A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA TEORIA CONTRATUAL

ALCIDES MATTIUZO JUNIOR
ADVOGADO. SÓCIO DO ESCRITÓRIO MATTIUZO E MELLO OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS. CONSELHEIRO ESTADUAL DA OAB/MT. PROFESSOR DE DIREITO CIVIL DA UNIRONDON, DA UNIC, DA ESMAGIS/MT E DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO. MESTRE EM DIREITO OBRIGACIONAL PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA.

INTRODUÇÃO

No período que antecedeu à Revolução Francesa, as classes nobres gozavam de privilégios instituídos pelo poder unitário e absoluto que se concentrava nas mãos da coroa, pelo que o cidadão comum se via compelido a sucumbir perante o Estado Deus, na medida em que os seus direitos fundamentais eram demasiadamente limitados.

Com a queda da Bastilha e, em especial, com o advento do Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), o liberalismo adquire campo de atuação no cenário político e legislativo, surgindo assim o chamado Estado de Direito, cujo poder passou a emanar ideologicamente do povo, e o ordenamento jurídico, fulcrado no *codex* vigente, passou a ser dotado de completude e unicidade.

No entanto, a partir de 1880, o modelo individualista não mais se adequava à nova realidade política, social e econômica, esta última marcada pelo surgimento da indústria, transformação do comércio dela decorrente e, via de conseqüência, proliferação do proletariado, acentuado ainda mais pelo distanciamento havido entre as classes dominantes e a operária, em que a liberdade, conquistada e enaltecida num primeiro momento, passou a se tornar alvo de explorações, sobretudo aquelas advindas da predominância dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos. Aliado a este fato, os reflexos ocasionados pela Primeira Guerra e também pela Grande Depressão de 1929 influenciaram sobremaneira para o declínio do modelo liberal-individualista, o que fez com que o Estado passasse a adotar uma postura intervencionista, precipuamente porque a igualdade prevalecente, substancialmente formal, era obtida a partir da abstração das

desigualdades reais existentes entre os sujeitos, o que se tornou inadmissível para a nova ideologia jurídica e filosófica que começava a florescer.

Desta maneira, a partir da Revolução Industrial e com o surgimento de novas figuras contratuais, surgiu o fenômeno da massificação das relações sociais, tornando o ordenamento jurídico até então vigente obsoleto e ineficaz diante das inovadoras espécies contratuais, haja vista a prevalência do brocardo *pacta sunt servanda*, que acabava por transformar os contratos em negócios jurídicos intangíveis.

Anote-se, a propósito, que foi em França, no ano de 1918 e através da Lei Faillot, que ressurgiu a cláusula *rebus sic stantibus*, admitindo-se a revisão dos contratos, haja vista a instabilidade econômica instalada a partir da Primeira Guerra Mundial. Naquela ocasião, depois de muita resistência, buscou-se resgatar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que haviam sido celebrados antes da Grande Guerra, mormente levando-se em conta a grande incidência de convenções de vontade que tinham por objeto o fornecimento de carvão, motivada ainda mais pelo crescimento da indústria, mas cujo preço, contratualmente imutável, disparou substancialmente com o final do conflito.

A desproporcionalidade entre prestação e contraprestação demonstrou que não seria justo compelir os então fornecedores de carvão a cumprirem as obrigações que lhes cabiam, notadamente nos exatos termos que haviam sido estipuladas, o que, de si só, os conduziria ao empobrecimento.

E justamente em face de tais desequilíbrios, o Estado se viu compelido a intervir nas relações privadas, utilizando-se dos princípios de justiça social para nortear as relações privadas e, especialmente, a legislação infraconstitucional.

Esse retrospecto histórico culminou na transformação da visão até então liberal-individualista, para uma concepção social-humanista de contrato, motivada pela infiltração da justiça social no modelo liberal.

Hodiernamente, o hermeneuta deve interpretar o Código Civil em absoluta conformidade com a Constituição Federal, revigorando institutos de direito civil que se encontram afastados da realidade, de forma a torná-los compatíveis com as exigências sociais e econômicas contemporâneas.

No entanto, tal interpretação haverá de recair tão-somente sobre a legislação civil que, conquanto anterior, se mostre compatível com o Texto Maior, na medida em que o princípio de hermenêutica constitucional deriva justamente da presunção de constitucionalidade da lei, sem se olvidar ainda de que as normas e princípios constitucionais que fundamentam as

relações civis possuem eficácia plena.

Há que se promover, portanto, a uma verdadeira elevação dos princípios fundamentais do direito civil e, no caso do tema ora enfocado, dos contratos ao plano constitucional, mormente para condicionar a observância por todos e, sobretudo, a aplicação pelo juiz, da legislação infraconstitucional numa perspectiva de interpretação civil-constitucional.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A aplicação dos princípios constitucionais aos contratos, nessa ótica, se afigura como a forma mais autêntica de se promover concretamente a realização dos direitos e garantias individuais estabelecidos pela Constituição Federal, de sorte a conduzir o juiz a uma valoração dos interesses envolvidos através da consideração da finalidade das regras que irão motivar decisão judicial onde se discute questões de relevo constitucional.

Atento a tais fundamentos pondera Hart[1] que os juízes, como principais hermeneutas dos conflitos de interesses que lhes são suscitados, não estão confinados às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução "mecânica" de regras com um sentido pré-determinado, especialmente porque, não raras vezes, a sua escolha é guiada pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, razão pela qual não se pretende a partir delas criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Portanto, uma decisão judicial, sobretudo quando envolve questões constitucionais relevantes, pode deixar o intérprete envolto na necessidade de se proceder à escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente.

Assim, ao se sustentar a existência de um Direito Civil Constitucional estar-se-á fazendo alusão a uma forma diversa de releitura do direito civil, fulcrada em uma nova ordem de idéias filosoficamente voltada à aplicação científica dos princípios constitucionais, quer como instrumento para pôr fim aos conflitos sociais, quer como meio para se preservar o Estado Democrático de Direito.

John Rawls[2], analisando a teoria da justiça de forma unitária, con-

1 HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 220-221.

2 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 269-270.

cluiu que a sua parte ideal apresenta uma concepção de uma sociedade justa que, em sendo possível, há que ser buscada. Associado a isto, defende a idéia de que as instituições existentes devem ser julgadas à luz dessa concepção e consideradas injustas na medida em que dela se afastam sem raiz justificadora. Portanto, a "classificação lexical dos princípios especifica que elementos da teoria ideal são relativamente mais importantes, e as regras de prioridade sugeridas por essa ordenação também devem aplicar-se a casos não ideais". Desse modo, cabe aos juristas o dever natural de eliminar quaisquer injustiças, a começar pelas mais cruéis que são identificadas pela medida do seu desvio em relação à justiça perfeita.

Pode-se então afirmar que, diante da consideração de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, é preciso estabelecer-se regras a fim de dirimir conflitos existentes no campo do direito civil e, assim, harmonizá-lo em consonância com os princípios constitucionais que, inegavelmente, penetram em todas as disciplinas, estabelecendo assim uma relação de prevalência de um direito em relação a outro, notadamente quando guarda respeito a valores não-patrimoniais, tais como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva.

Convém registrar que, com a harmonização dos princípios e garantias contidos na ordem jurídico-positiva, tornar-se-á possível vislumbrar a importância de alguns princípios fundantes, deles extraindo a exata noção de igualdade, de dignidade da pessoa humana, dentre outros valores inexoráveis.

Como observa Karl Larenz[3], a bússola das valorações do juiz pode ser vista "no *ethos* jurídico dominante na comunidade" nas "concepções dominantes de justiça". Tal autor sustentava que o "*ethos* jurídico dominante" não consistia apenas numa soma de processos ao nível da consciência, mas no *conteúdo* de consciência de uma multiplicidade de indivíduos. Para ele, "as fontes de conhecimento desse '*ethos* jurídico dominante' são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda 'proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as insti-

3 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 173.

tuições da vida social'; um 'uso tradicional', mas apenas 'quando constitui expressão da concepção valorativa dominante'".

A esse respeito, diz Miguel Reale: "Os valores são como que fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refogem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão"[4].

Com essa linha de raciocínio, é possível afirmar que os direitos consagrados constitucionalmente – inatos, indisponíveis, intransferíveis, indispensáveis e oponíveis *erga omnes* – limitam o poder estatal porque possuem como objeto os bens mais elevados do ser humano, que, indubitavelmente, é o centro do Universo.

Percebe-se, de certa forma, que a Constituição deve ser compreendida como um verdadeiro contrato, súpero, donde Estado e indivíduo estão vinculados a direitos e obrigações. Desta forma, hermeticamente se acondicionou na legislação infraconstitucional os direitos proclamados pelas normas máximas, tornando exigência e dever do Estado a proteção a todo direito reconhecido por lei.

Por isso se pode dizer, explica Hans Kelsen[5], que "a falta de penetração na construção escalonada do Direito impediu também o reconhecimento de que, nos diferentes escalões de uma e mesma ordem jurídica, podem ter aplicação diferentes formas de produção jurídica, de que uma produção democrática de normas jurídicas gerais pode estar ligada a uma produção antocrática das normas jurídicas individuais e, inversamente, uma produção autocrática das normas jurídicas gerais pode estar ligada a uma produção democrática das normas jurídicas individuais".

E esse processo de constitucionalização tem por objetivo precípuo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Segundo Gustavo Tepedino, "o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma

4 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 555.

5 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 314-315.

nova ordem pública constitucional"[6].

Sob a égide desta nova ótica, vê-se que o elenco dos direitos da personalidade se modificou, e continua a se modificar, como decorrência direta da mudança das condições históricas e, em especial, das necessidades e dos interesses, das classes dominantes, dos meios disponíveis para a realização deles, das transformações sociais, dos avanços tecnológicos e da ciência, etc. É o que assinala Norberto Bobbio ao afirmar que os "direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas", assim como "direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações". Advertindo ainda que, muito provavelmente, no futuro, poderão surgir novas pretensões que na atualidade nem sequer poderemos imaginar, sobretudo se levarmos em consideração a rapidez com que se operam as transformações tecnológicas, fato este que denota a inexistência dos direitos fundamentais por natureza. Tal percepção leva-nos a acreditar que o que "parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas"[7].

A REPERSONALIZAÇÃO

Como visto, o modelo liberal-burguês tinha por supedâneo a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens, relegando a um segundo plano o indivíduo, cuja efetiva valorização da dignidade humana não encontrava espaço para se impor.

Assim, com a transformação da concepção liberal-individualista, e partindo-se então da premissa de que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, por consistirem em valores existenciais, deveriam colocar a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre imprescindível, emergiu o que se pode intitular de fenômeno da repersonalização, e que veio a romper definitivamente com a tradição patrimonialista

6 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7.

7 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. reimp. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 18-19.

imposta durante a vigência do Estado Liberal, e que grande influência teve no Código Civil de 1916, passando o indivíduo a ser considerado pelo que é, e não mais pelo que possuía em termos materiais.

Sob essa perspectiva, o professor Pietro Perlingieri, da Universidade de Sannio, Itália, sustenta que "o estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido 'privado' – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social". Para ele, "o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção", especialmente porque possui como centro gravitacional o ser humano na sua evolução psicofísica, "existencial", que se torna história na sua relação com outras pessoas. Assim, a complexidade da vida social nos conduz à determinação da importância e do significado da existência que deve ser analisada como existência no âmbito social, ou seja, como "coexistência"[8].

Efetivamente, nenhum direito ou ramo de direito concebe a idéia de paralisação no tempo, tendo em vista que ainda que as normas não se alterem, o entendimento acerca delas pode se transformar, sobretudo porque os conflitos de interesses a serem solucionados são mutáveis, da mesma forma que as soluções de direito também o são, além de representarem o direito em ação. "Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*"[9].

Com muita propriedade escreve Karl Engish:

> *A nossa vida jurídica, globalmente apreendida, é modelada por predisposições e impulsos individuais, enquanto parte da nossa multifacetada vida espiritual. Não só no plano da administração e da jurisdição os homens são chamados enquanto 'personalidades' a modelar e a aplicar o Direito. A 'concepção subjectiva do que é recto' não é apenas 'um resíduo que é preciso suportar penosamente', logo, algo que infelizmente não pode (pelo menos quando haja que fazer valorações) ser completamente excluído – mas e antes um elemento positivo, e que como tal deve ser afirmado, da cultura jurídica. Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um*

8 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

9 CARVALHO, Orlando. **Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica**. v. I, 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 50-51.

aparelho racional que, segundo princípios abstractos, produz leis que são as 'únicas justas', mas como um processo orgânico integrado por múltiplas componentes pessoais que em grande parte são 'mundividencial' e 'politicamente' propelidas, como um processo no qual se luta vivamente pelo 'justo' ('recto') – assim também não nos é lícito, no plano inferior da aplicação do direito (no mais lato dos sentidos), conceber os funcionários, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito.[10]

Fica claro, portanto, que o direito civil, dado o seu dinamismo, necessita de aberturas para que possa caminhar jungido às evoluções sociais, adequando-se às novas transformações e anseios da sociedade, sem jamais se olvidar de que o princípio da dignidade humana, preceito intangível, está agora a ocupar o plano central do sistema gravitacional constitucional, impondo a todos, particulares e ao Poder Público, o dever de respeitá-lo e protegê-lo. O texto do Código Civil, nesta senda, deve permanecer constantemente atualizado e em perfeita consonância com as necessidades do momento histórico que lhe é coetâneo.

Não há dúvida de que a personalidade deve ser vista como um valor fundamental do ordenamento jurídico vigente posto que, além de sustentar diversas situações existenciais, se traduz na exigência de tutela. Trata-se de proteger o valor da pessoa, conferindo-lhe instrumentos que a concretizem.

A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A constatação de que o Código Civil de 1916 refletia o individualismo, por força justamente das influências recebidas do Código Napoleão, baseado na inadmissibilidade da intervenção estatal nas relações privadas, fez com que este assumisse feições de uma verdadeira constituição privada, dado o papel por ele exercido e ainda o fato de dispensar à propriedade uma garantia praticamente absoluta, alçando o indivíduo para a órbita do ordenamento jurídico.

No entanto, diante do quadro histórico traçado inicialmente e, principalmente, como conseqüência das profundas alterações ocorridas no seio da sociedade, num primeiro momento, mostrou-se necessária, em caráter emergencial, a criação de leis excepcionais para regular setores não disciplinados pelo Código.

10 ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 251-252.

Posteriormente, com o crescente aumento das lacunas do direito, advieram leis especiais que tiveram por fito disciplinar, de forma especializada e ampla, determinados temas de natureza civil, o que fez com que o Código Civil perdesse seu caráter de estatuto exclusivo das relações patrimoniais privadas.

Por derradeiro, o legislador se viu obrigado a formular leis ainda mais abrangentes, tratando de maneira aprofundada certos assuntos que, paulatinamente, foram sendo subtraídos do Código Civil, como, por ex., a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei do Inquilinato, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

A esse respeito pondera Luiz Edson Fachin que "a formação de 'microssistemas' baseada em expressivo número de leis especiais e a 'constitucionalização' de suas categorias principais selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico", dando azo à "uma nova densidade" da civilística[11].

Hoje em dia, admitida a existência de microssistemas, denominação atribuída pela doutrina às leis especiais mais abrangentes, é de se notar que o Código Civil, em algumas matérias e diante do estreitamento do seu campo de abrangência, foi reduzido à categoria de fonte residual. E assim o é por uma ordem de razão, qual devido à inserção nas grandes Constituições de princípios e normas que limitam a autonomia privada e estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada.

O que se vislumbra é uma ampliação da *fattispecie*, espraiada nas cláusulas constitucionais que passaram a abordar temas antes exclusivos do Código Civil, tais como a função social da propriedade e a organização da família.

Canotilho nos dá uma ampla visão acerca dos fatores que ensejaram a substituição de certos direitos, tradicionalmente patrimonialistas, na busca pela "coexistência integrada" dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, conquanto o entendimento de que a forma como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, se mostre profundamente desigual, dizendo que "se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da 'sociedade burguesa' são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A *Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem 'egoís-

11 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 301.

ta' e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do 'homem total', o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade"[12].

O fenômeno da descodificação, ao fragmentar o sistema unitário do Código Civil, opera uma inversão hermenêutica, na medida em que transfere as regras de interpretação para o âmbito dos chamados microssistemas jurídicos.

OS PRINCÍPIOS DIANTE DA NOVA TEORIA CONTRATUAL

Por primeiro, em matéria contratual, devemos entender os princípios como as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como alicerces das relações jurídicas edificadas a partir da autonomia de vontade.

Na lição de Larenz[13], os princípios jurídicos são "idéias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos". Assim, os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos fixados para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, convertendo as operações jurídicas em perfeitos axiomas.

Os princípios, segundo a técnica legislativa moderna, têm a sua aplicação viabilizada através das cláusulas gerais que, para Judith Martins-Costa, "atuam instrumentalmente como meios para esta concreção, porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal, que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos"[14].

Para Esser[15], as cláusulas gerais podem ser identificadas como sendo "*starting points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no

12 GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 361-162.

13 LARENZ, *op. cit.*, p. 569.

14 MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 50, jun./1992.

15 Apud Larenz, *op. cit.*, p.166.

caso concreto", que permitem a constante atualização do direito posto, pois, diante de sua "vagueza semântica"[16], se tornam particularmente adequadas para a apaziguação de questões sociais instáveis. As cláusulas gerais funcionam como liames que conectam os valores reivindicados com o sistema normativo, permitindo o seu ingresso na ordem jurídica e, com isso, facilitando o trabalho do hermeneuta.

Neste diapasão, Martins-Costa diz: "Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou para outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente em determinada ambiência social"[17].

A partir desta análise, o princípio da autonomia privada, visto como fenômeno que permite que as pessoas concluam negócios jurídicos bilaterais, é relativizado em prol da justiça substancial que, fulcrada na idéia de função social do contrato, impõe ao intérprete a imprescindibilidade de se observar a relevância deste para toda a sociedade, e não apenas como algo que interessa somente às partes.

O princípio "função social", no entanto, não se afigura como algo necessariamente novo no direito privado brasileiro. A Lei de Introdução ao Código Civil já o previa da seguinte forma: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum" (art. 5º). Dessa forma, desde 1942, o judiciário brasileiro, ao aplicar a lei, é obrigado a observar o fim social a que ela se destina.

Não obstante, o Código Civil determina, no artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato, pelo que se perceber que, além da ordem pública e dos bons costumes, a liberdade de contratar também deverá ter em mira a função social do contrato.

Num certo sentido pode-se entender que esta função limitadora expressa a imperatividade de se obedecer ao mandamento constitucional fazendo com que o contrato cumpra a sua função social, como concepção de justiça que deve orientar a ordem econômica hoje dissemina-

16 A expressão é de Martins-Costa. O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 28, jul./1998.

17 *Idem, ibidem*, p. 29.

da em vários ramos do direito.

Por isso é bom que se lembre que na aplicação da lei o intérprete não poderá se dissociar jamais do critério teleológico, buscando, sempre que possível, o fim social colimado para tornar possível a sociabilidade humana, especialmente porque o direito se encontra em constante mutação, absorvendo os reflexos gerados pelos novos fatos e valores.

Outrossim, com base na noção de boa-fé objetiva[18], cobra-se transparência do contrato, desde a oferta, proíbe-se, por exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva, constrói-se o dever de informar (ao qual se ligam o dever de confidencialidade sobre as informações obtidas e o direito de acesso às informações e à sua retificação, se necessário), veda-se a abusividade de modo geral e se afirma o dever de cooperação entre as partes.

Pode-se dizer que o princípio da boa-fé consiste no reconhecimento de deveres secundários, conexos e independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Ensina Claudia Lima Marques:

> *Como novo paradigma para as relações contratuais (...) propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da Boa-fé. Este princípio ou novo 'mandamento' (Gebot), obrigatório a todas as relações contratuais da sociedade moderna e não só às relações de consumo, será aqui denominado de Princípio da Boa-fé Objetiva para destacar a sua nova interpretação e função.*[19]

Efetivamente o princípio da Boa-Fé Objetiva, na formação e na execução das obrigações, possui uma dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e 2) como causa limitadora, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação "refletida", uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respei-

18 "a boa-fé objetiva é reconhecida como um princípio jurídico pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras", como registrou Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 83.

19 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 78-79.

tando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Vale dizer, como averbado por Judith Martins-Costa, que "a expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem"[20].

De outra parte, "já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo".[21]

Finalmente, o princípio da equivalência material visa buscar e garantir o equilíbrio real entre direitos e obrigações decorrentes dos contratos, ou seja, o justo equilíbrio contratual e, via de conseqüência, a abrandar sensivelmente o brocardo *pacta sunt servanda* e afastando a idéia até então predominante de que os contratos são intangíveis.

Sob a ótica do Direito Civil Constitucional, e à luz do contido nos artigos na 1º, 170, e 5º, XXXV, CF, não mais se pode conceber a idéia de um contrato em que impere o desequilíbrio, a ausência de boa-fé e da eqüidade.

20 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

21 *Ibidem*, p. 411, nota 18.

CONCLUSÃO

O surgimento do Direito Civil Constitucional realça o dinamismo com que se transformam as relações sociais e torna imperioso o reconhecimento da Constituição Federal como diploma sistematizador de toda a ordem jurídica vigente, impondo-nos a adoção imediata dos princípios nela contidos a fim de solucionar os conflitos existentes, quer adequando a legislação infraconstitucional através de uma "releitura" dos preceitos positivados, porém, levado a cabo com supedâneo num conjunto de idéias extraído dos campos político, científico e filosófico, quer aplicando os princípios constitucionais calcado na conjugação de raciocínios lógico-valorativos entre as normas constitucionais e as normas privadas.

Dessa forma, atento aos princípios sociais aplicáveis aos contratos – boa-fé objetiva, equivalência material e função social – e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não mais se admite a mantença de contratos desprovidos de uma concepção social, devendo-se buscar, através da aplicação científica do sistema jurídico e, sobretudo, da sua repotencialização, de forma a torná-lo compatível com as exigências econômicas e socias hodiernas, uma conciliação entre a liberdade e a igualdade.

Essa concepção social dos contratos, somada aos novos ditames de eticidade e socialidade que influenciaram notadamente os idealizadores do projeto do atual Código Civil, levou-nos a um rompimento como seu tradicional conceito que, dada a influência sofrida pelo então Estado Liberal, firmava-se inarredavelmente na autonomia da vontade e na força obrigatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 6.reim. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CARVALHO, Orlando. **Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica**, v. I, 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, jun./1992.

_____. O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, jul./1998.

_____. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janèiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.