

A constitucionalização do Código Civil e a função social do contrato

Selma Árabe Andrietta

Aluna do 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Bacharel em História pela Universidade Federal de Ouro Preto.

Resumo: Neste trabalho dedicamo-nos ao estudo dos princípios positivados pelo nosso novo Código Civil que, neste ano, comemora o seu quarto aniversário. Tais princípios são os da Eticidade, da Operabilidade e da Socialidade. Com base nesses princípios, efetivou-se a função social do contrato, por meio de ferramentas, como a interpretação dos contratos pela via da boa-fé objetiva e das cláusulas gerais. Tais institutos permitirão ao Código que seja sempre atual, que sempre atenda à dinâmica social e econômica por ser um sistema aberto. Temos, então, um direito que se antecipa às mudanças socioeconômicas.

Palavras-chave: Princípios do novo Código Civil; constitucionalização do Código Civil; direito contratual; sociologia jurídica; cláusulas gerais; função social do contrato; boa-fé objetiva.

À guisa de introdução:

Princípios constitucionais positivados no novo Código Civil

Ao comemorar quatro anos de vigência, o nosso Código Civil ainda é festejado pela comunidade jurídica por sua excelência em pontos finalmente modificados, mas também recebe críticas por ser ainda insuficiente ao atendimento ao ideal para uma sociedade mais justa e melhor amparada por seu ordenamento jurídico. De qualquer modo, não se nega a relevância e a mudança para melhor que os princípios inspiradores da reforma conferiram ao cenário do direito civil brasileiro. Tais princípios são os da *Eticidade*, da *Operabilidade* e da *Socialidade*.

O princípio da *Eticidade* agrega ao exercício do direito valores éticos que, muitas vezes, são afastados pela tecnicidade da atividade. Dessa forma, seu objetivo é fazer com que a atividade jurídica, desde a rotina do advogado até a prática da magistratura, seja realizada com base nos valores éticos de forma que se promova uma evolução social. Um sistema aberto, com cláusulas gerais, permite que os agentes jurídicos sejam envolvidos pelo espírito da ética e, se não o fazem por tal invocação, o farão pela exigência da lei. A positivação de tal princípio traz uma garantia às partes quanto ao comportamento de ambas em uma dada relação jurídica. No campo da *Eticidade*, cabe ainda mencionar o elemento da boa-fé objetiva, que não se confunde com a subjetiva, ou seja, a intenção particular. Esse assunto será explorado mais adiante.

Em relação ao princípio da *Operabilidade*, Miguel Reale¹ nos conta que foram resolvidas algumas dúvidas que o texto de 1916 causava aos operadores de direito. Cita a distinção entre prescrição e decadência como um forte exemplo disso. Os casos de prescrição foram postos em *numerus clausus*. Outro exemplo dado pelo ilustre professor foi a distinção feita pelo

novo Código entre associação e sociedade, dando à primeira caráter não-econômico e à segunda, econômico. Mas o elemento que garantiu, com maior peso, a funcionalidade das normas é o correspondente às cláusulas gerais, que também analisaremos com mais vagar.

Por fim, o princípio da *Socialidade* vem substituir o caráter individualista anterior das relações jurídicas. Com a positivação desse princípio, as operações deverão ser calcadas com pensamento voltado ao social, à coletividade e não mais ao interesse particular maléfico da maioria das situações. Com isso, não se pretende eliminar ou proibir a autonomia da vontade ou a liberdade contratual. Almeja-se, mais que tudo, a limitação necessária para que não haja excessos prejudiciais à coletividade. De que forma esse objetivo seria atendido? Nas sábias palavras da Dra. Judith Hofmeister Martins Costa,² encontramos a resposta:

“(...) Na sua concreção, o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade”.

Estes princípios já constavam, programaticamente, em nossa Constituição. O novo Código Civil, vale dizer, nada mais fez além de conferir efeito prático aos ditos valores. Isto feito, submeteu a norma civil à constitucional, como deveria ter sido sempre, mas que não acontecia na prática. Por conta disso, a reforma da norma civil convencionou-se chamar de “Constitucionalização do Código Civil”. Afirma Netto Lôbo³ que:

“A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria (...). A Constitucionali-

¹ REALE, 2002.

² COSTA, 2000.

³ NETTO LÔBO, 1999.

zação do direito civil (...) constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, porque passou o direito civil, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social.”

De fato, a proteção social está garantida pela nova lei pelo menos no que tange ao direito contratual, assunto sobre o qual nos deteremos a partir de então. Os princípios vistos acima influenciaram profundamente o projeto da lei nova, destacando três aspectos sociais mais importantes. São eles: a família, a propriedade e o negócio jurídico, por sua forma e conteúdo, o contrato, como regulação da ordem econômica e social. Em artigo anterior debruçamo-nos ao tema da Função Social da Propriedade,⁴ analisando rapidamente a propriedade ao longo do tempo no Brasil e estudando a novidade do tema nos parágrafos do artigo 1.228 (CC). Em artigo futuro, pretendemos estudar a a função social da família e a forma pela qual ela está codificada, buscando entender a sua aplicação prática. Neste trabalho, pesquisaremos o detalhamento da função social do contrato. Passemos, então, ao tema.

Função social do contrato

Em nosso Código Civil, o dispositivo que inaugura o tema é o primeiro artigo do *Título V – DOS CONTRATOS EM GERAL, Capítulo I – Disposições Gerais, Seção I – Preliminares*:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Se é assim, não podemos iniciar nosso estudo sem antes investigarmos a expressão “função social do contrato”. Por que se verificou que o contrato precisa receber acompanhamento legal em relação às suas cláusulas, ao seu cumprimento, à sua formação, e, por fim,

em sua interpretação? Respondemos, novamente, com as palavras da professora Judith Hofmeister Martins Costa:⁵

“Frase dita e repetida indica que ‘o contrato é a veste jurídica das operações econômicas’, de modo que constitui sua função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge — e interessa — a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social”.

Com a reforma, os contratantes deverão negociar e, por conseqüência, elaborar seus contratos com uma visão menos egoística, de modo que a liberdade de contratar atenda à função social do contrato. Como conclui Paulo César de Carvalho,⁶ esse atingimento

“(...) deverá levar em consideração o espírito do interesse coletivo e ser aplicado segundo a lógica da solidariedade constitucional”.

É preciso esclarecer que tal limitação não proíbe ou põe fim à autonomia da vontade ou mesmo à liberdade contratual. A norma vem apenas acrescentar garantia, proteção eventual à parte menos favorecida em determinadas situações que poderiam ser prejudicadas simplesmente porque assinaram um termo contratual. Há que se cuidar, e o Estado é o ente responsável por isso, para que não se cometam exauros ou mesmo enriquecimento ilícito por parte dos mais privilegiados em detrimento dos menos favorecidos. Sobre isso, afirmou Paulo Luiz Netto Lôbo:⁷

⁴ ANDRIETTA, 2006.

⁵ COSTA, 2000.

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

É hora de discutir a expressão latina *pacta sunt servanda*. Esse princípio exige o cumprimento dos pactos, da maneira pela qual foram contratados e firmados. Assim, um contrato válido deveria ser cumprido e, até a revogação do código de 1916, com a cobertura da lei. Desse princípio decorre a *intangibilidade dos contratos*. Isso significa que ninguém pode unilateralmente alterar um contrato, nem mesmo um juiz poderia fazê-lo, ainda que tomasse como líquido e certo o exagero de uma parte sobre outra. Tal princípio não foi revogado nem mesmo proibido. Simplesmente foi limitado à função social do contrato. A ressalva está em que essa manifestação de vontade deve estar adequada ao que se espera do homem equilibrado. Significa dizer que não basta a boa-fé *subjetiva*, mas deve-se seguir a boa-fé *objetiva*,⁸ que traduz o que é retidão naquele tempo, local e situação dos contratantes. Isso porque não é possível separar o direito contratual do direito econômico-social, que deve ser observado pelo âmbito da coletividade e não do individualismo. Devem ser os contratos de tipo sinalagmáticos, ou seja, devem conferir vantagens e ônus a ambas as partes. A exceção são os contratos unilaterais simples, como exemplo, a doação e os depósitos gratuitos. Reforça Maria Helena Diniz:⁹

“(...) não bastará o acordo de vontades (...). Será preciso que tal efeito, visado pelo interessado, esteja conforme à norma jurídica, pois é ela que permitirá a cada pessoa a prática de determinado negócio jurídico, garantindo sua eficácia.

(...) Tais transformações acarretarão o fim de alguns dogmas. P. ex., tem-se verificado: a substituição do indivíduo como um fim em si mesmo pelo indivíduo como ser social; a de direitos subjetivos invioláveis por direitos a serem exercidos como função social; a da vontade como fonte criadora de direitos e deveres pela vontade como instrumento do interesse social; a do contrato como negócio jurídico independente pelo contrato social.”

Em resumo, poderíamos assim interpretar o artigo 421 do Código Civil atrás transcrito como: a liberdade de contratar, ou seja, o princípio da *pacta sunt servanda* poderá ser alvo de utilização dos contratantes desde que não tenham finalidade egoística, cláusulas abusivas, chances de enriquecimento ilícito ou exagero obrigacional de uma parte em detrimento de outra, enfim, que a sociedade estiver salva de toda má-fé ou má-intenção que se possa expressar na forma de um contrato. Que não seja contratado e mais, que não seja interpretado um contrato de maneira seca e ardil, de forma que não se perceba que este esteja viciado pela desobediência da função que um contrato deve ter na sociedade, que é a regulação da geração, transferência, enfim, da distribuição da riqueza entre os agentes sociais.

Para a concreção da função social do contrato, o Código oferece-nos duas ferramentas cruciais: o dever de interpretar os contratos pela via da boa-fé objetiva e um sistema normativo aberto por cláusulas gerais. Ambos os institutos estão imbricados um ao outro. Podemos dizer, por exemplo, que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral. Todavia, para que possamos entender melhor cada um deles, vamos separá-los em tópicos que, vez ou outra, farão referência direta entre si.

⁸ Veremos a seguir o conceito de boa-fé subjetiva e objetiva.

⁹ DINIZ, 2006: p.5.

Boa-fé objetiva

A questão da boa-fé objetiva é ligada ao momento da interpretação do contrato. Isso quer dizer que o critério que deve ser adotado – agora por força de lei e não somente por força programática – é o da boa-fé objetiva. No texto de Sílvio de Salvo Venosa,¹⁰ lemos que:

“Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual.

(...)

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

É muito importante que sejam diferenciados os conceitos de boa-fé subjetiva – tradicional do direito civil brasileiro – do conceito de boa-fé *objetiva*. Da noção de boa-fé *subjetiva* depreende-se que os contratantes firmaram acordo conforme a sua crença pes-

soal de realizar negócio justo e correto. Manifesta a sua vontade e o faz acreditando que sua conduta particular se enquadra em padrão. Vejamos o que afirma a professora Judith Hofmeister Martins Costa¹¹ a respeito da boa-fé *subjetiva*:

“(…) a expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência” ou “convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, o campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória”. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”.

Essa boa-fé sempre foi considerada e assim deve continuar sendo pesada, posto que resolve muitos conflitos e, como entendemos da última frase da citação acima, serve para nos fazer detectar qualquer vestígio de má-fé no qual o agente contratual eventualmente incorra. Apenas não deverá se sobrepor a boa-fé *subjetiva* – na novidade do código – à noção de boa-fé *objetiva*. Esta sim deve ser decisória por conferir aos negócios jurídicos maior isonomia. Novamente citamos o professor Venosa¹² para esclarecer o alcance da boa-fé *objetiva*:

“(…) O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos”.

Para a Dra. Judith Hofmeister Martins Costa:¹³

¹⁰ VENOSA, 2003: p. 378-379.

¹¹ COSTA, 2000.

“(...) [a boa-fé objetiva] modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. (...) na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico”.

Com esses pensamentos postos, é tempo de refletir: qual é o objetivo da mudança de foco em relação à vontade manifesta e a adequação de conduta particular à coletiva? Ora, durante muito tempo, regulou-se a vontade individualista que, por vezes, desconsiderava a parte hipossuficiente do contrato. Atualmente, a interpretação com base no instituto da boa-fé objetiva traz o exato alcance do contratos, fazendo dele um negócio de tipo sinalagmático, ou seja, que compreende o equilíbrio econômico do contrato. Equilibrar as partes é fazer com que elas se equalizem, minimizando os possíveis excessos de uma em detrimento da outra. Com essa reflexão, podemos afirmar, com otimismo, que o novo código acertou o alvo do problema e de maneira efetiva, pois, como veremos a seguir, a boa-fé objetiva é um tipo de cláusula geral que não perece. Para sempre teremos uma conduta reinante a ser esperada na relações jurídicas. Interpretar um contrato, por exemplo, a partir da boa-fé objetiva, em qualquer tempo e sob qualquer circunstância será a maneira sempre mais justa de fazê-lo. Assim, o código estará sempre atualizado. Diferentemente das escrituras jurídicas antigas, como era o

nosso Código de 1916, os dispositivos que tratam dos valores estarão sempre abertos às constantes mudanças sociais.

Cláusulas gerais

Pelas considerações acima tornou-se mais fácil tratarmos dessa ferramenta da função social do contrato. A cláusula geral está intimamente ligada ao princípio da *Operabilidade* tratado inicialmente. Por conta da opção do projeto de novo Código Civil pelas cláusulas gerais, este ficou conhecido como o “Código dos juízes”. Na sua prerrogativa de livre convencimento, o juiz *deverá* julgar cada caso conforme a sua função social, a sua boa-fé objetiva, sem deixar de lado a boa-fé subjetiva, nulificando, por exemplo, cláusulas abusivas. Seguindo os passos da Dra. Judith Hofmeister Martins Costa:¹⁴

“(...) o princípio da função social, que proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como ‘letra morta’, transforma-se, como afirmou Reale, ‘em instrumento de ação no plano da lei civil’. Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na interpretação e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e à doutrina, no apontar de exemplos”.

Paulo César Carvalho,¹⁵ em seu artigo sobre as cláusulas gerais, cita Antoine Garapon e traz-nos a idéia de que a lei tornou-se algo começado apenas, a ser terminado pela atividade

¹⁴ COSTA, idem.

¹⁵ CARVALHO, 2006.

do juiz. Daí surgiram algumas indagações a respeito das possíveis “lacunas” que tal sistema poderia acarretar. Nesse sentido, entendemos exatamente como o juiz Paulo César de Carvalho que o sistema de cláusulas gerais nos empresta sentido exatamente inverso, ou seja, permite que não haja lacunas, pelo “dogma da completude”, segundo Bobbio. Afirma Paulo César de Carvalho:¹⁶

“Para Bobbio ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Vale dizer, será o ordenamento jurídico completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, isto é, não há caso que não possa ser regulado com norma pertencente ao sistema”.

[e cita Gustavo Tepedino:]

“Normas [as cláusulas gerais] que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas”.

Do papel criador do juiz, indaga-se ainda sobre o sentimento de (in)segurança jurídica que esse sistema pode gerar na sociedade. Alguns entendem que, por mais preparado e melhor selecionado que seja o profissional da magistratura, pode haver casos mais complicados em que o juiz confira razão à parte que, em o fazendo, não beneficiará a função social do contrato. Neste particular, entendemos que o advogado é a mola mestra da questão, fazendo com que seus pedidos estejam expressamente de acordo com as novas orientações legais e utilizando-se de todos os meios processuais possíveis para fazer valer o direito de seu cliente e minimizando decisões monocráticas que lhe causem conformismo por meio dos recursos cabíveis. E

quanto ao exercício do julgador, comungamos da opinião de Paulo César de Carvalho:¹⁷

“É na obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais e na força normativa da constituição que o legislador conseguiu, a meu ver, desonerar-se do ônus de flexibilizar o Código sem abrir mão da segurança jurídica.

(...)

[o autor é a favor do juiz-constitucionalista:]

Este juiz constitucionalista, portanto, há de estar em sintonia, também, com os tratados internacionais, firmados pelo País, devendo aplicá-los sempre que necessário for, desde que consoantes com os princípios constitucionais do direito pátrio. Suas decisões não de ser sempre fundamentadas nestes e nas demais regras e princípios que, eventualmente, tratem da matéria em questão”.

Reiteramos, destarte, a nossa filiação ao sistema aberto por cláusulas gerais sem ressalvas, posto que permite que o advogado opere nas margens da *pacta sunt servanda* para benefício de parte hipossuficiente; que o juiz tenha sua atividade aprimorada pelo estudo do caso concreto e com bases solidificadas na constituição; e, que, como resultado final e sem ser utópico, a sociedade perceba um valor real de cidadania, igualdade e probidade em suas relações jurídicas inevitáveis.

Conclusão

Finalmente, temos um direito que se antecipa à dinâmica social. O que tínhamos era uma realidade tal e uma posterior regulamentação que, quando posta em vigência, já estava, em muitos casos, caduca. O Código de 1916, ressalvada a sua beleza e a sua efetividade em muitos dispositivos, nasceu dos anos oitocen-

tistas e, por isso, trazia soluções para celeumas que já não combinavam mais com nosso tempo. Certamente o novo Código ainda revela alguns problemas, ainda há impasses, mas não nos restam dúvidas de que a sua efetiva subordinação à carta maior, com base nos princípios de Eficácia, Operabilidade e Sociabilidade e

positivando-os, elevou nosso ordenamento jurídico a um *status* de cidadania nunca antes visto. Poderia dizer-se que a Constituição “Cidadã”, de 1988 já teria avançado em tal sentido, mas não havia atingido ainda a efetividade. Saindo do “programa” e obrigando como “norma”, o Código Civil triunfou majestosamente.

Bibliografia

ANDRIETTA, Selma Árabe. Função social da propriedade: considerações ao artigo 1.228 e seus parágrafos do Novo Código Civil. *Cadernos de Iniciação Científica*. Ano 3, nº 3, São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2006, p. 121-128.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 10, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>. Acesso em: 13 mar. 2006.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 4. n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=513>. Acesso em 03 mar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. vol. 1, 6. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Wanderley; GIL, Fábio Coutinho de Alcântara; RODRIGUEZ, Caio Farah. *Contratos no novo Código Civil: visão negocial e prática*. Apostila. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 03 mar. 2006.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 03 mar. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil; v. 2.)