



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Rodney Malveira da Silva

Professor de Direito Civil das Faculdades de Direito de São Sebastião do Paraíso e Passos/MG
Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca/SP e Doutor em Direito Civil pela PUC/SP

Resumo

A entrada em vigor do Código Civil de 2002, dentre outras, trouxe importante mudança na estrutura do Direito Civil, até então arraigada numa concepção privatista, sendo que nessa nova ordem os institutos pendem para uma maior atenção com o bem comum, isso não querendo dizer que as relações ali reguladas deixaram de ser do interesse das pessoas nelas envolvidas para tornarem-se públicas. Essa nova ordem simplesmente conjuga o interesse particular com o interesse público, deixando clara esta preocupação do legislador da reforma com reclamos de socialidade no *novel codex*. Assim, os institutos antes voltados única e exclusivamente para o interesse particular, a exemplo do Direito das Coisas e Contratual, ganharam esse contorno. Mais especificamente no que se refere a atividade negocial, a inclusão dos princípios da Boa-Fé Objetiva e da Função Social do Contrato abriram uma nova página no Direito Contratual, o que influenciou diretamente na hierarquia dos princípios que norteiam as relações contratuais, objeto deste breve estudo.

Palavras-chave: Princípios – Contratual – Social – Boa-fé – Contrato.

Sumário: Introdução - 1. A importância dos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002 - 2. O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos - 3. O Princípio da Autonomia Privada - 4. O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato - 5. O Princípio da Intangibilidade dos Contratos - 6. O Princípio da Boa-Fé Objetiva - 7. O Princípio da Função Social do Contrato - 7.1 A função social e a propriedade - 7.2 A função social e o contrato - 7.3 O princípio da função social e o princípio da solidariedade - Conclusão

Introdução

Pode-se afirmar atualmente que os princípios de Direito Contratual passam por uma espécie de reciclagem, isso não querendo dizer que um ou alguns deles tenham desaparecido, entretanto, o que está ocorrendo é uma espécie de reacomodação em sua hierarquia, onde o peso foi redistribuído. Principalmente os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos, da relatividade dos efeitos dos contratos, da boa-fé e da intangibilidade do contrato, passam por um redimensionamento, em consequência dessa visão mais social do contrato, que manda observar-se o mundo à volta do contrato, o que chamamos de *meio ambiente contratual*, o que, na dicção do código revogado, soaria como uma afronta aos privatistas, para quem o Código Civil era considerado a Constituição do Proprietário. Hoje, o Código Civil é considerado a



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Constituição do Homem Comum, pelo que podemos concluir que as mudanças não se operaram apenas na letra, mas no espírito da Lei Civil.

1. A importância dos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002

A grande marca dessa nova era é a que inspira a letra do art. 421 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB 2002), que determina que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sem dúvida esse dispositivo tem e ainda vai continuar a provocar reações do tipo *O que fazer com isso?* ou *Esse artigo não vai pegar*, além das mais variadas interpretações, umas a favor e muitas outras contra, porquanto é, em última análise, a quebra da concepção privatista do Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB 1916) com a qual por um século o Direito conviveu. Como, daqui por diante entender o contrato particular, aquele privado mesmo, na sua mais pura concepção, em uníssono com o meio social que o cerca? Essa questão materializa a ideia de que este dispositivo que encerra poderoso princípio doravante comporá, juntamente com a boa-fé, o fiel da balança dos demais princípios contratuais, pois toda e qualquer relação contratual ocorrida no âmbito do Direito Civil deverá ser observada através desses dispositivos, que encerram princípios, que ganham um novo peso.

O conceito *fim social* é juridicamente indeterminado, por isso propositadamente incluído pelo legislador naquele dispositivo, que é uma cláusula geral por excelência, pois que, como se nota, não impõe qualquer sanção, deixando sua aplicação a cargo do aplicador do direito¹, que, da mesma forma como no art. 422, deverá observá-lo em concomitância com parágrafo único do art. 2.035 do CCB 2002, o que faz com que essa norma seja aplicada de ofício pelo juiz e atinja às partes como um todo, já que se dirige à liberdade de contratar, que é, com raríssimas exceções², atributo tanto do credor, quanto do devedor. Assim, o juiz poderá determinar, se assim entender correto, desde a modificação de uma cláusula, até a resolução do contrato, caso se constate que esteja contrariando em menor ou maior grau a função social, responsabilizando as partes – uma delas ou ambas – pelos danos daí advindos e que atinjam o meio social.

¹NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 428.

²Contratos obrigatórios, como p. ex., os de seguro obrigatório de veículos automotores.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Mônica Yoshizato Bierwagen³ com relação a essa nova perspectiva da importância social do contrato defende que:

Isso não significa que as partes não podem mais valer-se do contrato como meio de atingimento de interesses pessoais, ou que o vínculo estabelecido por este há de priorizar o interesse público e visar os delas de forma secundária, mas apenas que sua compreensão deve encontrar limites num valor maior – o interesse social –, que, seja em maior ou menor grau, é presente nas relações privadas.

Fernando Noronha⁴ cuja obra nos aponta o norte da nova perspectiva dos princípios do Direito Contratual refere-se aos juristas ingleses Peter Stein e John Shand, que escreveram importante obra sobre os valores jurídicos, *ordem, justiça, liberdade*⁵, que para os autores, seriam os valores fundamentais da civilização ocidental.

Fernando Noronha⁶, aderindo à ideia dos autores ingleses, propõe a seguinte questão: Como se equilibrar esses três valores e em que ponto um deve ceder espaço aos outros dois? Explica que o ideal seria atribuir a cada um deles uma amplitude limitada, mas que isso não seria possível, porquanto cada um tende a eclipsar os demais. O autor transpõe essa tensão existente entre os três valores para a órbita do contrato, afirmando que nele se apresenta a mesma tensão entre os três, ordem, justiça e liberdade, argumentando que o clamor por liberdade, apanágio do liberalismo que imperou por séculos e que culminou com uma voraz ditadura dos fortes sobre os fracos, num capitalismo selvagem, evidenciada em relações contratuais irremediavelmente injustas,

³BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28.

⁴NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

⁵STEIN; SHAND, 1981, apud NORONHA, op. cit., p. 10-11. “Na opinião de STEIN e SHAND, ingleses de Cambridge, ordem, justiça e liberdade, constituem quadro de valores que intentam implantar os sistemas jurídicos ocidentais, tanto os de *civil law* ou *neo-romanos*, na expressão cunhada por R. Limongi França, como os de *common law*. Não são, os únicos valores que operam o direito. Outros há, como o da utilidade, mas aqueles são os de ‘nível mais elevado’, ‘os três valores de base’, ou ‘fundamentais’, que ‘se defrontam e se limitam reciprocamente’: a sociedade ocidental atual exprime a exigência de ordem, justiça e liberdade; e, no interior destes valores, as relações de equilíbrio aparecem em tensão. Um sistema jurídico que se contente em manter a ordem, pela mera repressão de toda e qualquer turbacão, não nos satisfaz. Pretendemos certamente que o direito realize esse objetivo, mas exigimos também que se traduza em justiça. Isto é, espera-se que não só o direito possa conter a violência, mas que também deva haver tratamento igual, e que as suas normas sejam tais que impeçam discriminações e iniquidades. Além disso, espera-se proteção em relação a governos demasiados zelosos ou a legisladores excessivamente inclinados a considerar a sociedade como um todo. Pode acontecer que estes governos, na manutenção da ordem e na prossecução de objetivos de bem-estar e justiça para a coletividade no seu conjunto, limitem além da medida a liberdade de movimento ou de expressão do indivíduo”.

⁶NORONHA, Fernando. op. cit., p. 12.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

fez com que vozes se levantassem contra a pseudoliberalidade que se instalara, sendo que o próprio clamor contra a liberdade desmedida que conduzia à exploração da escravidão, é reveladora de outros valores, além da liberdade e que não estariam a ser considerados e que, segundo aduz, se considerados, poderiam contrabalançar aquela.

Pois bem, propõe-se então uma mudança de paradigmas⁷ a partir da conclusão de que a concepção tradicional equivoca-se ao serem dois os princípios fundamentais dos contratos, ou seja, o princípio da liberdade contratual e o princípio da vinculatividade do pactuado. Os princípios contratuais correspondentes àqueles valores seriam o princípio da autonomia privada – liberdade –, justiça contratual – justiça – e o princípio da boa-fé – ordem –. Esses três parecem ser os três grandes princípios do Direito dos Contratos, dos quais todos os demais, como p. ex., o da obrigatoriedade dos contratos, o do consensualismo, etc., derivam.

Assim, em uníssono com as expectativas atuais e com as novas regras preconizadas pelo CCB 2002, esclarece Fernando Noronha⁸ que:

Autonomia privada, boa-fé e justiça contratual são os três princípios que atuam no âmbito interno do microsistema jurídico que é o contrato. Por isso, poderemos mesmo dizer que eles compõem a *ordem pública contratual*.

Assim, em vez de dizer que a liberdade contratual é limitada pela ordem pública, como se afirma no âmbito da concepção tradicional, diremos que os contratos estão sujeitos a três princípios de ordem pública, que se autodelimitam reciprocamente, para manterem uma relação de difícil equilíbrio, em permanente tensão: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.

Perante esses três princípios, os demais constituirão a *ordem pública externa* dos contratos, já que atuam no âmbito do sistema maior, que é o ordenamento jurídico.

Na concepção tradicional, a ordem pública contratual é composta não só pela nossa ordem pública externa, como ainda por princípios que, em rigor, devem ser reconduzidos à justiça contratual e à boa-fé. Isto é consequência da excessiva ênfase dada à autonomia privada na teoria clássica do contrato.

⁷NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

⁸NORONHA, op. cit., p. 15.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Assim, dentro da proposta deste artigo, de se proceder a um breve reestudo dos institutos que envolvem a interpretação do Direito, focados em sua operacionalização, vamos tratar dos princípios de direito contratual mais utilizados atualmente, que são aqueles ensinados nas Escolas de Direito e que constam na maioria dos manuais sobre o assunto, sem perdermos de vista as considerações de Fernando Noronha, que afinam-se plenamente com a atual realidade do Direito Contratual, inclusive com o sistema de cláusulas gerais bastante presente no CCB 2002.

2. O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

Segue sua existência milenar representada pelo brocardo latino *pacta sunt servanda* e não poderia ser diferente, em nome da segurança jurídica das relações negociais e até mesmo do instituto como norma de direito que se insere no sistema e que goza de proteção jurídica. Essa obrigatoriedade por longos anos se justificou, porquanto as partes gozavam de certa igualdade e potencial financeiro, o que, com o passar do tempo, com a industrialização com a conseqüente modernização dos meios de produção e a massificação das relações contratuais, com o surgimento dos denominados contratos de massa, exigindo a interferência legislativa, através do que se denominou *dirigismo contratual*, visando regular certas relações comerciais, o que culminou, no Brasil, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, visando o reequilíbrio de relações dessa natureza, além da edição de várias outras leis que regulam relações bastante específicas e se mostraram flagrantemente vantajosas para uma parte, o estipulante, e desvantajosa para outra, o aderente, como no caso das relações envolvendo os seguros, os planos de saúde, etc., sendo certo que esse controle não se faz somente pela via legislativa, também o judiciário, através das ações judiciais e o Ministério Público, na salvaguarda dos direitos da coletividade, através das ações civis públicas.

De qualquer forma o novo sistema inaugurado pelo CCB 2002, na esteira do microsistema do Código de Defesa do Consumidor e das demais legislações que cuidam de relações específicas, trouxe para as relações contratuais civis o mesmo apelo por equilíbrio, já que a presunção de igualdade entre as partes nas relações civis é *juris tantum*, admitindo, portanto, prova em contrário.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Assim, aquela visão de que uma vez assinado o contrato é lei e deverá ser cumprido fielmente sofre atenuações e flexibiliza-se, permitindo que se apurem excessos, desníveis e flagrantes desproporções.

Essa flexibilização que relativiza a obrigatoriedade do contrato, antes tão absoluta, não se deve traduzir, bom que se repita, na insegurança da relação contratual, que não poderá ser revista por um simples arrependimento não previsto.

Bom que se diga que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos não é a sua derrocada, já que o CCB 2002 consagrou ao impor ao descumprimento do contrato, a responsabilidade do devedor por eventuais perdas e danos, além dos juros, da atualização monetária e dos honorários advocatícios, conforme adiante se vê da letra do 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”.

Em contrapartida, não só em espírito o CCB 2002 tratou da amenização do princípio da obrigatoriedade dos contratos, já que em seus artigos 478 a 480, 156 e 157, cuidou de estabelecer claramente a possibilidade de revisão da relação contratual. No primeiro caso, dos artigos 478 a 480, através da denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que permite, de uma maneira geral, a revisão contratual – contratos de trato continuado – por eventual disparidade entre a época da celebração do contrato e a sua execução, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que torne o negócio excessivamente oneroso para uma das partes e extremamente vantajosa para a outra. No segundo, através do estado de perigo (art. 156) e da lesão (art. 157), aos quais já nos referimos e que são corolários do *princípio da paridade*, pelo que está plenamente justificada servirem-se de escudo ante a aplicação não ponderada do princípio ora estudado, ficando claro dessa forma, que só poderá haver obrigatoriedade onde houver equilíbrio.

3. O Princípio da Autonomia Privada



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Modernamente esse princípio que se denominava de *autonomia da vontade* passa a ser denominado de *princípio da autonomia privada*, como esclarece Flávio Tartuce⁹:

Entre os italianos, Enzo Roppo foi quem melhor compreendeu os elementos que conduzem à formação do contrato. Para esse autor, “a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1.322.º c. 2 Cód. Civ. estão, na realidade, bem longe de ser tomados como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo”. Roppo reconhece a existência de claras restrições à vontade manifestada nos negócios. Primeiro, percebe-se uma limitação quanto à própria liberdade de celebrar ou não o contrato. Em outras ocasiões, o autor italiano sinaliza que as limitações são também subjetivas: referem-se às pessoas com quem as avenças são celebradas.

Mais adiante, ainda fundamentando a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, Francisco Amaral¹⁰ explica que:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.

Assim, conforme Enzo Roppo, posto de lado o dogma da vontade¹¹ das partes que se corporificava no princípio da autonomia da vontade, de perfil subjetivo, fruto

⁹TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 143.

¹⁰AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

¹¹ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302. Sobre a vontade das partes – “Se atentarmos nas mais variadas relações contratuais – entre as mais freqüentes e mais importantes na vida de todos os dias – constata-se, de facto, que pelo que toca à sua constituição e à sua disciplina, não só a vontade das partes desempenha um papel que não é decisivo, como, por vezes, *permanece na sombra o próprio elemento de uma (válida) declaração contratual*. Isto acontece, por exemplo, em todos aqueles contratos que têm por objecto a prestação de bens de consumo e de serviços de massa, por parte de empresas a favor do público, a que nossos antigos autores chamavam, por vezes, *contratos automáticos*. Os exemplos mais eloqüentes e, poderia dizer-se, mais exacerbados, de um tal automatismo contratual são aqueles em que a oferta ao público é constituída pela presença de uma máquina distribuidora de pequenos bens de consumo (por exemplo,



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

daquela ideia já ultrapassada do individualismo burguês, a autonomia privada assume perfil objetivo, como sendo uma potestade, um deferimento do Estado ao cidadão para que possa regular seus interesses, dentro da ideia da liberdade contratual, nos limites da lei.¹²

Prosseguindo, atualmente, fora os contratos celebrados entre particulares, onde pelo menos teoricamente deve existir paridade, a grande maioria é composta por contratos modelo, com cláusulas predeterminadas – contratos de locação de imóveis, de veículos, etc. – sendo, em última análise, a imposição de uma vontade sobre a outra geralmente do mais forte – culturalmente, socialmente, economicamente, politicamente, etc. – sobre o mais fraco. Tais contratos foram primeiramente regulados pela legislação consumerista sob o nome de *contratos de adesão*, exigindo-se para eles algumas regras, tais como redação legível, destaque para cláusulas de maior importância, além de rol não taxativo de situações que configuram abuso, etc.

Enzo Roppo¹³ nos esclarece afirmando que um elemento comum a todas essas hipóteses é o que se verifica, quando a relação contratual nasce e passa a produzir seus efeitos, não mais a partir de declarações de vontade válidas, mas sim com base num *contacto social* que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. O professor italiano explica que:

Contacto social é o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de facto, operações económicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade com valor de aceitação; assim, por exemplo, é contacto social a aquisição de bens e serviços de massa nas formas a que chamamos ‘automáticas’; e é contacto social a prestação de facto de actividade laboral a favor de um outro sujeito. E, por

cigarros) ou de documentos, que legitimam à fruição de um serviço (por exemplo, bilhetes para o transporte num autocarro urbano), e a aceitação manifesta-se com a inserção mecânica de uma moeda no orifício adequado: não é, na verdade, fácil, reconhecer-lhes um apreciável conteúdo de subjectividade e individualidade. Parece mais realista dizer que, nestes casos, se atribui, convencionalmente, o valor de declaração contratual a comportamentos sociais valorados de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores”. O autor menciona ainda os contratos “standardizados”, ou padrões, mais conhecidos por “adesão”, como mais um elemento do fenómeno das despersonalização das relações contratuais.

¹²VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411.

¹³ROPPO, op. cit., p. 302-303, nota 447.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

força deste contacto social, a relação económica entre os sujeitos interessados é reconhecida e tutelada pelo direito, que a trata como relação jurídica e, mais precisamente, como relação contratual (visto que lhe considera aplicável grande parte das regras que disciplinam as relações nascidas do contrato).

Na esteira Código de Defesa do Consumidor, o CCB 2002, passou a regular os *contratos de adesão* que sejam celebrados no âmbito da legislação civil, criando limitações, como se vê no art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” e no art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

É bom salientar que os contratos de adesão, ou seja, naqueles onde à parte mais fraca cabe dizer sim ou não, não participando da elaboração de qualquer cláusula – contratos fruto do *contato social* –, sejam esses contratos uma relação de consumo ou relação civil, estão protegidos pelos dispositivos já citados.

Da mesma forma que o legislador previu limitações, também trouxe a legitimação dessa liberdade, conforme a dicção do art. 425 do CCB 2002: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. É como no início deste trabalho quando nos esclarece, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, referindo-se à uma *repartição de competências entre poder legislativo e os sujeitos privados*¹⁴, reconhecendo o legislador¹⁵ o poder imaginativo do ser humano, bem como a grande importância social exercida por essa figura do direito privado.

A propósito da limitação da liberdade contratual, tornamos a Fernando Noronha¹⁶, que explica, dentre outras coisas, citando Radbruch, para quem “a liberdade contratual do direito converte-se (...) em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão.”

¹⁴BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 31.

¹⁵TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 141-142.

¹⁶NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Fernando Noronha¹⁷ segue citando outros autores, que entre nós enfatizaram essa ideia e cita Orlando Gomes:

O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola dos Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes. No pórtico de sua codificação, poder-se-ia ter inscrito, a talho de foice, a legenda: *beati possidentes*.¹⁸

Nesse sentido e com esse alerta que ainda reverbera, será sempre atual recordar o Iluminista da Revolução Francesa, Lacordaire: “Entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a lei que liberta, é a liberdade que escraviza”.

Para concluir¹⁹ é posta a crucial questão: Fundamentalmente, até onde poderá ir a liberdade das pessoas, a fim de que os fortes não explorem os fracos, que a liberdade contratual do direito não se converta em escravidão contratual na sociedade, como enfatiza Radbruch?. A resposta é deste último autor, transcrita por Noronha a qual também nos permitimos transcrever:

Limitações legais à liberdade contratual mostram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do “milieu contractuel” em que ela se move. (...) Além disso, só uma sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se,

¹⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994., p. 12.

¹⁸ Felizes são aqueles que possuem.

¹⁹ NORONHA, op. cit., p. 12-13, nota 452.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.

Importante recordar que em alguns casos, o CCB 2002 dificulta algumas formas de contratação, exigindo o consentimento ou aprovação de terceiros, como no caso dos arts. 496 e 504.²⁰ Há casos ainda de proibição, como nos casos das pessoas elencadas no art. 497 e seus incisos.²¹

4. O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato

Igualmente passa por reestruturação, já que, conforme outrora aprendemos, o contrato não atinge terceiros, quer seja para beneficiar, quer seja para prejudicar, a não ser naqueles casos previstos no CCB, ou seja, a estipulação em favor de terceiros (art. 436 à 438), a promessa de fato de terceiro (art. 439 e 440) e o contrato com pessoa a declarar (art.467 à 471).

Mônica Yoshizato Bierwagen²², em nota de rodapé, cita REALE, quando se referindo ao Projeto do atual CCB, esclarece acerca do princípio da socialidade:

O sentido social é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor (...) fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência a realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres

²⁰Art. 496: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”

Art. 504: “Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência”.

²¹Art. 497: “Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; 73

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito”.

²²BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o pai de família e o testador.

Sendo essa uma das molas mestras da ideia privatista do contrato, hoje confrontado com o *princípio da socialidade*, que impõe que se reconheça no contrato, o interesse da coletividade, não mais pode persistir aquela velha fórmula do contrato hermético. Além do abuso de direito, a função social do contrato, também positivada, impede que o contrato satisfaça apenas as necessidades pessoais e individuais dos contratantes, servindo de arrefecimento a este princípio.

O contrato encontra-se na esfera dos direitos pessoais²³, cuja principal característica é envolver somente as partes, sendo relativos os direitos dele provenientes, ao contrário do direito real, que com o primeiro compõe o direito privado, cujos direitos dele provenientes operam-se *erga omnes*, daí ser um princípio que se arrefece quando confrontado com o princípio da função social do contrato, sem, no entanto se dar seu rompimento absoluto, já que isso representaria uma total inversão de valores que atentaria inclusive contra o próprio conceito de contrato enquanto principal instrumento do direito privado e até mesmo contra a autonomia privada.

5. O Princípio da Intangibilidade dos Contratos

Representa sua expressão mais individualista e hermética e que considera o contrato uma fortaleza intransponível protegida pelas muralhas do então portentoso princípio da obrigatoriedade da convenção e da relatividade do efeito dos contratos, não admitindo a intromissão de terceiros, nem mesmo do Estado, o que, depois do que até aqui estudamos, torna-se inconcebível. Entretanto, antes da edição do atual Código Civil, há aproximados oito anos, essa era a realidade, e a possibilidade de intervenção estatal pela via judicial dependia da utilização dos princípios gerais de direito, da equidade e da cláusula *rebus sic stantibus*²⁴ – que esta presente hoje nos artigos 478 e 480 do CCB 2002 –, o que sempre é tormentoso num sistema jurídico legalista, valendo aqui recordar que numa de nossas primeiras aulas, isso recentemente, após termos feito uma afirmação, determinada aluna segundanista perguntou em que artigo do Código

²³TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 160.

²⁴BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Civil aquilo que havíamos dito estava escrito, como se somente a lei desse legitimidade ao Direito. Essa ainda é a visão de muitos estudantes nas inúmeras – inúmeras mesmo – faculdades de direito espalhadas Brasil a fora, e de seu produto, mesmo que doutrinadores de renome, juristas de todo quilate, acadêmicos envolvidos com a pesquisa e professores zelosos venham se desdobrando para mostrar e demonstrar uma nova realidade, ainda há muitos deles que se chocam, quando têm notícia de que um magistrado *subvertera* a ordem estabelecida em nome do bom senso, da verdade e do clamor social. Não foi à toa que ouvimos de um livreiro que os livros de doutrina ficam parados nas prateleiras de sua livraria, numa cidade de pouco mais de trezentos mil habitantes e que possui três grandes faculdades de Direito.

Bem, esse princípio, como é fácil observar, sofreu grave arrefecimento, ainda que não tenha deixado de existir e componha, ainda que de forma secundária a ordem de importância dos princípios que atuam sobre a atual realidade contratual.

6. O Princípio da Boa-Fé Objetiva

Antes de tratarmos desse importante princípio que dentro da nova estruturação das relações contratuais ganhou especial destaque, recorremos a interessante síntese de Mônica Yoshizato Bierwagen²⁵, do que até aqui foi visto sobre os princípios que atuam nas relações contratuais, regidas pelo CCB 2002:

A crise social gerada pela conjugação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico do século XIX e início do XX ensejou uma reformulação dos seus princípios basilares tendentes à maior “socialização” e publicização do direito das obrigações: o *princípio da autonomia da vontade*, cedendo parte de seu espaço para o dirigismo contratual, buscava resgatar a igualdade das partes perdida com o fenômeno da massificação das relações contratuais; o *princípio da obrigatoriedade* foi amenizado para admitir a inexecução dos contratos pelo desequilíbrio contratual decorrente de acontecimento imprevisível e extraordinário; o *princípio da relatividade dos efeitos* foi remodelado por força do reconhecimento de uma função social dos contratos; e o *princípio da intangibilidade* foi

²⁵BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

relativizado para admitir a intervenção do Estado em certos casos de premente interesse social.

O princípio da boa-fé objetiva, por que o agir bem é da natureza humana, está desde sempre frequentando as relações contratuais, na medida em que o sentido ético e moral sempre direcionaram tais relações, acentuando-se ou esmaecendo-se, mas estando sempre presente, mesmo que despercebido, ou bastante combalido, como nos dias atuais, frente a um capitalismo cada vez mais dominante, onde o lucro é a razão de ser de tudo o que se faz ou pensa na seara contratual. Difícil se desvencilhar dessa realidade, já que todo negócio, por mais simples que seja, visa o lucro e lucro é vantagem e esta, se desmedida, transforma-se em ganância e esta se transforma em uma espécie de *vale-tudo* ao modo da velha *lei de Gerson*, aquela que durante bom tempo foi veiculada nas televisões de todo o país através de uma propaganda de cigarros, onde o famoso jogador da seleção nacional de futebol da década de 1970 afirmava, falando sobre a tal marca de cigarros: *É que eu gosto de levar vantagem em tudo*. Essa máxima traduz, de certa forma, a opção da nossa sociedade pela vantagem, pela esperteza, pelo *jeitinho brasileiro*.

A *lei de Gerson* bem ilustra o gosto da nossa sociedade pela vantagem, num país em que todos são pseudonegociantes, e onde em tudo tem que se auferir algum lucro ou levar alguma vantagem seja na compra e venda de um objeto qualquer para uso pessoal, como p. ex., na compra e venda entre particulares de uma simples bicicleta ou de um automóvel para ser utilizado como meio de transporte, seja na compra e venda de um imóvel para morada, seja no que for, o desejo do lucro está à frente, enfim, em tudo e em todas as camadas sociais. Em tudo se visa o lucro. Em tudo se visa vantagem. É assim a nossa sociedade.

Bem, sendo assim, a questão ética é bastante importante, daí a verdadeira balbúrdia que até a edição do Código de Defesa do Consumidor imperava no comércio de uma maneira geral, e isso até bem pouco tempo, onde as pessoas, enquanto consumidoras eram desrespeitadas e afrontadas com produtos de qualidade duvidosa, sem qualquer informação, garantias, etc. Tudo pelo lucro.

Dessa forma as relações civis precisavam acompanhar essa nova proposta de regulação, aplicando o princípio da boa-fé objetiva às práticas negociais que não se configurassem relações de consumo, trazendo para o âmbito do CCB 2002 o importante



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

princípio, que já estava positivado na legislação consumerista²⁶, o que representa grande avanço, porquanto, mesmo sabedores da normatividade dos princípios, somos sabedores igualmente de que a positivação legislativa é muito mais importante no Direito brasileiro. Estar na lei é muito importante, apesar do reconhecimento de boa parte da doutrina e da jurisprudência, da importância e normatividade dos princípios. Não fosse assim, não se estaria falando tanto do princípio da boa-fé objetiva, que, na verdade, não é nenhuma novidade. Novidade sim é ter sido positivado em uma cláusula geral, a exemplo do pioneiro § 242 do BGB, que é o que na verdade tem causado inquietação no meio jurídico, resultado mesmo do desconhecimento do sistema de cláusulas gerais e dos conceitos legais ou juridicamente indeterminados, que conduz ao temor de uma eventual *ditadura dos juízes*, ao menos para os mais afoitos ou desinformados, favorecida pela elasticidade que o conceito de boa-fé comporta.

Assim, além da discussão no meio jurídico, o que se deve esperar na prática, com a positivação da boa-fé objetiva é o arrefecimento das práticas desleais, causado por uma maior possibilidade de intervenção judicial na órbita do contrato e, repita-se, de ofício, após, obviamente, instalada a demanda. Espera-se mesmo a derrogação da *lei de Gerson*, segundo a qual a vantagem é meio e fim, não importando os subterfúgios utilizados ou as práticas desleais, desde que se lucre, e de preferência muito.

7. O Princípio da Função Social do Contrato

Este está bastante distante de ser um tema pacífico. A própria história tem demonstrado isso quando traz ao nosso conhecimento as inúmeras lutas pela conquista de bens sempre precedida de interesses egoísticos, muitas vezes disfarçados em outros: políticos, ideológicos e até religiosos. As grandes guerras sempre culminaram em grandes expropriações e saques.

²⁶Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): “A Política Nacional de 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 (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (grifo nosso).



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Malgrado essa faceta da espécie humana o Direito progrediu a ponto de se criarem mecanismos a partir da codificação civil buscando-se a regulação, dentre outras, de utilização e disposição da propriedade, procurando estabelecer critérios que possibilitem a circulação de riquezas de forma organizada e pacífica, sendo que durante muito tempo, no nosso caso desde o CCB de 1916, a codificação garantiu basicamente os direitos do proprietário e daquele que negocia com ele, sempre dentro de uma visão individualista, ou seja, a propriedade e os negócios que ela possibilita, são tratados dentro de um perímetro, no qual estão presentes somente os interesses, ou do proprietário, ou daqueles que com ela negociam.²⁷

7.1 A função social e a propriedade

Assim, para ser mais específico, a propriedade, que até então esteve única e exclusivamente sob o interesse do proprietário e os contratos envolvendo a circulação dessa propriedade, sob o interesse das partes contratantes, sendo essa é a herança do Código Napoleônico, que sob o argumento de liberalizar essas práticas, possibilitando um livre uso, gozo e disposição de bens, acabou por aprisioná-las nas mãos de poucos para serem utilizadas contra muitos, levando principalmente os filósofos, os religiosos e juristas a questionarem se seria mesmo a liberdade total algo de bom para as relações privadas, concluindo, não sem muito esforço, resistência e muita luta, que não, que a regulação, em outros parâmetros, seria necessária para evitar as iniquidades e os abusos dos poucos que tudo tinham sobre a grande maioria dos desvalidos.

Inocência Galvão Telles²⁸ comenta, em conferência sobre a Função Social e a Transmissão da Propriedade e a liberdade no uso, gozo e disposição da propriedade que imperou após a Revolução Francesa, refletida na legislação individualista por ela inspirada e que trouxe a exaltação da propriedade, transformada em direito absoluto e sujeito a um mínimo de restrições ou limitações, podendo seu detentor utilizá-lo com extraordinária amplitude:

²⁷NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206. Sobre a função social - Teresa Negreiros ensina que partindo da premissa segundo a qual “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 afetadas”.

²⁸TELLES, Inocência Galvão. *Função social e transmissão da propriedade*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 18.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

A propriedade, expressão requintada da vontade individual, instrumento poderoso dessa vontade, circulava livremente de mão em mão por impulso do querer onnipotente do seu titular. O proprietário, que tinha a faculdade de fazer dos bens o que lhe aprouvesse, podia inclusivamente dar-lhes novo destino subjectivo. Podia em vida demitir-se deles, alienando-os gratuita ou onerosamente, e podia deixá-los por morte a quem elesse para o efeito. Assim se dinamizava a propriedade por um acto do proprietário, ou um acto bilateral, o contrato, ou um acto unilateral, o testamento.

No contrato se via todo o fundamento da circulação económico-jurídica dos bens, mas o contrato concebido a uma luz puramente individualista como dócil instrumento nas mãos dos interessados que, quase inteiramente sem peias, podiam a seu bel-talante celebrá-lo ou deixar de o celebrar e, optavam pela afirmativa, podiam nele introduzir as cláusulas ou condições que bem lhes parecesse. As convenções tinham por assim dizer uma força mística que as colocava a par da lei ou mesmo acima dela.

Do encontro entre o contrato e a propriedade resultava o estímulo ou motor da vida económica. O primeiro reagia sobre o segundo, dando-lhe vida e movimento: a liberdade da propriedade manifestava-se predominantemente sob a forma de liberdade contratual.

Mas como conciliar os direitos de propriedade, aqui incluídos o uso, o gozo e a disposição, com o interesse geral? Essa a questão que ate hoje se busca responder.

As legislações de alguns países, de uma maneira geral, adotaram essa nova tendência de socialização da propriedade inspirados pelo magistério da Igreja Católica ministrado, dentre outras, pelas encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo anno* (1931), respectivamente de Leão XIII e Pio XI, a cujo pensamento essencial se mantêm fiéis textos posteriores como as encíclicas *Pacem in terris* (1963) e *Populorum progressio* (1967), respectivamente de João XXIII e Paulo VI, e a Constituição pastoral sobre a Igreja no mundo contemporâneo (1965) saída do concílio Vaticano II.²⁹

Assim, essa nova concepção de forma mais ou menos paulatina conquistou os espíritos e passou a influenciar leis, decisões judiciais, usos e costumes. Passou a ser uma realidade entender-se a propriedade como ente social. Dentre nós a CF de 88³⁰,

²⁹TELLES, op. cit., p. 22.

³⁰Art. 5.º, inciso XXII da CF brasileira: “é garantido o direito de propriedade”; inciso XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

como vimos anteriormente, tratou do assunto, no que foi seguida pelo CCB 2002³¹, de matiz claramente socializante.

É certo, entretanto, que essa forma de entender a propriedade gerou e gera protestos, ela não é feita sem dor, certamente porque atinge em cheio os interesses daqueles que a todo custo pretendem manter seus feudos. No Brasil, principalmente nos Estados do norte, nem o CCB 2002, nem a CF de 88 parecem ainda ter feito eco, porque por lá continua a vigorar as grilagens de terras, as apropriações de vastas áreas de floresta, principalmente amazônica, que são desmatadas para a formação de pastagens e venda da produção de madeira de forma ilegal para outros estados da federação e até para exportação. Esses fatos têm sido noticiados regularmente pela imprensa, mas a precariedade dos órgãos fiscalizadores e da Justiça impede uma ação no sentido contrário. Muitas das ações que são encetadas naquela região, são patrocinadas por organismos particulares, as chamadas ONGs (organizações não governamentais) ou por religiosos de várias ordens, e não tem sido raro que seus líderes sejam barbaramente assassinados, como foi o caso da missionária Dorothy Stang³² e, em alguns casos – como neste –, executores e mandantes permaneçam³³ impunes, devido a filigranas processuais urdidas por advogados muito bem pagos com o dinheiro proveniente do lucro da barbárie que se instalou naquele rincão do nosso país que segue esquecido. Fica aqui nossa homenagem a esses verdadeiros heróis nacionais que com o sacrifício das próprias vidas lutam e fazem a genuína socialização da propriedade, que malgrado esteja prevista na Carta Magna e no CCB, em muitos casos é letra morta. Muito ainda temos que estudar e trabalhar.

³¹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

³² Missionária norte-americana naturalizada brasileira, de 73 anos, assassinada por pistoleiros a mando de fazendeiros, em 12/02/2005, em Anapu/Pará/Brasil, porque denunciava grileiros de terras e assassinos que infestam aquela região.

Para saber mais: http://pt.wikipedia.org/wiki/Dorothy_Stang.

³³ O mandante deste crime, que não importa citar o nome, foi novamente levado a júri popular e absolvido, sendo que no primeiro julgamento foi condenado a mais de vinte anos de reclusão. Atualmente foi novamente julgado e condenado, o que acabou por inspirar uma nova lei que terminou com a obrigatoriedade de novo júri para os condenados no primeiro a pena superior a vinte anos.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Após essa reflexão que entendemos pertinente e real, como é a realidade de nosso país, tornamos a Inocêncio Galvão Telles³⁴ que sobre a questão que envolve as críticas à socialização do Direito Civil como um todo, o que para alguns o retira lentamente do âmbito do direito privado, pondera:

Mas a evolução, em meu modesto juízo, não deverá caminhar no sentido de uma inversão pura e simples do estado de coisas anterior. Não podemos deixar-nos arrastar pelo ímpeto da onda e consentir que o Direito Civil, a mais nobre e a mais tutelar cidadela da pessoa humana no intimismo de sua vida, se deixe envolver e porventura asfixiar pelo Direito Público.

O Direito Civil deve conservar a extensão tradicional, inclusivamente enriquecido em muitos sectores com instituições ou formas novas decorrentes das mutações sociais e económicas.

O citado autor³⁵ prossegue, referindo-se ao Código Civil Português que entrou em vigor em 1967, com comentários que bem podemos estender ao CCB 2002, porque são histórias bastante parecidas, com um passado em comum, tanto em corpo, enquanto colônia, quanto em espírito, devido à mesma orientação jurídica:

Aí está a atestá-lo entre nós o actual Código Civil, entrado em vigor em 1967, vasto monumento jurídico com os seus 2334 artigos, ainda acrescido de alguma legislação avulsa ou complementar e vivificado em relação ao código pretérito por apreciável número de inovações impostas pelo *facies* do mundo contemporâneo. Não há que restringir o círculo do Direito Civil nem fazê-lo definhar mas antes mantê-lo vivaz mediante a insuflação de espírito novo não só no plano da criação, por obra do legislador, mas também no da aplicação, por obra dos seus executores e principalmente dos tribunais, na medida em que o consintam na sua plasticidade ou maleabilidade os preceitos legislativos.

Dessa forma, quando o nosso legislador utiliza a sentença *função social* atrelada à propriedade não está querendo dizer que ela deixou de ter sua função privada, passando ambas a assumir níveis de idêntica importância, porquanto não se podem mais dissociar, nem mesmo mensurar. Responder até onde um direito à propriedade ou a liberdade contratual é um ente privado e a partir de onde passa a ser um ente social é

³⁴TELLES, Inocêncio Galvão. *Função social e transmissão da propriedade*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 13.

³⁵TELLES, op. cit., p. 13-14.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

impossível. Essas funções se diluem e se misturam: ser dono é ter responsabilidade social, da mesma forma que contratar exige a mesma responsabilidade.

Bem sabemos que não é tarefa fácil disseminar essas diretrizes que nada têm de novas, sendo inclusive previstas em nossa legislação civil anterior, mas que por muito tempo permaneceram esquecidas, como p. ex., no art. 5.º da LICC.³⁶

Mas se essas diretrizes de cunho social já estavam previstas inclusive na legislação – e não eram novidade –, por que então tanta demonstração de surpresa diante da perspectiva da função social limitar a atividade contratual? Fernando Noronha³⁷ responde que:

Repare-se, em rigor, que mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Nesta concepção, a apreciação do interesse do credor em termos exclusivamente subjetivistas era o caminho para realizar a função social dos contratos.

Bem, conforme prossegue o autor, perdida a ilusão de que a manutenção do livre jogo dos egoísmos individuais resulta no *bem de todos e felicidade geral*, passou-se a se repensar a função social.

Com relação à propriedade, também de forma lenta e gradual, a ideia da função social foi sendo sedimentada, primeiro, conforme explica Jorge Manuel Coutinho de Abreu³⁸, protegendo-se a propriedade produtiva dos bens e desfavorecendo-se os proprietários que os não usam produtivamente, que na sua expressão mais aguda, implica na expropriação por utilidade pública. Também a extinção do direito pelo não uso, acompanhado pela concomitante apropriação pela usucapião é, segundo o autor

³⁶NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83, referindo-se ao então Projeto de Código Civil (2002), sobre a Função Social, aduz que: “Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem do direito de propriedade – e, como diz o Prof. Miguel Reale, ‘o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica’. Mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes dos contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa ‘fins sociais’ e atende ‘exigência do bem comum’, côm ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

³⁷NORONHA, op. cit., p. 85

³⁸ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 33.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

citado, um afloramento da ideia da função social da propriedade, sendo que, atualmente, são as ideias de relações sociais mais justas e igualitárias de aumento e distribuição mais equitativa da riqueza socialmente útil que alimentam a ideia da função social da propriedade.

Sobre esse tema trata também Pietro Perlingieri³⁹, utilizando o termo *despatrimonialização* do Direito Civil, afirmando que com ela:

(...) individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).

Nessa nova perspectiva se tem desdobrado a doutrina e os tribunais, sendo por isso temas tão antigos se tornam novos e motivam estudos cada vez mais voltados para essa nova realidade, ou seja, de afastar o egoísmo das relações privadas e de tornar a sociedade mais justa, não com distribuição de dinheiro e cestas básicas aos pobres, mas com educação, que no nosso caso é educação jurídica, fazendo ver àqueles renitentes, que não se pode ganhar tudo o tempo todo e a qualquer preço.

7.2 A função social e o contrato

Com relação ao contrato, que é o instrumento que por longos anos reina quase que absoluto na instrumentalização da circulação desses bens, é que precisamos bem entender como se processa a função social.

Flávio Tartuce, dentre outros, elaborou estudo sobre a *Função Social dos Contratos* – título da obra –, abordando o tema sobre vários aspectos e certamente é hoje uma das referências para os que buscam informar-se sobre a temática.

Em parte importante de seu trabalho, citando Caio Mário da Silva Pereira⁴⁰, Tartuce comenta que sendo o contrato o cerne das relações privadas não poderia ficar alheio à mudança operada em todo o direito civil, mudança esta representada pela

³⁹PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33.

⁴⁰PEREIRA, 2001, apud TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 226.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

socialização de conceitos herdados do direito romano. Conforme pudemos observar, essa mudança de atitude do legislador acabou por causar certa confusão entre os juristas, acostumados àquele velho primado da lei, da propriedade particular e do contrato lei entre as partes. Assim como a propriedade, o contrato passa a ser visto não pura e simplesmente como instrumento da autonomia de vontades – combatida por novas e variadas formas de contratar, como páginas atrás vimos com Enzo Roppo –, mas como expressão de uma vontade maior, autônoma, porém limitada pelos anseios do meio social daqueles que contratam, com perímetro bastante definido – muito embora às vezes pouco visível –, como veremos, que passou a ser denominada *autonomia privada*, como esclareceu Fernando Noronha, páginas antes, quando tratamos do princípio da boa-fé objetiva.

Sobre a função social, Rosa Maria Andrade Nery⁴¹ observa que:

Já não é mais possível preservar a idéia de que o contrato opera efeitos apenas entre as partes que o celebram. Há na compreensão moderna do contrato, bem como da empresa que opera o mercado de da propriedade privada, um sentido funcional, de promoção social que ultrapassa os limites da funcionalidade do ato e do negócio, como mera experiência particular de um sujeito. Os institutos do direito de obrigações não podem abdicar de sua função da mais elaborada técnica jurídica, dispor-se a representar um papel que se ponha contra essa finalidade científica do direito.

Este é, sem qualquer dúvida, um caminho sem volta, que requer adaptação e acatamento ao novo conceito, o que certamente não será e não tem sido tarefa fácil, repetimos, numa sociedade consumista e voltada para o lucro a qualquer preço. É com a visão do novo que devemos seguir no estudo desta importante página do Direito Privado nacional.

7.3 O princípio da função social e o princípio da solidariedade

Para se poder falar em socialização sem nos reportarmos à Constituição e na inegável aproximação entre Direito Público e Privado e para se poder entender propriedade ou contrato como entes sociais, imprescindível ligá-los a um preceito

⁴¹NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

maior, garantidor das relações sociais, qual seja o *princípio da solidariedade social*⁴² e talvez aqui resida grande parte da resistência na aplicação da função social aos contratos, não apenas como limitadora do exercício da liberdade contratual, mas como norma de ação das partes envolvidas.

Na verdade, quando se fala em princípios constitucionais, a ideia que se tem, e é como são vistos, é de que se tratam de comandos dirigidos ao legislador infraconstitucional e não às pessoas de uma maneira geral, como é, inegavelmente o escopo de uma Constituição.

Todavia, atualmente, dentro de uma nova concepção, as normas constitucionais descem do pedestal de normas pragmáticas, assumindo característica normativa, passando ao centro do sistema legal, inclusive influenciando o direito privado⁴³, que vem sendo interpretado sob a ótica dessas emanções de ordem constitucional. Não há mais como fugir a essa realidade, p. ex., deixando-se de aplicar um princípio constitucional para corrigir uma disparidade entre o caso concreto e a legislação infraconstitucional no âmbito do Direito Civil. Isso é apanágio da *Constituição Cidadã*, como ficou conhecida a CF de 88.⁴⁴

⁴²MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). Sobre a função social do contrato: “A contribuição da função social do contrato como postulado da justiça contratual tem exuberância (i) na exigência de solidarismo para o amparo da dignidade da pessoa humana nas avenças celebradas entre as partes; (ii) na investigação dos efeitos e efetividade do estipulado pelas partes entre determinado terceiro; (iii) na verificação de efeitos negativos perante a sociedade; e na (iv) solução do contrato por falta de fim”. (original sem grifos) Segundo este autor, sua tese foi objeto de debates quando da defesa, pois os examinadores Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Silvio Ferreira da Rocha entendem a função social do contrato não como *postulado de direito contratual*, mas como *princípio*, ao lado da boa-fé objetiva. Com respeito às opiniões diversas, nos perfilamos àqueles que entendem como princípio a função social do contrato, pelo simples fato de ser um termo vago que requer complementação com amparo no princípio constitucional da solidariedade.

⁴³SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 445. O caro colega de aulas na PUC/SP, em seu artigo, lembra que: “Como é consabido, a Constituição Federal de 1.988 foi primorosa em fazer constar em seu texto normas de caráter eminentemente privatista, fazendo menção à família, à propriedade, aos meios de comunicação e até mesmo aos direitos que estariam sujeitos à reparação por meio da responsabilidade civil, como foi o caso do dano moral. Na esteira deste raciocínio, a Constituição ganhou extrema importância como fonte de normas de tutela das relações de direito privado. Tal mudança tem tamanha relevância que Teresa Negreiros, citando Gustavo Tepedino, afirma que 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 nova ordem pública constitucional”.

⁴⁴VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 412. Também sobre o assunto: COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

maior, garantidor das relações sociais, qual seja o *princípio da solidariedade social*⁴² e talvez aqui resida grande parte da resistência na aplicação da função social aos contratos, não apenas como limitadora do exercício da liberdade contratual, mas como norma de ação das partes envolvidas.

Na verdade, quando se fala em princípios constitucionais, a ideia que se tem, e é como são vistos, é de que se tratam de comandos dirigidos ao legislador infraconstitucional e não às pessoas de uma maneira geral, como é, inegavelmente o escopo de uma Constituição.

Todavia, atualmente, dentro de uma nova concepção, as normas constitucionais descem do pedestal de normas pragmáticas, assumindo característica normativa, passando ao centro do sistema legal, inclusive influenciando o direito privado⁴³, que vem sendo interpretado sob a ótica dessas emanções de ordem constitucional. Não há mais como fugir a essa realidade, p. ex., deixando-se de aplicar um princípio constitucional para corrigir uma disparidade entre o caso concreto e a legislação infraconstitucional no âmbito do Direito Civil. Isso é apanágio da *Constituição Cidadã*, como ficou conhecida a CF de 88.⁴⁴

⁴²MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). Sobre a função social do contrato: “A contribuição da função social do contrato como postulado da justiça contratual tem exuberância (i) na exigência de solidarismo para o amparo da dignidade da pessoa humana nas avenças celebradas entre as partes; (ii) na investigação dos efeitos e efetividade do estipulado pelas partes entre determinado terceiro; (iii) na verificação de efeitos negativos perante a sociedade; e na (iv) solução do contrato por falta de fim”. (original sem grifos) Segundo este autor, sua tese foi objeto de debates quando da defesa, pois os examinadores Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Silvio Ferreira da Rocha entendem a função social do contrato não como *postulado de direito contratual*, mas como *princípio*, ao lado da boa-fé objetiva. Com respeito às opiniões diversas, nos perfilamos àqueles que entendem como princípio a função social do contrato, pelo simples fato de ser um termo vago que requer complementação com amparo no princípio constitucional da solidariedade.

⁴³SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 445. O caro colega de aulas na PUC/SP, em seu artigo, lembra que: “Como é consabido, a Constituição Federal de 1.988 foi primorosa em fazer constar em seu texto normas de caráter eminentemente privatista, fazendo menção à família, à propriedade, aos meios de comunicação e até mesmo aos direitos que estariam sujeitos à reparação por meio da responsabilidade civil, como foi o caso do dano moral. Na esteira deste raciocínio, a Constituição ganhou extrema importância como fonte de normas de tutela das relações de direito privado. Tal mudança tem tamanha relevância que Teresa Negreiros, citando Gustavo Tepedino, afirma que 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 nova ordem pública constitucional”.

⁴⁴VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 412. Também sobre o assunto: COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

(...) se vê presente esse paradoxo da disposição pessoal de o sujeito buscar a realização dos interesses dos seus, em detrimento dos outros, quase que numa reconstrução da antiga concepção tribo/cidade, principalmente no momento em que se busca definir aquilo que a ciência moderna denomina de função.

A autora aponta as dificuldades de cada área do direito privado em assimilar essa nova mentalidade. No que se refere ao direito dos contratos, comenta que:

Os mecanismos técnicos do direito das obrigações lidam com a recuperação da ideia de igualdade que o direito privado sempre resguardou nas celebrações negociais, mas que o sistema econômico da vida moderna fez por desaparecer. Os desiguais se aglutinam e se tornam “os outros, dentro do modelo do vínculo jurídico, e reclamam por soluções que demandam nova reflexão sobre o conceito de lealdade e de igualdade”.

Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁸ encerra seu artigo afirmando que:

É no princípio da solidariedade que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático que seja a funcionalização dos direitos e para a compreensão do que pode ser considerado parificação e pacificação social. (...) E compreender o princípio da solidariedade é meditar acerca da lindíssima passagem da obra monumental de Calamandrei, em que ele afirma que a Justiça é vontade de reciprocidade operosa e de solidariedade humana.

Na verdade, o egoísmo e as idiosincrasias tem cuidado da atividade comercial, não sendo raro observarmos atônitas situações que nos constroem e incomodam, diante da insensibilidade e prepotência dos que comandam a economia. Não há qualquer atitude que denote um sentido social, nada indica uma preocupação com o outro. É o lucro pelo lucro.

Luis Renato Ferreira da Silva⁴⁹, discorrendo sobre a nova era introduzida nas relações contratuais através da positivação dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva pelo CCB 2002, esclarece:

⁴⁸NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 70, 2004.

⁴⁹SILVA, Luiz Renato Ferreira. 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. p. 149.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

Ditos princípios, tomando-se como base a premissa da leitura com as lentes constitucionais, traduzem uma aplicação concreta de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscrito no inciso I do artigo 3º da Constituição, a saber, o objetivo de construir uma sociedade solidária.

A dificuldade de implantação dessas ideias nas relações contratuais, segundo o mesmo autor, é que como o direito privado tem como objeto as relações próprias dos indivíduos, o que acaba favorecendo a ideia oriunda do oitocentismo e a primazia da autonomia absoluta dos privados, ou seja, a vontade como centro da atividade contratual.

Rosa Maria Andrade Nery⁵⁰, explica que em inúmeros dispositivos no CCB 2002, o legislador demonstrou sua preocupação com a operabilidade da solidariedade, como exemplo, os artigos 13, parágrafo único; 20; 50; 69; 421; 422; 927, parágrafo único; 964, 1.228 § 1º; 1.285 e parágrafos; 1.694 e parágrafos; 1.844; 2.035, parágrafo único.

Apenas para fins de complementar a ideia da autora, temos que parágrafo único do art. 2.035 do CCB 2002, dentro do escopo deste estudo, assume importância de relevo, quando, dentro dessa nova sistemática que impõe a solidariedade nas relações privadas, torna obrigatória a aplicação dos arts. 421 e 422 do CCB 2002 às relações contratuais, que cuidam respectivamente da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ao prescrever que “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”.

Conclusão

Assim, concluindo, apesar da brevidade deste estudo, esperamos ter demonstrado a nova realidade do Direito Contratual Brasileiro após a edição do CCB 2002, que incluiu entre seus dispositivos os princípios da Função Social do Contrato e da Boa-fé Objetiva, que representam os melhores exemplos do sistema de cláusulas gerais que inaugura a nova ordem do Direito Contratual porque possibilita ao julgador

⁵⁰NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 241.



A NOVA ORDEM DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

liberdade maior para decidir levando em consideração o contrato, o direito posto e também os vetores (hábitos regionais, máximas de experiência, usos, costumes, etc.) colhidos extra-sistema, o que certamente influenciou diretamente sobre a hierarquia dos princípios afetos à matéria, como vimos, reorganizando-os e direcionando a atividade negocial para sua real finalidade que é o bem comum.

Referências

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 70, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988
- SILVA, Luiz Renato Ferreira. 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.
- SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Função social e transmissão da propriedade*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.
- VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.