

O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: FUNÇÃO SOCIAL E PRINCIOLOGIA

Taísa Maria Macena de Lima*

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
 - 2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002, OS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO DIREITO PRIVADO NACIONAL**
 - 2.1. Doutrina constitucionalista**
 - 2.2. Doutrina civil-constitucionalista**
 - 2.3. Doutrina pluralista ou anárquica**
 - 3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**
 - 4. REPENSANDO OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS**
 - 5. AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CONTRATUAL**
 - 6. BOA-FÉ OBJETIVA**
 - 6.1. Interpretação dos contratos**
 - 6.2. Responsabilidade pré e pós-contratual**
 - 6.3. Abuso do direito**
 - 7. JUSTIÇA CONTRATUAL**
 - 8. NOVA CONTRATUALIDADE E DIREITO DO TRABALHO**
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica atual enfrenta, constantemente, a questão da crise da contratualidade.

Esta questão, por sua vez, esconde uma outra: o contrato está em decadência?

Sem dúvida, o contrato passa por crise profunda; todavia a crise é mais um impulso para sua transformação do que um sintoma de decadência.

O Estado liberal proporcionou o ambiente para a mais ampla liberdade de contratar, de escolher os parceiros contratuais e fixar o conteúdo das cláusulas insertas no contrato. A disciplina jurídica do contrato refletia o espírito subjetivista, voluntarista e patrimonialista da época.

No Estado social, esse modelo de contratualidade revelou-se inadequado. Concretamente, o novo papel do Estado significou uma acentuada interferência do estatal nas relações jurídicas privadas de natureza patrimonial, fenômeno conhecido como dirigismo contratual.

Com o advento da Constituição da República de 1988, o povo brasileiro fez a opção pelo Estado Democrático de Direito. Todavia, o Código Civil ora vigente foi ainda elaborado sob a inspiração do Estado Social. Assim, o desafio que se põe aos

* Mestra e Doutora em Direito Civil pela UFMG.
Professora na PUC/MG e Juíza do Trabalho.

profissionais do direito é a reconstrução do contrato e sua conformação ao Estado Democrático de Direito. Para tanto é imprescindível a releitura das funções do contrato e de seus princípios, objeto do presente texto.

O tema proposto desdobra-se nos seguintes sub-temas, de abordagem obrigatória:

- a) o lugar do macrossistema, representado pelo Código Civil de 2002, dos microsistemas e da Constituição da República no Direito Privado Nacional;
- b) as funções do contrato sobretudo a função social;
- c) a releitura dos princípios contratuais;
- d) a nova contratualidade e o Direito do Trabalho.

2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002, OS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO DIREITO PRIVADO NACIONAL

Diante da transformação do Direito Privado, onde convivem o Código Civil (macrossistema), os estatutos (microsistemas, tais como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Locações etc.) e a Constituição da República, indaga-se, qual o centro do sistema do Direito Privado?

O esforço tendente a responder essa indagação tem dividido os juristas pátrios e estrangeiros, destacando-se, pelo menos, três posições doutrinárias: a constitucionalista, a civil-constitucionalista e a pluralista.

2.1. Doutrina constitucionalista

A doutrina constitucionalista representa uma profunda ruptura com as idéias e os ideais que inspiraram o revogado Código Bevilacqua. À época de sua promulgação e ainda muito tempo depois, o Código Civil de 1916 era tido e respeitado como a “constituição do homem comum”.

Atualmente, não se reconhece mais a existência de um abismo entre direito público e direito privado e o homem comum é antes o cidadão.

A Constituição da República ocupa-se do cidadão na multiplicidade de relações jurídicas, abrangendo normas principiológicas que afetam a (re)construção do Direito Privado.

Partindo do fenômeno denominado de constitucionalização do Direito Civil, a doutrina constitucionalista defende que, no centro do sistema do Direito Privado não mais gravita o Código Civil, mas a Constituição da República.

Segundo esta doutrina, a norma constitucional irradia princípios e valores, à luz dos quais deve ser desenvolvida a tarefa de construção e interpretação das normas privatísticas: por conseguinte, a unidade do sistema se faz em torno da Constituição.

Gustavo Tepedino é um dentre os juristas nacionais que adota doutrina constitucionalista, o que é revelado pelo texto abaixo reproduzido:

“Reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.” (1999, p. 13)

2.2. Doutrina civil-constitucionalista

A doutrina aqui denominada de civil-constitucionalista reconhece, sem dificuldade, que não há mais lugar para o monossistema de Direito Privado, representado pela Codificação.

Passando a condição de macrossistema, o Código Civil desempenha hoje papel diverso, mas relevante, na unidade do Direito Privado. Ele continua sendo o centro do Direito Privado, pois nele são encontradas as categorias básicas, os conceitos gerais, as grandes teorias. Afora isso, pode ser invocado para a colmatação das lacunas nos microssistemas.

Impossível, contudo, ignorar a força do fenômeno da constitucionalização do direito civil. Assim, defende a doutrina civil-constitucionalista que o sistema de Direito Privado é ocupado pelo Código Civil, mas este deve ser interpretado à luz da Constituição (FIÚZA: 2003, p. 31).

Assim, a questão da constitucionalização do direito civil opera-se no nível da Hermenêutica Jurídica.

2.3. Doutrina pluralista ou anárquica

A doutrina pluralista bem poderia ser chamada de doutrina anárquica, à medida em que nega a existência de um centro no sistema de direito privado. Reconhece, sim, a pluralidade de fontes (Constituição, Código Civil, estatutos) e a interação entre elas, mas não atribui a qualquer delas o papel específico e destacado de prover a unidade do sistema.

Ricardo Luis Lorenzetti, entre os juristas sul-americanos, defende essa idéia, estabelecendo o paralelo entre o Direito e a Astronomia:

“A evolução de astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro: o etnocentrismo, o antropocentrismo, a idéia ptolomaica revelam um modo de ver baseado num ponto. O processo codificatório acabou por algo sofrer dessa influência.

Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos.

Trata-se de uma mudança de axiomas. Os elementos básicos estruturantes do sistema, aquele a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, nos costumes, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais.” (LORENZETTI; 1998:79)

As três posições doutrinárias estão a exigir dos profissionais do direito, a familiaridade com as múltiplas manifestações do direito privado, com vistas a decidibilidade dos conflitos.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Ao se cogitar da função social do contrato é comum cogitar de sua função individual, reacendendo-se a dicotomia socialidade e individualidade. Todavia, esse não é o melhor critério para a distinção das funções do contrato.

Abandonando-se àquela dicotomia, podem ser identificadas três funções nos contratos: a econômica, a pedagógica e a social, esta relacionada com as outras duas.

A função econômica dos contratos revela-se pelo caráter instrumental, ou seja, o contrato é instrumento no processo de circulação de riqueza.

A função pedagógica, nas palavras de César Fiúza, também está presente na contratualidade:

“Contrato é meio de civilização, de educação do povo para a vida em sociedade. Aproxima os homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais são aos contraentes noção do respeito ao outro e a si mesmos, visto que afinal, empenham sua própria palavra. Por meio dos contratos, as pessoas adquirem noção do Direito como um todo, pois, em última instância, um contrato nada mais é do que miniatura do ordenamento jurídico, em que as partes estipulam deveres e direitos, através de cláusulas, que passam a vigorar entre elas. Ora, o ordenamento legal nada é além de conjunto de normas abstratas, destinado a todo o grupo social. Por meio dos contratos, as pessoas aprendem a lutar pelo Direito como um todo, de vez que, lutando por direitos contratuais, adquirem a visão necessária do funcionamento do ordenamento jurídico.” (2002, pp. 354/355)

A função social do contrato é a síntese das outras duas funções. Da fusão da função econômica e da pedagógica resulta a utilidade social do contrato, voltada para fins socialmente relevantes, para a realização da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana. Para alcançar esse desiderato, os Estados editam normas cogentes e interferem nas contratações de vários modos.

A socialidade foi eleita como um dos pilares do novo Código. Naturalmente, no âmbito da contratualidade, isso significa realçar a função social do contrato:

“O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade de contratar) deve ser ‘exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.” (AZEVEDO: 2003, p. 34)

4. REPENSANDO OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

A nova principiologia contratual não foi introduzida pelo Código Civil de 2002, mas foi por ele consagrada.

Na releitura dos princípios contratuais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e sua interpretação pela doutrina e jurisprudência nacionais tiveram influência significativa.

Quando da promulgação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, as inovações introduzidas no Direito dos Contratos impuseram a reflexão sobre duas possibilidades: o CDC introduziu princípios aberrantes em relação aqueles que informam a Teoria Geral dos Contratos ou apenas realizou a adequação dos princípios contratuais às características específicas das relações de consumo?

O alinhamento em defesa da primeira tese levava à conclusão de que as normas do CDC não podiam ser objeto de interpretação analógica, segundo a regra de que lei especial não comporta aplicação analógica.

Observa-se, contudo, tanto na doutrina como na jurisprudência, a preferência pela segunda tese, ou seja, considera-se que as normas do CDC compõem um microssistema, mas sem desvio essencial aos princípios fundamentais do macrossistema do Direito Civil.

Os princípios contratuais que exurgem do microssistema do Direito do Consumidor (princípio da autonomia privada, princípio da boa-fé e princípio da justiça contratual) acabaram por influenciar a teoria do contrato, mesmo fora do âmbito das relações de consumo. O Código Civil de 2002 assimilou essa evolução do Direito Privado Nacional.

5. AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CONTRATUAL

A passagem do individualismo, voluntarismo, patrimonialismo no Século XIX e até meados do Século XX para a concepção atual do Direito Privado determinou até mesmo a alteração da denominada autonomia da vontade para autonomia privada.

Segundo Maria Helena Diniz, o princípio da autonomia da vontade (ou autonomia privada) pode ser enunciado como o reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade (1998, pp. 45/46).

Não poucos autores identificam a autonomia privada com a liberdade de estipulação negocial. Contudo essa é bem mais restrita do que àquela. Na verdade, a autonomia privada tem conteúdo muito mais vasto, englobando questões de natureza patrimonial e questões de natureza pessoal.

O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros (LIMA: 2003a, p. 248).

A intromissão do Estado cede lugar à liberdade do ser humano para decidir o seu destino, com toda a responsabilidade que ela traz, o que é salientado por João Baptista Villela:

“Que abdicação da liberdade importe alívio é verdade e é compreensível. O exercício da autodeterminação constitui, ao mesmo tempo, grandeza e dor, crescimento e pena, morte e ressurreição do ser humano. Quem, pois, se recusa a liberdade, não padece a angústia de decidir. Ao preço porém, de não crescer. De continuar sempre menor, de um modo ou de outro, por preguiça ou covardia, como lembrava Kant, há quase duzentos anos.” (VILELLA: 1982, p. 31)

A liberdade de estipulação vincula-se estreitamente à autonomia privada, mas tem âmbito mais restrito: Maria Helena Diniz enfatiza a permissão dada à pessoa de outorgar direitos e de aceitar deveres, nos limites legais, dando origem a negócios jurídicos (DINIZ:1998, pp. 45/46); Carlos Alberto Bittar refere-se ao “princípio da liberdade negocial”, fundado na autonomia para vincular-se ou não (BITTAR: 1990, p. 152) e Carlos Alberto da Mota Pinto (PINTO: 1996, p. 88) alude ao princípio da liberdade contratual, como manifestação da autonomia da vontade no domínio dos contratos.

Como contraponto dessa liberdade, tem-se a intervenção do Estado no contrato, o dirigismo contratual:

“Nascida a partir das colocações de Jossierand, no início da década de 30, a expressão dirigismo contratual engloba o conjunto de técnicas jurídicas que transforma os contratos menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo a definir.” (GRAU: 1977, p. 410)

O dirigismo contratual deu origem a uma série de figuras contratuais, que submetidas ao regime dos contratos, não se deixam explicar pela teoria do negócio jurídico.

O contrato coativo, por exemplo, realiza-se sem pressuposto do livre consentimento das partes. Em tal caso, o Estado intervém para atingir objetivos de política econômica ou facilitar a atuação financeira. É técnica para munir o Fisco de um meio para obrigar os particulares a produzir ou vender mercadorias a certos comerciantes; melhorar as condições de cultura; propiciar trabalho a certas categorias; prevenir certas categorias contra riscos a que se expõe, ou ainda remediar a crise da habitação (GOMES: 1980, pp. 16/22).

Outro exemplo é o contrato necessário: inúmeros organismos particulares são obrigados a contratar com pessoas que precisam de seus serviços; inexistente o direito de escolher a outra parte em razão da natureza dos serviços que exploram (GOMES: 1980, pp. 16/22).

Não se reconhece nesses dois casos, a concepção tradicional de negócio jurídico, qual seja,

“ato de emissão de vontade combinado com o ordenamento jurídico, voltado a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da vontade do que da lei.” (FIÚZA: 1999, p. 98)

Sem dúvida, a intervenção do Estado no contrato, não raro, é necessária, para promover equilíbrio e justiça. Todavia, ela marca uma verdadeira crise do conceito de negócio jurídico, de modo que é difícil dizer se, atualmente, prevalece a liberdade de estipulação negocial ou o dirigismo contratual.

Abstraindo suas múltiplas manifestações e tomando a autonomia privada sob a ótica do Direito Contratual apenas, conclui-se que ela abriga:

1º) A liberdade de contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa, viver sem celebrar contratos.

2º) A liberdade de escolher a contraparte. As pessoas devem ser livres para escolher o parceiro contratual e o objeto do contrato.

3º) A liberdade de estabelecer o conteúdo das cláusulas contratuais, respeitados os limites da lei.

4º) A liberdade de mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito.

6. BOA-FÉ OBJETIVA

Diferentemente da boa-fé subjetiva (que se refere ao estado psíquico do sujeito de direito) a boa-fé objetiva é princípio jurídico que representa a conduta paradigmática. Suas funções são:

- a) fixação de critérios para interpretação do conteúdo dos contratos;
- b) criação de deveres secundários ou anexos;
- c) estabelecimento de limites ao exercício dos direitos.

6.1. Interpretação dos contratos

A consagração do princípio da boa-fé objetiva importa uma viravolta na interpretação negocial (LIMA: 2003b, p. 51).

O art. 85 do revogado Código Civil adota norma explícita sobre a interpretação dos negócios jurídicos: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

A doutrina nacional reconhece nesse dispositivo a adoção da Teoria da Vontade (*Willenstheorie*), segundo a qual se deve perquirir a vontade interna do agente, a sua real vontade.

A Teoria da Declaração (*Erklärungstheorie*), segundo a qual não é necessário cogitar-se do querer interno do agente, bastando deter-se na declaração de vontade, não teve a preferência do legislador de 1916.

O CC/2002 inovou nesse particular ao dispor no art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (grifo inexistente no texto original)

A nova redação revela o esforço do legislador de encontrar um meio-termo entre a Teoria da Vontade e a Teoria da Declaração, numa tentativa de evitar os excessos que delas podem resultar.

O art. 112 do novo Código parece ter assimilado a Teoria da Confiança, objeto das seguintes considerações de Orlando Gomes:

“Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem a má-fé em quem acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais a vontade foi imperfeitamente manifestada, têm do direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quanto esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a sua vontade. Enquanto pois tem um dos contraentes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade.” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais dos Direitos das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14)

A boa-fé ganha maior relevo na interpretação dos negócios jurídicos.

Interpretar um contrato (o negócio jurídico bilateral e oneroso) é esclarecer o sentido das declarações de vontade que se integram e determinar o significado do acordo ou consenso; busca-se com a interpretação do contrato ou outro negócio jurídico determinar os efeitos que ele visa a produzir e definir a vontade objetivamente expressa nas cláusulas.

A exemplo do que ocorre com a interpretação da lei, admite-se colimar o efeito extensivo (conferir à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia dentro do seu sentido literal) ou restritivo (limitar a incidência da norma jurídica, impedindo que produza efeitos maléficos, porque suas palavras abrangem hipóteses que nela não se contêm) ao negócio jurídico.

A escolha da teoria da confiança na recodificação do Direito Civil está a exigir uma releitura da interpretação dos negócios.

É que os tipos de interpretação dos negócios jurídicos (interpretação subjetiva e interpretação objetiva) - sobretudo do contrato - foram desenvolvidos a partir da prevalência da teoria da vontade sobre a teoria da declaração, nos moldes do Código Civil de 1916.

A chamada interpretação subjetiva é norteadada pelo princípio da investigação da vontade real e consagra as seguintes regras hermenêuticas:

- a) na interpretação de um contrato deve-se indagar qual foi a intenção comum das partes;
- b) intérprete não deve limitar-se ao sentido literal da linguagem, mas averiguar o espírito do contrato;
- c) tal como a lei o contrato deve ser interpretado sistematicamente, interpretando suas cláusulas uma por meio das outras e atribuindo-se a cada qual o sentido que emerge da totalidade;
- d) as cláusulas de um contrato de adesão ou predeterminadas por um dos contraentes em forma impressa interpretam-se na dúvida, em favor do outro.

A interpretação objetiva tem o caráter subsidiário ou supletivo relativamente à interpretação subjetiva, ou seja, se as regras hermenêuticas acima não forem suficientes para desvendar o sentido do negócio jurídico e fixar os seus efeitos, o intérprete deve socorrer-se da interpretação objetiva, fundada em três princípios:

- a) princípio da boa-fé;
- b) princípio da conservação do contrato;
- c) princípio da extrema *ratio* (menor peso e equilíbrio das prestações).

No âmbito da teoria da confiança não há que se cogitar de prevalência da vontade real sobre a declaração de vontade, mas na confiança que a declaração de vontade gera e na boa-fé de quem acreditou na declaração ainda que divergente com a vontade real do declarante. Com a vigência do CC/2002, relegar a interpretação objetiva ao segundo plano - enquanto interpretação de caráter subsidiário apenas - não mais se sustenta. Caberá, portanto, ao intérprete aplicar uma e outra interpretação, afastada a idéia de prevalência de uma e caráter supletivo da outra.

6.2. Responsabilidade pré e pós-contratual

A boa-fé objetiva, na função criadora de criação de deveres secundários ou anexos às obrigações contratuais, revela sua influência na fundamentação dogmática da responsabilidade pré e pós-contratual.

Mesmo antes da celebração do contrato, especificamente na fase das tratativas, podem ocorrer fatos relevantes para a ordem jurídica. A responsabilidade civil na formação do contrato não é desconhecida nos direitos nacional e estrangeiro, mas há certa controvérsia relativamente ao fundamento jurídico do dever de indenizar danos decorrentes do rompimento das tratativas. À primeira vista, o dever de indenizar, em tais casos, parece colidir com a liberdade contratual. A disciplinação da responsabilidade pré-contratual requer a coexistência harmônica do princípio da autonomia privada (na sua vertente liberdade de contratar) e o princípio da boa-fé.

Afora a questão relativa ao rompimento das tratativas, a fase pré-contratual oferece outros problemas a serem enfrentados, como o da responsabilidade da parte que dá ensejo à celebração do contrato, conhecendo a existência de causa de nulidade, que inviabilizará a subsistência do contrato (GARCIA: 2003, p. 18).

No período anterior à celebração do contrato, os comportamentos daqueles que desenvolvem as tratativas criam expectativas e confiança na parte contrária, o que requer deles uma conduta conforme a lealdade e probidade. A boa-fé objetiva desempenha papel relevante na determinação do conteúdo dessa relação pré-negocial e, por conseguinte, na determinação do dever de indenizar daquele que se afastou dos deveres de lealdade e probidade.

Celebrado e cumprido o contrato, ainda assim remanesce para as partes deveres acessórios de lealdade e cooperação, que, se violados, podem ensejar o dever de indenizar.

A pós-eficácia das obrigações é algo mais amplo que a responsabilidade pós-contratual. Esta é apenas um dos aspectos daquela.

Consoante Maurício Jorge Pereira da Mota, sob a terminologia “pós-eficácia das obrigações”, a doutrina distingue quatro situações distintas: a pós-eficácia aparente, a pós-eficácia virtual, a pós-eficácia continuada e a pós-eficácia *stricto sensu*.

A pós-eficácia aparente identifica-se com os efeitos pós-eficazes de obrigações cominados, expressa e especificamente, por norma jurídica que tem o fato extintivo por previsão, não configuram rigorosamente pós-eficácia mas tão-só eficácia (atual)

do próprio fato extintivo que, afinal, vem a se afirmar como constitutivo de situações novas. Chama-se a esta situação, à eficácia que a lei, expressa e especificamente, associe à extinção de certas obrigações, de pós-eficácia aparente. O art. 10, § 1º e art. 32 do CDC exemplificam a pós-eficácia aparente (MOTA: 2000, p. 223).

A pós-eficácia virtual é encontrada em obrigações complexas, em cujo conteúdo se inscreva, desde o início, a existência de determinados deveres que, por natureza, só possam ser executados no momento imediatamente posterior ao da extinção. Nesse caso, mesmo havendo o cumprimento da prestação principal, são exigíveis outras prestações, ditas secundárias, que somente se manifestam com a extinção da obrigação principal. Como exemplo, pode-se citar a relação advocatícia, pois extinta esta, o advogado fica obrigado a prestação (secundária e pós-eficaz) de devolver documentos que houver recebido do cliente no curso da demanda (MOTA: 2000, p. 224).

A pós-eficácia continuada é verificável em um gênero de obrigações complexas, no qual se manifestam ao longo do curso das obrigações tanto o dever de prestar principal quanto os deveres secundários. Ocorrendo a extinção do dever de prestar principal, continuam devidos os demais elementos até o seu cumprimento integral. Cita-se como exemplo o caso de um banqueiro que, tendo realizado a venda de seu banco, fica obrigado por cláusula contratual (prestação secundária) a não montar novo estabelecimento na área financeira pelo prazo de três anos (MOTA: 2000, p. 224).

Finalmente, a pós-eficácia *stricto sensu*, que não se confunde com as três hipóteses anteriores, tem sua fundamentação dogmática no princípio da boa-fé objetiva.

Judith Martins-Costa, em seu estudo sobre boa-fé, ressalta que:

“Em certos casos, os deveres instrumentais decorrentes da incidência da boa-fé objetiva persistem, gerando a continuidade, no tempo, da relação obrigacional, mesmo se adimplida a obrigação principal.” (2000, p. 47)

É a boa-fé objetiva que justifica a existência de um dever-conduta ao mesmo tempo lateral, acessório, unitário e de garantia de fruição do contrato celebrado. E com base na boa-fé objetiva, é possível verificar se dada conduta importa violação desse dever acessório, ensejando a responsabilidade pós-contratual (MOTA: 2000, pp. 238/9).

6.3. Abuso do direito

Diferentemente do CC/1916, o CC/2002, no art. 187, refere-se expressamente ao abuso de direito, estatuinto:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Sem dúvida, ato ilícito e ato abusivo são expressões de antijuridicidade. Mas ontologicamente não se confundem.

Heloísa Carpena salienta que a doutrina do ato abusivo constitui campo temático por excelência da aplicação dos princípios que regem o ordenamento, cuja observância se impõe em razão da necessidade de garantir a unidade do sistema e a realização da segurança jurídica. Os princípios constitucionais aplicáveis para distinguir o exercício normal de um direito do abuso de direito são: princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF); princípio da solidariedade (inciso I do art. 3º da CF); princípio da prevalência do bem comum (art. 3º, IV) e princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CR) (CARPENA: 2001, p. 69).

Afinal, conclui a mesma autora:

“Os princípios jurídicos que expressam os valores fundamentais do ordenamento se concretizam através da fixação de um modelo ideal de conduta social, um padrão ético, o qual, por sua vez, corresponde ao princípio da boa-fé.” (CARPENA: 2001, p. 70)

7. JUSTIÇA CONTRATUAL

A História da Filosofia do Direito revela a preocupação dos pensadores em todos os lugares em épocas com a justiça, com o direito justo, com o confronto da lei elaborado pelo homem e o valor de justiça.

A preocupação com o valor de justiça é milenar, mas as considerações em torno do princípio da justiça contratual são relativamente recentes e marcam um largo passo na evolução do Direito. Buscar a justiça não é somente desejável (ser justo é bom), mas é também comando normativo (princípio é norma).

Assim, no âmbito das relações contratuais, o princípio da justiça impõe às partes o dever de atuar em conformidade com a justiça formal (igualdade das partes no processo de contratação) e a justiça substancial (efetivo equilíbrio de direitos e deveres das partes contratantes) (NORONHA: 1994, p. 215 *et seq.*).

Sob a égide do voluntarismo, subjetivismo e liberalismo, por duzentos anos, contentava-se com a justiça formal.

Atualmente, sem desprezar a igualdade no processo de contratação, exige-se ainda nas relações contratuais, que seja observada a justiça substancial, de modo que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada.

Difícil determinar o alcance do princípio da justiça contratual. Por isso, neste texto, a sua aplicabilidade será apreciada em alguns casos apenas:

a) Contrato de adesão:

O contrato de adesão afasta-se do princípio da justiça contratual formal; daí a necessidade de a ordem jurídica intervir para, de algum modo, evitar situações iníquas.

b) Abatimento do preço, em caso de vício redibitório ou evicção parcial e limitação do valor da cláusula penal.

Nas hipóteses acima, o próprio legislador presume que houve violação da justiça contratual substancial, especialmente do subprincípio da equivalência da prestação (justiça comutativa).

c) Risco da entrega da coisa por conta do comprador e resolução do contrato fundada na impossibilidade da realização da prestação por uma das partes.

Nos dois exemplos acima, as sanções legais visam a restabelecer o respeito ao princípio da justiça substancial, especialmente o subprincípio da distribuição equitativa e justa de ônus e riscos (justiça distributiva).

8. NOVA CONTRATUALIDADE E DIREITO DO TRABALHO

O Código Civil de 2002, fundado entre outros no princípio da socialidade, entra em vigor, quando “vozes liberais” estão a clamar por mudanças no Direito do Trabalho, os ares de socialidade determinam um novo modelo de contratualidade.

Com efeito, o modelo de contrato que exsurge das múltiplas fontes do Direito Privado (Constituição da República, macrossistema representado pelo Código Civil e microsistemas, representados pelos estatutos) revela a aproximação do Direito Civil com o Direito do Trabalho. Mas não se verifica uma civilização do direito do trabalho; ao contrário é o Direito Civil que assimilou conceitos e princípios que, por muito tempo, pareciam confinados ao âmbito juslaboral.

Claro que muitos institutos e teorias do Direito Civil permanecem inaplicáveis ao Direito do Trabalho. Todavia, naquilo em que o Direito Civil pode ser invocado para solver conflitos decorrentes do contrato de trabalho, uma mais intensa harmonia e coesão das fontes jurídicas viabilize a justiça social que o novo Direito Civil propõe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira & ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, 2003, pp. 31/45.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CARPENA, Heloísa. *Abuso de Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: teoria geral do direito civil, 18ª ed., v. 2, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIÚZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil*: curso completo, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. Dirigismo contratual. In: FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 32, pp. 409/411.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil*: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a, pp. 241/258.
- LIMA, Taísa Maria Macena de. Atos e negócios jurídicos no Código Civil de 2002. In: LAGE, Emerson José Alves & LOPES, Mônica Sette (Coord.). *Novo Código Civil e seus Desdobramentos no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003b, pp. 47/71.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Bera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do contrato. In: ALVIM, Arruda, CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira & ROSAS, Roberto. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, 2003, pp. 335/341.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.187/241.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SILVA, Jorge César Ferreira da. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 115/130.
- VILELLA, João Baptista. *Direito, Coerção e Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982.
- WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena & LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp.73/93.