisão será tomada. Todavia, a previsibilidade da decisão é necessária. Portanto, não de ser traçadas diretrizes para tanto.

Uma das diretrizes é a essencialidade do bem jurídico. Imperiosa a repetição de argumento outrora exposto: é com base na vida digna que se deve determinar quais bens são essenciais, úteis ou supérfluos à pessoa humana, pois é assim que a Constituição determina.

O patrimônio mínimo é composto pelos direitos sociais dotados de essencialidade, não podendo ser suprimidos. Entretanto, há bens jurídicos que são essenciais sem serem direitos sociais, comportando restrições por lhes faltar a jusfundamentalidade.

Diante da possibilidade de se impor restrições às partes na contratação de bens essenciais, o mesmo vale para as avenças envolvendo bens úteis e supérfluos.

Os bens úteis também são providos de grande tutela jurídica. Como exemplo, o art. 649, V do CPC, ao arrolar os bens absolutamente impenhoráveis, determina que “os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão” assim o são. Logo, tanto bens essenciais como bens úteis são protegidos de forma a tergiversar do princípio da responsabilidade patrimonial exatamente em razão de seus perfis funcionais.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explanam:

Os bens jurídicos enfocados neste inciso são qualificados como essenciais ou úteis, não em razão de sua estrutura, mas de sua função, do papel que lhes é destinado, de promoção do trabalho como meio natural de manutenção do mínimo existencial. Portanto, o dermatologista que exhibe uma vasta biblioteca em sua residência ou consultório apenas para impressionar amigos e pacientes, sofrerá a execução sobre tais bens, tendo em vista que a sua destinação é supérflua. O mesmo não se pode dizer dos livros que sejam diretamente relacionados ao exercício de sua clínica médica. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 384).

E completam:

Neste sentido, caminhou bem o legislador ao estender a impenhorabilidade aos bens úteis, pois, em sociedades altamente complexas, muitas vezes a preservação do trabalho dependerá do apoio do profissional em instrumentos de apoio que, se inexistentes, não o impedem de exercer o labor, mas reduzem a sua competitividade. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 384-385).

Quanto aos bens supérfluos, a autonomia privada rege em sua plenitude a contratação, assim como o princípio da responsabilidade patrimonial, pelo que não há maiores divagações a serem feitas.

Após todas as explicações feitas, volvemos à saúde.

Conforme a Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Ademais, a CR/1988 determina que o sistema de saúde no Brasil caracteriza-se pelo hibridismo: ao lado do sistema público, há o sistema privado, subdividido em sistema privado complementar (conveniado ao SUS – art. 199, §1º da CR/1988) e suplementar (eminentemente particular). O interesse do presente trabalho prende-se

ao debate referente à contratação eminentemente privada. Portanto, o sistema de saúde doravante aventado será o sistema suplementar.

Os contratos realizados entre os prestadores privados de serviços de saúde e os pacientes sempre serão contratos regidos pelo direito privado, sendo certa a busca do lucro por parte do prestador na avença. Não poucas vezes, diante da escassez do bem jurídico, da maior qualificação do profissional, do grau de risco assumido pelo prestador e do nível de dificuldade da empreitada, o serviço torna-se oneroso. Nada mais justo. César Fiuza, aliás, ao abordar a questão da justiça, assevera:

A definição de justiça mais importante, até hoje formulada, foi a de Ulpiano, jurista romano, com base na concepção aristotélica. Logo abrindo as Instituições do *Corpus Iuris Civilis*, formula Ulpiano: Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito. (FIUZA, 2004, p. 10).

Ao médico, o valor em dinheiro conforme as variáveis acima; ao paciente, a prestação para recuperação/manutenção de sua saúde. Ambos são direitos de cada um, pelo que nada mais justo o adimplemento de uma obrigação que envolva o direito de ambos, conforme contratado.

Entretanto, diante da impossibilidade de o Estado prestar com eficiência os serviços médicos, não se pode negar o aumento de responsabilidade dos agentes privados que tomam para si o serviço que, a princípio, seria público. Por se tratar de bem essencial, a exploração pela livre iniciativa particular dos serviços relacionados à saúde têm a autonomia privada restringida, conforme outrora debatido. Relembra-se: quanto maior a essencialidade do bem para o ser humano, menor a autonomia privada na contratação.

Eis o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes, no que toca à saúde e à educação:

Tanto a saúde quanto a educação prestadas por particulares perdem o caráter de universalidades que, por princípio, os direitos sociais deveriam ter. Mesmo assim conserva alguma coisa de diferente: são mercadorias de natureza muito distinta de outras. Em primeiro lugar, têm uma necessidade inafastável. [...] Nestes dois casos estamos tratando de coisas distintas de outras mercadorias ou serviços. Estes dois exemplos (educação e saúde) mostram que certos serviços, prestados no mercado de forma empresarial, lidam com objetos que não podem ser mercantilizados completa e absolutamente. (LOPES *apud* NEGREIROS, 2006, p. 482).

O ensinamento acima faz-nos concluir pela mitigação da autonomia privada nas contratações referentes aos serviços de saúde por ser bem essencial e direito social. Como faz parte do patrimônio mínimo do indivíduo e por não conseguir o Estado suprir a prestação de forma adequada, o particular deve garantir a saúde daqueles que necessitem de cuidados médicos e se apresentem aos seus cuidados.

Um profissional da saúde não pode negar atendimento a quem necessite, com urgência, de atendimento médico, pois, além de haver o dever de socorro, o contrato torna-se obrigatório dado ao abrandamento da autonomia privada decorrente da essencialidade do serviço. Da mesma forma, a liberdade de contratar do plano de saúde privado é relativizada pela Lei nº 9.656/1998 ao impor o prazo de vigência mínimo de um ano, proibindo “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência” (art. 13, inciso II), vedando-se, ainda, “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular” (art. 13, inciso III).

Todavia, não se pode negar ao prestador de serviços médicos a contraprestação por um serviço de tamanha relevância, inobstante alegações de defeitos do negócio jurídico, em especial o estado de perigo. É cediço que os serviços médicos particulares prestados por profissionais diferenciados envolvem altas cifras e não é justa a redução de honorários equiparando-os aos baixos preços referentes ao fraco atendimento pelo Sistema Único de Saúde. Estar-se-ia desestimulando a formação profissional.

Da mesma forma, a exigência do paciente ao plano de saúde para que cubra um determinado tratamento quando o contrato não o prevê ou quando há a previsão, mas, por opção, contratou-se uma menor cobertura, é ilegítima. Certamente, uma vez que se trata de contratos de adesão, as cláusulas devem ser interpretadas a favor do aderente, mas o princípio da função social em seu aspecto interno e o da boa-fé objetiva devem ser considerados de forma que não beneficie o aderente por sua própria torpeza. Não se pode negar a utilização de medicamentos não previstos no contrato para a cura de determinada doença porque frustraria os fins da própria avença; também, não se pode impor ao plano o custeio de procedimento médico não contratado por não ser objeto da contratação.

A legítima expectativa das partes é – ao menos, deveria ser – o adimplemento das obrigações avençadas. É, conforme o Código Civil, o efeito desejado da lei ao se realizar um negócio jurídico. É a vontade do Estado, que tem como fundamento da ordem econômica a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Caso não se valorize o trabalho de um médico ao realizar o seu mister e não se cumpra o contrato firmado, a ordem econômica constitucional estará sendo desrespeitada. Conforme aventado, não pode o devedor alegar a defesa de sua dignidade humana ao desonrar compromisso entabulado numa avença que tem o escopo de protegê-la.

Certamente, a saúde é essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana, mas a contratação de serviço médico particular tem alto custo diante das variáveis fáticas apresentadas no mercado. Há interesses existenciais e patrimoniais em jogo, mas ambos devem ser tutelados por ser este é o interesse da Constituição. Não há dignidade sem a tutela da personalidade e do patrimônio do ser humano.

Os serviços de saúde têm enorme relevância social. A função social dos contratos privados que envolvem prestações médicas salta aos olhos: trata-se de direito social de todos, são dotados de essencialidade (compõem, portanto, o patrimônio mínimo), aumentam o acesso à saúde à população visando a busca do bem de todos e a dignidade humana. Por ser bem essencial, nota-se que a liberdade de contratar é limitada pela referida função social que exerce a prestação do serviço médico, mas, nem por isso, deixa de haver a necessidade de adimplemento do serviço.

Aliás, para Eduardo Tomasevicius Filho, a função social

significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a idéia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo. (TOMASEVICIUS FILHO *apud* MAGALHÃES, 2007, p. 343).

Recapitulando, a função social do contrato possui aspectos internos e externos. Os aspectos externos se referem ao contrato em relação a terceiros, trabalhando-se com a ideia de oponibilidade da avença pelas partes a terceiros e pelos terceiros às partes com a relativização do princípio da relatividade:

Na oponibilidade do contrato pelas partes aos terceiros, normalmente se entende que o terceiro não pode servir de cúmplice do inadimplemento de uma das partes. Não pode agir de modo a colaborar com o descumprimento do contrato por um dos contratantes.

Na oponibilidade do contrato pelos terceiros às partes, de um modo geral, se o inadimplemento contratual de uma parte causar prejuízo a terceiro, esta circunstância poderá ser invocada pelo prejudicado, ainda que não fosse ele o credor da obrigação inadimplida. (FONSECA, 2007, p. 44).

Estes aspectos externos não serão tão importantes para o debate quanto os aspectos internos da função social do contrato. Segundo Rodrigo Garcia da Fonseca, um contrato particular, por ser fato social e econômico, possui papel social por ser peça microeconômica do quebra-cabeça macroeconômico que abarca a sociedade capitalista. Há um efeito cascata de um contrato sobre o mercado.

Assim, o que acontece dentro de uma relação contratual, mesmo que não afete diretamente terceiros, tem o potencial de propagar efeitos por toda a sociedade. Logo, tem repercussões sociais. Se assim é, torna-se possível vislumbrar uma função social incidindo também no aspecto interno das relações contratuais, e delas emanando. Esta função social, no entanto, aparece não exatamente no contexto individual de cada contrato, mas naquilo em que cada situação individual afeta o contexto social, ganhando relevo para a coletividade. (FONSECA, 2007, p. 72).

Esta é a questão relevante. O descumprimento dos contratos referentes à prestação de serviços médicos possui grande impacto social e econômico. Afinal, diante da relevância do serviço, prejudicar o cumprimento das avenças particulares é extremamente gravoso para toda a coletividade. Não se pode ser ingênuo ao ponto de acreditar que a realização de justiça distributiva decorrente de ativismo judiciário estará beneficiando a sociedade por garantir a prestação de saúde para privilegiar a dignidade e a existência do ser humano uma vez que os custos suportados serão transferidos aos demais usuários dos serviços médicos, inclusive àquele que necessitou da prestação.

Da mesma forma, descumprir o contrato devidamente firmado é contrário aos anseios da Constituição, segundo extensa argumentação já expendida nas linhas anteriores acerca dos interesses econômicos do Estado, por estar a tutela da personalidade e do patrimônio em convergência para a promoção da dignidade da pessoa humana. O inadimplemento da avença, aliás, é contrária à função social do contrato exatamente pelo fato de deixar de promover a valorização do ser humano ao frustrar a proteção da pessoa e do patrimônio.

Na busca da função social do contrato, é crescente a valorização da pessoa humana, seguindo a tendência de personalização, apresentada por vários autores do direito privado. Na conceituação do princípio, entendemos nós, há uma fusão de preceitos patrimoniais e pessoais, assegurando-se ao sujeito de direito o mínimo para que viva com dignidade. (TARTUCE, 2005, p. 200).

Ademais, o intenso descumprimento dos contratos – contrariando a sua função social – pode causar recessão à exploração da livre iniciativa privada, tornando ainda menor o acesso a serviços de saúde de boa qualidade. Tal fato prejudicaria ainda mais a coletividade, prejudicada pelos inadimplentes que, também, pertencem ao seio coletivo. A escassez do serviço contribuiria para a majoração dos preços e, se a classe média tem condições de pagar por um plano de saúde privado, futuramente isso não mais seria possível, restringindo a uma enormidade de pessoas o acesso ao direito fundamental social que o Estado tem grande dificuldade em prestar com excelência.

Assim, o descumprimento dos contratos de prestação de serviços médicos é prejudicial ao próprio inadimplente, devendo ser evitado a qualquer custo pelo Judiciário para privilegiar o princípio da conservação dos contratos, a não ser que haja vícios na avença que torne necessária a revisão ou a extinção.

É neste panorama do Direito Civil funcionalizado que se deve perceber a concorrência entre a função econômica do contrato e a tutela dos bens essenciais, notadamente a saúde. Não há prevalência apriorística da tutela da personalidade sobre a tutela do patrimônio, uma vez que

O centro gravitacional do ordenamento jurídico não é o indivíduo, mas a dignidade humana. Nesse sentido, o Direito Privado não é visto simplesmente como proteção do indivíduo, mas também como garantia de acesso a bens e como limite ao abuso de poder e de direito. Trata-se da substituição da noção de sujeito isolado pela noção de sujeito situado. (POLI *in* FIUZA; SÁ; NAVES, 2007, p. 323).

Assim, a proteção à dignidade da pessoa humana deve ser analisada caso a caso. “Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada *personalista*, busca a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e coletivos; *inexiste, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo*. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução

que pode ser tanto a compatibilização como, também, a preeminência de um ou outro valor” (LAMOUNIER *in* FIUZA; SÁ; NAVES, 2009, p. 143).

Tanto as questões econômicas quanto as questões relativas ao paradigma da essencialidade devem ser consideradas para que o indivíduo possa viver dignamente. Inobstante o conflito acidental entre a economicidade e a essencialidade dos bens em um cenário no qual a liberdade de contratar tem seu exercício condicionado pela função social do contrato, a dignidade da pessoa humana deve ser observada, o que não significa a supressão do econômico pelo social. Os contratos privados envolvendo bens essenciais, como a saúde, não podem ser livremente negociados, pois a autonomia privada é mitigada e exercem importantíssima função social, devendo ser cumpridos para satisfação dos interesses das partes e da coletividade, desde que a avença tenha sido regularmente firmada.

Outra não é a conclusão: o econômico e o social estão no mesmo discurso pluralista e devem ser valorizados de forma a impingir o cumprimento do contrato para a consecução de benefícios coletivos e particulares, dignificação do homem e, assim, o cumprimento dos fundamentos e objetivos da Constituição. É dessa forma que o contrato cumpre sua função social.

12 CONCLUSÃO

Os contratos são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, celebrados entre pessoas de direito privado no escopo de criar, adquirir, resguardar, transferir modificar ou extinguir relações jurídicas e direitos de caráter patrimonial em razão das necessidades movidas pela vontade das partes, livremente acordadas no dinamismo de uma relação jurídica lícita, não contrariando o ordenamento jurídico, a boa-fé, as suas funções social e econômica e os bons costumes.

Com essas palavras, foi elaborado o conceito de contrato ao longo deste trabalho. Instituto originário do direito romano, o contrato caminha continuamente pelo decorrer da história como a exteriorização jurídica das relações econômicas, mas sempre adaptado a seu tempo. Se no Estado Liberal a liberdade de contratar arrimava-se na autonomia da vontade, o Estado Intervencionista a suprimiu de forma a dirigir a economia.

Atualmente, sob a égide da Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Neste panorama, vige o Código Civil de 2002, regido pelos princípios gerais de eticidade, operabilidade e socialidade com o escopo de conduzir as relações privadas – dentre elas as contratuais – em necessária harmonia à Carta Política centrada na valorização da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição irradia para o Código Civil a necessidade de tutela da dignidade humana, pelo que entrelaça os ideais constitucionais às relações de direito privado, devendo estas serem interpretadas à luz da ordem constitucional.

Volvendo aos contratos, diante do cenário estabelecido pela Constituição e pelo Código Civil, não se pode desconsiderar as implicações que as relações contratuais carregam no seio social. A natureza do instituto é precipuamente econômica, mas, com a funcionalização do direito, é grave equívoco desvincular os contratos da realidade e do ordenamento jurídico que o legitima.

Estudando o ambiente comunitário, conclui-se que o contrato possui, além da função econômica, funções pedagógica e social. São os papéis que o contrato foi incumbido de exercer. Por se tratar de Estado Democrático de Direito, não há hierarquização de uma função sobre as outras porque são complementares e convivem harmonicamente.

Da mesma forma, não há hierarquização de princípios, devendo cada um ser analisado e aplicado de forma mais adequada ao caso concreto em caso de conflito acidental. Tanto é que a liberdade de contratar, um dos pilares do princípio da autonomia privada, possui o princípio da função social do contrato como um de seus limites. Da mesma forma, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato se vê em pontuais contradições com o princípio da função social do contrato quando este afirma que o contrato causa efeitos para além das partes. Até mesmo a dignidade da pessoa humana é princípio não hierarquizado em relação aos demais, mas inserido no discurso e, diante das variáveis, pode não ser o mais adequado para a solução de um caso concreto. A concepção personalista impede a assunção apriorística do predomínio do indivíduo ou do coletivo.

Como não há hierarquização do princípio da dignidade humana perante toda uma pluralidade de princípios – bem como perante a tutela do patrimônio (que, em última instância, proporciona a vida com dignidade) – e como a vida digna é critério para se aquilatar o grau de essencialidade dos bens em relação às pessoas, o princípio da essencialidade não é superior ao princípio da economicidade dos bens no Estado Democrático de Direito brasileiro, assim como o princípio da economicidade não pode ser elevado em relação ao princípio da essencialidade.

Assim, conclui-se: a dignidade humana, a economicidade e a essencialidade dos bens estão inseridas dentro de um discurso no qual o contrato situa-se como pano de fundo. Suas funções social – tanto no aspecto interno quanto no externo – e econômica não são contraditórias, mas compatíveis com o escopo da contratação ser instrumento para a promoção do ser humano. Da mesma forma, a tutela da personalidade não pode prevalecer aprioristicamente sobre a tutela do patrimônio, como muitos querem fazer crer. O Direito Civil encontra-se funcionalizado à ordem constitucional, a qual determina a valorização do econômico (livre iniciativa, valorização do trabalho, erradicação da pobreza, redução de desigualdades, promoção do bem de todos), assim como do social, da pessoa humana, destinando-lhe um patrimônio mínimo de forma a lhe conferir dignidade. Não há exclusão, contradição ou subordinação necessária, mas meramente acidental, conforme o caso.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003.

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça de Azevedo. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARBOSA, Aline Santos Pedrosa Maia. **Novo princípio contratual: por uma compreensão da função social dos contratos**. 2011. 117f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

BARBOSA, Rogério Monteiro; PEREIRA, Wellington. O poder familiar e a legitimidade da educação familiar: uma necessária releitura da autonomia privada no marco do Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). **Direito civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.310-328.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BRASIL. Código civil (2002). Código civil. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2011, p. 134-215.

BRASIL. Código de defesa do consumidor (1990). Código de defesa do consumidor. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2011, p. 564-573.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2011, p. 21-78.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 set. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 2 jan. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 55-74.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana. **A Tarde**, Salvador, 14 nov. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil**. São Paulo: Renovar, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: abrangendo o código de 1916 e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LAMOUNIER, João Maurício Penna. Interpretação do princípio da dignidade humana. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.137-145.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado de los contratos: parte general**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 339-348.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"**. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil brasileiro: direito das obrigações**. 2ª. Parte, atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 229-251.

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

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em "O império do direito". In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1-36)

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, Economia, e relações patrimoniais privadas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006

POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 315-338.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nélon. A função social do contrato. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 13, p. 369-405, 2007.

ROSSETI, Jose Paschoal. **Introdução à Economia**. 20. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

RÜGUER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-24.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 37-55.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia**. 2008. Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/files/Bruno_Salama-O_que_e_pesquisa_em_DE.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos da perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.