



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT JÚNIOR

**O CONTRATO NA DIMENSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE:
perspectivas jurídico-constitucionais da lesão
e da mudança de circunstâncias**

Maceió/Alagoas
2006

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT JÚNIOR

**O CONTRATO NA DIMENSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE:
perspectivas jurídico-constitucionais da lesão
e da mudança de circunstâncias**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Maceió/Alagoas
2006

E33c

Ehrhardt Júnior, Marcos Augusto de Albuquerque

O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias/ Marcos Augusto de Albuquerque Júnior. – Maceió, 2006.

120f; 31cm.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Dissertação (mestrado) – UFAL/Faculdade de Direito de Alagoas, PPGD, 2006.

Referências bibliográficas: f. 118-127

1. Direito Civil-Contrato. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, PPGD. II. Título

CDU: 347.440

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT JÚNIOR

**O CONTRATO NA DIMENSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE:
perspectivas jurídico-constitucionais da lesão
e da mudança de circunstâncias**

Dissertação aprovada pela Banca como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

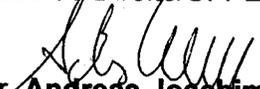
Área de concentração do Curso: *Fundamentos constitucionais dos direitos.*

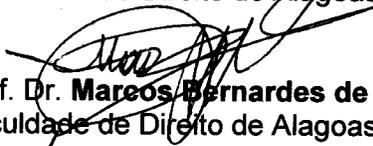
Linha de Pesquisa: *Transformações do Direito.*

BANCA EXAMINADORA

Orientador: 
Prof. Dr. **Paulo Luiz Netto Lôbo**
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL


Profa. Dra. **Fabíola Santos Albuquerque**
Faculdade de Direito/UFPE


Prof. Dr. **Andreas Joachim Krell**
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL


Prof. Dr. **Marcos Bernardes de Mello**
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL

Maceió/AL, 16 de outubro de 2006.

Aos meus pais, por propiciarem as condições para minha formação profissional e acadêmica. Minhas conquistas também são de vocês.

À *Carolina*, pela compreensão, incondicional amor e carinho que me mantêm firme nos meus objetivos. Não conseguiria sem você.

À *Júlia*, que alegra minha vida, inspira meus sonhos e estimula os próximos passos de minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. *Paulo Luiz Netto Lôbo*, pela orientação firme e segura durante o desenvolvimento deste trabalho, provocando reflexões que propiciaram um maior aprofundamento em minha pesquisa.

Ao Prof. Dr. *Andreas J. Krell*, obstinado e incansável defensor do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, cuja dedicação, ao lado do esforço dos demais professores, foi decisiva para implementação deste Curso de Mestrado. Que esta iniciativa seja o marco inaugural de uma nova fase do ensino jurídico em Alagoas.

Aos meus caríssimos *colegas da* primeira turma de Mestrado em Direito da UFAL, em especial aos amigos *Beclaute Oliveira, Stela Cavalcanti, Thiago Bomfim e Welton Roberto*, pela profícua e prazerosa convivência ao longo dos últimos dois anos. Foi na colaboração mútua e na troca de experiências que buscamos forças para concluir esta difícil caminhada.

À diligente e competente assistente administrativa do Curso de Mestrado, *Giovanna Codá*, pela simpatia e esforço pessoal para nos propiciar as melhores condições ao desenvolvimento de nossas pesquisas.

À Professora *Sônia Maria Pinheiro*, pela orientação em questões metodológicas e pelo constante apoio em minhas pesquisas.

Aos meus colegas de escritório *Everaldo Patriota, Ana Moreira e Renato Correia*, pela compreensão quanto às minhas ausências e por me fazerem ter em vista que o conhecimento obtido exige responsabilidade e humildade, devendo ser sempre aplicado na busca de colaborar com a resolução dos problemas concretos de nosso cotidiano.

RESUMO

Este trabalho aborda a problemática da aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais nas relações entre particulares, em suas mais diversas formas, tratando especialmente do contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade. Inicia-se com uma digressão histórica acerca da reconquista do valor dignidade nas relações privadas, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, demonstrando os problemas da nova hermenêutica constitucional a partir da elaboração da introdução de deveres gerais de conduta nas obrigações civis, traçando um paralelo entre estes e os princípios sociais do contrato consagrados com o advento do texto constitucional vigente. Destacam-se aqui as referências ao primado da boa-fé objetiva, à função social do contrato e à noção de equivalência material, pontos de partida para a análise da possibilidade de revisão contratual por intermédio do Poder Judiciário, como também das limitações ao controle jurisdicional dos direitos fundamentais, em contraposição com a corrente que defende o ativismo judicial nessas situações. É uma tentativa de dar uma ampla visão do assunto mediante a análise de suas conseqüências no plano infraconstitucional, mormente em relação aos institutos da lesão e à teoria da alteração das circunstâncias, termo que comporta a análise da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão, noções acolhidas, respectivamente, no ordenamento jurídico brasileiro – tanto no Código de Defesa do Consumidor como no Código Civil vigente, nos quais se encontra consagrada a idéia de resolução por onerosidade excessiva. Enfim, o trabalho busca estabelecer os contornos de um sentido social do contrato consagrado na atual codificação, apresentando-a como um sistema aberto que permite a construção de pontes que a ligam a outros corpos normativos, buscando explicar tal fenômeno e quais as conseqüências de abraçarmos essa orientação num futuro próximo.

Palavras-Chave: Contrato; Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais; Dignidade Humana; Solidariedade; Deveres Gerais de Conduta; Lesão; Alteração das Circunstâncias.

ABSTRACT

This work approaches the problem of the applicability of the fundamental human rights in the private relationships, in more several forms, especially treating of the contract in the dimension of the constitutional principles of the human dignity and of the solidarity. It begins with a historical digression concerning the reconquest of the value dignity in the private relationships, with the passage of the liberal state for the social state, demonstrating the problems of the new constitutional interpretation starting from the general duties of conduct in the civil obligations, braiding a parallel between these and the social principles of the contract consecrated with the constitutional text. It stands out here to the references to the primacy of the good-faith aims at, social function of the contract and the notion of material equivalence, starting point for the analysis of the possibility of contractual revision through the judiciary power, as well as of the limitations to the control jurisdictional of the fundamental rights, in opposition with the current that defends the judicial activism in those situations. It is an attempt of giving a wide vision of the subject by the analysis of their consequences in the plan infraconstitucional, especially in relation to the institutes of the lesion and the theory of the alteration of the circumstances, term that it holds the analysis of the clause *rebus sic stantibus*, welcomed notion, in the brazilian juridical system so much in the consumer law as effective civil code. Finally, the work search to establish the outlines of a social sense of the contract consecrated in the current code that comes as an open system that allows the construction of bridges that tie it to other laws looking for to explain such phenomenon and which the consequences of we hug that orientation in a close future.

Key-words: Contract; Applicability Human Rights; Human Dignity; Solidarity; General Duties of Conduct; *Rebus Sic Stantibus*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DA RECONQUISTA DO VALOR DIGNIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS	13
CAPÍTULO 2 O PROBLEMA DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	
2.1 PROBLEMAS DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	24
2.2 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA	32
CAPÍTULO 3 DEVERES GERAIS DE CONDUTA NAS OBRIGAÇÕES CIVIS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS	
3.1 CARACTERÍSTICAS DOS DEVERES GERAIS DE CONDUTA	44
3.2 PRECISANDO CONCEITOS: EXISTEM DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS, CLÁUSULA GERAL E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS?	46
3.3 DEVER DE BOA-FÉ OBJETIVA NAS OBRIGAÇÕES	50
3.4 DEVER DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES	53
3.5 DEVER DE EQUIVALÊNCIA MATERIAL NAS PRESTAÇÕES	54
3.6 PRINCÍPIOS TRADICIONAIS x PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO	56
3.7 LIMITAÇÕES E CONTROLE JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AUTO-RESTRIÇÃO x ATIVISMO JUDICIAL	58
CAPÍTULO 4 A REVISÃO CONTRATUAL SOB PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE	
4.1 AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA JURÍDICO- CONSTITUCIONAL	65
4.2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SEUS REFLEXOS NO CAMPO CONTRATUAL	69

4.3 A LESÃO CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL DAS PRESTAÇÕES.....	75
4.4 O PROBLEMA DA MUDANÇA DAS CIRCUNSTÂNCIAS: DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> À TEORIA DA IMPREVISÃO.....	90
4.5 A REVISÃO CONTRATUAL SOB PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE	104
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

Dentre todos os ramos do saber jurídico, o campo do direito privado, mais especificamente do Direito Civil, é a seara onde as transformações sociais mais repercutem na atividade do estudioso do direito, constantemente instado a adaptar conceitos e a ressystematizar estruturas em busca de mecanismos de controle social consentâneos com seu momento histórico. A última década foi marcada por intensas e importantes mudanças para os operadores jurídicos que atuam na área do Direito Privado. Neste período, já sob a influência de um texto constitucional que erigiu suas bases no solidarismo e na dignidade humana, consolidou-se o Código de Defesa do Consumidor e promulgou-se um novo Código Civil.

O civilista foi tirado de um estado quase letárgico que o acometia há algumas décadas, despertando para uma fase em que sua capacidade crítica para analisar as transformações sociais e suas conseqüências no mundo do direito é testada todos os dias, num ciclo crescente de novos desafios. Vivemos uma fase de consolidação de importantes conquistas, com diversas inovações em institutos jurídicos seculares como a propriedade, a família e o contrato. Nossa perspectiva deixa de ser a de um código de inspiração burguesa liberal, voltado à defesa intransigente do patrimônio, lastreado por uma concepção de igualdade puramente formal, totalmente sem sintonia com as necessidades sociais, e passa para a óptica daqueles que têm na dignidade humana seu referencial.

Apesar de toda discussão doutrinária acerca do novo Código Civil e dos efeitos das normas consagradoras dos direitos fundamentais nas relações privadas, é inegável que estamos numa fase de transição de um método de regulação fechado, baseado na segurança e certeza do Direito, para um método mais aberto, baseado na argumentação jurídica, ressaltando-se, em grande medida, o papel do intérprete. O primeiro modelo busca a racionalidade do fim, pois é a partir das decisões judiciais que se passam a avaliar suas conseqüências sociais. Já no segundo, temos a racionalidade das necessidades em que se deixam para um segundo plano as necessidades do sistema, concentrando-se nas necessidades dos

membros da sociedade por ele regulada. Em suma, um modelo focado no conteúdo social e nas consequências das decisões¹.

Para os defensores deste modelo mais reflexivo, busca-se um conteúdo material para o direito que deixa espaço para que as partes implicadas possam, por si mesmas, decidir o conteúdo normativo de suas relações. Cabe ao Estado, neste contexto, garantir que assimetrias sociais não comprometam todo o sistema. Chega de pensar o homem como um sujeito de direito abstrato; faz-se necessário estabelecer normas baseadas na função que a pessoa ocupa num contrato, criando conceitos destinados à proteção do aderente, o consumidor, o locatário, comumente considerados o elo mais fraco do vínculo negocial.

Dessa forma as normas são estabelecidas em conceitos que foram centrados nas capacidades ou nas necessidades das pessoas. Ocorre que por vezes os conceitos lastreados nas capacidades necessitam que as necessidades também sejam consideradas, sob pena de não poderem ser aplicados aos casos concretos. No campo do direito privado, em geral prevalece a lógica do “ganha-perde”, pois o contrato tradicionalmente serve para disciplinar a disputa entre interesses antagônicos, nos quais a necessidade de uma parte se realiza às expensas de outra. Buscar uma perspectiva de direito civil direcionada às necessidades significa romper com tal estrutura de pensamento e fundamentar em que situações e por qual motivo uma das partes deve limitar sua atuação em atenção à satisfação das necessidades da outra.

Dentro deste contexto, decidimos por analisar o problema da realização do direito, particularmente da Justiça Contratual. Há de se observar, todavia, não apenas a necessidade da adesão incondicional ao caminho traçado pela Constituição, a partir dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, mas, sobretudo, a de se promover o estudo das consequências práticas advindas desse fenômeno, porquanto isso é o que se espera do novo texto codificado, indo além do que já foi tratado pelo legislador constituinte².

¹ WILHELMSON, Thomas. ¿Racionalidad de Las necesidades en el Derecho Privado? **Doxa**, n. 05, p. 298.

² FARIAS, Cristiano Chaves de. Achegas para (além da) reforma do Código Civil, **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2019>>. Acesso em: 05 set. 2004, p. 02.

Ao contrário dos críticos, colocamo-nos do lado daqueles que apoiaram a reforma da codificação civil. Porém, reforma com o sentido de processo em construção, governado por princípios informativos reunidos sistematicamente. Na busca da mencionada perspectiva axiológico-sistemática, introduzida por nossa Lei Fundamental, devemos romper com a ainda freqüente atitude de se ler a Constituição a partir do Código Civil. Há de se avançar além da constitucionalização do Direito Civil, de modo a se atingir uma verdadeira ressystematização da matéria.

Certamente, o princípio da equivalência material das prestações terá destaque dentre as características mais marcantes do contrato na atualidade, para sanar os desequilíbrios supervenientes, mantendo ou corrigindo a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações dos contratantes, independentemente da previsibilidade de tais alterações. Resta estudar quais os mecanismos jurídicos de que dispomos para garantir sua efetivação.

Ingressamos então numa das questões mais tormentosas para o jurista: o problema da legitimação do direito, que passa pela delimitação do sentido de Justiça. Para a nova dinâmica das relações sociais, a Justiça, enquanto código formal, racional e genérico, calcado na noção de igualdade, revela-se insuficiente, uma vez que a preocupação do intérprete e aplicador do direito deve estar voltada para o aspecto material e concreto do conceito, que se expressa nas indagações acerca daquilo que deverá ser repartido (proporcionalmente) e com quem. Dentre as opções disponíveis caberá ao julgador buscar o equilíbrio entre aquelas que aproveitem ao máximo as circunstâncias particulares, só se justificando desigualdade de tratamento quando vantajosas a todos, ou seja, quando interessem à coletividade.

Se a mudança de paradigmas já ocorreu, se o direito civil já foi reavivado e arejado pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade, surge o momento de nos perguntarmos se tudo já está consolidado, quais promessas já viraram realidade e quais ainda carecem de maior densificação. Neste ponto, não devemos perder de vista que o ritmo de aceitação das mudanças depende do contexto e das necessidades econômico-sociais de cada grupo.

A doutrina pátria parece ter amadurecido este novo pensar dos contratos. Nada obstante, a jurisprudência ainda se mostra vacilante, confundindo e misturando características peculiares a institutos diversos, como o da lesão e da

modificação das circunstâncias, e, algumas vezes, até negando sua aplicação, em detrimento da realização material da justiça. É com precisão que Paulo Luiz Netto Lôbo sintetiza o caminho a ser perseguido pelo julgador:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária³.

Decorridos três anos de vigência do novo Código Civil, é chegada a hora de contribuirmos para o estudo dos institutos destinados à efetivação do primado de justiça social na relação negocial, afinal, alguns dos dispositivos a eles relacionados já motivaram propostas de mudança no seu texto. Durante o presente trabalho devemos perquirir se o contrato deve ser considerado meramente como fonte de obrigações ou pode ser visto como um instrumento de colaboração entre seus figurantes.

Além disso, atentos à força normativa dos princípios constitucionais, cumpre-nos investigar quais os limites do juiz quando instado a rever uma relação contratual. Podemos ter contratos conformados pelo magistrado independente de provocação das partes? É possível que nos seja imposto o conteúdo de um contrato que quando celebrado referia-se a condições econômicas e jurídicas diferentes? Esta é a tarefa que nos dispomos a enfrentar, contribuindo para a consolidação de uma nova teoria contratual em nosso país.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 29 ago. 2004.

CAPÍTULO 1

EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DA RECONQUISTA DO VALOR DIGNIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Nos bancos das faculdades, desde os primeiros passos na busca da compreensão do fenômeno jurídico, fomos apresentados à era da Modernidade, legado da Reforma e da Revolução Francesa, sob as luzes iluministas que cunharam as noções de subjetividade, e, com ela, a do individualismo, expressa na autonomia da vontade e liberdade de ação. Dogmas religiosos cederam lugar, na ciência, à racionalidade crítica e, na política, às liberdades individuais e aos direitos de todo cidadão, expressos num direito sistematizado num corpo unitário e coerente de princípios e regras que costumamos denominar ordenamento jurídico.

Cultuava-se a idéia da liberdade puramente formal, sob a influência do primado da lei, que prescreve comportamentos gerais e abstratos obrigatórios para todos. Tinha-se a lei como fruto da vontade geral do povo, representado no Parlamento, cabendo ao juiz apenas aplicá-la sem qualquer possibilidade criativa. Neste contexto, institucionaliza-se a clássica dicotomia entre público e privado, não autorizando o Estado a interferir na zona de liberdade individual dos particulares, sob qualquer pretexto. Há quem, referindo-se a este período, identifique duas etapas na evolução do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade recém-garantida⁴.

Emerge deste sistema o contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, que uma vez celebrado passa a ser lei entre os figurantes, encobrendo-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade, já que dizer contratual implicava dizer justo. Dentro desta perspectiva passamos a pensar a vida em sociedade: um problema levado à apreciação de um magistrado deveria ser resolvido sob a óptica patrimonial dos envolvidos, sem qualquer interferência de valores externos. Não havia que se pensar no interesse coletivo, mais sim no que o consenso de seus figurantes havia definido para aquele caso

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **O Contrato** – Exigências e Concepções Atuais, São Paulo, Saraiva, 1986, p.11.

concreto, cujos contornos negociais foram definidos a partir da liberdade individual de pessoas formalmente iguais⁵.

Temos como reflexo deste período da evolução da experiência jurídica brasileira, o Código Civil de 1916, que no campo das relações privadas afigurava-se como um verdadeiro “sol” do sistema jurídico pátrio, influenciando condutas compatíveis com sua índole individualista e patrimonial, sem qualquer preocupação com o conjunto de direitos inerentes à nossa própria condição de pessoas.

Tal sistema tinha a pretensão de ser a solução para todos os problemas, capaz de responder a qualquer demanda posta diante de seus instrumentos, chegando inclusive a tratar do preenchimento de eventuais lacunas. Esta concepção só poderia conferir ao Direito do último século um caráter estático, com reduzidas possibilidades de mudanças. Ricardo Luis Lorenzetti⁶, ao comentar a evolução histórica do direito privado a partir das codificações, explica que neste período o código tornou-se verdadeiro elemento de criação do Estado Nacional, servindo para separar a sociedade civil do Estado, pois a codificação, além de se apresentar como auto-suficiente, conferia segurança por sua imutabilidade e se traduzia numa seqüência ordenada de artigos como base de um sistema, definindo o âmbito da interpretação jurídica, além de servir como manual de Direito, acessível a todos.

Em suma, tal modelo eliminava as principais desvantagens das consolidações legislativas que o antecederam, visto que a estrutura destas tornava difícil a sistematização de princípios, em face da ausência de valores que pudessem ser utilizados como fundamento do ordenamento. Tudo em nome de um formalismo, garantia da segurança jurídica, da certeza e previsibilidade, em prol dos ideais a serem atingidos.

⁵ Neste sentido, bem oportuna a lição de Paulo Lôbo: “Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum (...) Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado”. (Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 22 ago. 2004).

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVAES, Bruno de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 227.

Entretanto, a realidade social em contínua evolução e transformação criou uma nova ordem mundial, novos valores, necessidades e desafios que precisam ser enfrentados pelo estudioso do direito, precipitando o surgimento de legislação especial. Ingressávamos na “Era dos estatutos”, com linguagem menos técnico-jurídica e mais específica, de caráter multidisciplinar, que trazia novas diretrizes, conferia uma função promocional ao direito e chegava a disciplinar relações extrapatrimoniais. Experimentamos um processo de publicização, caracterizado por uma crescente intervenção estatal na órbita até então destinada apenas aos particulares, visando à redução do espaço da autonomia privada dos cidadãos.

Neste diapasão, cada avanço tecnológico, cada comemoração de uma revolucionária descoberta científica, cada notícia de conflitos entre os grandes grupos econômicos e os interesses do cidadão comum, contribuíam para a defesa de leis específicas, tratando de questões prementes, mas não enfrentadas pela legislação então positivada. Tal fenômeno, com o passar dos anos, acabou por comprometer a unidade do sistema codificado, fracionando-o mediante a criação de microssistemas jurídicos. O grande código, até então auto-suficiente, já não tinha todas as respostas, tornando decisiva a tarefa do intérprete e a busca de normas alternativas de orientação do ordenamento.

Na economia sob óptica global, o contrato, em seu modelo tradicional, converteu-se em instrumento de exercício de poder, rivalizando com o monopólio legislativo estatal. Os grandes conglomerados econômicos transnacionais passaram a instituir verdadeiros códigos normativos privados, predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais⁷. Aos poucos, o Código Bevilacqua, por intermédio de uma ação dirigista do legislador, perdeu espaço para leis extravagantes, que instituíram corpos jurídicos autônomos, com princípios peculiares, criadas sobre a influência de uma nova ordem constitucional, reflexo das necessidades sociais que a legislação liberal não foi forjada para atender.

Se durante o liberalismo restava bem evidente a distância entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, a passagem para o modelo do Estado Social teve

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr/jun, 2002. p. 187-195.

como objetivo a tutela jurídica daqueles mais vulneráveis, além de retirar do Código Civil então vigente matérias inteiras, como, por exemplo, o direito das crianças e dos adolescentes e o direito do consumidor. A concepção de um código civil como sistema, base de sustentação do ordenamento destinado à tutela dos interesses individuais, esvaiu-se na medida de sua inadequação.

Não fosse tudo isso, a tradicional visão dicotômica do regramento jurídico entre normas de interesse público e normas destinadas aos interesses privados perdeu o sentido. Assistimos ao surgimento do que convencionamos chamar “terceiro setor”, onde as necessidades antes consideradas “públicas” passam a ser objeto de preocupação e providas por entes não-estatais. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes⁸:

[...] a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

Tal constatação, conforme sustenta a referida autora, nos leva a uma inexorável necessidade de revisão de conceitos: não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social. Nossa sociedade vive um período pós-industrial, caracterizado pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista.

Os modelos criados para explicação da realidade que se descortina diante de nossos olhos, hauridos na era industrial, continuam sendo repetidos e defendidos sem que muitos de seus partidários se dêem conta de que tais paradigmas se mostram insuficientes e precisam ser substituídos, pois é diversa a realidade que enfrentamos, sendo necessário, no dizer de Francisco Amaral: “a construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 25.

realização da justiça”⁹. De fato, estamos vivenciando um momento em que se faz necessária uma reflexão crítica sobre a atual estrutura e função do direito enquanto sistema destinado a garantir o convívio social de modo digno. Neste sentido, sustenta o já citado Francisco Amaral que esse novo paradigma que vem sendo construído nos últimos anos¹⁰:

[...] compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental que é a justiça; o pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva. E enfim, a superação da idéia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos que usavam a razão em sentido teórico e sua substituição pelos microssistemas jurídicos, tudo isso implicando a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito.

Isso implica a constatação de que a primazia ilimitada do consenso das partes não pode ser a única determinante da ordem contratual. Os contratos estão integrados num contexto institucional mais vasto, repleto de variáveis sociais instáveis, que muitas vezes transparecem nas necessidades permanentemente mutáveis e, às vezes, discrepantes, de seus figurantes. O reconhecimento da incidência dos valores e da principiologia constitucional no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas da sociedade contemporânea¹¹. Junte-se a isso a constatação de que a patrimonialização das relações civis, um dos traços mais marcantes dos códigos de inspiração liberal, é incompatível com os valores fundados na socialidade e na dignidade humana, adotados pelas Constituições modernas¹².

⁹ AMARAL, Francisco. O direito Civil na Pós-Modernidade. **Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ**, Ano 2, Número 2, 2. ed., 2004, p. 41.

¹⁰ Idem, p. 42.

¹¹ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc > Acesso em: 10.08.2004, p. 01.

¹² LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 22 ago. 2004, p. 02. O mencionado autor, na mesma linha de raciocínio, ainda sustenta que o conteúdo

Surge então um sistema orientado por normas fundamentais, ou seja, o código é gradativamente substituído pelo processo de constitucionalização do Direito Civil, já que a utilização de normas especiais passou a ser muito maior do que a das gerais, fazendo com que o Código Civil perdesse a capacidade de se apresentar como uma fonte normativa superior; conseqüência, para Junqueira de Azevedo, da hipercomplexidade das relações sócioneleógicas e da desistência da tentativa de reduzir o todo à unidade¹³.

Enfim, o direito civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para reunificação do sistema, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes¹⁴.

O desafio do presente é repor a pessoa humana como centro do direito civil, concebendo as linhas de um direito contratual que além de disciplinar e conferir segurança às operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88). Ingressamos então no tempo da (re)personalização do direito civil, implicando necessário reconhecimento do novo ramo dos direitos da personalidade.

Neste sentido, não podemos perder de vista que, além do papel hermenêutico, as normas constitucionais têm efetivo caráter de direito substancial, já que refletem nas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. A atividade do Estado não deve ser pautada pela incondicional subordinação do indivíduo, mas pelo respeito à dignidade dos seus cidadãos. É neste contexto que, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o direito civil é transformado pela normativa constitucional, superando-se a lógica patrimonial

conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. Afirma que as funções do código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; ao fim, conclui que deve sair de cena o indivíduo proprietário, para revelar, em todas as suas vicissitudes, a pessoa humana. Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.

¹³ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVAES, Bruno de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228.

¹⁴ TEPEDINO, Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica**, n. 48. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 332-3.

(proprietária, produtivista, empresarial) que passa a ser substituída pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição¹⁵.

Entretanto, quando parecia que a época atual não mais albergaria grandes codificações, ao contrário, partiria para uma “desconstrução” dos sistemas vigentes¹⁶, sobretudo diante da nova ordem constitucional positivada, em 10 de janeiro de 2002 foi publicada a Lei nº 10.406 – o novo Código Civil Brasileiro; para alguns, um retrocesso dentro desta nova onda de mudanças.

Afastando-se a discussão acerca da conveniência e necessidade de edição de uma nova codificação, deve-se de logo anotar que não há como divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais. O direito civil da sociedade pós-industrial não está apenas “despatrimonializado”, mas tem como objetivo o desenvolvimento de uma justiça distributiva, à qual devem ser submetidas as situações jurídicas negociais.

Incumbe ao intérprete revisitar conceitos, relendo a legislação civil à luz da Constituição de modo a privilegiar novos valores, que passam a servir de limite externo à iniciativa econômica privada. Deve-se buscar a adaptabilidade das obrigações contratuais às estruturas institucionais – postura que a teoria clássica que explica o vínculo contratual mostrou-se incapaz de adotar – ora mediante a imposição de obrigações contratuais adicionais, ora através da limitação de direitos decorrentes do contrato, com o emprego da técnica de legislar por cláusulas gerais, que por vezes transcendem àquelas estipuladas pelas partes¹⁷.

O legislador do novo código fez clara opção por cláusulas gerais, em substituição à tradicional técnica casuística. As vantagens desta escolha ficam

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 28-9.

¹⁶ GUSTAVO TEPEDINO, Apud FARIAS, Cristiano Chaves de. Achegas para (além da) reforma do Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2019>>. Acesso em 05 set. 2004. De modo incisivo, chega a fazer menção ao "ocaso das codificações", apontando que a norma constitucional, nesse momento histórico, assume "o papel de reunificação do sistema, temperando, com seus princípios e normas hierarquicamente superiores, as pressões setoriais manifestadas nas diversas leis infraconstitucionais".

¹⁷ Cf. MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc> Acesso em: 10/08/2004, p.07, citando GÜNTHER TEUBNER in “O direito como sistema autopoietico” (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 236) e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, na obra “O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual”. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

evidentes quando percebemos que um grande número de situações não previstas ao tempo da edição do CC/02 torna-se passível de regulação em face da generalidade de alguns de seus dispositivos. Destarte, a matéria regulada desta forma ganha novos contornos dentro das possibilidades de aplicação do direito e pode submeter-se à revisão pelo juiz.

Vale anotar que não temos dois sistemas distintos (Constituição x Código Civil), mas sim um novo paradigma para as relações negociais. A moderna teoria contratual, sob óptica constitucional, já não concebe o contrato como o criador de vínculo obrigacional que confere ao credor poder quase absoluto sobre o devedor. Esta concepção, impregnada pelo individualismo jurídico do século XIX, cede lugar à percepção de que a situação jurídica derivada do vínculo contratual não poderá ser mais imutável que a situação legal, fundada em valores que tutelam a personalidade do indivíduo. Enfim, “o ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei”¹⁸.

Logo, não vivemos a fase de “recodificação”, mas sim de “ressistemização”, já que alcançamos um outro patamar, cujo paradigma é o matiz constitucional dos princípios estruturantes da “nova arquitetura” do direito privado, que garantem, dentre outras, a função social da propriedade e a proteção ao hipossuficiente: primados da igualdade material, da justiça contratual e da solidariedade.

Tal desafio ainda se complica em face da nova ordem mundial orientada pelos fenômenos da globalização e dos grandes grupos econômicos transnacionais que desafiam os limites da soberania do Estado nacional e rompem barreiras, colocando a ordem, até então suprema da Constituição, num plano inferior, na medida em que o monopólio da legislação e, sobretudo, do exercício do poder não cabe apenas ao Estado.

O código das relações particulares foi unificado com as normas empresariais e atualizado, mas não retornou ao centro do sistema jurídico. Desde

¹⁸ RIPERT, Georges. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 313-314. Apud MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc> Acesso em: 10/08/2004, p.06.

1988, a Constituição permitiu a reunião dos fragmentos da ordem privada e passou a orientar seus rumos. Além disso, ao texto fundamental não deve reconhecer apenas “eficácia interpretativa” em relação às normas civis, mas também eficácia negativa, ou melhor, vedação do retrocesso.

Desse modo, deve-se buscar a progressiva ampliação dos direitos fundamentais aplicáveis às relações privadas, exigindo-se do Judiciário o controle (e eventual revogação, por inconstitucionalidade, se for o caso) sobre a atuação legislativa infraconstitucional voltada à redução, ou mesmo extinção, de um direito já incorporado como efeito próprio da força normativa dos princípios constitucionais.

Citem-se, como exemplo, as discussões doutrinárias acerca da possibilidade de revisão contratual nas relações entre particulares e em relações de consumo. A índole objetiva da apuração da alteração das circunstâncias no CDC¹⁹, consagrada já na década de noventa, parece não se conformar com o caráter subjetivo ainda preconizado no texto do CC/02 ao disciplinar a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva²⁰.

A perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano, estabelecida pelo direito civil constitucional, coloca-se em nível superior no ordenamento, com o escopo de proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação contratual. O contrato passa a ser caracterizado pela crescente relatividade à pessoa concreta, ou seja, não temos mais a figura do locador/locatário, ou do mutuante/mutuário, abstratamente definida e em modelos teóricos impostos a todas as situações negociais.

É preciso formular um raciocínio que confira maior peso aos argumentos relativos à vulnerabilidade de uma das partes, já que as prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade: onde antes havia apenas concorrência e se pensava no contrato como o resultado do equilíbrio momentâneo de forças

¹⁹ Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

²⁰ Art. 478, CC/02. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

antagônicas, a noção de pessoa passou a substituir a de indivíduo para permitir que a colaboração se desenvolva.

A opção pelo solidarismo, definida no texto constitucional, em substituição ao individualismo tradicional, ainda provoca polêmica e a necessidade de se interpretar o instituto sobre novas bases. Neste sentido:

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. A proteção da confiança envolve o vínculo contratual, a partir das normas cogentes que visam a assegurar o equilíbrio das partes da relação jurídica, mediante a proibição das cláusulas abusivas e a adoção de novos paradigmas interpretativos, bem como, no que concerne ao objeto do contrato, procura garantir a adequação do produto ou serviço, além de prevenir riscos e reparar prejuízos²¹.

Por todo o exposto, fica claro que no direito da sociedade pós-industrial o ser humano passa a ser visto não mais como sujeito de direitos formal e abstrato da modernidade liberal, mas como pessoa engajada no seu meio social. A inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, pois, mais do que um critério hermenêutico formal, constitui a etapa mais importante do processo de transformação por que passou o direito civil no trânsito do modelo liberal para o Estado social.

Após análise da nova ordem econômico-social, fica a constatação de que o sistema jurídico não possui todas as respostas²², sendo necessário garantirmos um pluralismo das fontes no processo de criação das normas, que só poderá ser alcançado se deixarmos de lado o formalismo, buscando a “materialização” do direito através da particularização das situações.

A nova conjuntura mundial e seus desafios demonstraram que o Direito não é apenas um sistema de normas. O pensamento sistemático clássico passa a dar lugar cada vez mais ao pensamento problemático, colocando-se a discussão

²¹ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc> Acesso em: 10/08/2004, p.07.

²² AMARAL, Francisco. O direito Civil na Pós-Modernidade. **Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ**, Ano 2, Número 2, 2. ed., 2004, p. 53.

axiológica acerca da legitimidade dos processos de controle social na ordem do dia. A balança já não tem só dois pratos: a constitucionalização do direito civil e a civilização do direito constitucional não dispensam a abordagem de relevantes problemas como o da autonomia do direito privado frente à ordem pública e sua interpretação em conformidade com a Constituição, e o da aplicação jurídica imediata dos direitos fundamentais pelo juiz²³, conforme veremos mais adiante.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) **Direito Constitucional** – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114/115.