

## **SOLIDARIEDADE SOCIAL E SOCIALIDADE NA DISCIPLINA DA LIBERDADE CONTRATUAL**

Gerson Luiz Carlos Branco<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O objetivo deste trabalho aprofundar o debate sobre um importante aspecto da eficácia do art. 421 do Código Civil brasileiro, que é o significado do “social” que adjetiva a função a que a liberdade contratual se submete, em especial sobre a afirmação de que atualmente há um princípio da “solidariedade social” que atinge e afeta o contrato.

**Palavras-chave:** Contratos. Solidariedade social. Socialidade.

### **ABSTRACT**

This study further discuss an important aspect of the effectiveness of art. 421 of the Brazilian Civil Code, which is the meaning of "social" that adjectival function that freedom of contract is submitted, in particular on the assertion that there is currently a principle of "social solidarity" that reaches and affects the contract.

**Keywords:** Contracts. Social solidarity. Sociality.

## **1 INTRODUÇÃO**

O objetivo deste artigo é aprofundar o debate sobre um importante aspecto da eficácia do art. 421<sup>2</sup> do Código Civil brasileiro, que é o significado do “social” que adjetiva a função a que a liberdade contratual se submete.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFRGS e professor na mesma instituição.

<sup>2</sup>Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Há muitos debates que começam a se formar tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com um baixo grau de precisão sobre o sentido de tal disposição legal e de seus efeitos, em especial sobre a afirmação de que atualmente há um princípio da “solidariedade social” que atinge e afeta o contrato.<sup>3</sup>

Os defensores de uma “solidariedade social” regendo os contratos visam realizar importantes valores sociais com previsão constitucional. Porém, o objetivo deste artigo é verificar a compatibilidade do contrato e da teoria geral dos contratos com esse princípio, em especial na disposição do art. 421 do Código Civil.

O ponto de partida dessa verificação passa pelo reconhecimento de que o Código provocou uma mudança de problemas: se, antes do Código vigente, o problema do Direito Contratual era o sistema fechado e estreito do Código de 1916, o grande problema do Direito Contratual, após 2003, é a identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas.

Essa preocupação com o controle faz parte das legítimas preocupações em um Estado Democrático de Direito, em que há repulsa ao subjetivismo como critério de decisão dos conflitos jurídicos e sociais.

O subjetivismo é a atitude ou a prática de atribuir significados às expressões normativas sem que tais significados tenham uma justificação racional, revelando uma atitude arbitrária do intérprete, que apresenta como norma jurídica uma visão muitas vezes ideológica e distorcida do fenômeno jurídico.

---

<sup>3</sup>FERREIRA DA SILVA, Luis Renato., 2003, p. 129. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa., 2003. p. 99-125.. NEGREIROS, 2006, p. 156. TIMM, 2008. EHRHARDT JÚNIOR, 2006. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1998, p. 113-120, 1998. MACEDO JÚNIOR, 2005, p. 15-21.

A esse propósito inafastável a dicção de Judith Martins Costa ao afirmar que “nenhum código provém do nada, nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo...”<sup>4</sup>

O ordenamento jurídico não pode estar afeito ao subjetivismo, sob risco de perda de um valor inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, que é um grau mínimo de segurança jurídica e de legitimidade do processo de criação e aplicação das normas.

Ainda que preponderantemente caiba ao legislador a realização das escolhas necessárias à conformação do ordenamento, a proliferação das cláusulas gerais e a estruturação dos direitos fundamentais no texto constitucional, a partir de princípios de aplicação direta e imediata, tornam essencial debater os modelos interpretativos,<sup>6</sup> pois o conteúdo do direito é definido no processo de aplicação e interpretação.

Nesse contexto a intersubjetividade é essencial para a formação de consensos mínimos que assegurem um núcleo conhecido e minimamente estável de interpretação das normas jurídicas, especialmente quando se trata de uma cláusula geral<sup>7</sup> com conteúdo tão amplo e importante como a da cláusula geral do art. 421 do Código Civil.

---

<sup>4</sup>MARTINS-COSTA, 2006.

<sup>5</sup>Art. 1º da Constituição Federal: “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:”.

<sup>6</sup>No sentido atribuído por REALE, 1999.

<sup>7</sup>A propósito das cláusulas gerais, em especial sobre o Código Civil brasileiro ver MARTINS-COSTA, 1991, p. 13-32. MARTINS-COSTA, 1998. MARTINS-COSTA, 2004.

## **2 A SOLIDARIEDADE SOCIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS**

Segundo o que dispõe o art. 3º, I, da Constituição Federal, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e **solidária**.

Para realização desse fim, o próprio texto constitucional estabelece uma série de princípios e comandos ao legislador, para obrigá-lo a respeitar Direitos e Garantias Fundamentais (entre elas os direitos sociais, com ampla aplicação no Direito do Trabalho), instituiu um título destinado a regular a ordem social (Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.), com mecanismos jurídicos complexos com a finalidade de estabelecer políticas públicas, órgãos e sistemas para realização da solidariedade social.

Todavia, o contrato foi disciplinado em dois capítulos do texto constitucional, no art. 5º, como um dos efeitos da liberdade geral, e no art. 170, no capítulo que trata da ordem econômica.

O reconhecimento da liberdade contratual como efeito da liberdade geral prevista no art. 5º como Direito Fundamental não é novidade em nosso ordenamento, pois decorre do antigo debate que emergiu da tríade "liberdade, segurança e propriedade" presente desde a tradição liberal e das primeiras constituições posteriores à revolução francesa.

A tradição civilista desde o advento do Código de Napoleão afirma tanto a liberdade quanto a propriedade como instrumentos para proteger a liberdade

"mercantil e negocial", que consiste basicamente em "possibilidade de mobilização da riqueza, de livre aquisição e disposição de bens patrimoniais".<sup>8 - 9</sup>

É certo também que, na perspectiva iniciada em meados do século XX, e cujo marco maior pode ser considerada a publicação da obra de Natalino Irti sobre a crise dos Códigos Civis, dá início a um fenômeno que acaba com a incomunicabilidade entre Direito Civil e Direito Constitucional, o que no ordenamento jurídico brasileiro fica evidente com a disposição do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

A perspectiva de que há uma "intencionalidade material" que submete a validade de todas as regras do sistema ao texto constitucional coloca a Constituição no cume do ordenamento com todo o seu sistema de normas e com suas "opções valorativas",<sup>10</sup> o que provoca o debate da liberdade contratual e da autonomia privada na perspectiva constitucional, já que não é mais possível discutir tais princípios sob a ótica unicamente infraconstitucional.

A liberdade de regular as relações não econômicas ou econômicas, e o resultado disso formar um *ato jurídico perfeito* faz da autonomia privada (como gênero do qual a liberdade contratual é espécie) direito fundamental que decorre diretamente do mandamento do art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao assegurar essa condição para os direitos de liberdade, aos quais estão associados.

---

<sup>8</sup>RIBEIRO, 2007, p. 8.

<sup>9</sup>Sobre a evolução do conceito de negócio jurídico e sua objetivação, bem como da superação da teoria da vontade por uma teoria da "autonomia privada" tratamos em BRANCO, 2009.

<sup>10</sup>RIBEIRO, 2007, p. 11.

Dentre os direitos de liberdade está a autovinculação<sup>11</sup> que atribui significado à autonomia privada e à liberdade contratual, os quais devem ser diferenciados dos atos de pura autodeterminação, pois o comando constitucional assegura vinculatividade aos atos de liberdade praticados pelos particulares na regulamentação de sua vida privada, especialmente quando diz respeito à esfera econômica.

O fato de não existir um 'enunciado normativo' expresso no texto constitucional afirmando a autonomia privada e a autodeterminação como direitos fundamentais não lhes retiram tal condição, pois é o sistema de proteção de uma determinada norma que assegura a sua existência. Usando-se a terminologia de Alexy, pode-se considerar que tanto autonomia privada quanto autodeterminação são "direitos fundamentais atribuídos",<sup>12</sup> cujos efeitos são de faculdades que emanam imediata e diretamente a capacidade jurídica do sujeito de direitos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>STEINMETZ, 2004, p. 200: "Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional".

<sup>12</sup>Há os 'direitos fundamentais atribuídos': "Normas como (4), (5) e (6) não são estabelecidas pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justifica chamá-las de *normas atribuídas*. As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as de direito fundamental atribuídas" ALEXY, 2011, pp. 50 e ss.

<sup>13</sup>MOTA PINTO, 1992, p. 170. AMARAL, 1988 p. 11, afirma que a autonomia privada, considerada princípio para atuação dos particulares com eficiência normativa, consiste em "uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade".

No mesmo sentido, considerando a liberdade de contratação emanada da personalidade, LARENZ, 1978, p. 258: "El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad (...) significa más, en realidad (...) Se concretiza en diferentes derechos especiales de libertad (...), y en el Derecho privado, principalmente en las instituciones de la libertad contractual, la libertad de disponer sobre la propiedad, la libertad de testar, la libertad industrial y la libre competencia".