

O Limite Constitucional da Autonomia Privada: O Princípio da Solidariedade Social como Limite à Liberdade Contratual

Luciane Lourdes Webber Toss

SUMÁRIO

- I. Introdução.*
- II. A Tutela da Autonomia Privada – Panorama Histórico - 2.1 Conceito e Evolução 2.2 A influência do Code no Direito Privado Brasileiro.*
- III. Autonomia Privada na Constituição Brasileira - 3.1 Autonomia Privada como Tutela da Liberdade; 3.2 Liberdade Individual como exercício da iniciativa e do interesse privado.*
- IV. A Igualdade como Pressuposto da Liberdade Contratual - 4.1 O Princípio da Solidariedade Social como limite dos pactos realizados entre os particulares; 4.2 O Princípio da Solidariedade Social como limite e garantia da liberdade e igualdade contratual.*
- V. A Constituição como Forma de Intervenção Pública no Domínio Privado - 5.1 O exercício da liberdade contratual vinculada ao Princípio da Solidariedade Social; 5.2 O papel do Estado na garantia do solidarismo contratual.*
- VI. Conclusão.*
- VII - Referências Bibliográficas.*

I - INTRODUÇÃO

A autonomia privada surgiu como grande argumento para garantir e justificar o poder proprietário da sociedade do século XVIII. Como instrumento fundamental para o seu exercício surge o Contrato e com ele a codificação das relações sociais e econômicas. O poder privado é ilimitado e legitimado.

Os conceitos de autonomia privada e liberdade contratual só seriam questionados dois séculos depois, com a Estadualização da sociedade e com o surgimento das Constituições. O rejuvenescimento das teorias impostas por novas realidades sócio-econômicas, teorias estas influenciadas por visões sociais mais inclusivas do que as do Estado Liberal Burguês, denota uma evolução na própria Ciência Jurídica como um todo. A realidade sempre operou-se mais dinâmica do que o direito. Os princípios constitucionais, como regras de conduta, fazem com que os ordenamentos jurídicos possam adequar-se mais satisfatoriamente aos fatos.

Neste pequeno estudo abordaremos as idéias clássicas da autonomia privada sob a ótica de sua necessária limitação para chegarmos

ao reconhecimento de que as desigualdades sociais e econômicas punham em cheque os conceitos de liberdade/igualdade e autonomia da vontade. O contrato e os interesses privados devem levar em conta a eticidade das relações estruturais da sociedade e submeter-se ao fim social que é imposto pelo poder público, através de sua Constituição Federal: o da solidariedade social.

II - A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA - PANORAMA HISTÓRICO

Durante o período da Revolução Francesa, séc. XIX, a autonomia da vontade ganha uma dimensão objetiva e passa a ter caráter paradigmático para o direito. A vontade é expressão da liberdade e da igualdade dos homens perante o Estado e a sociedade. Este ideal de homem livre e capaz de traçar seus próprios objetivos e de vincular-se, conscientemente, será a base teórica da codificação francesa que influenciará, sobremaneira o Código Civil Brasileiro.

2.1 Conceito e Evolução

Quem desprende o ser humano de uma concepção absolutamente metafísica, ou seja, de uma conceituação completamente teológica foi Hobbes em *Leviatã*. Para Hobbes o indivíduo igual, livre, geral, sujeito a impulsos naturais é a chave para a compreensão do poder político. O homem livre possuía vontades próprias e poderia lançá-las vinculando outras vontades. Surge a teoria voluntarista e contratualista pois a forma de expressão da vontade era o

pacto. Para o voluntarista o direito é sempre uma consequência da vontade, seja a de Deus – para São Tomas de Aquino, seja a do príncipe – para Hobbes, seja a do legislador – para Rosseau. Daí porque ao voluntarista não cabe pensar o direito e sim obedecê-lo. É com Locke e, mais tarde, Rosseau que a autonomia da vontade irá transformar-se em fonte do direito para o Estado Moderno¹.

Quando Rosseau, um dos mais importantes teóricos do Estado Liberal-Burguês e da Tutela da Autonomia da Vontade, em seu Contrato Social, exprime a lei como uma declaração pública e solene da vontade geral, estabelece o primeiro e mais importante paradigma jurídico da época: o da vontade geral, que será aplicado na sociedade moderna através do Princípio da Autonomia da Vontade. A base da teoria voluntarista vem de uma visão radical da liberdade como direito natural do homem. Se o homem é naturalmente livre, a maior expressão da liberdade humana é seu livre-arbítrio, sendo este expressado através da vontade. Portanto, a vontade é autônoma e é a mais clara manifestação da liberdade do homem. Sendo assim, os direitos naturais são direito subjetivos, inerentes aos homens. Para o homem racional, os direitos subjetivos estão ligados a sua manutenção, personalidade, defesa e desenvolvimento. O direito dos particulares, ou direito privado surge como uma forma de desenvolvimento da personalidade de cada um, de forma ordenada, pacífica e harmônica².

No período pré-revolução francesa, o controle e domínio da autonomia privada, assim como pressupunha Hobbes, estava nas mãos do Estado, que através das leis organizava o ina-

to direito subjetivo. Com o advento da Revolução Francesa a tripartição de poderes proposta por Montesquieu tem fôlego suficiente para dividir o poder político em Executivo, Parlamento e Judiciário, sendo que as leis seriam a expressão da vontade geral mas, preservando seu caráter autônomo. A nova ordem constituída pelos franceses estabelecia os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade para o Estado e os princípios de liberdade, igualdade e propriedade para o Direito e, conseqüentemente para a sociedade.

Conforme Ana Prata, o princípio da autonomia da vontade, até então, não era universal e sim entre proprietários, pois pressupunha um sujeito de direito e uma propriedade a ele destinada. Era necessário, para a sobrevivência do conceito, que se universalizasse o princípio para que fossem integrados novas formas de propriedade. Surgem na Revolução Industrial, os trabalhadores, através da implantação do modo de produção capitalista, como único bem de propriedade a força de trabalho. Este era o seu bem proprietário. A força de trabalho passa a ser comercializada, caracterizando-se assim a liberdade sob a ótica burguesa. *Todos passam necessariamente a ser propriedades, ou de bens que lhe permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam*. A propriedade, conceitualmente mais abrangente, não restringindo-se somente a *res*, passa a ser o bem absoluto que irá reger todas as demais relações da vida privada³.

Mas, para o regime econômico (burguês) que surgia, era necessário mecanismos que garantissem, além de sua permanência, seu desenvolvimento, quais sejam: um direito estável que garantisse a estabilidade do mercantilismo,

um direito intereuropeu que pudesse propiciar o comércio entre as novas nações e uma abertura suficientemente adequada aos particulares para estabelecer livremente seus negócios jurídicos. Assim, cria-se uma codificação específica para regulamentar a liberdade negocial dos proprietários. Entre 1817 e 1850 a Europa irá fundamentar a teoria do Estado Liberal que teve grande ajuda do *Code – Código Civil Francês* (1804) publicado no Império Napoleônico⁴.

2.2 A influência do Code no Direito Privado Brasileiro

Rodotá afirma que a grande contribuição do *Code Francês* ao Estado Liberal e ao Direito de Propriedade foi propiciar, não o acesso da burguesia à propriedade privada, mas sim, as formas de utilização desta propriedade através da inserção de tais bens *no fenômeno da produção e da troca*⁵.

O Estado liberal-burguês pressupunha requisitos necessários para sua existência: 1º) a separação entre a sociedade política – antes Império, com suas instituições e a sociedade civil – com o poder dos privados de estabelecer obrigações impositivas por meio dos contratos; 2º) divisão entre as atribuições do Estado – poderes públicos e as atribuições dos particulares – poderes privados; 3º) a idéia de que o Estado era um contrato geral e que aos particulares cabia a plena participação na ordem pública baseada nos contratos privados, que exprimem a maior liberdade possível; 4º) a legalização do direito, ou seja, o direito visto como lei regido pelo Estado e livremente estabelecido pelos particulares e 5º) a justiça estatal como a única capaz de dirimir conflitos nas vidas dos particulares.

¹ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Ed., Lisboa: Fórum da História, Publicações Europe-América, 1998.

² ROSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*. Tradução de Antônio de P. Machado. São Paulo: EDIOURO.

³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, Almedina, 1982.

⁴ HESPANHA, *idem*.

⁵ PRATA, *idem*.

A publicação de um instrumento normativo que garantisse a não intervenção estatal nos direitos privados dos particulares, com a criação de uma esfera estritamente privada nas relações sociais, garantiria a livre utilização da propriedade privada. É o que ocorre em 1804 com a publicação do Código Civil Francês.

Instaura-se a legalidade absoluta. Todos são livres e iguais perante a lei. Judith Costa afirma que a mesma submissão do homem à Deus, na Idade Média, era reproduzida em relação à lei no *Code*. Tal prestígio legal tinha duas origens: a) as teorias iluministas de Rousseau, Montesquieu e Voltaire - Teoria da Vontade Geral e b) na sua generalidade que traduzia o ideal de igualdade. A codificação francesa estabelece a *constituição da vida privada* vez que ao Estado Liberal não era atribuída garantia de intervenção na vida dos particulares, não tendo a vida pública a relevância que contemporaneamente conhecemos⁶.

No Brasil, como bem observa Nelson Werneck Sodré, o início da segunda metade do século XIX contava com uma ascensão exportadora, proveniente da expansão agrícola e da economia coletora na Amazônia. O capitalismo começava lenta e gradualmente e com ele a possibilidade de uma industrialização que só foi crescente no início do século XX. Mesmo assim, o parque industrial era disperso, a zona geográfica mercantil próxima, a manufatura e o artesanato mantinham grande peso na economia. Os trabalhadores assalariados começam a surgir com grande força após a I Guerra Mundial. Do final do século XIX até meados de 1920, houve decomposição do escravismo e lenta criação de mão-de-obra assalariada. Sodré observa que afirmar que

a sociedade, no Brasil de 1916, era *essencialmente agrícola e exportadora* já não definia fielmente o quadro mas, o fato é que, mesmo a industrialização, passava pela inauguração de usinas no nordeste o que necessitava de um grande contingente de mão-de-obra agrícola⁷.

É neste contexto de desenvolvimento industrial mas, com contornos essencialmente agrícolas, que Clóvis Beviláqua, professor de direito comparado, elabora o Código Civil Brasileiro. Beviláqua irá servir-se da estrutura do Código Alemão (BGB) - Parte Geral e Parte Especial mas, materialmente, do Código Civil Francês. Após a independência do Brasil, em 1822, determinou-se que até a publicação de uma legislação pátria, utilizariam-se as normas portuguesas vigentes. Em 1867, com a publicação do Código de Seabra, em Portugal, baseado no Código Francês, surge emergente necessidade da criação de um Código Civil e Criminal com sólidas bases na justiça e na equidade. Beviláqua, substituindo Teixeira de Freitas inicia, em 1872, a codificação civil no Brasil. O Código Civil Brasileiro, cujo início data de 1899, seria votado em 1912 entrando em vigência, somente, na data de 1 de janeiro de 1917.

A necessidade de uma codificação civil no Brasil, para Beviláqua, estava ligada a idéia de ordem do sistema. Respeitava e acreditava nos ideais de *consciência individual, igualdade de todos perante a lei e livre atividade*. O Código limitaria o arbítrio do poder e garantiria a segurança dos interesses. Além das influências do centralismo, do bartolismo e da sistemática de Teixeira Freitas, sem dúvida a maior influência sofrida foi a do Código Francês. A materialidade do Código Civil é de conteúdo

liberal quanto às manifestações da autonomia individual. A vontade, subjetiva, é considerada inderrogável e os efeitos do pacto como acordo destas vontades, assim como no Código Francês, vinculam os privados entre si. É o *pacta suum servanda*: o contrato deve ser cumprido por ser acordo de vontades. O princípio da autonomia da vontade é formalizado e fará parte da vida obrigacional dos particulares, sem qualquer interferência do Estado. Não há qualquer abertura para as teorias que já eram discutidas na Europa, muito antes da publicação do Código Civil Brasileiro, tais como a Teoria da Confiança de Von Büllow e a Teoria Preceptiva de Emílio Betti⁸.

A inexistência de classe média, em um país de transitoriedade econômica, da classe rural para a urbana, não acolheu em sua codificação a possibilidade da *rebus sic stantibus* que tinha origem na Teoria da Imprevisão, onde os contratos podem ser alterados se a situação das partes também o for, nem tampouco os contratos de adesão que já existiam na época. O abandono a esta neutralidade jurídica proposta pela codificação brasileira inicia-se ainda no século XX, pós II Guerra Mundial. Havia mudanças nas relações entre capital e trabalho e entre proprietários e propriedade privada. O Código se demonstrava insuficiente para responder a esta nova realidade social.

A professora. Carmem Lúcia aponta a publicação dos Estatutos como tentativas (bem sucedidas) de adequar a legislação à realidade social. O país estava deixando a realidade rural para assumir uma realidade econômica urbana e assim, a população via-se compelida a participar dos negócios que envolviam a pro-

priedade privada. O sistema legal deveria incluir, através de leis que completassem o conteúdo codificado, os trabalhadores que começariam a utilizar-se de locações e de aquisição de terrenos financiados (à prestação). Tratava-se de *descentralizar o sistema de direito privado*. Era o retorno do Direito Civil às suas raízes romanísticas, criar um ambiente legal que favorecesse um conceito de cidadão no direito civil⁹.

III - AUTONOMIA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A dicotomia gerada pela noção legalista-individualista (que pressupunha o afastamento do Estado da relação entre particulares) e a publicação de leis especiais (Estatutos) reconhecendo a desigualdade nas operações privadas da propriedade (com nítida interferência do Estado objetivando uma diminuição das diferenças econômicas interpessoais) desembocava na necessidade de garantir uma legislação que socializasse a intervenção do Estado de forma mais genérica. O Estado protegeria as relações privadas mas, os particulares deveriam obedecer um domínio de esfera pública.

Vários instrumentos legais foram publicados naquela época, dentre eles a CLT, garantindo limites à autonomia privada dos empregadores; o Estatuto da Terra, impondo à propriedade uma função social; as leis sobre condomínios em edificações, locação de prédios e o parcelamento do solo urbano, impondo flexibilidade ao cumprimento das obrigações impostas.

⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 3-29.

⁹ Art. 3º, I, CF/88 - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.*

⁶ COSTA, Judith Martins -, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 1999.

⁷ COSTA, Judith Martins -, *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro in Revista da AJURIS*, nº 58, Porto Alegre, AJURIS, 1992, p. 56-86.

Todos estes instrumentos, bem como, o interesse em dotar de valor social as normas do sistema jurídico desembocam na Assembléa Constituinte de 1986 e passam a condicionar, ao menos em parte, a elaboração da nova Constituição Brasileira. A Constituição de 1988 acaba por congrega os anseios de adaptação da realidade social brasileira ao seu sistema legal. A recepção de novos conteúdos materiais (função social da propriedade, família como um conteúdo único e não hierarquizado) e a inclusão de novas figuras jurídicas (como o consumidor – alterando as relações contratuais) estabelece um novo conceito de liberdade e igualdade nas relações, que deixam de ser interpessoais e passam a ser transindividuais.

3.1 Liberdade Individual como exercício da iniciativa e do interesse privado

Num Estado Capitalista obvio é que a manutenção da propriedade privada e da livre iniciativa sejam formalizadas através do sistema legal. É preciso manter a liberdade individual que norteia a elaboração dos negócios jurídicos e da vinculação interpessoal. O capitalismo sobrevive da circulação de riqueza proveniente dos modos de produção. Assim, a liberdade negocial entre capital e trabalho e entre vendedores e compradores ganha seu espaço no ordenamento jurídico constitucional.

O diferencial apontado pela Constituição Federal está em, ao mesmo tempo que estabelece os direitos de livre iniciativa, propriedade privada, regime de mercado, etc., estabelecer uma interferência do Estado nas relações mercantis. Existe uma vinculação entre os direitos da liberdade individual e os da dignidade da pessoa. É um acordo que pressupõe o livre mercado mas, apegado à construção de uma

sociedade justa e solidária (art. 3º, I da CF)¹⁰.

Valoriza-se o trabalho e os mecanismos de proteção do trabalhador (art. 7º e 8º, e seus incisos – principalmente reconhecendo a Substituição Processual) e a possibilidade de intervenção do Estado na economia e em suas relações interpessoais (defesa do consumidor, art. 5º, XXXII, função social da propriedade, art. 5º, XXIII e art. 170, III, fiscalização e planejamento econômico – art. 174 e parágrafos, limites aos juros contratuais, art. 192, § 3º, entre outros).

A vinculação dos efeitos da liberdade negocial aos direitos que garantem a dignidade da pessoa criam uma dicotomia entre a liberdade individual – garantida pela manutenção da livre iniciativa e a autoridade estatal – imposição/interferência do Estado nas relações ditas privadas. Sem dúvida a liberdade negocial/contratual é, para nosso sistema legal civil, a maior expressão do sujeito de direitos. O homem expressa sua condição jurídica a partir das obrigações ao qual se vincula. Não há qualquer restrição no conceito de sujeito que integra o conjunto de relações jurídicas. O *homem* de que fala o Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º, tem capacidade jurídica (personalidade) para estabelecer vinculações patrimoniais e obrigacionais.

O exercício dos direitos de personalidade é que concretizam a atividade jurídica do homem-social. A liberdade constitui, portanto, o pressuposto principal para o exercício da autonomia privada. O conceito não é novo. Foi formulado, por Emanuel Kant, no séc. XIX. Para Kant, *o princípio da autonomia da vontade é a liberdade*, sendo esta uma propriedade de todos os seres racionais, sendo que a vontade submetida às leis morais e *à liberdade*, ambas representam a autonomia, se confundem e se mis-

turam pois, no fundo, *são uma e a mesma coisa*. O Direito é a legislação moral. Faz com que o livre uso de meu arbítrio não se confronte com o dos outros, apenas *limitando minha liberdade sem comprometé-la ou retirá-la*, sendo assim, estabelecem-se os limites de meu agir em conformidade com o agir de outros homens. A vontade livre faz com que o homem racionalize seus desejos. Para Kant o homem é um legislador universal. Daí porque o imperativo categórico estabelecer um agir como causa geradora de um comportamento universal^{11 12}.

Ao revés de uma teoria progressista que pressupõe a liberdade do homem a partir de sua capacidade de auto-censura e comportamento ético-jurídico, a teoria Kantiana formulou um conceito de vinculação obrigatória de vontades. Bem traduz Michel Mialle “...*surgiu a hipótese de, se sou titular activo deste direito, as pessoas que me rodeiam serem os seus titulares-passivos*”¹³.

A liberdade individual como exercício da iniciativa e do interesse privado foi se configurando como uma verdade absoluta em nosso ordenamento jurídico. Em que pese a realidade social apontar para a inadequação material de tal conceito.

3.2 Autonomia Privada como Tutela da Liberdade

Para o senso comum teórico¹⁴ a liberdade do indivíduo carrega um adjetivo que lhe é inerente, ou seja, a liberdade de contratar. Vá-

rios conceitos, ideologicamente formulados, estão relacionados à liberdade negocial: faculdade de contratar, liberdade de escolher com quem contratar, liberdade de fixar o conteúdo contratual. Esta visão estagnada do contrato está aliada a tese de que os efeitos do contrato somente vinculam as partes que dele participam. Ora, com o fenômeno da massificação na sociedade moderna, sabemos que os efeitos contratuais podem estender-se a outros, que dele não participam, como é o caso dos contratos de seguro de vida, contratos coletivos de trabalho, direitos de sucessões, entre outros. Podem ainda, gerar novos contratos que surgem, independentemente, da vontade de seus contratantes, como nas contas bancárias que criam uma série de outras relações contratuais (cartões de crédito, limites de cheque especial, fixação de juros, etc.).

O reconhecimento da massificação das relações de consumo amplia os efeitos da autonomia privada. Esta não diz respeito somente as relações entre proprietários (aqui incluída a força de trabalho) mas e, sobretudo, a sociedade de bens de consumo. As categorias que mais comprometem a visão conservadora de liberdade ligada à autonomia privada são: os trabalhadores e os consumidores.

O conceito de liberdade contratual, como tutela da liberdade individual, entra em cheque no momento em que a observação dos mecanismos e evolução de determinados tipos contratuais – os contratos de trabalho onde a manutenção ao emprego é prioridade e dos contratos de consumidores, onde muitas vezes

¹¹ KANT, Emanuel. *Doutrina do Direito*, São Paulo, Ícone, 1993. P. 43-90.

¹² KANT, Emanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo, Abril Cultural, 1984.

¹³ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Editorial Estampa, 1989.p. 140-151.

¹⁴ A referência ao conceito ideologicamente formulado segue a definição de Luiz Alberto Warat em “O Senso Comum dos Juristas”. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua*. Brasília, EdUnb, 1990. p.102 - Warat justifica que o objetivo do conhecimento do senso comum teórico é exatamente o de ocultar a realidade histórica dos conceitos para reproduzir a ideologia predominante que os formulou. Assim, materializa-se a ideologia de um determinado grupo detentor do poder, para além de seu exercício histórico.

¹⁰ Art. 2º Código Civil: *Todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*

não há opção ao contratar, escancara a desigualdade e desproporção entre as partes vinculadas. Não há verdadeira liberdade quando há desigualdade entre as partes.

Ana Prata critica esta interrelação entre liberdade e autonomia privada afirmando que o conceito de liberdade do homem extrapola o limite patrimonial da autonomia privada. Para os defensores do voluntarismo-contratual, diz ela, a liberdade resume-se em uma *liberdade negocial*. A liberdade, enquanto atividade humana, não sobrevive apenas de relações interindividuais mas, e sobretudo, da transindividualidade, ao passo que a autonomia privada prescinde de uma tutela de interesses objetiva e formal para sua manutenção.

É necessário que façamos uma digressão histórica para entendermos a conexão teórica entre liberdade individual e liberdade negocial que só recentemente tem sido criticada pelos juristas, não só no Brasil mas, em todos os sistemas jurídicos do mundo.

A revalorização do homem como ser dotado de vontade e razão suficientes para estabelecer pactos de interesses comerciais e de propriedade surge no final da Idade Média. Era crucial que os iluministas resgatassem um homem livre da autoridade opressora do Estado Feudal. Era necessário uma concepção radical de liberdade e vontade

racional. Por esta razão, a Idade Moderna nega à subordinação do homem ao Estado.

No Capitalista, esta figura de Estado autárquica, centralizada e fechada – própria do Antigo Regime, dá lugar a um Estado preocupado com a circulação de bens e de capital e isto pressupõe a colaboração dos cidadãos. Seja uma colaboração produtiva (mão-de-obra), seja uma colaboração mercantil (consumidores). A liberdade individual necessita destas inter-relações de colaboração: dos homens para com o Estado e dos homens entre si. O Estado deixa de ser o inimigo do qual o homem tem de defender-se e passa a ser o parceiro. As responsabilidades passam a ser recíprocas¹⁵.

O que imporá limites à liberdade contratual/negocial será o conceito de liberdade dos indivíduos. Hegel define que nenhuma liberdade é absoluta quando se vive em comunidade: *a liberdade tem de suprimir-se a si própria para ser liberdade*¹⁶.

A convivência de liberdades individuais gera a possibilidade de uma liberdade negocial. Há necessidade de tutelar *a priori* a liberdade. Tutelada esta como direito fundamental, subordina-se à ela a liberdade negocial, sendo esta segunda somente possível quando privilegiadas outras garantias fundamentais, tais como a da igualdade, entre os pactuantes.

¹⁵ É o paradoxo ético entre a concepção de homem como entidade individual e a inserção social real deste, e a sua resolução só pode passar por uma reformulação da noção de liberdade jurídica, que não aliene a realidade social, que tenha em conta o caráter instrumental da liberdade relativamente à realização da dignidade humana, que não ignore o confronto inelutável entre o exercício da liberdade por uns e a liberdade de todos numa comunidade. PRATA, *idem*.

¹⁶ Ana Prata aponta a exigência de uma convivência entre as diversas liberdades para sobrevivência do direito privado. Diz ela: não são na realidade limites da autonomia, mas seus aspectos essenciais, reflexo do caráter bilateral das normas de direito civil que, quando tutelam um interesse através da atribuição daquele poder de o realizar, que é o direito subjetivo, tem necessariamente de criar, através de uma situação subjetiva passiva, de dever, de obrigação, de sujeição, um limite da liberdade dos outros sujeitos. PRATA, *idem*.

IV - A IGUALDADE COMO PRESSUPOSTO DA LIBERDADE CONTRATUAL

Podemos afirmar que a predominância do ter como reconhecimento do ser é superada pela substancialidade concedida aos direitos fundamentais pelas normas constitucionais. Respeitar valores e princípios fundamentais representa um equilíbrio entre as forças estatais e os interesses privados. Ou como bem observa Sarlet: *não se cuida mais, portanto, da liberdade do e perante o Estado* (conforme os conceitos de liberdade e igualdade formais – legais – do Estado Liberal), *e sim de liberdade por intermédio do Estado* (onde prima-se pelo bem-estar social e busca-se uma igualdade material)¹⁷.

Reconhecendo maiorias e minorias, e mais especificamente, desigualdades, é possível estabelecer critérios de proteção (tutela) aos desfavorecidos cultural, econômica, política e socialmente, integrando-os ao sistema jurídico e superando o conceito de igualdade formal. Em regra, o princípio de igualdade vem sempre acompanhado da noção de paridade de tratamento. Mas, conforme Perlinger, em situações de disparidade econômica e social a disparidade do tratamento justifica-se¹⁸.

Quando considerada a realidade fática, supera-se um princípio de igualdade formal por um de igualdade substancial, ou

seja, o sistema jurídico progride do reconhecimento conceitual da dignidade humana, sob os aspectos de desenvolvimento econômico, social e cultural para a viabilização de tal conceito pelo Estado. As transformações na realidade social impõe uma mudança da realidade normativa. Nenhum ordenamento jurídico é suficientemente legítimo se não refletir os valores e princípios da sociedade que defende. Sua legitimidade passa, obrigatoriamente, por sua fidelidade aos aspectos culturais, econômicos e políticos da sociedade¹⁹.

A formação de uma sociedade com tantas distinções - de um lado o escasso poder aquisitivo dos trabalhadores e de outro, uma nova classe (média), com maior poder aquisitivo, com uma gradativa, ainda que insípida no princípio, conscientização dos direitos de cidadania -, as novas necessidades que as grandes populações impunham - a habitação locada, os transportes de massa (coletivos) -, o poder cada vez mais crescente das grandes corporações (empresas transacionais), a impossibilidade (incapacidade) do cidadão comum em ter exata noção do alcance de alguns negócios jurídicos especialmente complexos (contratos bancários), criam uma nova classe de sujeitos de direito e, com ela a necessária releitura do conceito de liberdade contratual, até então baseada num princípio de igualdade formal.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998 p.46-58;.

¹⁸ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

¹⁹ Gaston Moran, em 1937, referia-se a uma revolta dos fatos contra os códigos, refletindo claramente que as leis de direito privado não mais respondiam aos conflitos de interesses gerados pela nova realidade social e econômica. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, apud, Morin, p. 84.

4.1 Os limites necessários à autonomia privada

O direito privado consubstanciado na codificação pátria cria uma interposição do dado axiológico do ser (o quanto ele vale) sobre o dado ontológico do ser (o que ele é) na definição dos direitos de personalidade. O Código Civil *estimula o poder de adquirir e protege o possuir justificado*. O redimensionamento da importância do ser em relação ao ter, dando mais ênfase ao primeiro, não está relacionada apenas a uma maior inserção do sujeito no direito mas sim, à proteção de valores que são inerentes à pessoa, quais sejam, a igualdade e a liberdade, dependendo para completo exercício da segunda, uma redescoberta e mesmo, redefinição do conceito da primeira. A valorização da coexistência social baseada em aspectos de compromisso e funcionalidade, bem como, respeito à dignidade humana, tem sido a tônica do direito contemporâneo. Sobrepõe-se à idéia de possuir a de liberdade da pessoa e *da garantia de seu livre desenvolvimento*. O sistema jurídico desenvolve-se a partir do ser humano tornando a personalidade um direito preexistente, tanto na relação entre indivíduos quanto na sua relação com o Estado²⁰.

Ao tipificar os elementos formais que traduzem o conceito de dignidade humana a Constituição Federal condiciona, imperativamente, o exercício dos direitos de cada pessoa ao respeito e construção da personalidade e dignidade de outros. É o conteúdo normativo constitucional que estabelece os limites à autonomia privada, no momento que exclui a liberdade absoluta em nome de uma igualdade não só formal mas, e sobretudo, substancial.

Não estamos falando apenas de normas jurídicas constitucionais que impõe limites às normas ordinárias e sim, de normas que primam pelo reconhecimento que, independentemente do setor ou classe a que fizer parte o indivíduo, este deve se desenvolver no meio social coexistindo de forma que seus interesses possam integrar os interesses de todos (interesse social – função social do contrato).

Na codificação temos a defesa da liberdade econômica, ou seja, o liberalismo econômico impõe ao conceito de liberdade um conteúdo aquisitivo, patrimonial. Ao passo que a liberdade constitucional é um conceito que extrapola o econômico e está relacionado ao crescimento do indivíduo em seu meio.

Este caráter existencial do conceito constitucional de liberdade não exclui interesses materiais e patrimoniais, muito pelo contrário. A inclusão de elementos que compõem a dignidade do homem enquanto participante de uma vida social estão incluídos e integrados nesta concepção. Assim, como bem lembra Perlinger, todos os bens que viabilizam e concretizam uma vida digna, tais como, habitação, transporte, educação, estão de acordo com o *pleno desenvolvimento da pessoa e assumem papel de valores*. O limite que se impõe está na finalidade dos atos privados (no exercício dos direitos subjetivos).

Se considerarmos que a expressão maior da liberdade individual está na realização da dignidade humana, podemos concluir que preserva-se a liberdade contratual se o negócio jurídico a ser firmado for dirigido à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis.

²⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulth. *Alguns Apontamentos Sobre os Chamados Direitos de Personalidade*, In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998 p. 31-56.

Nesta perspectiva, não somente atuam os interesses privados (direitos subjetivos) mas *os deveres de solidariedade... não somente econômica mas também social*²¹.

4.2 O princípio da Solidariedade Social como limite dos pactos realizados entre os particulares

A solidariedade como princípio constitucional, de interesse superior e fundamental para ordem pública, preceituado no art. 3º, III da CF, considera o desenvolvimento econômico e social, não sob um caráter individualista mas sim sob a perspectiva de igualdade e dignidade social.

Esta dignidade social leva em conta a exposição do ser na sociedade em todos os aspectos. O conceito de dignidade social pode variar de acordo com o contexto histórico mas, podemos afirmar que está ligado à noção de respeito e possibilidade de crescimento do ser. Falamos aqui de um conceito de solidariedade baseado no respeito ao princípio fundamental e constitucional da dignidade da pessoa humana que tem como elementos objetivos a igualdade e a liberdade.

A liberdade está vinculada ao desenvolvimento da pessoa. Portanto, a liberdade contratual expressa no princípio da solidariedade significa o direito à aquisição de bens necessários a total integração do indivíduo no seu meio social, do acesso deste aos meios culturais, de seu livre exercício de culto religioso, do trabalho digno, e assim por diante.

Considerado o Estado de Bem Estar Social o princípio da solidariedade como limitador do poder negocial dos particulares passa a ser um critério de *inclusão social, proteção de determinados grupos na sociedade, de realização de novos direitos fundamentais, de combate do abuso do poder econômico e de toda atuação profissional*²².

Há uma proteção dos interesses sociais e um limite ao poder da vontade/autonomia privada.

O equilíbrio contratual, tornando equânimes os que do pacto participam, em uma visão contemporânea, norteadas pelas normas constitucionais, está relacionada a princípios jurídicos como o da *solidariedade social, proteção dos interesses coletivos, direito de personalidade, dignidade da pessoa humana*, entre outros. É a funcionalidade do contrato que impõe limites à liberdade de contratar²³.

Trata-se assim, não de eliminar o poder da vontade individual mas, observar seu exercício nas relações sociais, ou seja, verificando quais os reflexos que tal negócio pode gerar no âmbito social em que se inclui. Enzo Roppo declina a sobrevivência do instrumento “contrato” baseada na tutela do interesse coletivo, da funcionalidade material e econômica, na racionalização da sociedade e na objetivação da vontade contratual. Sem dúvida podemos afirmar que o limite ao interesse privado está vinculado a necessidade social de tal manifestação de interesse. A constituição Federal ao impor que todas as ações, públicas ou privadas, devem visar o

²¹ PERLINGERI, *idem*.

²² MRQUES, *idem*.

²³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998 p. 173-207

bem estar social e a solidariedade, vincula tanto as atividades do Estado quanto os direitos subjetivos a não atentar contra a estabilidade social, privilegiando o princípio da dignidade humana e seus pressupostos, quais sejam, a liberdade e a igualdade ²⁴.

Ou seja, ninguém, em virtude de suas necessidades (sejam econômicas, culturais ou religiosas) deve ser exposto a situações degradantes, vexatórias, excludentes e assim por diante.

V - A CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE INTERVENÇÃO PÚBLICA NO DOMÍNIO PRIVADO

A segunda metade do século XX é marcado por uma substancial mudança no conceito de dignidade da pessoa humana. Isto, por questões óbvias, afetou o Direito em sua estrutura e gerou a chamada crise paradigmática que se traduz por uma tentativa de superação do referencial legalista e a introdução da tutela dos valores existenciais do homem.

O Direito, até então, tutelara o homem de propriedades. A proteção do patrimônio era *a priori* da relação entre o homem e o Estado. O livre arbítrio do possuidor, que relacionava-se socialmente a partir da mercantilização, era o paradigma da justiça jurídica.

Os movimentos sociais, as guerras, as comunidades socialistas, baseadas nos ideais marxistas, a massificação econômica entre outros fatores, levam a ruptura de um sistema jurídico que não mais atenderia, de forma equitativa os anseios das sociedades.

Tais anseios refletem a Constitucionalização Européia (Alemanha, Portugal e Itália)

lia) que tornam-se o marco de defesa e proteção da pessoa humana, tutelando a personalidade (enquanto conceito de dignidade) e viabilizando tal proteção num sistema ordenado de normas imperativas e hierarquicamente superiores dentro do sistema jurídico.

A codificação e, conseqüentemente, seus diplomas legais (os Códigos) tiveram uma preocupação enfatizada nos *aspectos patrimonialísticos da existência humana* criando um vazio à proteção da *personalidade humana*. Esta lacuna foi facilmente preenchida pelos textos constitucionais que tornaram-se um *centro de integração* entre os direitos da dignidade e os direitos patrimoniais, unificando o sistema jurídico que, por sua vez, *gravita em torno da Constituição* ²⁵.

A inserção de um sistema de normas imperativas que norteiam a atividade jurisdicional como base hermenêutica fundamental para o exercício dos direitos privados torna possível a funcionalização das relações subjetivas (poder dos particulares) aos valores contemporâneos (proteção à dignidade da pessoa humana).

Assim, no exercício dos direitos subjetivos consideram-se-ão novos conceitos de liberdade e igualdade não somente formais mas, sobretudo, substanciais.

5.1 O exercício da liberdade contratual vinculada ao princípio da solidariedade social

Esta mudança conceitual no exercício dos direitos subjetivos inaugurada (de certa forma) pela Constituição de 1988 (no Brasil) ocorre concomitantemente ao um fenômeno de crise do liberalismo econômico onde a incapacidade

²⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 1988.

²⁵ CORTIANO, *idem*.

de auto-regulamentação normativa das relações de consumo punha em cheque, não somente a legitimidade do sistema jurídico mas, sobretudo, a sobrevivência do próprio capitalismo.

Assim como o liberalismo, o capitalismo, como sistema econômico, necessitava de adequações normativas que pudessem corrigir determinados desvios nas relações entre o poder econômico e o Estado e, conseqüentemente, entre este mesmo poder econômico e a sociedade.

Combinado ao Estado de Bem-Estar Social está um *modelo econômico de bem-estar*. Sem dúvida, a ordem social na Constituição de 1988 é integradora e incluyente, ou seja, corresponde aos anseios da maior parte de sua sociedade no momento que impõe o desenvolvimento da pessoa humana como *a priori* nas relações privadas mas, não podemos omitir que o capitalismo sobrevive exatamente deste vasto número de pessoas que estão incluídas em seu leque de produção e consumo ²⁶.

O capitalismo transforma-se e assume um novo caráter: social. Para Grau um dos principais instrumentos que sofre mudanças a partir da interferência estatal, sob o aspecto de ordem social, são os contratos.

O caráter de impessoalidade que surge com a sociedade de massas - onde a eficácia vinculativa origina-se, muitas vezes, com a ausência de disposição da parte - cria a necessidade de mudar os pressupostos de validade contratual. É preciso redimensionar do papel da autonomia privada/liberdade de contratar para que mercado flua com a inclusão dos particulares e não a sua revelia.

O volume de produção, distribuição e consumo de bens inaugurou a necessidade de garantir, nos dizeres de Enzo Roppo: *a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações* o que significaria, sobretudo, *..garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto, das transferências de riqueza* (grifo nosso).

As atividades econômicas, no mundo contemporâneo, passaram a representar operações idênticas e padronizadas, tornando os contratos, instrumentos típicos e impessoais. O poder econômico necessitava de um instrumento despersonalizado e automático.

A importância do Contrato como expressão máxima do princípio da propriedade não foi diluído ao longo dos tempos, nem mesmo pelos princípios constitucionais. *O princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção* (conforme Eros Grau). O limite constitucional imposto está na sua funcionalidade. Cada indivíduo, na sua esfera de atuação, deve beneficiar o conjunto. É o primado do solidarismo, agir de forma a gerar conseqüências produtivas na ordem geral/social/coletiva.

As relações contratuais traduzem, de forma intensa, a possibilidade de convivência entre os indivíduos na sociedade e é através dele que se implementam todos os passos da vida econômica e social de tais indivíduos (moradia, transporte, educação, etc.). Portanto, solidarizar o contrato, não é senão, impor vinculação imperativa à liberdade contratual de princípios superiores.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros Editores Ltda., 1997.

A leitura do art. 3º da CF nos remete a acreditar que, ao menos, intencionalmente, o constituinte propôs uma sociedade que minimizasse os efeitos das diferenças econômicas. Inseto aí está o princípio da solidariedade social que combinado ao da liberdade contratual traduz a possibilidade de um contrato solidário ou de um solidarismo contratual²⁷.

5.2 O papel do Estado na garantia do solidarismo contratual

No momento em que o Estado tem suas atribuições (poderes de intervenção) ampliadas pelo texto Constitucional é possível uma inter-

ferência direta nas atividades econômicas²⁸. A Constituição estabelece limites à liberdade de contratar a partir do interesse social e coletivo²⁹, daí porque afirmamos que o princípio da solidariedade não suprime a liberdade de contratar mas atribui-lhe significado social³⁰.

As normas constitucionais não são meras normas de caráter hermenêutico (que norteiam a interpretação justificando sua predominância técnica) mas sim normas que estabelecem direitos substanciais. Nos dizeres de Perlinger a norma constitucional é *norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores*. Há uma

²⁷ Massimo Bianca, ao analisar o princípio da solidariedade contido na Carta Constitucional Italiana reflete: "Il riconoscimento della libertà del sigolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della solidarietà sociale, quae valore di fondo della nostra Costituzione". NALIM, apud, Bianca, *idem*, p. 180. OU seja, a liberdade contratual, do privado, é uma concepção do Estado que deve ser norteadada por um valor prioritário, que prevalece sobre àquele, qual seja, o da solidariedade social, que na Itália, como no Brasil, é princípio inserto na Carta Constitucional.

²⁸ Nas palavras de Nalim, o Estado pode controlar e intervir nas regras de mercado por meio de uma supervisão nas diretivas de quem controla o preço e concorrência". *Idem*, p. 203.

²⁹ Daí não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes – relação do agente econômico com o Estado – mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais – relação dos agentes econômicos entre si. GRAU, *idem*, p. 126.

³⁰ Neste sentido, vale citar dois acórdãos do Eg. STF, sobre mensalidades escolares e sobre contratos de seguro, onde fica clara a aplicação do texto constitucional aos casos priorizando o reflexo social e diminuindo o poder da autonomia privada: 1º) ADIMC – 1003 – Relator Celso de Mello, Publicação 10/09/99 pp-00002 EMENT VOL -01962-01 pp-00001 – Julgamento 01/08/1994 – Tribunal Pleno: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL - LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) -AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO - APARENTE INOCORRÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA; 2º) AGRAG - 214756 – Relator Min. Moreira Alves - Publicação DJ 05/03/99 pp-00003 EMENT VOL -01941-02 pp-00323 – Julgamento 03/11/1998 – Primeira Turma: EMENTA: Agravo regimental. - O despacho agravado enfrentou a questão constitucional em causa ao afastar as alegações de inconstitucionalidade do dispositivo legal atacado baseadas nos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de ensino pela iniciativa privada e da isonomia, com o entendimento desta Corte, na ADIN 319 - relativa a critérios de reajuste de mensalidades escolares - que permite ao Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros, fim a que visou, como bem demonstrado pelo acórdão recorrido, o dispositivo legal impugnado, ambos os acórdãos in www.stf.gov.br/jurisprudência.

predominância, portanto, do interesse coletivo, da possibilidade de participação de todos na vida econômica e social do país.

Os problemas das relações de direito privado são recolocados em um espaço de interesse público, destruindo (ao menos aparentemente) a divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, afastando a idéia, até então consolidada de que a liberdade de cada um de cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses é sinônimo da plena igualdade e liberdade de cada um e de que ao Estado cabe, meramente, implementar iniciativas sociais para que o interesse privado promova a sua livre manifestação e efetiva atuação.

Considerando a Constituição Federal como um conjunto de princípios que não podem ser analisados separadamente mas, ao contrário, como um todo unitário³¹, percebemos que ao aplicarmos um direito estamos aplicando todo o sistema de direitos previstos na Constituição. Assim, como bem assevera Juarez de Freitas, "desassiste razão àqueles que tentam concentrar, por exemplo, direitos fundamentais apenas num dado ponto normativo do sistema, uma vez que se encontram no sistema como um todo".

Sendo assim, toda a atividade econômica deve estar vinculada ao preceito constitucional da dignidade humana (que é a síntese de toda normativa constitucional) e este pressupõe, entre outras, instrumentos que capacitem a inclusão do indivíduo nas mais abrangentes esferas de satisfação de necessidades que possam significar dignidade social, cultural e econômica.

³¹ ...uma interpretação constitucional, sobre levar em conta os princípios e subprincípios hermenêuticos, exige uma consideração unitária, que não afaste a possibilidade de antinomias.....entre os aludidos princípios, especialmente aqueles estatuídos como fundamentais, assim a dignidade humana, a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho...desempenham a função de espinha dorsal do sistema jurídico pátrio. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998

Daí porque ao afirmar que o princípio da solidariedade como princípio de reflexos absolutamente sociais e coletivos deve nortear o instrumento principal nas relações entre os indivíduos, qual seja, o contrato, dotando-o de caráter funcional e racionalizando sua aplicação incluindo-o nas intenções constitucionais que são as de favorecer a construção de uma sociedade, *livre, justa e solidária* (art. 3, III da CF).

VI - CONCLUSÃO

O maior reconhecimento ao solidarismo contratual, ou a vinculação de um fundamento Constitucional à liberdade contratual passa, em primeiro lugar, pela interpretação dos aplicadores (magistrados, advogados, doutrinadores) do Direito e em segundo lugar, pela redefinição de ordem pública, onde privilegie-se o ser humano e não o que este possui. As mudanças conceituais do direito contratual exigem uma interpretação contextual e ampla, agregando aos direitos subjetivos os princípios constitucionais dotando-lhes de funcionalidade social. Os aplicadores do direito, obrigatoriamente, devem abandonar a interpretação gramatical (lógico-positiva) do Código Civil. É preciso verificar quais os elementos presentes, não só no clausulamento contratual, mas no meio em que as partes estão inseridas e, sobretudo na observância dos princípios fundamentais que regem a Estado Democrático de Direito.

O contrato tem uma função social. Tem reflexos econômicos de continuidade e permanência. Os princípios da justiça, solidariedade e liberdade estão, sobretudo, na esfera ética das

relações privadas. Daí porque uma interpretação axiológica é necessária para depreender-se o real significado do cumprimento ou não de determinado negócio jurídico.

Não podemos esquecer que a vida é muito mais dinâmica do que o Direito, ou seja, a sociedade cria relações e estabelece novos interesses muito mais rapidamente do que uma regra é publicada. A interpretação jurídica deve acompanhar as mudanças sociais e abrir-se para a possibilidade de estabelecer novos instrumentos na solução de conflitos. Deve abandonar a idéia de adequação da realidade à norma jurídica. Deve criar possibilidades para que a sociedade e seus conflitos vislumbrem no sistema jurídico a segurança necessária.

Tal segurança jurídica surge quando o Direito privilegia a socialização das relações, a solidariedade social e o bem comum. No momento em que o direito privado tem de submeter-se ao interesse coletivo, limitando sua ação a uma função que não prejudique a sociedade como um todo, temos Justiça. Este é o bem maior que os privados almejam, qual seja, um sistema jurídico que privilegie as intenções, a confiança e não o poder econômico, ou seja, que o Estado viabilize o exercício do princípio da dignidade humana (real).

Os intérpretes dos Direitos (bem como seus aplicados) devem atentar para o fato de que a Constituição Federal é um instrumento capaz de promover uma solidarização/funcionalidade/publicização de instrumentos próprios e típicos do direito privado, tal como é o contrato.

O papel do jurista nesta nova concepção de direito privado, que abomina a divisão metodológica entre este e o direito público, é invasivo, ou seja, o jurista deve invadir o preceito constitucional para analisá-lo. Não deve contemplá-lo ou observá-lo isoladamente. Como

exaustivamente referimos ao longo deste trabalho, a Constituição é um sistema unitário. As decisões que diluem conflitos de interesses na esfera privada geram conseqüências no interior do sistema jurídico e da sociedade como um todo.

A resistência à possibilidade de mudança paradigmática do Direito torna a Constituição Federal uma mera Carta de Princípios. A divisão entre conteúdos eficazes e programáticos estabelece a possibilidade de não aplicação dos direitos que possuem conteúdos aptos à transformações sociais.

Um grande passo foi dado no sentido da constitucionalização do direito privado com o Projeto do novo Código Civil que tramita no Congresso Nacional. O texto incorpora à consolidação civil de nosso país muitos dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal. Se a inspiração do Código Civil Brasileiro de 1917 era liberal-burguesa, o texto do novo Código Civil prima pelo reconhecimento do interesse público como limite ao interesse privado privilegiando o fundamento da República contido no princípio da dignidade da pessoa humana. É, ao mesmo, atualização em relação aos avanços sociais - reconhecendo direitos como o da igualdade entre homens e mulheres, a união estável, o fim social da propriedade entre outros -, e possibilidade de uma interpretação sistemático-ética do direito em relação aos casos por ele protegidos, onde o magistrado tem a possibilidade de resolver lacunas legais utilizando os princípios fundamentais da República (CF/88).

A materialização dos valores sociais contemporâneos já foi efetivada no momento em que a Constituição Federal foi promulgada. Cabe-nos (a nós, aos intérpretes e aplicadores do Direito) um esforço concentrado para dotar-lhe da maior eficácia possível.

O CDC e os Serviços Bancários no Brasil¹

Luciano Benetti Timm²

INTRODUÇÃO

Não existem dúvidas de que as pessoas vivem hoje numa sociedade de serviços, especialmente se se considera a composição preponderante do setor terciário (serviços) no produto nacional bruto (PNB) nas maiores economias mundiais (por exemplo os Estados Unidos, a Inglaterra e mesmo o Brasil)³. Por serviços, os economistas designam “o componente do Produto Nacional Bruto que mede a produção de artigos imateriais, como telecomunicações, transporte, conserto de equipamentos”⁴. Os outros componentes do PNB são o setor primário (produção agropecuária) e secundário (produção industrial). Os economistas e estatísticos normalmente incluem as operações bancárias nas atividades ditas terciárias ou setor de serviços⁵, como não poderia deixar de ser - dados os conceitos retro citados -, pois elas não caracterizam nem uma atividade ligada ao setor agropecuário, nem industrial.

Nesse contexto econômico de preponderância do setor terciário nas grandes potências mundiais, o papel que jogam os bancos é significativo enquanto fornecedor de serviços no mercado, considerando-se sobretudo que nem as pessoas, nem as empresas e nem mesmo os governos têm suficientes rendimentos (ganhos e poupança) para consumir e investir o quanto necessitam para saciar as suas necessidades (até porque, como se sabe também da ciência econômica, as necessidades humanas são ilimitadas).

De outro lado, o ponto que talvez mais chame a atenção dos juristas dessa nova realidade econômica antes descrita, seja como essas atividades, serviços e operações bancárias são negociadas no mercado. Isto porque cedo eles se aperceberam que bancos e consumidores (sobretudo as pessoas naturais ou físicas) não estão na mesma condição de barganha na configuração de suas relações contratuais por causa da situação de vulnerabilidade econômica dos úl-

¹ Tradução de monografia apresentada para a disciplina de Direito Bancário (*Banking Regulation*) ministrada pelo Prof. Dr. Frank Dawson no curso de pós-graduação (*Master of Laws, LL.M*) da Universidade de Warwick (Inglaterra) no ano letivo de 1998-1999.

² Luciano Benetti Timm, *Mestre em direito civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Master of Laws pela Universidade de Warwick e Doutorando em Teoria Geral do Direito na USP. Advogado militante em São Paulo e ex-Juiz Leigo do Juizado Especial Cível do Rio Grande do Sul.*

³ LEWIS (1973), p. 01.

⁴ Cf. GREEWALD (1993).

⁵ Ver, por exemplo, o quadro em LEWIS (1973), p. 3.