

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

FRANCISCO JOSÉ TURRA¹

LAURO ISHIKAWA²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 HISTORICIDADE. 2.1 Evolução do Direito Civil Contemporâneo e as Etapas do Constitucionalismo. 2.2 Constitucionalização do Direito Privado. 3 EFEITOS NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 3.1 Direito Civil e as Finalidades Consagradas na Constituição Federal. 3.2 A Constitucionalização Sobre o Contrato. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este trabalho, através de uma metodologia descritiva, com consulta em obras relativas ao tema, tem como objetivo o estudo de efeitos da constitucionalização do direito privado sobre o regime contratual, em especial o influxo da função social como elemento essencial no tocante à sua finalidade. Neste contexto, o artigo primeiramente realiza um exame histórico da relação entre o constitucionalismo e o direito privado para que se possa

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Pós-Doutorando em Controladoria e Finanças pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutor em Administração pela PUC-SP; Mestre em Controladoria e Finanças pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-Graduação em “Droit Comparé des Contrats et de la Consommation” pela Université Savoie Mont Blanc (França) e UFRGS (Porto Alegre-RS); Certificação “Global Reporting Initiative (GRI Standards)” de Sustentabilidade ESGI (Environmental, Social, Governance and Integrity/Ethical), Holanda; Graduação em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

² Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado - da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo; professor da graduação em Direito e coordenador de extensão das Faculdades Integradas Rio Branco, São Paulo; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília. Foi membro do Conselho Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior no Ministério da Educação (2008-2010); advogado em São Paulo.

elucidar o fenômeno da constitucionalização, assim como as evoluções no sistema do direito privado dela oriundas. Visando atender o objetivo deste artigo, analisa-se ainda a repercussão e as consequências práticas da constitucionalização do direito civil, ou seja, os efeitos da função social do contrato. Observa-se que o contrato sofreu importante reorientação de sua finalidade a partir da Constituição brasileira de 1988 e pela evolução da própria sociedade. Reconhecidamente, vemos que deve haver uma correta utilização dessa cláusula geral, a fim de se preservar o contrato, uma das mais legítimas liberdades individuais.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalização. direito privado. contrato.

CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT

ABSTRACT: This paper, through a descriptive methodology, with consultation in literature related to the theme, aims to study the effects of the constitutionalization of private law on the contractual regime, in particular the influx of social function as an essential element with regard to its purpose. In this context, the article first performs a historical examination of the relationship between constitutionalism and private law so that the phenomenon of constitutionalization can be elucidated, as well as the developments in the private law system arising from it. In order to meet the objective of this paper, the repercussions and practical consequences of the constitutionalization of civil law are also analyzed, that is, the effects of the social function of the contract. It is observed that the contract has undergone an important reorientation of its purpose since the 1988 Brazilian Constitution and by the evolution of society itself. Admittedly, we see that there must be a correct use of this general clause, in order to preserve the contract, one of the most legitimate individual freedoms.

KEY WORDS: Constitutionalisation. Civil Law. Contract.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do ordenamento jurídico é um fenômeno surgido à partir da Segunda Guerra Mundial, marcada por atrocidades jamais vistas contra a pessoa humana, contemplando valores e princípios humanistas

influenciadores de grande parte das Constituições ocidentais, inclusive a Constituição Federal brasileira de 1998.

Muito se evoluiu desde a promulgação da Constituição de 1988 no que diz respeito a uma interpretação do direito civil em conformidade com os valores constitucionalmente consagrados.

Este trabalho objetiva estudar o tema da constitucionalização do direito privado e seus efeitos no âmbito do direito dos contratos, em especial a função social do contrato.

Para seu melhor entendimento deste fenômeno, primeiramente tratar-se-á a respeito da historicidade do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

Na sequência, pretende-se ilustrar os efeitos dessa evolução da constitucionalização do direito civil sobre o regime contratual brasileiro, em especial na função social do contrato.

2 HISTORICIDADE

Para melhor entendimento do fenômeno da constitucionalização do direito privado, faz-se primordial examinar a evolução deste fenômeno. Assim, poder-se-á obter compreensão da influência constitucional sobre o direito privado.

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E AS ETAPAS DO CONSTITUCIONALISMO

O direito civil clássico surge com o movimento francês denominado iluminismo, de ideário liberal e pretensões da classe burguesa. A Revolução

Francesa (1789) é fruto expresso desse contexto, recepcionando as pretensões burguesas, queixosas da demasiada interferência estatal no âmbito privado.

No âmbito jurídico, evidencia-se a “ética do individualismo”, com a tutela patrimonial com caráter absoluto, liberdade e autonomia contratual e igualdade meramente formal. As codificações, representada pelo Código Civil Napoleônico de 1804, objetivam uma legislação civil completa, clara e coerente. Ao juiz restava o papel de ser a boca da lei, apenas aplicando o direito já criado pelo legislador. Conforme pontua Eugênio Facchini Neto (2003), a ética que predomina nesse período é a da liberdade formal. O Estado é liberal e pouco intervencionista, na economia tem-se o liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal.

Gustavo Tepedino (2004) assevera que:

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.

Esta fase é marcada pelas primeiras constituições escritas, de influência do pensamento liberal-burguês do século XVIII sobre os direitos fundamentais positivados, fruto dessa ótica individualista de direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, limitando a intervenção deste em prol de autonomia individual. Conforme Ingo Sarlet (2015) são, portanto, direitos de cunho negativo, também chamados de direitos fundamentais de primeira geração, dirigidos a uma abstenção, como por exemplo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, igualdade perante a lei e direitos políticos.

Luís Roberto Barroso (2005) leciona que nessa etapa histórica “o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata”.

O Código Civil se centrava na regulação as relações entre os particulares, como uma “constituição do direito privado”, agindo de forma independente ao direito constitucional, este centrado na regulação das relações entre o Estado e o cidadão.

Emergiu no início do século XX o Estado Social, diante da incapacidade do Estado Liberal nesta primeira etapa do constitucionalismo moderno assegurar uma efetiva igualdade entre os indivíduos e de conter insatisfação popular e conflitos pela exploração das classes menos favorecidas, redundando assim na segunda etapa.

Argui Ingo Sarlet (2015) o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, de dimensão positiva, na garantia ao indivíduo prestações sociais estatais. A constituição adquire características mais dirigistas, com introdução de normas de ordem pública, bem como incorpora institutos tradicionalmente ligados ao direito privado. O Estado passa a interferir nas relações entre os particulares.

Entretanto, o Estado Social não evitou a experiência totalitária na Europa. Com o fim da Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo evolui para a terceira e atual fase, na qual a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são consagrados como valores máximos da ordem constitucional. No Brasil, tal concepção foi introduzida a partir da Constituição de 1988. Luís Roberto Barroso (2005) assim discorre sobre a mudança de paradigma e seu efeito no direito civil:

Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos

documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF/1988). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O Estado atua na realização da justiça social, conforme Lôbo (1999), constitucionalizando os temas juridicamente relevantes, intervindo nos temas socio-econômicos e assegurar o direito coletivo e da dignidade da pessoa humana.

Nesse período, no campo do direito privado, há limitação do poder da vontade dos particulares em função dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A concepção individualista vai sendo superada pela concepção da solidariedade, relativiza-se a proteção da autonomia da vontade e se prioriza a proteção da dignidade da pessoa humana (FACCHINI NETO, 2003).

Os códigos civis, até então centralizadores da regulação do direito privado, se inclinam aos estatutos, microssistemas que gravitam em torno do Código Civil e legislação promocional, fenômeno este denominado era dos estatutos.

Dessa evolução histórica surgiu o fenômeno da constitucionalização do direito privado, cujos delineamentos serão abordados a seguir.

2.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Conforme ensina Moraes (1993), o direito privado se aproxima do direito público, como por exemplo na elaboração dos interesses difusos e supra-individuais e na funcionalização de institutos típicos do direito privado, tais como a função social da propriedade, da empresa, da família e até mesmo do contrato. Para Paulo Luiz Neto Lôbo (1999) a constitucionalização tem por objetivo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionais.

Nesse sentido, se atribuiu status constitucional a certos princípios e institutos do direito privado na medida em que foram disciplinados na Constituição, tais como a família, a propriedade e a atividade econômica, razão pela qual se fala em constitucionalização do direito civil. Paulo Luiz Netto Lôbo (1999) assevera que a constitucionalização “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014) arguem que “a constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de constitucionalização-inclusão e de constitucionalização-releitura”.

A constitucionalização-inclusão corresponde à inclusão na Constituição de temas tradicionalmente disciplinados nos códigos privados. A constitucionalização-releitura liga-se à irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento. Segundo Eugênio Facchini Neto (2003), tal acepção corresponde ao que se denomina *constitucionalização do direito civil* e pode ser compreendido, como a necessidade de interpretação em conformidade com a Constituição.

Para além do fenômeno da constitucionalização do direito civil como releitura, Anderson Schreiber (2013) defende uma metodologia civil-constitucional, ao sustentar que a noção de releitura está ligada não só à interpretação conforme à Constituição mas também à observância da força normativa da constituição:

O direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de se reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

Como se vê, o direito civil-constitucional não é o “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”, nem tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Pietro Perlingieri (2008) foi o precursor da corrente metodológica civil-constitucional e elenca três pressupostos teóricos fundamentais que a caracterizam: (1) natureza normativa da constituição; (2) complexidade, unidade do ordenamento jurídico e pluralismo das fontes do direito (3) desenvolvimento de uma teoria da interpretação com fins aplicativos.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin (2003), defende a necessidade de uma releitura crítica dos estatutos fundamentais do direito privado e aponta que “o conjunto das alterações começa a ser operado a partir da Constituição; daí o que se entende por ‘constitucionalização’, que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil”.

Necessário se faz, portanto, analisar a repercussão e as consequências práticas da constitucionalização do direito civil, o que será objeto da segunda parte deste estudo.

3 EFEITOS NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O processo de constitucionalização implica a irradiação dos valores abrigados no texto constitucional por todo o ordenamento jurídico e, no que tange ao direito privado, acarreta importante mudança de paradigma: a repersonalização e a despatrimonialização do direito civil, cujos efeitos serão analisados neste tópico.

3.10 DIREITO CIVIL E AS FINALIDADES CONSAGRADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No direito brasileiro, a ruptura com o paradigma do direito civil clássico, produto do ideário liberal, ocorreu a partir da interação do direito positivo com princípios de conteúdo mais social e dirigista, inseridos no ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1988.

Grande parte da doutrina que defende a metodologia civil-constitucional sustenta que os efeitos dessa mudança de paradigma na interpretação e aplicação dos institutos de direito civil são notáveis e que as transformações decorrentes da mesma ainda não se findaram³.

A Constituição Federal de 1988 contemplou como princípios a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a função social (art. 1º, IV e art. 170, *caput*) e a solidariedade social (art. 3º, I). Tais princípios incidem diretamente nas relações privadas, de forma que as categorias de direito privado sofrem o influxo dos valores constitucionais e, nesse sentido, são remodeladas e funcionalizadas com vistas à realização destes valores.

A releitura do direito civil à luz da Constituição, com a decorrente funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas no texto constitucional é o principal efeito do fenômeno da constitucionalização do direito privado. Trata-se inclusive de consequência do

³ Vide, por todos, SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10- 11.

respeito à hierarquia das fontes, uma vez que a Constituição é a unidade sistemática e axiológica do ordenamento (MORAES, 2006).

Tal mudança de perspectiva implica em uma “despatrimonialização”⁴ dos institutos tradicionais do direito civil, que paulatinamente cede espaço a uma “repersonalização” de tais categorias civilísticas.

A doutrina civil-constitucional defende que não se pretende, com isso, expulsar ou reduzir o conteúdo patrimonial do direito civil, mas sim repor a pessoa humana como centro do direito civil e atrelar o exercício da atividade econômica, da livre iniciativa e da propriedade privada à realização dos valores sociais consagrados na Constituição (SCHREIBER, 2013). Ao intérprete, portanto, incumbe privilegiar os valores existenciais quando esses entrarem em conflito com os valores patrimoniais.

É importante ressaltar que a constitucionalização do direito civil e a metodologia direito civil-constitucional, embora bastante difundidas e defendidas por grande parte da doutrina brasileira, não são imunes de controvérsias. Há setores da doutrina civilística que criticam fortemente a constitucionalização do direito civil como movimento teórico.

Os argumentos são variados. A título exemplificativo, cita-se que a constitucionalização poria a perder a identidade do direito privado e que renuncia a soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o direito privado pode e tem condições de oferecer, bem como que se invoca princípios ou regras constitucionais para se desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica em favor de uma justiça distributiva.

As críticas merecem atenção, na medida em que nada está mais dissociado do que propõe a metodologia civil-constitucional do que a invocação promiscua da dignidade da pessoa humana para embasar demandas

⁴ Conforme aponta Gustavo Tepedino: “As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista.” (TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? Revista Del Rey, Belo Horizonte, a.1, n. 1, p. 17, dez. 1997).

de caráter frívolo, ou o recurso oportunista à função social do contrato para justificar o descumprimento de obrigações contratuais legitimamente assumidas.

É de rigor o cuidado metodológico, uma vez que é necessária a identificação de parâmetros a serem empregados na especificação concreta do conteúdo dos princípios constitucionais incidentes nas relações privadas, cuja aplicação deve se dar de modo técnico e criterioso, por meio de fundamentação controlável e ancorada no dado normativo (SCHREIBER, 2013).

No que se refere às alterações na leitura das categorias tradicionais do direito civil promovidas pela constitucionalização, no direito de família sustenta-se a instrumentalização da família ao livre desenvolvimento dos seus membros. A afetividade é erigida à valor fundante, em um fenômeno que se denomina de “repersonalização das relações familiares”, em substituição à clássica ótica de cunho patrimonialista das relações familiares.

No âmbito do contrato e da propriedade, constata-se a “subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (*rectius*, justiça) social” (MORAES, 2006). A função social, portanto, é incompatível com um exercício de direito absoluto e a todos oponível. Importa em uma limitação interna, positiva, de forma que o interesse individual é lícito quando realiza, também, o interesse social (LÔBO, 1999).

Luiz Edson Fachin (2003) sintetiza de forma muito elucidativa as principais transformações ocorridas nos institutos clássicos do direito civil a partir da constitucionalização: Que mudanças, então, poderiam, resumidamente, ser apontadas entre a época das luzes e a época atual, entre o direito moderno e o direito que vem sendo chamado de pós-moderno? Em primeiro lugar, como foi ressaltado, o “mundo da segurança” do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas; em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2000, p. 47-63).

No campo do contrato civil o fenômeno da constitucionalização do direito civil também acarretou importantes efeitos e mudanças de paradigmas.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE O CONTRATO

Conforme já visto, com a evolução social, a relação estabelecida entre particulares passa a ser pensada sob um outro prisma, uma vez que o Estado Liberal desaparece, cedendo espaço para o Estado Social, e a economia passa a ser vista, pelo sistema jurídico, sob a ótica da solidariedade.

Dessa forma, entende-se que, necessariamente, há de prevalecer o critério de ponderação entre liberdade e solidariedade, para que o objetivo seja alcançado.

Sobre essa ponderação, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

“Regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade”.

Após a Primeira Guerra Mundial e, de forma mais contundente após a Segunda Guerra, esses direitos sociais¹²⁷ passam a ser reconhecidos pelas Constituições, o que demonstra a preocupação não apenas com os direitos individuais, mas, também, com a ordem econômica e social.

Nota-se, então, que os Estados estruturam os seus sistemas jurídicos constitucionais, orientados a consubstanciar a igualdade material entre os indivíduos, impondo deveres ao Estado, a fim de que esse proporcione os instrumentos necessários para que igualdade seja atingida.

Como sabemos, as atrocidades vivenciadas na guerra gerou medo, que fez com que a grande maioria dos povos passasse a se preocupar com a preservação do ser humano e com a dignidade da pessoa, momento em que o ser humano passa a ocupar o topo do texto constitucional da grande maioria dos Países (ROBOREDO, 2007).

Portanto, tendo sido tomada consciência da necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa, verifica-se uma maior preocupação com as relações estabelecidas entre os particulares, e, dessa forma, todas as normas destinadas a regulamentar essa relação privada passam a refletir o conteúdo axiológico, consubstanciado no texto constitucional (ROBOREDO, 2007).

Nessa perspectiva, a 'constitucionalização do Direito Civil' consiste na inserção de conceitos fundamentais do Direito Civil na Constituição. E, a esse respeito, Miguel Reale, citando texto de Pontes de Miranda, fez a seguinte consideração:

“Esse fato é da maior importância para o processo da democratização do País, tendo o jurista Pontes de Miranda salientado que ‘a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia”.

Dessa forma, os valores, consagrados na nossa Constituição Federal de 1988, estão presentes em todo o sistema normativo, e toda interpretação que se dê às normas infraconstitucionais deverá, obrigatoriamente, estar em consonância com os princípios constitucionais (ROBOREDO, 2007).

É o que se verifica no nosso ordenamento jurídico, após a Promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os valores consagrados pela Constituição de 1988 e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva tiveram forte influência sobre no direito civil brasileiro.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não se limita a definir os direitos políticos e a garantir a livre iniciativa, da mesma forma, que não se limita apenas a definir a organização do Estado.

Inegavelmente, a constitucionalização implica na intervenção do Estado na autonomia privada, seja através dos princípios e normas, expressamente declaradas na Constituição Federal, seja através de valores, que deverão estar refletidos no ordenamento civil (ROBOREDO, 2007).

O Código Civil deixa de ser a constituição dos direitos privados, transferindo esse papel para a Constituição Federal, fato que já se constatava com o aumento, tanto em quantidade, como em qualidade, das legislações especiais, que foram surgindo ao longo do tempo, haja vista o Código Civil de 1916 não atender mais aos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 (ROBOREDO, 2007).

Com muita clareza, a respeito dos princípios constitucionais, que devem ser observados em todos os contratos, Gustavo Tepedino nos ensina:

“Parece chegada a hora de se buscar uma definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais a serem utilizadas não de forma isolada em um ou outro setor, mas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para que se possa, a partir daí, construir o que seria uma nova teoria contratual.”

Reforçando a idéia de que, ao verificar a relação contratual ou uma determinada cláusula, o juiz deverá, além da ilicitude, verificar se a atividade econômica atende os valores constitucionais, o doutrinador assevera:

“Para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica atende aos valores constitucionais (especialmente a regra concernente à justiça distributiva, à erradicação da pobreza e à diminuição das desigualdades sociais e regionais, insculpida no art. 3º, III, e a relativa ao objeto central de

efetivação de uma sociedade em que se privilegie o trabalho, a cidadania e a dignidade humana, prevista no art. 1º, III), só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral.”

Por fim, no sentido da ideia da harmonização de normas contidas no Código Civil de 2002 com a Constituição Federal de 1988, Miguel Reale assevera que:

“Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente reconhecendo-se cada vez mais que o direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais.”

Essa alteração de perspectiva provém, também, de transformações substanciais na própria sociedade, tais como a globalização e o advento da sociedade de risco em contraposição a um “mundo da segurança”, a ensejar, portanto, mudanças de paradigmas também na ordem jurídica.

Tais transformações na sociedade, aliadas ao fenômeno da constitucionalização, acarretaram importantes efeitos no âmbito do direito contratual brasileiro.

Conforme Schreiber (2013), efetivamente, ao erigir a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental, a Constituição de 1988 tutelou todos os interesses existenciais que compõem tal noção.

Os valores e princípios de ordem sociais concernentes aos contratos, foram prestigiados constitucionalmente, e podem ser verificados no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (ROBOREDO, 2007).

Verifica-se ainda que outros artigos da Constituição Federal de 1988, tais como o 1º, III, e o artigo 3º, I, que, respectivamente, consagram como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, devem ser observados, quando da interpretação das normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.”

Desta forma, as normas que regem os contratos também são impregnadas por esses valores, de onde resulta que, embora o contrato tenha conteúdo patrimonial, no ordenamento jurídico, orientado pelos princípios constitucionais acima referidos e pelos princípios norteadores do Código Civil vigente, deverá submeter-se ao sistema valorativo que foi escolhido pelo legislador (ROBOREDO, 2007).

Assim, o contrato não poderá atender apenas aos interesses dos contratantes, mas deverá cumprir o seu conteúdo valorativo, atendendo àqueles princípios que orientam todos os institutos de direito privado, lembrando que os valores essenciais do Código Civil vigente são: eticidade, socialidade e operabilidade (ROBOREDO, 2007).

No campo contratual, os valores, a que nos referimos anteriormente, surgem através das cláusulas gerais, como ocorre com a função social do contrato, exatamente como se apresenta positivada no artigo 421 do novo Código Civil (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”), dando início ao capítulo, que trata das disposições gerais dos contratos (ROBOREDO, 2007).

Assim, considerando que o direito civil tenha a função de fazer com que a Constituição, efetivamente, atue nos cidadãos, tudo o que está no Código deve ser interpretado à luz da Constituição.

Para alguns juristas, entre os quais Miguel Reale (1997), a função social do contrato decorre da função social da propriedade, estando os seus fundamentos nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III da Constituição Federal.

Nesse sentido, por receber proteção constitucional, antes de mais nada, a propriedade deve ser respeitada, e, se, por via reflexa, aplica-se a mesma função da propriedade aos contratos, é porque esses existem para serem cumpridos e, justamente, por essa razão, é que devem ter uma função social (ROBOREDO, 2007).

Dessa forma, Arruda Alvim (2003) entende que o direito de propriedade, assim como o direito que resulta do contrato, a não ser em razão das restrições impostas pela lei, são direitos cujo exercício não poderão sofrer privação o proprietário ou o contratante, em nome da utilização inadequada que se dê à função social.

Para o doutrinador Gilmar Ferreira Mendes (2004) a utilização inadequada da função social passa a ter significação de carácter expropriatório, para o direito de propriedade, e, conseqüentemente, nessa trilha, a utilização indevida, na seara do contrato, levaria à destruição da sua essência.

Reconhecidamente, vemos que deve haver uma correta utilização dessa cláusula geral, a fim de se preservar o contrato, uma das mais legítimas liberdades individuais (SILVIO VENOSA, 2003).

4 CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito civil trouxe novos paradigmas no âmbito do direito dos contratos, reconhecendo como elemento essencial a função social do contrato, fundada no direito à dignidade da pessoa humana.

À partir da Constituição de 1988, calcada em princípios mais humanistas e solidários, o direito civil se curvou aos preceitos nela embutidos, privilegiando o coletivo.

Ao magistrado incumbe o papel de solucionar os conflitos concretos não apenas ancorado num único dispositivo legal, mas sim no ordenamento jurídico como um todo, além dos princípios fundamentais que o sustentam, para que se evitem abusos e distorções em prol do justo direito.

O contrato é um relevante instrumento de interesses sócio-econômico, tendo passado por uma reorientação de sua finalidade a partir da Constituição de 1988 e pela evolução da própria sociedade.

Mesmo diante da crescente complexidade vivenciada pela sociedade, o contrato é, e pode se afirmar que continuará sendo, um instrumento de suma valia e essencial na promoção de riqueza e desenvolvimento social. Aportou-se em sua finalidade a dignidade da pessoa humana, onde os interesses entre as partes devem respeitar os interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **A Função Social dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: RT. 815, set. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 37-75.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In: Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da**

constitucionalidade, estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, IBDF, 6.2.4.3.2, p. 158, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional.** In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.65, p.21-32, 1993.

_____. **Constituição e direito civil: tendências.** In: Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

_____. **A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** In: Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 9. – n. 29, p. 233- 258, jul/dez 2006.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional d.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-11.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **As Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBOREDO, Alda Regina Revoredo. **A função social do contrato e as cláusulas abusivas.** 2007.197 f. Dissertação (Mestrado em Função Social do Direito) Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país?** In: Revista Del Rey, Belo Horizonte, a.1, n. 1, dez. 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** Vol. II, São Paulo: Ed. Atlas, 3ª ed. 2003.