

The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies

Volume 3, Issue 1

2008

Article 3

As origens do contrato no Novo Código Civil:
uma introdução á função social, ao welfarismo
e ao solidarismo contractual

Luciano Benetti Timm*

*Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Itimm@cmted.com.br

As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução á função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual

Luciano Benetti Timm

Abstract

The article passes a critical eye over the ideological foundations of Section 421 of the Brazilian Civil Code that deals with the so called 'social function of contract' found in the French sociological tradition (notably Durkheim.) Leon Duguit was the main legal scholar representative of this thought and applied this method to what he described as the social function of legal institutions. The main idea was to publicize and socialize private law and its main legal institutions such as property and contracts. Society must prevail when compared to individual interests. Regulation and state interference should override private autonomy and freedom of contract.

KEYWORDS: social function of contract, private law

AS ORIGENS DO CONTRATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL:

introdução á função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual

Por

Luciano Benetti Timm *

1. Introdução
2. A escola do Direito Social e a funcionalização social do Direito
3. A nova racionalidade jurídica e a “engenharia social”
4. Socialização e regulação do contrato
5. Conclusão

1. Introdução

O Novo Código Civil, em seu artigo 421, trata da “função social do contrato” como um limitador da “liberdade contratual”. O conteúdo e extensão desta verdadeira “norma programática” somente podem ser bem compreendidos se entendido e examinado o paradigma teórico em que tal princípio foi concebido – ou seja, o solidarismo jurídico (também aqui chamado de Direito Social). Se a doutrina e a jurisprudência começam a desenhar a sua significação dogmática nos casos concretos (como a prevalência de interesses coletivos sobre individuais)¹, cumpre aqui resgatar a origem do modelo *welfarista* de contrato na história do pensamento jurídico e dotar aquela tão vaga norma de um contexto teórico fundante, a fim de que se possa balizar a interpretação judicial nos casos surgidos perante o Poder Judiciário em conflitos atinentes a relações contratuais. Como se verá, a compreensão desse novo paradigma significa admitir uma nova concepção de sociedade e de contrato social, de Estado e dos institutos jurídicos tradicionais como o contrato.

* Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

¹ Ver exemplificativamente o Acórdão nº 70002855328, da lavra do Desembargador Nereu Giacomolli, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que ficou assentado: “A partir da Constituição de 1988, o nosso modelo político é o Estado Democrático e Constitucional de Direito. Neste preconiza-se a independência harmônica e funcional dos poderes, a defesa dos direitos individuais e sociais, com amparo na Carta Magna. O instituto do contrato não pode ser simplesmente concebido como ícone do princípio da liberdade contratual ou da autonomia privada (poder negocial) na medida em que atua como revestimento jurídico de operações financeiras em geral e participa da constituição econômica da sociedade. Essas características específicas demonstram que o contrato não diz respeito apenas aos interesses individuais, mas também, aos sociais, porque o contrato inegavelmente possui uma função social. O novo Código Civil, orientado pela diretriz da socialidade, ou seja “colocação das regras jurídicas num plano da vivência social fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana (REALE...)”. No mesmo sentido, Apelação Cível nº 70007162027 do mesmo Tribunal de Justiça. Em sentido um pouco diverso, o Agravo de Instrumento nº 70009005380 no qual a função social do contrato foi associada a “paz social” e a não alteração da contratação original sem justo motivo.

2. A escola do Direito Social e a funcionalização social do Direito

A função social dos institutos de direito privado e particularmente do contrato para os fins deste artigo, trata-se, originalmente, de criação dos solidaristas² ou dos defensores do Direito Social (do qual Durkheim, Duguit³, Hauriou⁴, Salleilles⁵ e Gurvitch⁶ são os fundadores), os quais romperam com o paradigma individualista do modelo jurídico liberal das codificações oitocentistas por acreditar que análise jurídica não deveria partir do direito subjetivo de uma pessoa, mas sim da função que aquele direito desempenha no tecido social.

Por estar fundado no organicismo social durkheimiano⁷, é um modelo jurídico fundado sobre o caráter funcional “radical” do sistema social (e de seus elementos), aos quais se reconheceu um papel fundamental na solidariedade, na coesão e na transformação social⁸ – tudo dentro de uma visão “holista”⁹ da

² Para um excelente ensaio sobre o surgimento do solidarismo na doutrina jurídica, ver FARIAS, José Fernando de Castro. “A origem do direito de solidariedade”. Rio de Janeiro, Editora Renovar LTDA, 1998. Para um interessante depoimento e uma crítica contra o solidarismo, ver RIPERT, Georges. “O regime democrático e o direito civil moderno”. São Paulo, Saraiva, 1937. Para um histórico do pensamento jurídico a esse respeito, ver HESPANHA, Antônio Manuel. “Panorama histórico da cultura jurídica européia”. Lisboa, Publicações Europa América, 1997. Ver também a obra de ITURRASPE, Jorge Mosset. “Justicia contractual”. Buenos Aires, Ediar, s/d, p. 07 e ss.

³ DUGUIT, Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927. Do mesmo autor, “Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État”. Paris, Félix Alcan Éditeur, 1911.

⁴ HAURIOU, Maurice. “Derecho Público y Constitucional”. Madrid, Editorial Reus, 1927, p. 82. O autor em comento defende uma teoria jurídica que faz uma solução de compromisso entre o individualismo moderno e o objetivismo social de Durkheim e Duguit: a teoria da instituição (“(...) ou seja, todo o elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados (...)”, como o casamento, por exemplo), Para uma explicação da teoria de HAURIOU na doutrina nacional ver MACEDO, Ronaldo Porto. “Carl Schmitt e a fundamentação do Direito”. São Paulo, Max Limonad, 2001.

⁵ SALLEILLES, Raymond. “La déclaration de la volonté”. Paris, L.G.D.J., 1929. Este autor tratou de mostrar o desnível entre os contratantes na realidade do mundo dos negócios, que, no mais das vezes, são fechados por meio de contratos de adesão.

⁶ GURVITCH, Georges. “La déclaration des droits sociaux”. Paris, Éditions de la Maison Française, 1944. Em síntese, este autor acreditava em um pluralismo jurídico, ou seja, um direito produzido espontaneamente em diversos segmentos sociais (portanto, um direito brotado espontaneamente no seio da sociedade, como um “direito vivo”, na expressão de Ehrlich).

⁷ CASTEL, Robert. “A escolha do Estado Social”. In Sociologias, Porto Alegre, ano 2, nº 03, jan/jun 2000, p. 19.

⁸ É interessante notar como o paradigma solidarista é reflexo de uma abordagem sociológica do fenômeno jurídico, ao contrário da percepção jusnaturalista ou liberal, que é filosófica ou metafísica. Cf. EWALD, François. “A concept of Social Law”, o que acaba por explicar a passagem para um enfoque orgânico funcionalista. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 41.

sociedade, e, portanto, antiindividualista (pois a parte é função do todo)¹⁰. Tratar-se-ia de um direito institucionalizado socialmente (*socially embedded*). Daí a expressão Direito Social.

O Direito Social (ao contrário do Liberal) é uma nova forma de perceber a relação entre o todo e a parte (grupo e indivíduos) no seio da sociedade (um “novo contrato social”)¹¹. Com efeito, segundo o modelo “welfarista”, no Estado Social, o grupo tem existência autônoma e não se confunde com o Estado, mas a ele se adiciona. Como a sociedade antecede ao indivíduo, este último passa a ter alguns deveres derivados da repartição ou da socialização do risco com a coletividade; algo essencialmente solidário, fundado na concepção de justa distribuição dos ônus e dos lucros sociais, funcionando o Direito Social como um equilíbrio entre interesses conflitantes das pessoas (o que se faz tratando desigualmente os desiguais, ou seja, protegendo o mais fraco).¹² É o caso, por exemplo, do Direito do Trabalho, do Direito Previdenciário e mesmo do Direito do Consumidor¹³.

⁹ No “holismo metodológico”, parte-se do fato de que o homem é um ser social, sendo a sociedade – enquanto fato delimitado no tempo e no espaço – um todo irreduzível. Dessa forma, poder-se-ia entender o paradigma jurídico moderno do contrato como uma forma de “individualismo metodológico”, pois toda construção jurídica parte do indivíduo; e, no solidarismo contemporâneo, ter-se-ia a construção das categorias jurídicas (dentre elas, o contrato) a partir da sociedade, sendo uma espécie de “holismo (ou coletivismo) metodológico”. Cf. DUMONT, Louis. “Essais sur l’individualisme – une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne”. Paris, Éditions du Seuil, 1983, ps. 11-29. No mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito e transformação social”. São Paulo, Edições Ciências Jurídicas, 1997, p. 50 e ss. Foge ao escopo desse trabalho a discussão acerca do caráter holista ou individualista da filosofia utilitarista e da comunitarista. Remete-se aqui o leitor para a obra de BENTHAM, Jeremy. “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”. São Paulo, Nova Cultural, 1989, p. 09-18 e para a obra de MACINTYRE, adiante citada.

¹⁰ Há em Durkheim uma analogia do sistema social com o sistema biológico. Assim como o pulmão não vive para si, mas em função do sistema respiratório, o indivíduo também cumpre um papel social. Daí a análise frequente da “função social” do objeto de estudo analisado. Nesse sentido, “na explicação dos fenômenos sociais se pode utilizar a análise funcional, que consiste em estabelecer a correspondência entre o fato em consideração e as necessidades gerais do organismo social e explicar em que consiste esta correspondência”. Cf. RODRIGUEZ, Darío & ARNOLD, Marcelo. “Sociedad y Teoría de sistemas”. Santiago do Chile, Editorial Universitaria, 1991, p. 28.

¹¹ JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”. In “Le contrat au début du XXIe siècle”. Org. Christophe Jamin *et alli*. Paris, LGDJ, 2001, p. 441 e ss. Ver, igualmente, MACNEIL, Ian R. “The new social contract: an inquiry into modern contractual relations”. New Haven, Yale, 1979.

¹² Cf. MACEDO, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais”. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 42 e ss. Do mesmo autor, “Mudanças dos contratos no âmbito do Direito Social”. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 25, p. 99 e ss. No mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. “Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas”. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, p. 77 e ss. Ver também EWALD, François. “Histoire d’État Providence”, Paris, Grasset & Fasquelle, 1996 e “A concept of Social Law”. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 40.

¹³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 26, p. 119.

Esse Direito Social está inserido no contexto político e econômico do Estado Social, que sucedeu ao modelo de Estado liberal¹⁴. Sobre a definição do termo Welfare State, Andersen comenta que:

“(…) O Welfare State tem sido abordado tanto estritamente quanto amplamente. Aqueles que assumem uma visão estreita, vêem-no em termos do terreno tradicional de melhorias sociais: transferência de rendas e serviços sociais (...). A visão mais ampla estrutura as suas questões em termos de política econômica, focando seus interesses no papel do Estado de organizador e administrador da economia (questões macroeconômicas ou keynesianas)”¹⁵.

A caracterização desse Estado Social é feita por Lopes através de dois elementos: seguros compulsórios e atividades distributivas. “O incentivo e o planejamento econômico correspondem à atividade do Estado promocional, quem sabe keynesiano”¹⁶, afirma Lopes. Daí ser um Estado regulador, planejador, empreendedor e prestador de serviços. Segundo Lopes, o seguro compulsório público é um elemento-chave para compreender o novo paradigma. Nesse sentido, há uma transformação de mentalidade: os riscos são percebidos como fatores sociais sobre os quais se pode tentar alguma atuação coletiva. Segundo o mesmo autor:

“O acidente é regular, estatístico, previsível, calculável, enfim, fruto das relações sociais e não do acaso do destino. A própria pobreza deixaria de ser fruto da natureza para se converter em risco de existência enfrentável por seguros mínimos, rendas mínimas. O seguro público substituiria as redes familiares de solidariedade e assistência, típicas de sociedades pré-capitalistas”¹⁷.

¹⁴ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26, p. 119 e ss; FLICKINGER, Hans-Georg. “Em nome da liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo”. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2003, p. 32 e ss.; CAMPILONGO, “Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial.” São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 27 e ss. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. “A atualidade da teoria do Direito de Norberto Bobbio”. In “Teoria Jurídica e Novos Direitos”. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2000, p. 39 e ss.

¹⁵ Cf. ANDERSEN, Gosta Esping. “The three worlds of welfare capitalism”. Princeton, Princeton University Press. 1990, p. 09 e ss. O mesmo autor ainda alerta que os Estados variam muito em sua atuação “welfarista”, ainda que a maioria dos países ocidentais, a partir da década de 60 do século XX, tenham empregado alguma política de bem-estar social. Ele atribui fundamentalmente às coalizões políticas de classe a emergência do Welfare State. Hobsbawn, como Guidens, prefere atribuir à guerra a principal causa das políticas de bem-estar social. Sobre o histórico do Welfare State, ver FRASER, Derek. “The evolution of the British Welfare State”. London, Macmillan Press Ltd., 1976.

¹⁶ Para um aprofundamento na teoria keynesiana, ver, por todos, ROBINSON, Joan. “Contribuições à Economia Moderna”. Rio de Janeiro, Zahar Editores, S.A., 1978 e DILLARD, Dudley. “A teoria econômica de John Maynard Keynes”. São Paulo, Livraria Editora Pioneira, 1964

¹⁷ Cf. LOPES, “Direito do Consumidor e privatização” p. 119. ss.

Dessa forma, busca-se, através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes. Criam-se, portanto, mecanismos de distribuição dos benefícios sociais da vida comum. O Direito Social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social¹⁸.

Complementando essa visão, Barroso defende que o Estado Social assume diretamente alguns papéis na atividade econômica com o fim de promover o desenvolvimento econômico e social e outros papéis de cunho regulatório e distributivo, com o intuito de preservar o mercado e amparar aqueles que ficaram de fora do sistema¹⁹. Com isso, cria-se um modelo regulatório do contrato com variadas formas de intervenção estatal (judicial) na autonomia dos contratantes.

Essas são importantes premissas teóricas do tema da função social do contrato, sem as quais a compreensão do tema ficaria prejudicada. O contrato tem uma função social porque a análise jurídica deve partir primeiro do todo (da sociedade) para somente depois chegar aos indivíduos contratantes. Nesse contexto, um contratante depende do outro, devendo-se mutuamente solidariedade cooperativa a fim de que ambos sobrevivam em sociedade. Caberá ao Estado Juiz, em situações de crise, transformar a realidade social egoísta até que se chegue aquele ideal de “justiça social”.

3. A nova racionalidade jurídica e a “engenharia social”

A bandeira principal do solidarismo para o contrato é a promoção, por meio de normas jurídicas e do Estado, da “solidariedade orgânica”²⁰ quando ela não se encontrar espontaneamente praticada na ordem social, como era o caso da Europa do século XIX e do início do século XX (caracterizada pelo estado de “anomia” ou de “patologia social” gerados pela desigualdade social, pela falta

¹⁸ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 26, p. 119 e ss.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 389 e ss. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2004, p. 31 e ss.

²⁰ Sobre “solidariedade orgânica” e “solidariedade mecânica”, ver mais adiante no trabalho. Em uma primeira aproximação, significa aquela forma de coesão social gerada pela divisão do trabalho, pela mútua dependência dos outros, sendo também ela caracterizada pela “religião” do respeito à dignidade humana que veio a superar a consciência coletiva homogeneizada de valores, típica de uma sociedade estamental medieval. Remete-se aqui a DURKHEIM, “Da divisão do trabalho social”. V. 1. 2ª ed. Lisboa, Editorial Presença, p. 87 e ss e 131 e ss. Sobre a natureza dos vínculos hierárquicos medievais, ver, por todos, MAINE, Henry S. “L’ancien droit”. Guillaumin, Paris, 1874, p. 107 e ss e 288 e ss.

de oportunidades iguais e em virtude da “injusta” divisão do trabalho)²¹. Isso se refletiu, no pensamento jurídico, através de uma absoluta funcionalização social do Direito, seja pela exigência de uma “ética social”²² ou “cooperativa”²³, seja pela defesa de uma “justiça comutativa e distributiva”²⁴, seja pela busca de uma “igualdade material”²⁵ e pela “democratização” econômica e social^{26, 27}.

²¹ Para uma precisão conceitual e crítica dessa dicotomia “normalidade”/“anomia” social, remete-se a LUKES, Steven. “Bases para a interpretação de Durkheim”. In “Sociologia: para ler os clássicos”. Organizado por COHN, Gabriel. São Paulo, Editora Livros Técnicos e Científicos S.A., 1977, p. 38.

²² Não se discutirá neste trabalho as origens mais ou remotas do solidarismo. Nesse sentido, Peces-Barba traz interessante histórico sobre o solidarismo na doutrina cristã e no socialismo utópico do século XIX e o define genericamente como “adesão à causa ou empresa dos outros”, “sinônimo de fraternidade”, “(...) união e boa correspondência entre irmãos ou entre os que se tratam como tais”. Juridicamente, ele situa a solidariedade no âmbito social e político como impulso ético de ações da sociedade e dos poderes públicos para satisfazer necessidades básicas a serem satisfeitas por serviços públicos; expressariam valores “(...) contrários aos da economia clássica e em geral, ao pensamento liberal individualista que vinculava os indivíduos através de um contrato e que atribuía ao Direito um papel garantidor e repressor e não promocional”. Cf. PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 167.

²³ BETTI, Emilio. “Teoria do negócio jurídico”. Coimbra, Coimbra Editora, 1969. Do mesmo autor, “Teoria general de las obligaciones”. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970.

²⁴ Menciona Durkheim: “Na parte da ética que acabamos de percorrer – ou seja, a moral humana –, distinguem-se geralmente dois tipos de deveres muito diferentes: uns que chamamos deveres de justiça e outros que são os deveres de caridade, entre os quais admitimos uma espécie de solução de continuidade. (...) Na justiça, mais uma vez se faz uma nova distinção: justiça distributiva e justiça retributiva (...)”. Cf. DURKHEIM, E. “Lições de Sociologia”. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 302. Cf. ainda, DUGUIT, Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927.

²⁵ DUGUIT Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927; GURVITCH, Georges. “La déclaration des droits sociaux”. Paris, Éditions de la Maison Française, 1944.

²⁶ Afirma, a esse respeito, Canotilho: “A realização da democracia econômica, social e cultural (‘princípio da socialidade’) é uma consequência política e lógico-material do princípio democrático no núcleo firme do Estado Constitucional democrático. (...) A constituição distingue entre a ‘democracia política’ e a ‘democracia econômica social e cultural’. Esta é um objetivo a realizar mediante a observância das exigências do princípio democrático e do princípio do estado de direito (soberania popular, respeito dos direitos e liberdades fundamentais, pluralismo de expressão, organização política democrática). (...) Ele apresenta duas dimensões específicas (...): (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia econômica e social é um ‘objetivo’ a realizar no contexto de um processo público aberto – ‘Estado social como processo’ – e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado; (2) uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento de fins e tarefas por parte dos órgãos e entidades públicas. (...) O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma justiça constitucional nas vestes de uma ‘justiça social’. O princípio impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real. (...) O princípio justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social (‘realização e concretização dos direitos sociais’). O princípio é uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex. rendimento mínimo garantido, subsídio desemprego, etc.)”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da constituição. Almedina, 5ª ed., p. 333. Sobre o tema, interessante a obra de MACPHERSON, C.B. “Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios.” Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 53: “A expressão *democracia econômica*, cuja definição é a menos clara, geralmente é empregada para designar um dispositivo do sistema econômico capaz de propiciar uma justa distribuição do trabalho, da renda e da riqueza de um país. Cabe talvez perguntar se convém chamar a isso de democracia, ainda que por analogia, pois a característica definidora é aparentemente a existência de justiça distributiva e não de um

Tudo isso a fim de promover uma diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas no seio da sociedade e da proteção da parte fraca nas relações sociais. Ou seja, dito em outras palavras, a adoção do modelo de Estado Social no âmbito do Direito Privado: um Direito Social.

Para tal desiderato, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas (“normas programáticas” na maioria das vezes), justamente para dar espaço ao juiz para resolver os conflitos sociais, cada vez mais complexos, diante de uma sociedade cada vez mais especializada e funcionalizada.²⁸ Mas não se trata de qualquer racionalidade, mas de uma racionalidade dirigida à redistribuição dos benefícios do capitalismo para com os menos favorecidos, protegendo, através da lei, os fracos – em síntese, uma racionalidade essencialmente material e não formal.²⁹

Trata-se, portanto, de uma tentativa de correção do “egoísmo”, do “individualismo” e mesmo, para alguns, do “capitalismo”.³⁰ É esse ideário solidarista que se encontra, em primeiro lugar, na Constituição Federal (vide, por exemplo, os seus artigos 1º e 3º)³¹. Mas também é essa visão que aparece

mecanismo de controle, ao passo que a democracia, qualquer que seja o seu significado, significa ao menos um mecanismo de controle”.

²⁷ Valores estes de “justiça” ou “justiça social”, “igualdade” e “solidariedade” consagrados em diversas Constituições europeias, como a francesa de 1848 (RIVERO, Jean. “Les libertés publiques”. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 61 e ss), a portuguesa de 1976 (ver CANOTILHO, citado acima) e a espanhola de 1978 (MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. “Derecho y Derechos Fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Com relação à Constituição Brasileira de 1988, ver BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 389 e ss. Na mesma esteira, SILVA, José Afonso. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 16ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 760 e ss.

²⁸ FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, 1998. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Crise da norma jurídica e reforma do judiciário.” In. “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, 1998, p. 68 e ss.

²⁹ Cf. SOUSA RIBEIRO, “O problema...”, p. 115; DULCE, Maria Jose Fariñas. “La sociología del derecho de Max Weber”. Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 257-8 e 267. Esse tema é tratado à saciedade, ao tratar do costume e da lei como fontes de direito, por NEVES, Castanheira. “Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema”. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Estudos em Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz), vol. LVIII, 1982, p. 169 e ss. Weinrib define o formalismo como a viabilidade de “(...) uma compreensão interna do direito privado, trazendo consigo as idéias de carácter, espécie e unidade (...)” e que permite a distinção entre Direito e política. Cf. WEINRIB, “The Idea...”, p. 22-3.

³⁰ UDA, Giovanni Maria. “Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni”, in Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, mai-jun, 1990, p. 301 e ss, especialmente p. 332 e ss. Na mesma esteira, os já citados acima Leon Duguit, Gurvitch, Peces-Barba.

³¹ Essa leitura solidarista do Direito Civil encontra eco na chamada “constitucionalização do Direito Civil” de que falam diversos autores nacionais, a saber: NEGREIROS, Teresa. “Teoria do contrato: novos paradigmas”. Rio de Janeiro, Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo (coord.). “Problemas de Direito Civil Constitucional”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000 e “Temas de Direito Civil”. Rio de Janeiro, Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. “Teoria Crítica do Direito Civil”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000; MARTINS COSTA, Judith (org.). “A reconstrução do direito privado”. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

claramente nas diretrizes do Novo Código Civil – “socialidade” e “eticidade”³² – e em diversos artigos espalhados pelo corpo do texto legal (ver, por exemplo, os artigos 157, 187, 421, 422, 424 e 1228). É, portanto, nas entranhas do modelo “welfarista” que se encontra a gênese ideológica do artigo 421 do Novo Código Civil³³.

4. Socialização e regulação do contrato

Um novo modelo de contrato se faz necessário porque a nova legislação adota uma concepção funcional e social do Direito, própria do paradigma sociológico-solidarista, exercendo o contrato uma função importante na preservação da coesão social. No que tange especificamente ao direito contratual, as teorias solidaristas defendem a sua “socialização”³⁴, ou a sua “institucionalização”³⁵, no sentido de se pensar a relação contratual sob um ponto de vista social ou holístico e não como uma relação abstrata de vontades

³² REALE, Miguel. “O projeto de Código Civil”. São Paulo, Saraiva, 1986.

³³ No mesmo sentido, WALD, Arnoldo. “O Novo Código Civil e o solidarismo contratual”. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 21, p. 35; NERY, Rosa Andrade. “Apontamentos sobre a solidariedade no sistema de direito privado”. Revista de Direito Privado, vol. 17, p. 70. Também parece concordar com essa afirmativa MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. “Diretrizes teóricas do novo Código Civil”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65. Até então, o Direito Civil, na esteira do Código de 1916 (de cunho individualista), era tratado como regra do Direito Privado, e o Direito Social (de caráter protetivo) – como a Consolidação das Leis Trabalhistas, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), o Estatuto da Criança e do Adolescente – era tratado como exceção, presente apenas em “microssistemas” legislativos. Cf. IRTI, Natalino. “L’età della decodificazione”. In *Diritto e Società*, nº 03-04, 1978, p. 614 e ss. Tal raciocínio não pode mais prevalecer porque agora o próprio Código Civil tem cunho social. Aliás, como defendido por EWALD, François. “A concept of Social Law”. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 40

³⁴ MARQUES, “Contratos...”, dedica uma parte de sua obra na descrição dessa “socialização” do contrato (p. 74 e ss). MACEDO, “Contratos relacionais...”, p. 84, trata da “normalização” do contrato, ou seja, de como as cláusulas contratuais passam ao controle social do que é normal e aceitável em determinadas circunstâncias. EWALD, “A concept...”, p. 41, refere a “socialização” dos contratos para “(...) designar essa forma de gerar obrigações em que a ligação entre um indivíduo e outro é sempre mediada através da sociedade que eles formam, com a última jogando um papel regulador, mediador e redistributivo”.

³⁵ Sobre a institucionalização do contrato, ver PIZZORNO, Alessandro. “Uma leitura atual de Durkheim”. In “Sociologia: para ler os clássicos”, org. Gabriel Cohn, Rio de Janeiro, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora, 1977, p. 47: “As duas primeiras noções durkheimianas (...) são as de institucionalização do contrato e a de coerção. A primeira aparece para resolver problemas que acabamos de definir. Por que a divisão do trabalho é procurada já que não traz felicidade? Porque engendra a solidariedade. (...) mas essa solidariedade, fruto da divisão do trabalho, é fundada na interdependência entre as funções compartilhadas; pode, portanto, reduzir-se a essa interdependência, sem que caiamos numa dessas concepções que constroem a sociedade a partir dos interesses individuais. Da mesma forma, as relações sociais no seio das sociedades organizadas são de tipo contratual: não obstante, essas relações não se reduzem ao que é estipulado *ad hoc* pelas duas partes. Os termos da questão podem ser mais bem compreendidos à luz da polêmica contra o contratualismo de Spencer. Durkheim queria demonstrar que a coesão social não pode reduzir-se à mútua vantagem das partes que entram no contrato. O acordo contratual seria, por sua própria natureza, instável, já que os interesses dos indivíduos mudam constantemente. Os conflitos latentes, que os contratos particulares supostamente resolvem, reapareceriam incessantemente se não houvesse, no contrato, algo mais do que o próprio contrato. Essa outra coisa é a sua regulamentação, sua institucionalização, a única coisa que pode transformar as relações contratuais em relações estáveis e previsíveis”.

“metafísicas” e apriorísticas, isoladas do ambiente e do interesse social (tal como reconhecido nas normas de ordem pública)³⁶.

Nessa esteira, argumentam os autores solidaristas que o modelo contratual liberal não atende à complexidade das relações econômicas e de poder no mundo contemporâneo do século XX, caracterizado pela industrialização, pela constante especialização gerada pela divisão do trabalho e por um “novo contrato social” – nele, o todo, a sociedade, tem existência autônoma das partes contratantes. A relação contratual deveria assumir, por isso, uma feição relacional social. Buscam, nesse diapasão, uma superação da concepção liberal de contrato, cuja funcionalidade (se existisse) seria a de expressar a vontade autonomamente formada dos indivíduos (direito natural de liberdade).

Nesse sentido, o modelo solidarista de contrato seria algo mais e algo menos do que uma mera justaposição de duas vontades (oferta e aceitação); ele configuraria uma forma de “relação social” que viabilizaria a circulação de bens e serviços em um mercado que é regrado, fundamentalmente, por “elementos não-consensuais”. Por essa razão, as vontades não podem ser abstraídas do ambiente relacional (condicionantes sociais, lingüísticas e econômicas)³⁷.

É que, como o contrato tem uma função importante no seio da sociedade capitalista (coesão, cooperação, regulação de comportamentos e expectativas dentro da ótica solidarista), o equilíbrio e a justiça da relação contratual será garantida por meio de uma regulação heterônoma à vontade das partes contratantes, seja através de normas legais imperativas de proteção de interesses públicos e sociais (inerentes ao Direito Social)³⁸ —artigos 421, 157, 187 e 478 do Novo Código Civil), seja pelo respeito aos usos e costumes (artigo 113 do Novo Código)— visualizando-se, em todas essas formas, uma interação e uma mediação da sociedade no seio do contrato a fim de garantir-lhe funcionalidade.

Claro, portanto, que, nesse novo modelo dogmático, o contrato assumiria uma feição “relacional” e “estatutária”, como se funcionasse como o outro lado da moeda do novo direito obrigacional, que concebe a relação como um todo e como um processo³⁹.

³⁶ Refere REALE, “O projeto...”, p. 10: “(...) o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”.

³⁷ RIBEIRO, Sousa. “O problema do contrato”. Coimbra, Almedina. 2003, p. 11-23.

³⁸ Cf. UDA, “Integrazione...”, p. 328 e ss. MARTINS-COSTA, “A reconstrução...”, p. 624 e ss.

³⁹ Afirma Larenz que a relação obrigacional como *relação jurídica total* compreende uma série de deveres de prestação e de conduta, além de poder conter para uma e outra parte direitos formativos e outras situações jurídicas. “É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos, do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de 'conseqüências jurídicas', quer dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica”. Cf. LARENZ, Karl. “Derecho de obligaciones”. Madrid: Revista

5. Conclusão

Portanto, o legislador, no Novo Código Civil, como já havia feito em outros diplomas legais (fundamentalmente na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor), aceita a principal crítica da visão teórica individualista liberal e de seu reflexo no Direito Privado, feita pela chamada escola solidarista de Durkheim, Duguit e de seus seguidores, propondo um modelo socialmente funcionalizado de legislação e, por via de consequência, do contrato (socializado). Foi esse o paradigma teórico adotado no Novo Código Civil brasileiro, que, portanto, rompeu com o modelo liberal do Código Civil anterior de 1916.

Vale dizer, a adoção de um direito contratual próprio do Direito Social somente poderia acontecer, coerentemente, se o legislador adotasse uma concepção de contrato “welfarista”, ou seja, como um fato social orgânico ordenado funcionalmente pelo Estado, inspirado na idéia de prevalência do todo sobre a parte (isto é, dos interesses coletivos sobre os individuais). Isso autorizaria o Estado, através do seu Poder Judiciário, a promover o reequilíbrio das partes contratantes, a proteger o pólo mais fraco da relação e a promover o bem-estar social.

Caso contrário, não faria sentido um artigo com norma programática sobre a função social do contrato (artigo 421), e concretizações suas no texto legal como a proibição do abuso de direito (artigo 187), a hipótese de revisão judicial dos contratos por onerosidade excessiva (artigos 317 e 478), a boa fé objetiva (artigo 422), que são mecanismos de intervenção estatal nos pactos⁴⁰.

Dessa forma, desvendado o substrato teórico da nova legislação social, mostra-se a verdadeira e mais importante quebra de paradigma do que a mera alteração do texto legal, que se revela na concepção do contrato como um fato

de Derecho Privado, 1998. p. 37. Para Couto e Silva, a boa fé objetiva atua como um novo paradigma na criação de deveres de conduta e na limitação ao exercício incondicional de direitos, estabelecendo entre os participantes da relação jurídica, isto é, "(...) o vínculo contratual imporia uma *ordem de cooperação* formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem e, em deferência da qual, credor e devedor deixam de ocupar posições antagônicas, dialéticas e polêmicas (...) (formando) *um elo de colaboração, em face do fim objetivo (da obrigação) a que visam*". COUTO E SILVA, Clóvis. "A obrigação como processo". São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 8 e 30.

⁴⁰ É a conclusão exarada no acórdão da Apelação Cível nº 70011602091, do Tribunal de Justiça, em que ficou consignado: "A função social do contrato tem por objetivo evitar a imposição de cláusulas onerosas e danosas aos contratantes economicamente mais fracos. Os efeitos legais da função social do contrato são a aplicação da cláusula 'rebus sic standibus', a excessiva onerosidade superveniente e a modificação ou anulação do contrato, em decorrência do aproveitamento de um estado de necessidade comum ao estado de perigo (art. 156, Código Civil) ou captando a inexperiência do outro para a obtenção de vantagem exagerada como ocorre na lesão (art. 157, Código Civil)."

social orgânico, no mais das vezes normatizado e disciplinado pelo Estado, e não uma criação voluntária auto-interessada das partes.