

ENSAIO SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO ATUAL E SUAS EVOLUÇÕES

Mariana Ribeiro Santiago¹

Sumário: Introdução; 1. As bases do Código Civil de 1016; 2. O espírito e as inovações do atual Código Civil brasileiro; 3. Novos caminhos do direito civil; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO



França setecentista, berço da Revolução Francesa, revelou-se uma sociedade em fermentação, desafiadora do *ancien regime* e dos ditames do Estado limitador e absolutista, instaurando o liberalismo individualista, doutrina a qual, cerceando ao máximo a interferência estatal na sociedade, consolidou o Estado liberal².

¹ Doutora em direito civil comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Autora dos livros “O princípio da função social do contrato” (2 ed., Curitiba: Juruá, 2008) e “Vício de consentimento: o estado de perigo nos contratos” (Curitiba: Juruá, 2012). Professora da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Editora-chefe da Revista Thesis Juris. Advogada sócia do escritório Neves, Barbuy e Santiago Advogados.

² LASKI, Harold J.. *O liberalismo europeu (The rise of european liberalism)*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973. p. 117. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, V. 3, 2002. pp. 5-6. Norberto Bobbio (*Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, Trad. Daniela Beccaccia Versiani, 16ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. pp. 275-276) ressalta que a “identificação da doutrina do Estado liberal com a ideologia burguesa do Estado repousa sobre uma consideração histórica inadequada. A doutrina do Estado liberal apresenta-se, em seu nascimento (nas primeiras doutrinas contratualistas dos chamados monarcômacos), como a defesa do Estado limitado contra o Estado absoluto. Por Estado absoluto entende-se o Estado em que o soberano é ‘legibus solutus’, cujo poder é portanto sem limites, arbitrário. O Estado limitado é, em contrapartida, o Estado no qual o supremo poder é limitado seja pela lei divina e natural (os chamados direitos naturais inalienáveis e invioláveis), seja pelas leis civis, através da

Em face do desenvolvimento do sistema industrial e capitalista, todavia, o ideal de liberdade pregado fervorosamente na Revolução Francesa mostrou-se ineficiente para a proteção do ser humano. O desequilíbrio e a desigualdade econômico-social entre as pessoas tornaram-se evidentes, provocando injustiças e insatisfações por parte dos segmentos menos abastados³.

O individualismo, pregando uma autonomia irrestrita e completa liberdade do homem, atingiu um patamar em que se desvirtuou em uma teoria da sistematização do egoísmo. Criou-se uma visão atomista da sociedade, fundada numa antropologia na qual a única realidade verdadeira e o único fim eram o indivíduo, sendo a sociedade um singelo meio para que se atinja o bem deste⁴.

Exatamente em decorrência dessa conjuntura acima analisada, observou-se o surgimento do Estado social, lastreado na constatação da falsidade das premissas do Estado liberal: liberdade e igualdade entre os homens.

O Estado social, na perspectiva jurídica, agregou à esfera política do Estado liberal, onde se observa a limitação e o controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, intervindo na esfera privada para limitar o individualismo e garantir a tutela dos mais fracos⁵.

Dentro da estrutura do Estado social, conferem-se os di-

constituição pactuada (fundamento contratualista do poder). Todos os autores aos quais se costuma remeter a concepção liberal do Estado repetem monotonamente esse conceito; e toda a história do Estado liberal desenvolve-se através da busca de técnicas aptas a realizar o princípio da limitação do poder”.

³ LORENZO, Wambert Gomes Di. *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 8.

⁴ SODRE, Ruy Azevedo. *Função social da propriedade privada*. Tese (doutorado em direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.d.]. p. 43. LORENZO, Wambert Gomes Di, *Teoria...*, cit.. p. 6.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, pp. 9-23. pp. 12-13.

reitos do trabalho, da previdência, da educação etc., notando-se a sua influência sob domínios tradicionalmente pertencentes à iniciativa individual, com características de intervencionismo, patronagem ou paternalismo⁶.

A ideologia do social, impregnada pela noção de justiça social, passou a dominar o cenário constitucional do século XX⁷. Dois grandes marcos de tal movimento foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891, devido ao momento histórico, manifestaram grande apego à concepção individualista dos direitos. Todavia, a Constituição de 1934 já inaugura entre nós o Estado social, no que foi seguida pelas posteriores, compreendendo-se essas constituições como sociais, uma vez que regulam a ordem econômica e social para além do que pretendia o Estado liberal⁸.

Dentro dessa evolução, porém, iniciou-se a especulação a respeito da crise que envolve o Estado social, principalmente nos países em desenvolvimento, onde as receitas públicas destinadas ao atendimento das demandas sociais crescentes são limitadas e insatisfatórias⁹.

Evidencia-se também que o conteúdo social que adere ao Estado social não possibilita uma reformulação dos preceitos do modelo clássico, restando pendente de solução a situação da igualdade, o que ensejou a criação do conceito de Estado democrático de direito¹⁰.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972. p. 208.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios*, cit., pp. 12-13.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios...*, cit., p. 13. LORENZO, Wambert Gomes Di. *Teoria...*, cit., p. 11.

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 74.

A alteração de paradigma acima noticiada reflete-se na seara do direito civil, impingindo-lhe toda uma evolução e um novo espírito, o que implicou, ao longo do tempo, uma revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador¹¹. É essa transformação que nos propomos a analisar a seguir.

1. AS BASES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

De acordo com Laski¹², a França setecentista era uma sociedade em fermentação, na qual a pressão das novas idéias era inexaurível, e, em nome desse ideário, desafiava-se o *ancien régime*, e todos os gênios desse período estavam do lado das novidades.

O liberalismo individualista, instaurado pela Revolução Francesa como reação ao Estado limitador e absolutista, que dominou a Idade Média, ao limitar ao máximo a interferência estatal, consolidou o Estado liberal e o século XIX se tornou o momento histórico ideal para cristalizar essa ideologia¹³

Consequência da Revolução de 1789, o Código de Napoleão, de 1804, em vigor até hoje, refletiu as concepções filosóficas, econômicas e políticas da revolução, inclusive recebendo grande influência da Escola do Direito Natural¹⁴. Os pilares

¹¹ REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 7. RULLI NETO, Antonio. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 197.

¹² LASKI, Harold J.. *O liberalismo*, cit., p. 117.

¹³ Vide RODRIGUES, Silvio. *Direito...*, cit., pp. 5-6.

¹⁴ A Escola Jusnaturalista, no século XVII, pregando o livre-arbítrio, constituiu importante fator de laicização do direito e da sua concepção racional. O direito para esses jusnaturalistas não é forçosamente cristão, conforme pregavam os canonistas (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito (Introduction historique au droit)*. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 737). Vale ressaltar que nos referimos nessa ocasião ao jusnaturalismo como doutrina epistemológico-jurídica de tipo subjetivo e formal, desenvolvida a partir do século XVII, que buscava os seus fundamentos na

desse *Codex* são o poder absoluto da propriedade e a intangibilidade dos contratos¹⁵. Sendo a primeira grande codificação moderna, influenciou a legislação subsequente da grande maioria dos países ocidentais.

A ideologia individualista tornou-se a pedra angular da consolidação do regime capitalista de produção. E sob a égide do liberalismo econômico, no qual não cabe a intervenção estatal na economia, o contrato, na sua concepção tradicional, foi alçado à condição de instrumento por excelência da vida econômica, possibilitando a circulação das riquezas.

A fórmula “*laissez-faire, laissez-passer*”, pregada à época por Adam Smith, poderia também encerrar, na opinião de Antonio Jeová Santos¹⁶, o “*laissez-contracter*”, significando a real repercussão que o liberalismo econômico teve no mundo jurídico.

Essa ideologia nitidamente liberalista e individualista, influência do Código de Napoleão, marcou o conteúdo Código Civil brasileiro de 1916, embora, em sua forma, este *Codex* tenha sido totalmente guiado pelo BGB (*Bürgerlichs Gesetzbuch*), de 1886.

Pode-se dizer que após a promulgação do Código de Napoleão, dominaram, durante o séc. XIX, na Alemanha, a

identidade da razão humana, em oposição ao jusnaturalismo em sua concepção originária, do século XIII, de tipo objetivo e material, de influência escolástica (filosofia da Igreja Católica) e conteúdo teológico, fundamentando-se na inteligência e na vontade divina (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 36-38). A doutrina jusnaturalista expressou, sob o aspecto ideológico, a luta progressiva da burguesia em ascensão, que visava o aniquilamento do sistema feudal, representada pelo direito positivo ou histórico que o apoiava. O individualismo estava implícito nessa teoria, que tomava como ponto de partida o homem isolado, fora da existência da sociedade (LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. pp. 79-80).

¹⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 28.

¹⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Função*, cit., p. 34.

pandectística¹⁷ e o positivismo legalista (este também estava presente na França após a promulgação do *Code Napoléon*), correntes doutrinárias complementares que influenciaram a codificação do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)¹⁸.

O referido Código Civil alemão, após árduos trabalhos preparatórios, foi promulgado em 18 de agosto de 1896, tendo um período de *vacatio legis* de quatro anos, entrando em vigor apenas em 1º de janeiro de 1900, ou seja, antes da própria Constituição de Weimar. Diferentemente do Código Civil francês, o BGB tem uma parte geral, a qual foi aclamada como uma de suas grandes virtudes¹⁹.

Nesse passo, o Código de 1916 contava com uma Parte Geral (Livro I – Das Pessoas, Livro II – Dos Bens e Livro III – Dos Fatos Jurídicos) e uma Parte Especial (Livro I – Do Direito de Família, Livro II – Do Direito das Coisas, Livro III – Do Direito das Obrigações, Livro IV – Do Direito das Sucessões e Disposições Finais).

Ocorre que, após a promulgação do Código Civil de 1916, a sociedade brasileira, assim como todo o mundo, experimentou incontáveis transformações, sendo estas históricas, culturais, sociais, políticas, econômicas, jurídicas etc., as quais expuseram todas as mazelas do pensamento liberalista e, con-

¹⁷ A doutrina epistemológico-jurídica denominada exegetismo marcou a ciência do direito no século XIX, período pós-codificação francesa, pregando que o direito positivo se identifica por completo com a lei escrita, sendo a função específica do jurista ater-se rigorosamente ao texto legal, para revelar o seu sentido. Não negavam o jusnaturalismo à medida que afirmavam que os códigos elaborados de forma racional eram expressão humana do direito natural e por isso o estudo do direito deveria se restringir à mera exegese dos códigos. A tal atitude convencionou-se denominar de positivismo legal, estatista e avalorativo.

À Escola da Exegese, francesa, correspondeu o Pandectismo alemão. Ambas as doutrinas desembocaram num sistema rígido de construção sistemática, utilizando o método dedutivo e processo rigorosamente silogístico, embora o ponto de partida dos pandectistas fosse exclusivamente os textos do direito romano, mais especificamente as *Pandectas* ou *Digesto* de Justiniano (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio*, cit., pp. 50-54. LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário*, cit., p. 90).

¹⁸ GILISSEN, John. *Introdução*, cit., pp. 517-518.

¹⁹ SANTOS, Antonio Jeová. *Função*, cit., p. 157.

sequentemente, a insuficiência deste Código para regência da “nova sociedade”.

Arnaldo Rizzardo²⁰ pondera que o que acontece na prática é que “uns vencem mais que os outros, dispõem de maior discernimento e tino negocial. Muitas pessoas revelam uma vontade fraca. Deixam-se enlear na insídia, ou são desavisadas e desprovidas de uma visão real e ampla do mundo que as cerca. Oferecem todas as condições para serem prejudicadas”.

É interessante notar que Rousseau²¹, já no século XVIII (o Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens data de 1753), demonstrava uma compreensão da desigualdade entre os homens. Concebia duas espécies de desigualdade: uma natural ou física, imposta pela própria natureza, que advém da diferença de idade, de saúde, de forças corporais e qualidades do espírito; bem como uma desigualdade moral ou política, estabelecida pelo consentimento dos homens e consiste nos privilégios desfrutados por alguns de serem mais ricos, mais respeitados, mais poderosos etc.

Ripert²² também afirmou que a igualdade não pode existir entre dois homens que têm pensamento, vontade, fim, formação intelectual diferentes, sendo inevitável a superioridade de um dos contratantes e justas as vantagens advindas dessas qualidades desiguais. O que é moralmente reprovável, segundo o autor, é a deslealdade de um dos contratantes ao abusar da sua superioridade, explorando a outra parte.

Como lembra Enzo Roppo²³, a ideologia que exalta a liberdade contratual na concepção tradicional de contrato, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona a essa liberdade ele-

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, v. 1, 1988. p. 30.

²¹ ROUSSEAU. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Rolando Roque da Silva. *O contrato social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, pp. 143-208, 1965. p. 143.

²² RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 81.

²³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 37.

mentos de dissimulação e deturpação da realidade, ocultando o que se esconde por detrás da máscara da igualdade jurídica dos contratantes num sistema capitalista de produção. Essa realidade oculta, salienta o autor, é que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstratas, formal, à qual podem corresponder, de fato, gravíssimas desigualdades substanciais, típicas de uma sociedade dividida em classes.

Contra a omissão total de proteção aos fracos, evidenciada no Estado liberal, insurgiram-se pensadores socialistas, como Comte, Saint-Simon e Karl Marx²⁴. O socialismo de Marx e Engels, em sua formulação essencial, insistia na tese de que a Revolução Francesa apenas transferiu o poder político dos proprietários da terra para os donos da propriedade industrial²⁵.

Vale citar, também, a teoria do solidarismo, proposta em 1889, como uma nova escola econômica, pela obra de Gide, M. Marion, Leon Bourgeois e Durkeim, apresentando uma síntese entre individualismo e socialismo. Essa teoria propugnava a intervenção estatal circunscrita a justos limites e pregava que o indivíduo desenvolvido, independentemente da sociedade, é uma abstração, assim como imaginar a sociedade prescindida dos elementos que a compõem também o é. Sustentava a citada doutrina serem homem e sociedade objetivamente incindíveis²⁶.

Essa compreensão da desigualdade de fato, que existe entre os homens, levou à formulação do princípio da especialidade, contido no princípio da isonomia, prevendo o tratamento desigual dos desiguais para que se possa obter, dessa forma, uma igualdade substancial. Consequências desse entendimento foram a proliferação de legislações específicas protecionistas.

Entre essas novas normas, de ordem pública, no âmbito da legislação nacional, podemos citar a lei da usura (impedindo

²⁴ GILISSEN, John. *Introdução...*, cit., p. 739.

²⁵ LASKI, Harold J.. *O liberalismo...*, cit., p. 172.

²⁶ SODRE, Ruy Azevedo. *Função...*, cit., pp. 60-62.

a cobrança de juros extorsivos), a lei do inquilinato (protegendo o inquilino, considerado parte mais fraca no contrato de locação), a lei de luvas (visando proteger o locatário especificamente nas locações comerciais), o Código de Defesa do Consumidor (dispensando proteção especial ao consumidor) etc.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ assevera que, por via do princípio da igualdade, a ordem jurídica visa firmar a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

De modo geral, hoje prevalece na doutrina o entendimento de que o princípio da igualdade veda a diferenciação arbitrária, absurda e que não se encontra a serviço de um fim acolhido pelo direito, pois o tratamento desigual dos desiguais é essencial para se atingir a própria justiça²⁸.

Tais ideias foram essenciais para a transição entre o Código Civil de 1916 e o diploma de 2002, contendo este o gérmen das novas conquistas sociais e ferramentas mais adequadas para a direção da sociedade civil moderna no Brasil, conforme será demonstrado a seguir.

2. O ESPÍRITO E AS INOVAÇÕES DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Desde o início da vigência do Código Civil de 1916, até a promulgação do Código Civil de 2002, profundas mudanças acometeram a sociedade brasileira, inclusive por interferência de todo um panorama mundial.

A população nacional estimada, de 30.635.605 (trinta milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, seiscentos e cinco) habitantes em 1920, passou a ser, atualmente, de 193.946.886 (cento e noventa e três milhões, novecentos e quarenta e seis mil,

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 25.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2 ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 1997. p. 52.

oitocentos e oitenta e seis) habitantes, representando um acréscimo de aproximadamente 530% (quinhentos e trinta por cento) na população, em menos de um século²⁹.

Nesse período observou-se a emancipação da mulher, sua inserção no mercado de trabalho e conseqüente mudança do seu papel na sociedade. A propriedade imóvel, por sua vez, perdeu sua condição de fonte primordial de riquezas, cedendo espaço para outras espécies de patrimônio móveis e imateriais.

A revolução tecnológica que caracterizou o século XX foi espantosa e desembocou também em inúmeros avanços na medicina, aumentando o tempo de vida do homem, criando novas formas de reprodução humana, a possibilidade de transplante de órgãos e da clonagem, por exemplo. Tudo isso gera polêmicas questões de bioética e biodireito, como o prolongamento artificial da vida humana e a destinação a ser dada aos embriões excedentes na inseminação artificial.

Essa mesma evolução tecnológica provocou, ainda, após o êxodo rural responsável pelo crescimento populacional das grandes cidades, a automatização e robotização das atividades industriais, acarretando a perda de grande mercado de trabalho para o homem, repercutindo diretamente no âmbito econômico e social. O surgimento da *internet*, a qual se transformou em veículo de grande utilização na formação das relações contratuais, abalou os conceitos de tempo, lugar do contrato etc.

A mídia, por outro lado, transformou-se, nesse meio tempo, em instituição extremamente poderosa, pelo seu poder de manipulação das massas, havendo quem a considere, hodiernamente, um quarto Poder, tão, ou mais influente, do que Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todas essas mutações, acima apenas exemplificadas, nos levam a concluir pela indubitável obsolescência do *Codex* de 1916 para reger a nova sociedade e pela necessidade de uma

²⁹ Anuário Estatístico do Brasil. Capturado em 13 abr. 2013. On-line. Disponível na Internet <http://www.ibge.com.br>.

novel regulamentação da atividade civil, oportunamente realizada em face do atual Código Civil brasileiro, “constituição do homem comum”³⁰, redigido sob o lastro dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade.

O sentido social é uma das características mais marcantes do Código Civil, em contraste ao individualismo do diploma civil anterior, sendo que a ideia de socialidade faz prevalecer os interesses coletivos sobre os individuais, sem prejuízo da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil prevê, ainda, o recurso a critérios ético-jurídicos visando à concreção jurídica, dotando o magistrado de maior poder para aplicar a solução mais justa ou equitativa, em conformidade com valores éticos, o que se mostra em consonância com o princípio da eticidade, cujo fulcro primordial é o valor da pessoa humana³¹.

No tocante à operabilidade, pode-se dizer que esta implica a realizabilidade do direito. Como bem explica Jhering³², “o direito existe para se realizar. A realização é a vida, e a verdade do direito é o próprio direito. O que realmente não sucede, o que só tem existência nas leis e no papel, é unicamente um espectro de direito, meras palavras e nada mais. Ao contrário, o que se realiza, como direito, mesmo quando não se ache escrito nas leis, nem o povo e a ciência tenham ainda conhecimento disso”.

Em nome da operabilidade, fez-se opção, na redação do Código Civil, por normas abertas, objetivando que a própria atividade social, em seu constante desenvolvimento e comple-

³⁰ De acordo com Miguel Reale, (*O projeto...*, cit., pp. 2-3) “em um país há duas leis fundamentais, a Constituição e o Código Civil: a primeira estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil; a segunda se refere à pessoa humana e à sociedade civil como tais, abrangendo suas atividades essenciais”, razão pela qual o referido autor denomina o Código Civil de “a constituição do homem comum”.

³¹ REALE, Miguel. *O projeto...*, cit., pp. 8-9.

³² JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, V. III, 1943. p. 16.

xidade, aperfeiçoe o conteúdo normativo por meio da estrutura hermenêutica³³.

O Código de 2002 é marcado por forte influência do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inclusive no que diz respeito a sua forma, bem como pelo Código Civil italiano, de 1942, e pelo Código Civil português, de 1966, embora, em algumas passagens, seja possível se visualizar, ainda, a interferência do Código de Napoleão.

O Código Civil pátrio conta com uma Parte Geral (Livro I – Das Pessoas, Livro II – Dos Bens e Livro III – Dos Fatos Jurídicos), uma Parte Especial (Livro I – Do Direito das Obrigações, Livro II – Do Direito de Empresa, Livro III – Do Direito das Coisas, Livro IV – Do Direito de Família, Livro V – Do Direito das Sucessões e Disposições Finais) e um Livro Complementar – Das disposições Finais e Transitórias.

Como inovações do Código Civil em evidente e perfeita consonância com os princípios da socialidade, da eticidade e da operatividade, podem-se citar as figuras da boa-fé objetiva, função social do contrato e da propriedade.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil, em seu art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; e no seu art. 1.228, §1º: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Acerca da boa-fé objetiva, esta resta consagrada em três passagens do referido *Codex*: art. 113 (“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), art. 187 (“comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites

³³ REALE, Miguel. *O projeto...*, cit., pp. 11-12.

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e art. 422 (“os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).

O Código Civil de 2002 apresenta, ainda, outras novidades, em relação ao Código de 1916, exemplificadas a seguir, embora se trate de matérias que, em sua maioria, já ilustravam a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Dentre ditas inovações do Código Civil, podemos citar, na Parte Geral do mesmo, a alteração da maioridade civil para 18 (dezoito) anos (art. 5º.), a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50), a extensão expressa dos direitos da personalidade para pessoas jurídicas (art. 52), o Estado de Perigo e a Lesão, regulamentados na forma de defeitos do negócio jurídico (arts. 156 e 157), tendo a Simulação se tornado em causa de nulidade do negócio jurídico (art. 167). Há referência expressa à questão dos danos morais (art. 186) e o prazo geral da prescrição baixou para dez anos (art. 205).

O novo Código Civil, no título dos contratos em geral, tratou dos contratos de adesão (arts. 423 e 424), estabelecendo nos casos de ambiguidade a interpretação mais favorável ao aderente, na mesma linha do que já disciplinava o Código de Defesa do Consumidor; regulamentou os contratos preliminares (arts. 462 a 466) e o contrato com pessoa a declarar (art. 467 a 471).

Gerou polêmica o dispositivo a respeito da cláusula resolutiva expressa (art. 474), sendo que esta agora opera de pleno direito, sem necessidade de interpelação judicial para que se declare resolvido o contrato; as disposições sobre a resolução contratual por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), que tratam expressamente dessa hipótese de resolução do contrato positivando a teoria da imprevisão, mas sem citar diretamente a possibilidade de revisão contratual; e o art. 317, que se refere ao direito das obrigações em geral e não

especificamente aos contratos, mas dá poderes ao juiz, constatada a imprevisibilidade, para corrigir o valor da prestação, no caso de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, assegurando o valor real da prestação.

Essa nova lei civil regula, além disso, tipos contratuais que não estavam previstos no Código de 1916, mas que já eram rotineiramente empregados na prática, como o contrato estimatório (arts. 538 a 564), contrato de comissão (arts. 693 a 709), contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721), contrato de corretagem (arts. 722 a 729) e contrato de transporte (arts. 730 a 756). A gestão de negócios passou a ser tratada entre os atos unilaterais (arts. 861 a 875), e o contrato de sociedade passou a ser tratado no livro do direito de empresa, outra inovação do Código Civil.

Sobre responsabilidade civil, preocupou-se o legislador, ainda, em positivar a teoria do risco, no seu art. 927, parágrafo único (“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”), o que pode ser analisada como a mais importante alteração no Código Civil quanto à matéria.

O Código Civil de 2002, a exemplo do *Codice Civile* italiano, em nome da unidade lógica, procedeu à unificação do direito das obrigações, na esfera civil e na comercial, no que se refere a sua parte geral, de onde se pode concluir que a função social dos contratos também se observa na esfera comercial. Na realidade, como ressalta Miguel Reale³⁴, essa unificação já se observava há muito tempo na prática, em virtude da antiguidade do Código Comercial.

A unificação do direito das obrigações, entretanto, não é novidade no panorama jurídico nacional, já havia sido proposta

³⁴ REALE, Miguel. *O projeto*, cit., p. 6.

no Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas (de 1864); além do que não segue à risca o modelo italiano, que estende a unificação ao campo do direito do trabalho.

O Código de 2002 revogou a parte primeira do Código Comercial (arts. 1º-456). A parte terceira (arts. 797-913) já havia sido revogada pela Lei de Falência. Em relação ao Código Comercial, atualmente, só está em vigor a sua parte segunda, que trata do comércio marítimo, com exceção do título IX (Do naufrágio e salvados – arts. 731/739), anteriormente revogado pela Lei 7.542/86, em vigor³⁵.

A atividade empresarial é, na verdade, uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste. É por essa razão que o direito de empresa (Livro II) surge no Código de 2002 como consequência imediata do direito das obrigações (Livro I)³⁶. É por esse motivo também que se pode falar em função social da empresa.

No tocante ao direito das coisas, além da instituição do já citado princípio da função social da propriedade, podemos citar também a redução dos prazos de usucapião (arts. 1.238 a 1.244) como uma alteração em face do diploma anterior, bem como a criação de uma nova modalidade, o usucapião por utilidade pública ou interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º).

A enfiteuse também deixou de ser contemplada pelo legislador, dispondo o art. 2.038: “Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”. Fora isso, ficou previsto uma nova modalidade de direito real no código, que é o direito do promitente comprador de imóvel (art. 1.225, VII).

Houve um destaque também para a matéria do condomí-

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e al. (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, pp. 398-444, 2003. p. 405.

³⁶ REALE, Miguel. *O projeto*, cit., p. 6.

nio edifício, disciplinado nos arts. 1.331 a 1.358, inclusive com a substancial redução da multa pelo inadimplemento das contribuições de 20% (vinte por cento) para até 2% (dois por cento) sobre o débito.

Na seara do direito de família, a mudança de visão também foi notável. O papel da culpa na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal diminuiu muitíssimo, sendo que não traz mais qualquer implicação para as partes além da decisão sobre a utilização do nome (arts. 1.578).

A expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar” que melhor se coaduna com a igualdade entre homens e mulheres (art. 1.630). A guarda compartilhada tornou-se uma alternativa em relação à guarda unilateral, nos casos em que há separação judicial, divórcio, anulação ou dissolução de união estável (art. 1.583). Em matéria de filiação, foi reconhecida a igualdade entre os filhos, independentemente de serem fruto do casamento (art. 1.596) e disciplinada a questão da inseminação artificial (art. 1.597, IV e V).

Em relação aos aspectos patrimoniais do direito de família, estabeleceu-se a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento (art. 1.639, §2º), o regime da separação obrigatória de bens em razão da idade teve o seu termo inicial atualmente alterado para setenta anos (1.641,II) e foi criado o regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672-1.686).

A união estável foi disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727, não sendo necessário, para o seu reconhecimento, nenhum requisito como coabitação, tempo do vínculo ou existência de filhos comuns. Por outro lado, permitiu-se, expressamente, a possibilidade de união estável de pessoas separadas de fato (art. 1.723, §1º).

Cabe ressaltar, ainda, que por força da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, o divórcio no Brasil não precisa ser precedido de separação judicial ou mesmo prescre-

ve tempo mínimo para o seu requerimento, significando, assim, uma maior simplificação em relação ao modelo anterior³⁷.

No campo das sucessões, a grande novidade do Código foi estabelecer que esposo(a) e companheiro(a) também são herdeiros, em concorrência com ascendentes e descendentes da(o) falecida(o), observados os requisitos e as proporções legais (arts. 1.790 e 1.829).

Por derradeiro, em virtude da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, no Brasil, inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual podem ser realizados por via administrativa, por escritura pública, desde que no caso não estejam envolvidos incapazes.

3. NOVOS CAMINHOS DO DIREITO CIVIL

Mesmo reconhecendo todo o grande mérito da transformação ora comentada, não se pode deixar de observar que existe um ângulo de análise do direito civil a ser desenvolvido, calcado na solidariedade, um dos grandes pilares do Estado democrático de direito, que vai além dos conceitos de socialidade, eticidade e operatividade, complementando-os.

O Estado democrático de direito, visando transformar a realidade, não se restringe a uma adaptação melhorada das condições sociais, como se observa no Estado social, atuando, por sua vez, como fomentador da participação pública, irradiando os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, inclusive sobre a ordem jurídica, e tendo, ainda, por objeto a solução do problema das condições materiais de existência³⁸.

Essa nova ideia, longe de negar o Estado social, transcende-o ou supera-o, sem eliminar as inegáveis conquistas

³⁷ No Brasil, existe uma lei específica sobre separação judicial e divórcio, que é a Lei. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

³⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito...*, cit., pp. 74-75.

alcançadas, da mesma forma como se observou a transição entre este e o Estado liberal³⁹.

A atual Constituição Federal já se inicia, no seu art. 1º, III, fixando o que se tornaria o princípio basilar para toda a sua interpretação e aplicação, ao dispor que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

A expressão “Estado Democrático de Direito” consta, ainda, na Constituição portuguesa (art. 2º), sendo que, na Espanha, identifica-se o termo “Estado Social e Democrático de Direito” (art. 1º)⁴⁰.

Na definição de Ingo Sarlet⁴¹, a dignidade da pessoa humana é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Cabe, dessa forma, ao princípio da dignidade da pessoa humana conferir unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais, respaldando o surgimento de direitos ainda não expressos na Constituição e figurando como critério interpretativo a iluminar os demais princípios e normas dentro do siste-

³⁹ BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216.

⁴⁰ LORENZO, Wambert Gomes Di. *Teoria...*, cit., p.8.

⁴¹ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

ma constitucional⁴².

De particular interesse, nesta oportunidade, é o art. 3º, I, da Constituição Federal pátria, o qual consagra a noção de solidariedade, intimamente relacionada com o Estado democrático de direito, ao determinar constituírem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁴³.

A solidariedade se perfaz no grande marco paradigmático a caracterizar a transformação do Estado liberal em Estado democrático e social, superando-se, assim, o individualismo jurídico. Nessa linha, já são utilizadas também as expressões “Estado de solidariedade” e “Estado solidário” para intitular o sucessor do Estado social⁴⁴.

⁴² FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. pp. 66-67. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.104.

⁴³ A Constituição portuguesa dispõe, em seu art. 1º, que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Em comentário ao espírito da Constituição portuguesa, Ana Prata afirma que esse diploma legal é deliberadamente um projeto, e não apenas um estatuto, pois não se limita a definir regras de organização política, econômica e social, mas impõe um verdadeiro programa de transformação da sociedade daquele país (*A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 59). Em termos similares à Constituição Brasileira, a Constituição italiana prevê, em seu art. 2º, que “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Na Espanha, a Constituição Federal, mencionando a solidariedade, dispõe, em seu art. 1º, 1: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”, e no art. 2º: “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*”. Já a Constituição francesa, de 1958, expressa, no art. 2º: “A França é uma República indivisível, laica, democrática e social”, não havendo, entretanto, qualquer outra abertura à socialidade ou à solidariedade.

⁴⁴ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, cit., p. 85. LORENZO, Wambert Gomes Di.

Resta claro, pela análise do referido art. 3º, I, da Constituição brasileira, que o que se pretende com esse objetivo fundamental é guiar a construção de uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva conduza à dignificação da pessoa, disseminando um sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos típico da comunidade fundada no bem comum. Por tal via, atinge-se, conseqüentemente, o Estado democrático de direito⁴⁵.

A solidariedade, enquanto sentimento a impor a cada pessoa deveres de cooperação, assistência e amparo em relação às outras, surge, assim, como categoria ética e moral recepcionada pelo mundo jurídico, galgando grande importância por permitir a conscientização acerca da interdependência social⁴⁶.

De fato, o limite entre os deveres de justiça e os de caridade não é tão evidente. Esta, fora de dúvida, marca a superioridade moral duma sociedade, mas basta sancioná-la, de acordo com a linguagem do direito, para que se torne um dever de justiça, confundindo-se os campos de atuação de cada uma⁴⁷.

Não se trata, neste ponto, de propugnar um resgate secular da caridade ou do altruísmo, não exigíveis pelo direito, mas construir uma base jurídica da solidariedade, de onde se desprendem direitos e deveres juridicamente exigíveis, o que implica atuações positivas dos poderes públicos, das quais o Estado não se pode omitir⁴⁸.

Teoria..., cit., p. 153.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. atual.. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 46-47.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, cit., p. 81. Não se pode negar que a solidariedade surge nas relações sociais como um sentimento, o que gera uma certa reticência numa ordem jurídica republicana e laica, a lidar diretamente com condutas verificáveis como objeto de normatização. Todavia, há posicionamento doutrinário sustentando ser justamente o retorno ao sentimento uma das características da pós-modernidade. Nada impede, assim, que o princípio jurídico da solidariedade receba esses sentimentos como valores e os converta em direitos e deveres (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, cit., p. 81).

⁴⁷ RIPERT, Georges. *A regra...*, cit., p. 268.

⁴⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos humanos e direito dos refugiados: os

A solidariedade ingressa no sistema jurídico como uma forma de atribuir significado ao próximo, despertando no indivíduo o reconhecimento da existência do outro, porque estimula em cada um a consciência perceptiva do ambiente social. Torna-se, assim, um novo paradigma para o direito, que, visando melhorar o Estado, a sociedade e a qualidade de vida dos cidadãos, implica um sistema jurídico que valoriza a dignidade plena do ser humano e a responsabilidade social de todos, no qual não se encaixam a indiferença social e o egoísmo individual exacerbado⁴⁹.

Na compreensão das dimensões da solidariedade, sobleva verificar que esta ultrapassa as raias da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social, não implicando apenas dever positivo do Estado acerca das políticas públicas, mas, ainda, em deveres recíprocos entre os indivíduos, em prol do objetivo comum, os quais propiciam a própria dignidade individual⁵⁰.

Não se pretende, deste modo, apenas promover mais uma limitação à liberdade individual, mas, tendo por norte a dignidade da pessoa humana, princípio cardeal do ordenamento, propor uma ponderação entre a liberdade e a solidariedade, cujo resultado dependerá dos interesses envolvidos, determinando a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida⁵¹.

princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, pp. 6.267-6.294. p. 6.286.

⁴⁹ CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. pp. 109, 116 e 122. Por outra perspectiva, a solidariedade, ao buscar a igualdade entre os indivíduos como fim, pressupõe situações de desigualdade, pois age exatamente no espaço da diferença entre os mesmos. Esta desigualdade é o objeto da solidariedade (LORENZO, Wambert Gomes Di. *Teoria...*, cit., p. 132).

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, cit., p. 84.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA,

Quanto ao papel do Estado no contexto da solidariedade, visualiza-se uma verdadeira aliança entre este e o indivíduo, que se evidencia por meio da viabilização dos direitos básicos destes, promoção de políticas de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades⁵².

A solidariedade social realiza-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem o Poder Público e a própria sociedade, apontando a Constituição Federal as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação, ao acolher os princípios da dignidade humana e do pluralismo social e político⁵³.

Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre a solidariedade e a própria democracia, enquanto aspectos de um mesmo fenômeno, a partir do momento em que a intensificação da experiência da solidariedade conduz à democracia, porque onde não há um, o outro não existe⁵⁴.

Podemos deduzir, pela forma como a solidariedade surge no ordenamento nacional, ter esta natureza jurídica de princípio. Ao definir os princípios jurídicos, Karl Larenz⁵⁵ ensina

Antônio Celso Alves e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 527-556. p. 556.

⁵² CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio...*, cit., p. 151. Conforme Alenilton da Silva Cardoso (*Princípio...*, cit., pp. 153 e 154), “restando absolutamente claro que o Poder Público não consegue suprir a contento as necessidades públicas, (...) o terceiro setor assume em nosso país um papel de fundamental importância para a concretização dos direitos fundamentais, coexistindo com o Estado (primeiro setor) e com o mercado (segundo setor). (...) Com efeito, o terceiro setor envolve as iniciativas privadas que, não objetivando lucros, tendem a cooperar em assuntos de interesse comum, marcadamente aqueles que estão voltados para o desenvolvimento pleno do ser humano, havendo nisso um traço marcante da solidariedade, (...) aproximando-se, logo, do ideal de bem-estar e justiça sociais”.

⁵³ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007. p. 173.

⁵⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 276.

⁵⁵ LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. pp. 32-33.

serem estes “*los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas*”⁵⁶.

Pode-se distinguir uma função ativa e uma função negativa dos princípios. A função positiva consiste na influência exercida nas decisões e no conteúdo de regulamentação que tais decisões criam; a função negativa, na exclusão dos valores a ele contrapostos e das normas que descansam sobre esses valores⁵⁷.

O princípio jurídico da solidariedade, materializado na Constituição Federal, expande-se por todas as áreas do direito, oxigenando-as, orientando os rumos a serem seguidos e impedindo a manutenção de atos a ele contrários.

Em sede de direito privado, observa-se referência expressa no Código Civil a conceitos como boa-fé objetiva, função social da propriedade e dos contratos, sem se notar, todavia, menção explícita ao termo solidariedade no sentido ora investigado⁵⁸.

De fato, no tocante à solidariedade, no sentido proposto pelo referido art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, não se encontra menção expressa no Código Civil, o que não signifi-

⁵⁶ A distinção entre regras e princípios, enquanto espécies de norma, já estava presente na obra de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 39-46). Robert Alexy acrescenta a esta divisão a noção de valor (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 87, 90-91, 145-146).

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Derecho justo...*, cit., p. 33.

⁵⁸ No sentido como figura no Código Civil, a solidariedade pode ser definida como “a consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação, a fim de que somente se possa cumprir por inteiro, ou *in solidum*. (...) A solidariedade, também conhecida como correalidade, tanto pode referir-se à pluralidade de credores, como à pluralidade de devedores. E daí a evidência da solidariedade ativa e da solidariedade passiva, conforme se fundam em uma pluralidade de relações subjetivas, ou na unidade objetiva da prestação” (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico: Q-Z*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1996. pp. 265-266).

ca, contudo, que tal ideia não esteja presente, de forma subliminar, no espírito do referido *Codex*.

Não obstante, com ênfase nos temas de direito de família, a solidariedade já é bastante reconhecida na doutrina civil, que reconhece também o afeto como um valor fundamental a ser prestigiado, ambos como corolário da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Não se deve confundir, contudo, as noções de afeto e solidariedade. O afeto pressupõe uma ligação emocional derivada da convivência entre as pessoas, a partir da qual estes se comprometem em auxiliar e cuidar do outro. A solidariedade, mais ampla, engloba os casos em que essa ajuda não é precedida de qualquer vínculo afetivo entre as partes, devendo se observar mesmo entre estranhos.

A hipótese dos alimentos gravídicos, instituídos pela Lei 11.804/2008, é um claro exemplo de hipótese de solidariedade sem necessariamente estar presente a afetividade, na qual é determinado que suposto genitor preste alimentos a uma criança que ainda nem mesmo veio ao mundo e sem que tenha a certeza sobre a própria paternidade.

A solidariedade é reconhecida no direito de família como fundamento da obrigação de prestar alimentos, do dever de assistência aos filhos, da disposição de que o casamento estabelece plena comunhão de vida, da filiação socioafetiva etc.⁶⁰

Todavia, fora da seara do direito de família, ainda se mostra tímida, no direito privado, a referência doutrinária ao princípio da solidariedade, sendo poucos os autores que se destacam exatamente por se referirem ao assunto⁶¹.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24 ed.. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009. p. 19.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, v. 5..., cit., pp. 575-576. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 66.

⁶¹ CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio...*, cit., p. 142. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito*

Quando se observa a citação do princípio da solidariedade na doutrina do direito privado, todavia, não se nota um aprofundamento do que seria o conteúdo deste princípio. Em verdade, nota-se, ainda, nesse ponto, uma certa confusão entre os conceitos de solidariedade, boa-fé objetiva e função social, figuras que não se identificam.

Pela boa-fé objetiva, manifestação do princípio da eticidade presente no art. 422, do Código Civil, as partes devem se auxiliar mutuamente tanto na celebração quanto na execução do contrato, comportando-se com lealdade, honestidade e confiança. Daí se conclui que a boa-fé objetiva tem uma função negativa, visando impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade); bem como uma função positiva, objetivando promover a cooperação entre as partes (obrigação de cooperação)⁶². Existe, assim, um tipo de solidariedade, mas que se observa apenas entre as partes, não se identificando com o conceito maior do princípio da solidariedade.

Já a função social dos contratos e da propriedade, disciplinadas nos arts. 421 e 1.228, §1º, do Código Civil, verifica-se numa esfera maior do que a da boa-fé objetiva, em que se consideram os efeitos externos de tais institutos, para além das partes envolvidas, propondo um equilíbrio entre os direitos individuais e os sociais, no que se aproxima do princípio da solidariedade.

privado. São Paulo: RT, 2002. pp. 611-662. p. 620. LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, Ano XXII, Nº 68, pp. 49-60, Dezembro de 2002. p. 56. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Ano 5, N. 17, pp. 65-70, janeiro-março de 2004. p. 67. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio..., cit., p. 545. CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 564. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 119. RULLI NETO, Antonio. *Função...*, cit., pp. 123-124.

⁶² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50.

O preceito da função social da propriedade e dos contratos objetiva integrar os mesmos numa ordem social harmônica, impedindo que prejudiquem a coletividade ou terceiros determinados. Em sua concepção, o princípio implica a proibição de ver tais institutos como átomos isolados que somente interessam às partes⁶³.

A função social dos contratos obriga os contratantes a não se afastarem das “expectativas sociais” referentes a um dado negócio, não se desviando para propósitos inúteis ou contrários à coletividade, sob pena de se observar a interferência estatal na readequação do negócio. Impõe, assim, às partes, uma postura negativa de não desprezar a sociedade.

A seu turno, o princípio da solidariedade nos contratos possui uma conotação diversa, agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras.

A compreensão da dinâmica da solidariedade resta sobremaneira facilitada se utilizarmos o recurso da exemplificação. Alguns contratos travados hodiernamente em matéria de construção civil mostram-se bastante elucidativos nesse ponto,

⁶³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A. 87, V. 750, pp. 113-120, abr. 1998. pp. 116-117.

Exemplificativamente, podem-se citar como exemplos de desvio da função social do contrato induzir consumidores a adquirirem produto ou serviço sob influência de propaganda enganosa; alugar imóvel em zona residencial, para fins comerciais; ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros; disposição de bens em fraude a credores; qualquer contrato que importe em concorrência desleal; empresa legalmente estabelecida realizar contratos proibidos por lei, como no caso da faturizadora que contrata depósito como se fosse instituição bancária; agência de viagens que contrata turismo sexual; qualquer contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade com prejuízo para terceiros (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 55-56).

tendo repercussão também em matéria de propriedade.

Existe atualmente uma série de normas que as edificações públicas e privadas devem seguir, sob pena de intervenção do Poder Público, como aquelas estabelecidas nos Códigos de obras municipais. Respeitando essas normas, os contratantes que pactuaram a construção estão cumprindo sua função social, deixando de gerar riscos e prejuízos para toda a sociedade.

Essas obras, todavia, podem ir além de simplesmente cumprir as imposições legais e não aviltar a comunidade. Elas podem colaborar, voluntariamente, com a preservação do meio ambiente e, assim, auxiliar o desenvolvimento social, otimizando a qualidade de vida das pessoas, atuando, de forma solidária, além das exigências legais, como no caso das chamadas “obras verdes”.

As construções verdes têm se mostrado uma tendência na arquitetura moderna, a despeito do acréscimo que representa em matéria de custos, seguindo os preceitos da sustentabilidade, através da adoção de técnicas como a reutilização de águas cinzas e pluviais, uso de energia solar, materiais ecoeficientes, aproveitamento de ventilação e iluminação naturais etc.

Não existe, assim, uma norma que imponha aos contratantes, nesses casos, a adoção das mais avançadas técnicas de sustentabilidade. Todavia, há um reconhecimento de tais iniciativas por meio da certificação de sustentabilidade conferida por alguns órgãos, em virtude das características da obra⁶⁴.

Uma importante arma para a concretização da evolução teórica ora defendida são os incentivos fiscais concedidos pelo Poder Público em alguns casos específicos, como se observa em relação à alíquota diferenciada de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI sobre veículos, conforme o combustível utilizado seja menos poluente (Decreto 755/93).

⁶⁴ A certificação mais conhecida no Brasil é a LEED (Leadership in Energy and Environmental Design), concebida e concedida pela organização não governamental americana U.S. Green Building Council.

A função solidária do contrato e da propriedade, que não está disciplinada expressamente no Código Civil, é, assim, aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social, semeando a ideia de que, através de tais institutos, é possível colaborar para o desenvolvimento da sociedade, bem como das gerações futuras.

CONCLUSÃO

O Estado social surgiu em decorrência de uma conjuntura em que o liberalismo exacerbado, em face do desenvolvimento do sistema capitalista, mostrou-se ineficiente na proteção dos direitos individuais e na igualdade efetiva entre os homens, o que implicou uma reavaliação das premissas do Estado e adoção por este de uma postura intervencionista, visando à supremacia do interesse público sobre o individual.

Esse novo quadro, tendo repercutido no texto da atual Constituição Federal, permeou também o Código Civil brasileiro atual, elaborado à luz dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, o que se nota por meio das disposições que estipulam a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e da propriedade, por exemplo.

O Código Civil de 2002 traz, ainda, outras inovações em face do *Codex* anterior, demonstrando, assim, claramente, uma compreensão da liberdade dentro de uma concepção social e fora do padrão individualista oriundo do liberalismo exacerbado que marcou o Estado Liberal.

Há um grande mérito em toda a evolução que se observou no Código Civil de 2002, todavia, não se pode deixar de observar que existe um ângulo de análise do direito civil a ser desenvolvido, calcado na solidariedade, um dos grandes pilares do Estado democrático de direito, que vai além dos conceitos de socialidade, eticidade e operatividade, complementando-os.

O princípio da solidariedade complementa, dessa forma,

a tríade socialidade, eticidade e operatividade, que norteou a construção do atual Código Civil, guiando as relações privadas para o caminho da sustentabilidade e da proteção das gerações futuras, através, inclusive, de instrumentos como a função solidária da propriedade e dos contratos.



BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos humanos e direito dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, pp. 6.267-6.294.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Anuário Estatístico do Brasil. Capturado em 13 abr. 2013. Online. Disponível na Internet <http://www.ibge.com.br>.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A. 87, V. 750, pp. 113-120, abr. 1998.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 16ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.
- BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico: Q-Z*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24 ed.. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de so-*

- lidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito (Introduction historique au droit)*. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, V. III, 1943.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.
- LASKI, Harold J.. *O liberalismo europeu (The rise of european liberalism)*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.
- LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- . Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, pp. 9-23.
- LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, Ano XXII, Nº 68, pp. 49-60, Dezembro de 2002.
- LORENZO, Wambert Gomes Di. *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. pp. 611-662.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribu-

- nais, 1978.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2 ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 1997.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 527-556.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Ano 5, N. 17, pp. 65-70, janeiro-março de 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e al. (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, pp. 398-444, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, v. 1,

- 1988.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, V. 3, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROUSSEAU. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Rolando Roque da Silva. *O contrato social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, pp. 143-208, 1965.
- RULLI NETO, Antonio. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. atual.. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SODRE, Ruy Azevedo. *Função social da propriedade privada*. Tese (doutorado em direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.d.].
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.