

# O DEVER FUNDAMENTAL DE ADIMPLIR OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DE CONTEÚDO EXISTENCIAL

Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade<sup>†</sup>

Resumo: Este artigo trata de uma reflexão acerca do contrato na contemporaneidade do Direito Civil-Constitucional e a construção de um dever fundamental de adimplemento, em razão do conteúdo existencial de direitos fundamentais presentes em determinadas relações jurídicas. O reconhecimento de que o crédito faz nascer direito absoluto com efeitos em relação a terceiros, implica na garantia de uma satisfação que ultrapassa o interesse individual diante da função social do contrato.

Sumário: Introdução – 1 O contrato no direito civil-constitucional – 2 A transformação dos direitos reais em creditícios e o conceito de absoluto – 3 A correlação entre direitos e deveres fundamentais – 4 A supremacia dos direitos do homem nas relações contratuais e o dever jurídico de adimplemento – Considerações finais – Referências.

## INTRODUÇÃO



Adaptada vez mais têm os operadores do direito e jus-civilistas voltado suas atenções à proteção da relação creditícia, sob as mais variadas perspectivas. Não é incomum o desenvolvimento de novos institutos de prevenção e repressão à fraude contra credores ou a revisão dos institutos que já estão dispostos no sistema jurídico atual (a exemplo do que dispõe o Cód-

---

<sup>†</sup> Mestre e Doutoranda em Direito Privado/UFPE. Professora da Faculdade Damas e Uninassau.

go Civil brasileiro, quando trata da fraude contra credores; da Lei de Recuperação e Falências, que trata da ação revocatória e da ineficácia de atos que prejudicam a busca do crédito por parte dos credores do devedor empresário insolvente; sem falar dos inúmeros desdobramentos da responsabilidade civil).

A relação creditícia é desenvolvida no mais das vezes a partir de um contrato devidamente estabelecido entre as partes. Para que o contrato alcance sua plena eficácia, faz-se necessário o preenchimento dos planos de sua existência, validade e eficácia, nos moldes da escada ponteana<sup>1</sup>, também exploradas por Marcos Bernardes de Mello<sup>2</sup>. Assim, o contrato faz surgir entre as partes pactuantes direitos e obrigações, dispostos conforme dispõe a lei e a vontade; não adimplidas as obrigações contraídas, tem-se então débito e crédito.

Nesse sentido, o contrato atende aos princípios clássicos da *autonomia da vontade* (mediante a manifestação desta pode-se constituir relações contratuais), da *força obrigatória* (tradução do *pacta sunt servanda*, de que o acordo contraído faz lei entre as partes e deve ser cumprido, no interesse da segurança jurídica), da *relatividade* (de que o contrato não produz efeitos senão entre os contratantes). Tais são conhecidos como princípios clássicos do contrato, posto que hoje ao lado destes convivem os princípios modernos da *boa fé objetiva*, da *função social* e da *equivalência material*<sup>3</sup>.

Em meio a tantas situações que podem trazer insegurança jurídica ao credor, uma vem se destacando nos últimos tempos entre os civilistas: o efeito da relatividade contratual, que tem

---

<sup>1</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*, tomos I a IV. São Paulo: Bookseller, 2000.

<sup>2</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da Existência*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico – Plano da Validade*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico – Plano da Eficácia*, 1ª parte. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>3</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

se mostrado insuficiente quando interpretado na sua configuração clássica. A relatividade permite que apenas o devedor vinculado ao credor pelo elo obrigacional esteja subordinado à execução, em caso de inadimplemento, não podendo o credor opor sua relação creditícia em face de mais ninguém. O Código Civil brasileiro de 2002 oferece exceções a esse princípio, quando trata da estipulação em favor de terceiro (art.436), da promessa por fato de terceiro (art. 439) e do contrato com terceiro a declarar (art. 467), em que um terceiro não contratante pode ser atingido pelos efeitos do contrato.

Porém, justamente em razão dessa regra geral da relatividade, que isola os partícipes de determinada relação jurídica, fica a parte, no mais das vezes, sem obter a satisfação de um prejuízo causado pela outra parte quando tal prejuízo decorre de ato de terceiro, quando não se pode alcançar esse terceiro, isoladamente. O caráter da relatividade é uma das principais características do direito pessoal ou obrigacional; é nesse sentido mesmo que a doutrina costuma distinguir direitos pessoais e direitos reais, posto aqueles se referirem a direitos meramente relativos a determinados sujeitos, e estes se referirem a direitos absolutos, que podem ser postos a terceiros, indiscriminadamente (efeitos *erga omnes*).

Neste sentido, a proposta destas breves reflexões acerca do contrato contemporâneo, hoje não visto apenas como uma forma de realização de conteúdos patrimoniais, mas também – e, sobretudo – de conteúdos existenciais do indivíduo, é desenvolvida na perspectiva de um direito contratual absoluto, que transborda a barreira da relatividade para alcançar efeitos em relação a terceiros, justamente por configurar em muitos casos um dever fundamental de adimplemento. O reconhecimento do conteúdo existencial de um negócio jurídico desloca a sua tutela jurídica para um novo patamar dentro do sistema jurídico, pois o inadimplemento não é danoso apenas ao credor, mas a toda a sociedade. Isso se dá especialmente em razão do princí-

pio da função social dos contratos, como se verá em seguida.

## 1 O CONTRATO NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Classicamente, o contrato é tido como instrumento de realização de conteúdos eminentemente patrimoniais entre sujeitos capazes, cujo objeto não pode ser ilícito e cuja forma deve ser a prescrita pela lei (art. 104, Código Civil de 2002). Os doutrinadores clássicos entendem o contrato como negócio jurídico voltado para a produção de efeitos jurídicos, criando, transformando, transmitindo ou extinguindo direitos e obrigações (Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Sílvio Rodrigues, entre outros).

Contemporaneamente, o contrato pode ser entendido de forma mais ampla, quando se reconhece que um negócio jurídico pode ter por objeto regular situação jurídica que não tem conteúdo patrimonial específico, mas se refere à realização existencial do indivíduo. Neste sentido, a ruptura realizada pelo Direito Civil-Constitucional na atual década, como uma nova forma de disciplinar o Direito Civil, implica na constatação de que o direito civil não é o ramo do Direito que por excelência se dedica a proteção do patrimônio, como se pensou durante séculos. A ideia da repersonalização (ou personalização, como preferem alguns) do Direito Civil é o resultado da constatação de que o homem, em sua dimensão existencial, deve ocupar o centro da tutela jurídica. O patrimônio, nesta perspectiva, é uma extensão do indivíduo.

Um novo conceito de contrato pode ser indicado, conforme lições de Paulo Nalin, como uma “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”<sup>4</sup>. É possível perceber, desta definição, os elementos

---

<sup>4</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

já referidos no item anterior destas reflexões, de que o contrato contemporâneo supera o princípio clássico da relatividade e produz efeitos em relação a terceiros, sobreleva a função social e alarga o alcance de seus efeitos, reconhece que o contrato não tem função meramente patrimonial, mas realiza muitas vezes uma função existencial do homem, como ocorre, por exemplo, nos contratos de prestação de serviços à saúde, e, por fim, estabelece como causa a solidariedade constitucional, ou seja, a garantia de satisfação de seus resultados.

Segundo este novo conceito, e em se tratando especialmente de relações de massificação, a ideia de autonomia de vontade, típica do século XIX, vem sendo seriamente confrontada atualmente. Isso porque a autonomia de vontade pressupõe uma liberdade de conduta do próprio indivíduo pactuante que nos dias atuais cada vez mais vem sendo suprimida, em benefício de uma função contratual que não traduza a realização meramente individual, mas coletiva. Até mesmo a ideia de satisfação do sujeito contratante só está plenamente alcançada quando esta satisfação encontra consonância num estado conjunto de satisfação geral.

Todavia, nos termos clássicos do contrato a autonomia da vontade funcionava como uma justificativa para a existência, a validade e a eficácia do contrato. Para Veronique Ranouil, a autonomia da vontade designa, segundo a etimologia, o poder da vontade na própria lei, muito embora possa haver divergências em se tratando de uma análise filosófica ou jurídica do termo, mas aceita ao fim que classicamente autonomia de vontade significa órgão criador do direito<sup>5</sup>.

O princípio da autonomia da vontade é vista no direito internacional privado como a liberdade de escolha que têm os pactuantes para indicar a lei aplicável ao seu contrato, e a vontade funciona como o elemento de conexão para esta escolha,

---

<sup>5</sup> RANOUIL, Veronique. *L'autonomie de La volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 9.

de forma simplista<sup>6</sup>. Em que pesem as discussões acerca de perspectivas subjetivistas ou objetivistas da autonomia da vontade no âmbito internacional privado, é observado que tem-se mantido teoricamente a ideia de supremacia da autonomia da vontade individual, porém sem deixar de verificar que o indivíduo não está só nesta relação jurídica. Como visto acima, não há como se entender o sujeito isolado do entorno em que o mesmo se situa. Justamente por isso vem despontando uma teoria subjetivista moderada, mais compatível com as variáveis possíveis de um entorno instável, que pondera a autonomia da vontade, exigindo que ela não contrarie à ordem pública e esteja limitada a alguns princípios universais, típicos da proteção dada aos direitos fundamentais.

## 2 A TRANSFORMAÇÃO DOS INTERESSES REAIS EM CREDITÍCIOS

A propriedade é instituto que traduz em si mesmo uma carga subjetiva de significados, sejam políticos, econômicos, sociais ou jurídicos. Foi a propriedade especialmente protegida pelas Constituições ocidentais modernas, para responder ao poder absoluto das Monarquias, ficando o particular resguardado absolutamente em sua propriedade, como um direito irrestrito, que poderia ser usado inclusive em face do Estado. Tomou, portanto, extrema relevância a proteção ao direito de propriedade do cidadão pós-revolução burguesa, especialmente orquestrada pela Revolução Francesa de 1889, que não via a proteção a esta propriedade somente como uma garantia individual de direitos, mas, muito mais do que isto, era a garantia de ter a proteção desse direito individual contra o Estado. Toda a doutrina a partir de então destaca a propriedade como um direito absoluto a ser garantido a todos e protegido em face de todos.

---

<sup>6</sup> Rechsteiner, Beat Wlatter. *Direito internacional privado – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 97.

Hoje, com o desenvolvimento do Estado Social em resposta aos resultados nem sempre benéficos do liberalismo pós-Revolução Francesa, em que a propriedade não pode ser protegida em sua integralidade, senão mediante o cumprimento necessário da sua função social – que resta por mitigar o exercício irrestrito de poderes (*jus utendi, fruendi et abutendi*) - vem se desenhando a proteção ao crédito como o novo direito absoluto da pós-modernidade.

Ora, se a propriedade sofre limitações, se nem todos têm assegurado o acesso a essa propriedade, o crédito passa a ocupar lugar de destaque, pois com ele se permite alcançar os efeitos da satisfação que outrora tinha aqueles que acumulavam riquezas mediante apropriações. Se o patrimônio é o conjunto dos bens presentes e futuros, necessários à realização do sujeito, então, isso não afasta a sua vinculação à própria ideia de personalidade.

Nesse sentido, o patrimônio tem merecido cada vez mais proteção do direito, como bem já percebeu François Ost: “no plano econômico, antes de mais, é preciso notar uma forma de ‘fluidificação’ do patrimônio, que assenta menos do que anteriormente na propriedade imobiliária e sempre mais nos rendimentos – eles próprios cada vez mais destinados ao consumo de objetos efêmeros que ‘transitam’ no patrimônio, em lugar de constituir uma economia estável”<sup>7</sup>.

A relação de crédito e débito, nesse contexto, nunca alcançou tanta relevância. Veja-se o caso da tutela externa do crédito, como uma exceção ao princípio da relatividade aqui já referido, como uma forma de releitura da estrutura organizacional, para permitir o alcance a um terceiro. O Prof. Clóvis do Couto e Silva já chamava atenção para isso, na esteira de Karl Larenz quando reconhecia a obrigação como um processo instalado entre credor e devedor que desenvolvem atos encadea-

---

<sup>7</sup> OST, François. *A Natureza à margem da lei*. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 365.

dos voltados a uma finalidade em comum, que é o adimplemento, a satisfação do crédito, seguidos também pelo Paulo Lobo<sup>8</sup>. Nesse caminhar, o dever de sujeição dá lugar ao dever de cooperação, e todos, devem, portanto, cooperar com tal processo. Assim mesmo no que se refere à tutela externa do crédito, pois cobra-se o dever de cooperação do crédito constituído em determinada relação contratual por todos, como um direito absoluto. Para ilustrar veja-se o caso do cantor Zeca Pagodinho, caso emblemático que explica como funciona essa tutela: o cantor mantinha contrato com determinada empresa do ramo de cervejas na qualidade de garoto-propaganda, todavia costumava beber outra cerveja, concorrente de sua contratante; aliciado por aquela, resolveu realizar propaganda em nome desta, realizando comparações entre elas, a partir de um incidente ocorrido em seu show, em que tomava a cerveja de sua preferência, que não era a fabricada pelo sua contratante. No processo judicial movido então, ficou reconhecido pelo Poder Judiciário paulista a tese da tutela externa do crédito<sup>9</sup>.

O que vem se entendendo por tutela externa do crédito é exatamente o reconhecimento de que terceiros podem ser ofendidos ou serem ofensores de partes ligadas por relação contratual. Se fosse aplicado o princípio da relatividade clássico, não se poderia reconhecer alcance do contrato em relação a terceiros. A relação contratual resulta na tutela interna do crédito como um efeito normal esperado, todavia a obtenção da tutela externa é possível hoje em razão da aplicação do princípio da função social do contrato, nos termos do art. 421 do Código Civil brasileiro, como reconhecido no caso Zeca Pagodinho.

---

<sup>8</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63.

<sup>9</sup> MANHÃES, Guilherme da Silva. Efeitos do contrato perante terceiros: Revisitando o princípio da relatividade subjetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7370&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7370&revista_caderno=7)>. Acesso em 21 jul 2012.



Assim dispõe o Enunciado 21 da Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

O contrato só deve subsistir enquanto realizador de interesses individuais quando tais não ofendam interesses difusos ou coletivos, como direitos do consumidor ou da livre iniciativa ou até mesmo do equilíbrio econômico. Assim, a função social resulta num controle de efeitos contratuais, que ultrapassam a sua tutela interna, alcançando terceiros (efeitos *erga omnes*).

Toda essa construção doutrinária, que já vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça também em casos do sistema financeiro de habitação<sup>10</sup>, rompe, como vimos, com o princípio clássico da relatividade, tornando a relação contratual como um direito absoluto, cujo reforço se traduz ainda pela importância dada à relação creditícia na época atual, como também já foi visto aqui.

A função social do contrato permite inegavelmente uma releitura da limitação de liberdade individual, como também um alcance inesperado de responsabilização. Conforme disposição do Código Civil brasileiro de 2002,<sup>11</sup> comete abuso de direito aquele que não cumpre a função social do contrato. Neste mesmo sentido:

O dispositivo considera que a tutela da ordem jurídica sobre um direito subjetivo deve levar em consideração a forma do exercício, legitimando-se o direito *a posteriori*. O exercício abusivo romperia o equilíbrio econômico social, gerando assim, independentemente de culpabilidade, a obrigação de reparação de danos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> REsp 468.062-CE.

<sup>11</sup> Art. 187, Código Civil brasileiro de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

<sup>12</sup> MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função*

Por fim, vem se desenhando o reconhecimento de deveres fundamentais na ordem jurídica, como o dever fundamental de proteção ao meio ambiente equilibrado ou o dever fundamental de pagamento de impostos como corolário necessário à viabilização de direitos fundamentais. Dentro de todo o contexto aqui relacionado, não há como negar o caráter também fundamental do dever de pagamento, em toda e qualquer relação creditícia, no estado atual de coisas.

Claro que fundamental aqui deve ser tomado como dever mínimo, básico, essencial. O dever de pagamento é fundamental para a viabilização da existência do sujeito: com o crédito é possível alcançar a satisfação de seus desejos, como constatando por François Ost. É nessa perspectiva que se desenha a tutela do crédito em sua integralidade: como um direito absoluto e fundamental.

### 3 A CORRELAÇÃO ENTRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

A teoria jurídica de direitos fundamentais costuma ser revisitada constantemente, razão porque se tem inúmeras obras e autores que já se dedicaram ao tema. Aqui se faz necessário, em razão disso, realizar um corte epistemológico para se tratar apenas da correlação que se estabelece entre direitos e obrigações de natureza fundamental. Como direito fundamental, tome-se o conceito de

No que se refere ao dever fundamental, será aqui referido o conceito de José Casalta Nabais, pelo qual os deveres jurídicos fundamentais dizem respeito àquelas obrigações relacionadas a uma posição fundamental do indivíduo e por isso podem

ser exigidas por toda a sociedade<sup>13</sup>. Este conceito revelador pode ser ampliado e especificado, como faz o próprio autor ao distinguir as espécies de deveres jurídicos, interessando aqui neste estudo a correlação entre os direitos subjetivos e os deveres garantidores.

O autor português desenvolveu a tese dos deveres fundamentais para justificar medidas a serem tomadas pelo Estado na exigibilidade dos tributos, sob o argumento da solidariedade e do interesse social, pois no cumprimento dos deveres fiscais encontram-se assegurados os direitos fundamentais de todo cidadão, a serem concretizados pelo Estado. O Estado arrecadador realiza tal função no interesse de todos, portanto todos podem exigir do Estado a cobrança devida àqueles que não adimpliram voluntariamente seus débitos tributários.

Esta teoria também foi absorvida pelos defensores do direito ambiental, que veem o respeito ao meio ambiente como um dever de todos em benefício de todos, ou seja, um dever fundamental garantidor de direitos fundamentais. Não é incomum encontrar autores que se utilizam dos argumentos esposados por José Casalta Nabais para defender a construção do dever fundamental de respeito ao meio ambiente, como corolário de uma tutela ambiental efetiva. Neste sentido, Stephanie Guilhon França<sup>14</sup> e Carolina Vieira Ruschel<sup>15</sup>.

Neste mesmo sentido, ainda é possível avançar um pouco mais para se entender, como já visto anteriormente, que uma relação contratual que tem por objeto um direito fundamental deve ter por consequência um dever fundamental, a ser exigido

---

<sup>13</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>14</sup> FRANÇA, Stephanie K. Guilhon. Dever fundamental: pressuposto para a consolidação na tutela do meio ambiente. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3202, 7 abr 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21462>>. Acesso em: 21 jul 2012.

<sup>15</sup> RUSCHEL, Carolina Vieira. *Parceira ambiental – O dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

pela sociedade. A partir da ideia de reconstrução de direitos absolutos e a necessária correlação entre direitos e deveres fundamentais, é possível compreender a possibilidade jurídica de uma nova hermenêutica contratual, que amplia a legitimidade de ação daqueles que defendem o interesse social, entendendo que o dever de adimplemento numa relação contratual que tem por objeto um direito fundamental é tão absoluto quanto o dever geral de pagamento de tributos. Justamente em razão da função social do contrato ultrapassar a esfera de interesses exclusivamente individuais, a eficácia em relação a terceiros (novos partícipes ativos na posição de beneficiários ou obrigados) é já constatada pela tutela externa do crédito.

O contrato, assim, não deve ser encarado como um instrumento de realização de interesses meramente individuais, mas como um instrumento de realização de interesses sociais, razão porque os contratantes deixam de ocupar as posições clássicas de devedor e credor, para se ajustarem a uma posição ativa de cooperação na busca pelo adimplemento.

#### 4 A SUPREMACIA DOS DIREITOS DO HOMEM NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E O DEVER FUNDAMENTAL DE ADIMPLEMENTO

A constatação de que contratos podem ter – e têm – conteúdo existencial, desloca o eixo de justificação contratual. Neste diapasão, se um contrato tem conteúdo de direitos fundamentais (como saúde, trabalho, crédito para subsistência) o adimplemento e a construção de regras solidárias e cláusulas garantidoras revestem-se, em consonância, de deveres também fundamentais:

Os direitos humanos consistem num fenômeno que acompanha a evolução e o progresso da sociedade, são flexíveis e dinâmicos. No século XVIII, a preocupação preponderante era sobre o direito à vida e à liberdade, mas nem sequer era mencionada, por exemplo, qualquer discussão acerca da

questão ambiental, dos avanços da Medicina e da internet<sup>16</sup>.

É preciso deixar claro aqui em que sentido se deve tomar a expressão direitos humanos, sendo certo que há distinção entre direitos naturais, direitos fundamentais e direitos de personalidade<sup>17</sup>:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de tutela reforzada.

Por fim, é de se concordar com Leila Ritt<sup>18</sup>, quando reconhece na função social do contrato o meio de justificação da realização do contrato contemporâneo:

Neste diapasão, a moderna teoria contratual prevê a cláusula geral da função social do contrato, que tem a função precípua de corresponder aos anseios da sociedade, com o fim de evitar a exploração da parte hipossuficiente, o enriquecimento sem causa, a desigualdade na contratação e execução do contrato, mitigando-se, ao máximo, o empobrecimento imotivado. O objetivo da função social do contrato é o de reti-

---

<sup>16</sup>RITT, Leila Eliana Hoffmann. *A função social do contrato como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado, defendida na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, maio de 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/16843580/A-funcao-social-do-contrato-como-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 jul 2012, p. 51.

<sup>17</sup> Em tradução livre: Os direitos humanos vêm a ser entendidos como um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, os quais devem ser reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Então com a noção dos direitos fundamentais se tende a aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional e que vêm a gozar de tutela reforçada. Pérez Luño apud LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p.41.

<sup>18</sup>RITT, Leila Eliana Hoffmann. Idem, p. 152.

rar a máxima eficácia de direitos tidos por fundamentais, de modo a observar não apenas o desenvolvimento daquele contratante diretamente envolvido, mas de se obter o desenvolvimento da sociedade/coletividade. Na verdade, a função social do contrato visa, sobretudo, a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, a fim de alcançar as metas previstas no seu preâmbulo: assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a corresponder à igualdade (formal e material) e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, bem como erradicar a pobreza, reduzir a desigualdade social, conferir o direito à moradia. Possui uma concepção solidarista, à medida que afeta os direitos da coletividade, de um grupo indeterminado de pessoas, que podem ser beneficiadas ou prejudicadas com os efeitos do contrato. Assim, o contrato está a serviço da pessoa humana, sua dignidade e desenvolvimento.

De fato, o contrato é instrumento de realização de interesses e está moldado nas legislações dos países como forma de dar segurança jurídica aos pactuantes, no sentido de evitar as lesões e os abusos, porém cada vez mais se percebe a preocupação de manter sob controle mais elevado a liberdade de movimentação dos sujeitos. O liberalismo reinante dos séculos XIX e XX deram espaço a que tais abusos fossem cometidos contra aqueles que ocupam o lugar mais frágil da relação contratual, e isso foi resultado de um formalismo puro, em que se pregava a igualdade entre as partes. Na realidade, já se percebia que as partes nem sempre estão em pé de igualdade e por óbvio a falta dessa paridade não tinha como satisfazer igualmente os indivíduos contratantes. Com a constatação de que tal igualdade é meramente formal, é possível repensar toda a estrutura teórica da pactuação, seja no direito interno, seja na ordem internacional, como pretendeu se demonstrar nestas breves reflexões.

Em que pese tudo isso, o contrato continua – e deve continuar sendo – um excelente meio de circulação de riquezas e

de realização de interesses individuais patrimoniais e extrapatrimoniais, e deve a ciência jurídica analisá-lo mais conforme a realidade em que ele se situa do que pela teoria abstrata e formal do velho positivismo liberal. Assim, o estudo dos fenômenos relacionados aos contratos na ordem externa devem alcançar resultados mais próximos do que deve entender por segurança jurídica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos são instrumentos de composição de direitos e por isso mesmo são hábeis para a solução de conflitos, na medida em que os pactuantes elegem as cláusulas que lhes são interessantes, tendo a faculdade de não aceitarem os termos que não tragam satisfação. Todavia, sabe-se que nem todas as situações pressupõem igualdade de condições nas negociações contratuais entre pactuantes, seja na esfera interna, seja na esfera internacional, diante de partícipes de nacionalidades diversas. Em se tratando de direito internacional privado as regras são postas especialmente pelos contratantes, através da autonomia da vontade, máxime que vem sendo respeitada nos tempos modernos.

Contemporaneamente, diante das mudanças percebidas pelos juristas nacionais do direito civil, o contrato, fonte do direito obrigacional e um dos mais tradicionais ramos do direito civil afeto ao direito romano-germânico e, portanto, mais resistentes a mudanças de todo o direito civil, também vem sucumbindo às transformações múltiplas que atingem o mundo, nas esferas política, econômica e social. É o reflexo inegável da proximidade entre os países provocada pelo fenômeno da globalização, possibilitando um fluxo intenso de troca de informações e permitindo uma maior realização de operações das mais variadas ordens entre os países.

O resultado das mudanças sentidas no Brasil não foram

percebidas apenas pelos juscivilistas brasileiros, a necessidade de uma nova teoria do direito civil e especialmente na seara contratual também foi sentida em países como a Itália, a Argentina, a França, entre outros. Fala-se aqui em Direito Civil-Constitucional e com isso de novos paradigmas para os diversos institutos deste ramo do direito, como também uma princiologia afinada aos preceitos constitucionais.

Neste diapasão, o deslocamento do eixo principal do contrato deixa de ser o substancialismo da autonomia da vontade dos sujeitos contratantes para a realização objetiva do existencialismo, verificado que o objeto do contrato não atende somente a um interesse patrimonial, mas, mais do que isso, atende, em muitos casos, a um interesse existencial do homem. Assim, a realização contratual não interessa apenas aos partícipes da relação contratual, passa a ser um interesse de todos que a satisfação do contrato encontre no seu adimplemento a função social do contrato.

A universalização dos direitos fundamentais do homem não atende exclusivamente a um dado político ou econômico, mais do que isso, atende a um princípio de supremacia do ideal de justiça que se busca realizar desde as mais primitivas eras, sob as mais variadas ideologias e ações. A composição de conflitos contratuais em direito internacional privado deve, também, atender a essas mudanças já apontadas, a fim de manter a consonância entre as diversas legislações externas, adotando como paradigma a função social dos contratos e a realização do mesmo como um reflexo da concretização dos direitos fundamentais do homem, fazendo surgir em consonância deveres também fundamentais, constitucionalmente relacionados.



## REFERÊNCIAS



- FRANÇA, Stephanie K. Guilhon. Dever fundamental: pressuposto para a consolidação na tutela do meio ambiente. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3202, 7 abr 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21462>>. Acesso em: 21 jul 2012.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUÑO, Pérez apud LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- MANHÃES, Guilherme da Silva. Efeitos do contrato perante terceiros: Revisitando o princípio da relatividade subjetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7370&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7370&revista_caderno=7)>. Acesso em 21 jul 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2002.
- MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Acesso em: 3 jul 2012. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impos-

- tos. Coimbra: Almedina, 2009.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.
- OST, François. *A Natureza à margem da lei*. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, tomos I a IV. São Paulo: Bookseller, 2000.
- RANOUIL, Veronique. *L'autonomie de La volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.
- RITT, Leila Eliana Hoffmann. *A função social do contrato como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado, defendida na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, maio de 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/16843580/A-funcao-social-do-contrato-como-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 jul 2012.
- RUSCHEL, Carolina Vieira. *Parceira ambiental – O dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.