

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS SOB O PRISMA DA FUNÇÃO SOCIAL

Wilson Macedo Lemos¹

RESUMO

O trabalho tratará dos aspectos do Direito Civil Constitucional e dos Negócios Jurídicos sob o prisma da Função Social. Para tanto será utilizada a concepção lógica científica em sua elaboração, objetivando demonstrar as consequências decorrentes do Instituto.

Palavra Chave: Direito Civil Constitucional – Negócios Jurídicos – Contratos.

ABSTRACT

The work will address the aspects of Civil Law Constitutional and Legal Affairs under the prism of the Social Function. For both scientific logic design in their development, aiming to demonstrate the consequences of the Institute will be used.

Keyword: Civil Constitutional Law - Business Legal – Contract

1 INTRODUÇÃO

1.1 Desenvolvimento histórico do Direito Civil

Quando falamos na história da humanidade visualizasse a relação inerente com o Direito, desde tempos remotos dos Povos sem escritas, já se notou que existia entre aqueles indivíduos regras básicas de harmonia de convívio entre os mesmos. Por tais povos serem ágrafos, a conotação de ordenamento jurídico origina-se dos costumes tradicionais do conviver entre estes.

¹ Advogado e Professor. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. E-mail para contato: wlemos@adv.oabsp.org.br

Com a evolução humana houve a criação da escrita, e com isto o aprimoramento das técnicas jurídicas, denota-se que deste período uma das maiores invenções desta época refere-se a passar para uma superfície símbolos que expressavam as ideias.

O Código de Lei mais antigo que se conhece é o de Ur-Nammu (fundador da terceira dinastia de Ur, 2111-2094 a.C.) do qual chegou até nós somente dois fragmentos de um tablete de argila. Em 1948 outras leis foram identificadas também na mesma região, são as leis de Eshunna. Tando. Sendo que diante da influência destes dois códigos legais ensejaram na criação do Código de Hammurabi.

As leis penais, contidas nele, utilizavam o Princípio da Pena de Talião (por olho, dente por dente) ou eram substituídas por multas/indenizações legais.

O Direito Privado na Idade Média, com a expansão do Império Romano, ensejou gradativamente a imposição da organização jurisdicional Romana a toda a Europa, formando assim um Direito comum para todo o Ocidente, denominado de *Ius Commune*.

Neste ínterim, em meados do século XVIII na Europa houve uma profunda evolução das ciências jurídicas, com o intuito de efetivar codificação das normas de condutas dos indivíduos. Os primeiros códigos foram o Código da Prússia de 1794 (chamado como o primeiro código moderno), e o Código da Áustria de 1786.

A título de curiosidade estes dois códigos são de bastante longevidade, pois o Código da Prússia só foi substituído em 1900 pelo Código Civil alemão e o Código austríaco permanece em vigor, com algumas alterações.

2 PRINCIPAIS CODIFICAÇÕES INTERNACIONAIS

Conforme vem se discorrendo durante este capítulo da evolução do Direito na história da humanidade, existiu varias formas de organização das normas de convívios entre os indivíduos dentro da sociedade (tenha sido esta sem escrita ou com escrita).

Ocorre, todavia, que em análise as importâncias das codificações criadas, determinados códigos em virtude de sua importância interna (ao País) e externa (aos demais Países), são considerados como marcos das codificações dos direitos privados, e em nosso entendimento, são estes:

2.1 O Código Civil Francês

Os operadores de direito franceses, dividem a história do Direito Francês em. Entendem eles que o Direito mais antigo vigorou até o início da Revolução Francesa, ocorrida esta em 1789.

Sendo este, seguido pelo Direito que abrangeu todo o período revolucionário. Sendo, posteriormente, substituído pela codificação napoleônica, em 1804 sendo que o mesmo vige até os dias de hoje.

2.2 O Código Civil Alemão

Na Alemanha, existiam diversos Estados independentes regidos por próprias legislações. Motivo pelo qual, somente, após a unificação da do Império Alemão em 1871, houve a possibilidade de elaboração de uma única codificação.

Para tanto em 1874, foi nomeada a comissão prévia para elaborar uma proposta sobre o plano e o método que deveriam ser seguidos no preparo do projeto, tendo no mesmo ano, o primeiro projeto.

Em 1890, a segunda comissão foi nomeada e o segundo projeto, que recebeu boa acolhida pela crítica, foi aprovado e entrou em vigor em 1900. O Código Civil Alemão, também conhecido como BGB, serviu de modelo para o Código Civil Brasileiro de 1916.

Posto tais esclarecimentos sobre a história da evolução do Direito na humanidade, e consecutivamente as principais codificações e suas influências, inclusive na organização jurídica pátria, passamos a seguir discorrer sobre a evolução do Direito Civil Brasileiro.

2.3 O Código Civil Brasileiro

Na época do Brasil colônia adotava-se o modelo de Direito português, tendo este sido reformado, por meio da Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão, no qual informava que o Direito Romano era mantido como base do ordenamento, mas deveria ser filtrado pela boa razão. Com a ocorrência da Independência do Brasil, consecutivamente a cisão do Brasil e Portugal, manteve a codificação anterior em vigor até a ocorrência da vigência de um novo código.

Com a promulgação da Constituição de 1824, esta determinava criação de um Código Civil e Criminal, o Código Criminal veio em 1830 e o Código de Processo Criminal em 1832. Todavia, o Código Comercial veio a ser promulgado somente em 1850.

Apesar da elaboração do Código Civil pelo Ministro da Justiça, mediante determinação de Dom Pedro II, não ter vingado a organização sistemática do código e Parte Geral e Parte Especial, fora adotada nos demais códigos que vieram a ser criados.

Posteriormente, com a proclamação da República, em 1889, o Ministro da Justiça escolhe Clóvis Beviláqua, para elaborar o Código Civil tendo este sido aprovado e entrado em vigência em 1917, o Código Civil de 1916.

Em 1969, uma nova comissão é instituída para elaboração de um novo código, Miguel Reale e juristas elaboraram e enviaram o projeto em 1975, sendo o mesmo aprovado na Câmara dos Deputados em 1983.

Entretanto, sendo retomada sua tramitação somente em 2001, sendo que, após várias mudanças, foi sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 10 de janeiro de 2001, entrando em vigor em 2003, o Código Civil de 2002.

2.4 Do Código Civil de 2002

É uníssono que o Direito Civil é considerado por excelência como do Direito Privado, e, tendo em vista a evolução dos tratos entre os indivíduos das mais amplas áreas da sociedade, á sociedade brasileira, viu-se na necessidade de modificar a ideologia da codificação privada nacional.

Conforme, salientou o Ilustre professor Miguel Reale:

Compreendo o interesse em conhecer a nova Lei Civil, pois, como costume dizer, ela é a "constituição do homem comum", estabelecendo as regras de conduta de todos os seres humanos, mesmo antes de nascer, dada a atenção dispensada aos direitos do nascituro, até depois de sua morte, ao fixar o destino a ser dado aos bens deixados pelo falecido, sendo assim, a lei por excelência da sociedade civil.²

Conforme se nota a finalidade da nova codificação criada, buscava a miscigenação entre o antigo e o atual, isto é, manterem-se os direitos positivados nas codificações anteriores, e que foram aceitos pela sociedade em geral (seja os indivíduos seja a jurídica), mas como, abordar pontos até então obscuros ao Direito Civil na época da elaboração do Código Civil de 1916.

Para tanto, utilizou-se de valores essenciais para abordar este novo desafio, são estes: o da eticidade, da socialidade e o da operabilidade. Para dirimir possíveis dúvidas a respeito do

² REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil#ixzz2t80FEq9F>>. Acesso em: Novembro de 2013.

conceito de tais valores, fazemos às vezes nas palavras do próprio professor Miguel Reale sobre o tema:

ETICIDADE – Procurou-se superar o apego do Código atual ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos 19 e 20, do Direito tradicional português e da Escola germânica dos pandectistas, aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano. Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.³

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

A SOCIALIDADE – É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.⁴

Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência da ética, do imperativo e da socialidade, como quando se declara a função social do contrato:

A OPERABILIDADE – Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior.⁵

Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves consequências de ordem prática.

(...) Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível

³ REALE, 2002

⁴ REALE, loc.cit.

⁵ REALE, loc.cit.

determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo.⁶

E continua:

(...) São previstos, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de "indeterminação do preceito", cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolve-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único. Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juristas do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma. Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente⁷

Nesse sentido, conforme vem se demonstrando, as ideias axiológicas que constam no atual Código de Direito Civil, demonstram, a modernização da interpretação dos institutos de direito privado, sobre tudo com relação a sua afetação prática intrínsecas e extrínsecas aos indivíduos dentro da sociedade, visando seu melhor aproveitamento no que tange seus fins sociais e operativos.

Ideológica esta, intrínseca a corrente que adota a constitucionalização do direito civil, conforme veremos á seguir:

3 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A atual vertente do Direito tende a direcionar o ser humano como o centro e o fim da finalidade do direito, finalidades esta empossada de forma clara no artigo 3^a da Constituição Federal, no qual preconiza como objetivos fundamentais da República, uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶ REALE, 2002

⁷ REALE, loc.cit.

Não mais do que inerente, tais valores serem, igualmente, buscados, nos ordenamentos jurídicos infraconstitucionais, sobre tudo, no que tange a codificação que gere de forma ampla e intrínseca as relações privadas dos indivíduos.

Neste sentido, tendo em vista, os valores axiológicos da Constituição Federal, bem como, do Código Civil chegou a necessidade da ocorrência da reestruturação do direito civil, não no sentido da ocorrência da elaboração de um novo código, mas, sim, em uma releitura do direito civil sob o prisma dos princípios humanitários e democráticos previstos na Carta Magna.

O entendimento doutrinário no que tange a sistema temática jurídica do direito civil é relacionada ao direito positivado, isto é, todas as relações e hipóteses deveriam ser de forma expressas previstas na codificação, conforme cita GIUSEPPE LUMIA: “um ordenamento de normas que regulam relações intersubjetivas, normas cuja violação provoca uma relação institucionalizada”⁸

Nesse sentido, as instituições do direito civil sempre foram voltadas para a autonomia da vontade, a propriedade e a família, visando o “EU” em detrimento do “NOSSO” o que veio a confrontar o atual entendimento da finalidade social e interpretativa do direito privado.

O atual Estado encontra-se fundamentando em princípios e valores sociais, buscando, a efetivação da sociabilidade do direito, isto é, o “NÓS” no lugar do “EU”, deixando assim, o Código Civil de possuir a natureza positivista materialista para uma posição de colocar o ser humano como centro e finalidade do direito privado (tais como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento social, cultura e econômico) este, por sua vez encontra-se preconizado na Constituição Federal.

Nesse sentido, tendo em vista a aplicação da Constituição de forma horizontal as relações privadas, ou a descodificação do Código Civil, não no sentido de sua inoperabilidade, mas, sim, no sentido de aplica-lo em conjunto com a Constituição Federal.

Conforme preconiza Pietro Perlingieri:

(..) o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outra hora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

E assim complementa o raciocínio:

⁸ LUMIA, GIUSEPPE. Apud DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 6. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 537.

Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com a ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre o poder do Estado e poder dos grupos (...)⁹

Raciocínio este, que se desprende do posicionamento do professor Paulo Luiz Netto Lobo:

[...]a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional¹⁰

Este posicionamento, não busca desprestigiar a aplicação do Código Civil, mas, sim, aplica-lo em concorrência com os preceitos elencados na Constituição Federal.

4 EFICACIA HORIZONTAL DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A Constituição do Código Civil vem tendo crescente aceitação no âmbito jurídico, haja vista, que este busca aplicar nas relações privadas, a finalidade social preconizada na Constituição Federal, com o escopo de regulamentar as relações privadas, buscando aperfeiçoar a eficácia das relações individuais entabuladas, não somente entre as partes (efeito intrínseco - interno), mas, como também, o resultado que vem a sociedade sofrer oriundo desta relação (efeito extrínseco – externo).

Buscando-se com isto diminuir o espaço da autonomia privada, objetivando a efetivação da garantia da pessoa humana. Nesse sentido, ressalta Flavio Tartuce citando Gustavo Tepedino: que três são os princípios básicos do Direito Civil Constitucional, a saber:

O primeiro deles, aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana, esta estampado no art. 1º, III do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se do *superprincípio* ou *princípios dos princípios* como se afirma em sentido geral. A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. O segundo princípio visa à solidariedade social outro objetivo fundamental da República, conforme o art. 3º, I, da CF/1998. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, como no caso do seu art. 170, pelo qual: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*". Aqui

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro, Renovar, 1999 Pág. 06

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 02.Mar.2005.

também reside o objetivo social de erradicação da pobreza, do mesmo modo previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, III). Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, eis que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito á vida, á liberdade á igualdade, á segurança e á propriedade."¹¹

Desta feita, conforme leciona o Professor Flavio Tartuce, é inerente a relação constitucional no Direito Civil, haja vista que as características expostas na criação do Código Civil vigente estão intrínsecas a Constituição Federal.

Circunstância esta pela qual, há a necessidade da superação do entendimento de dicotomia destes códigos no que tange sua aplicabilidade. Pois, tendo em vista a hierarquia presente em entre a Constituição Federal e o Código Civil, existe entendimento que a norma constitucional teria tão somente função axiologia das normas ordinárias.

Isto é, o texto constitucional seria como interpretativa, valorativa da finalidade que norma ordinária deveria possuir como fim. Entendimento este, entendemos estar superado, haja vista, a possibilidade e necessidade da aplicação da norma constitucional no evento concreto que possa vir a existir, hipótese estas denominada pela doutrina especializada no assunto de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

Informa Flavio Tartuce que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria:

(..) nada mais é do que o reconhecimento da existência e a aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (*eficácia horizontal imediata*). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5º; §1º da Constituição Federal de 1998 pelo qual: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

E completa:

Por certo é que essa *eficácia horizontal* traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas a legislador e ao Estado (*normas programáticas*). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante á prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais¹²

¹¹ TARTUCE. Flavio. **Manual de direito civil**: volume único - Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2011 p..54/55.

¹² Ibid., p. 55/56

Entendimento este, igualmente, preconizado pelo percurso do Direito Civil Constitucional no Brasil, Pietro Perlingieri:

"Segundo alguns autores, a norma constitucional seria um mero "limite" ou "barreira" à norma ordinária. Os enunciados normativos ordinários, enquanto não ofenderem um interesse constitucionalmente protegido, assumem, autonomamente, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e totalmente legítimo. Nesse sentido, a norma constitucional atuaria excepcionalmente e de forma residual, mas sempre sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários. A essa afirmação replica-se o seguinte. Não se pode negar que existem normas constitucionais que se propõem a estabelecer limites às ordinárias; mas que essa seja, por definição, a única função da norma fundamental, pode-se certamente refutar"

E complementa:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também, sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se (sic) se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos valores por elas expressos - em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos¹³

5 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Informa Pietro Perlingieri que as principais características do Direito Civil Constitucional, que autorizariam a ocorrência prática de tal corrente doutrinária (que achamos liames com relação ao trabalho), são os seguintes:

Personalismo e solidarismo constitucional - Nos conceitos de "direitos invioláveis do homem" e de "pessoa", de "deveres inderrogáveis de solidariedade", aos quais o art. 2º Const. faz referência, verifica-se a influência do personalismo e do solidarismo de tipo católico e, em tal perspectiva tentar reconstruir o conceito de "pessoa", ou melhor de "valor" da pessoa. (...) O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos da igualdade e da igual dignidade social¹⁴
Igual dignidade social (pari dignità sociale) - Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão (...) define a noção de igual dignidade social como o instrumento que "confere a cada um o direito ao "respeito" inerente a qualidade homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estes correspondentes¹⁵

¹³ PERLINGIERI, 1999. p. 10/11

¹⁴ Ibid., p. 36/37

¹⁵ Ibid., p. 37

Pessoa e formação social - é necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros (..) Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização¹⁶

Princípio de igualdade e institutos de direito civil - é necessário dizer com clareza que não é possível que a carga inovadora contida (...) se realizem todo o seu alcance nas relações privadas. Isso não significa que o princípio de igualdade constitucional não possa ter relevância no direito civil. (...) o valor da justiça social expresso no Texto fundamental no sentido e nos limites antes traçadas, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*) ,do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé¹⁷

Os estudos dos princípios e características do Direito Civil Constitucional são de fundamental importância para entendermos a relação entre tal entendimento doutrinário sobre o direito civil com relação aos negócios jurídicos.

Posto tais, esclarecimentos, sobre a origem do direito civil constitucional, suas características, princípios e eficácia praticam, passamos a adentrar sobre a função social do direito civil constitucional e sua aplicação aos negócios jurídicos.

6 INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL - FUNÇÃO SOCIAL

É primordial o entendimento do cabimento da aplicabilidade das normas constitucionais nas relações privadas, pois, conforme vem demonstrando no presente trabalho em tela, pois visa o Texto Constitucional impor a dignidade da pessoa humana sobre todas as possíveis relações que possa ser entabuladas entre as partes, pois, atualmente está superado o entendimento que as relações privadas dizem respeito somente aos interessados na relação (efeito interno).

Entende-se atualmente que além da ocorrência dos efeitos internos entre as partes, é inerente a ocorrência, igualmente, dos efeitos externos, isto é, extrínsecos do negócio entabulado, ou seja, o estudo do impacto da relação entabulada à sociedade.

Nesse sentido, ensina Pietro Perlingieri:

¹⁶ PERLINGIERI, 1999. p. 38

¹⁷ Ibid. p. 49

Com o termo, certamente, nada elegante, "despatrimonialização", individua-se uma tendência normativo-cultural; se evidência que no ordenamento se opera uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialização (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivimos, antes, e, do consumismo, depois, como valores)¹⁸

E continua:

O elemento constante na teoria dos atos e da atividade dos particulares é a iniciativa, não a autonomia privada, dado que, em concreto, a autorregulamentação pode faltar. (...) Não é possível afirmar, depois do quanto foi acima especificado, que a autonomia negocial não tem nenhuma revelância constitucional, nem, de outro lado, que se pode esgotar na autonomia contratual.(...) A negociação que tem por objeto situações subjetivas, não patrimoniais - de natureza pessoal existencial - deve se colocada em relação à cláusula geral da tutela da pessoa humana¹⁹

Tal entendimento é inerente ao contexto do qual foi elaborado o estudo do código civil com ênfase no direito constitucional, pois, no atual contexto da codificação privada, é inconcebível a utilização de direito de forma a limitar sua total finalidade social.

É de característica inerente ao entendimento do direito civil constitucional que a relação negocial firmada tenha que trazer resultados também para a sociedade e não somente para os indivíduos da relação.

Nesse sentido, lecionou Pietro Perlingieri:

Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função. As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa fé que se tornaram expressões gerais do princípio de solidariedade²⁰.

Postos tais ponderações adentraremos no capítulo do Direito Civil Constitucional e os Negócios Jurídicos.

7 DA FUNÇÃO SOCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO - CONTRATOS

A interpretação da finalidade da função social nos negócios jurídicos, especificamente nos contratos, é de total importância para o estudo do direito civil contemporâneo e seus efeitos práticos.

¹⁸ PERLINGIERI, 1999. p. 33

¹⁹ Ibid. p. 18

²⁰ Ibid. p. 121/122

Pois, tendo em vista, as diretrizes axiológicas previstas no Código Civil vigente (vide capítulo que trata sobre o Código Civil de 2003), bem como, a efetivação horizontal das normas constitucionais nas relações de direito privado, torna-se assim imperativo, o estudo efetivo da função social e de seus efeitos nos negócios jurídicos.

Verifica-se, conforme estudado, os valores ideológicos previstos no Código Civil – eticidade, socialidade e operabilidade – fazem decorrer as seguintes hipóteses: autonomia privada, boa fé objetiva justiça contratual e a função social.

Nesse sentido, ensina Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosendo:

Os quatro princípios fundamentais da teoria contratual; autonomia privada, boa fé objetiva, justiça contratual e função social do contrato, vinculam-se diretamente ao resguardo das prestações e a correção do comportamento das partes. Enfim, concretizam os princípios da igualdade substancial e da solidariedade nas relações contratuais.²¹

Todas estas vertentes, com o escopo de estudar o impacto dos efeitos das relações privadas na sociedade como um todo. Pedimos, licença para estudarmos, tão somente, o aspecto da função social, haja vista, este ser o cerne do presente estudo.

Pois, a função social nos negócios jurídicos, decorre da aceção de tornar as relações jurídicas mais equilibradas as partes, e justas para a sociedade , buscando efetivar a circulação da riqueza em prol e proveitos de todos os indivíduos ligados ou não ao negocio jurídico específico.

Conforme elucidado o professor Paulo Nalin

Não é novidade na civilística brasileira a importância do assunto, estando presente o tema, tanto em manual de maior consistência quanto em obras monográficas que o abrangem, não por um mero modismo, mas em razão da própria orientação jurídico-ideológica de quem ele se inclina e da mudança de paradigmas do Direito Civil²²

O contrato – principal expressão do negócio jurídico – é inerente ao desenvolvimento da própria sociedade, nos dizeres de Flavio Tartuce: “a própria palavra sociedade traz a ideia de contrato”²³.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson, **Curso de Direito Civil**. 4º vol. 3ª Ed . Bahia: JusPodivm, 2013. p. 228

²² NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª edição - Curitiba: Juruá, 2008.p.213

²³ TARTUCE, 2011. p. 33

Nesse sentido, é inerente ao contexto jurídico, econômico e social o estudo dos negócios jurídicos sob o prisma do direito civil constitucional e consecutivamente da função social.

A Função Social refere-se à aproximação, maior, de valores de ética, moral e justiça social junto às normas jurídicas. Conforme ensina Paulo Nalin:

A intervenção estatal põe em xeque a moderna concepção de direito subjetivo (proprietário e contratante), agregando aos seus conceitos uma função social”, ou seja, a solidariedade social passou a condicionar a autonomia da vontade, logo a liberdade contratual - notadamente pela experiência europeia iniciada por Weimar -, determinando-se “o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, tornando-o mais solidário”²⁴

Função social – no caso nos negócios jurídicos – buscou analisar os efeitos práticos que a referida negociação jurídica possa surtir salutar, não somente os efeitos internos (intrínsecos), mas, como, também, os efeitos externos (extrínsecos) da pactuação que possa impactar junto à sociedade.

Nesse sentido elucidam os Professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

De fato, os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente e, como já observamos, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à função social do contrato. [...] A liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores da dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social²⁵

Nesse contexto, devemos salientar, que a ingerência das normas jurídicas constitucionais, buscando sobrepor os direitos humanos nos tratos comerciais – efetivação da função social – veio por mitigar a liberdade contratual dos indivíduos.

Nesse sentido Caio Mario Da Silva Pereira:

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório²⁶.

²⁴ TARTUCE, 2011. p. 217

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53/54

²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: Contratos**, 12ª edição, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13

Nesse sentido Paulo Nalin:

Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. (...) se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justas (...) Por isso, a função perseguida é a social²⁷

E nesse sentido Giselda Novaes Hironaka:

A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.²⁸

Sendo assim, a função social dos contratos busca efetivar a justiça social na relações privadas, haja vista, os efeitos que estavam possa imputar as partes e a sociedade, conforme, já mencionado anterior, por meio dos efeitos intrínseco e extrínseco.

E sobre tais efeitos, Paulo Nalin:

No atual estágio de compreensão da doutrina nacional acerca da função social do contrato, evidenciada a completa indefinição sobre o tema, apresenta-se oportuna uma sugestão. No meu pensar, dividi-se a função em **intrínseca** e **extrínseca**. A primeira, **intrínseca**, é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no art. 1.165 do *Code* ("*as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...*") corolário lógico do princípio da liberdade contratual. Seu perfil **extrínseco** (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito²⁹

Ocorre, e o mesmo autor, faz interessante observação sobre a finalidade da função social, qual seja, em que pese, este, concordar com o entendimento que a função social, busca garantir que as partes e a sociedade seja beneficiada com o negócio jurídico, especialmente contrato, não devemos confundir função com fim, conforme descrevemos:

²⁷ PEREIRA, 2008. p. 215

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 12, n. 45. São Paulo: 1988. p. 141

²⁹ *Ibid.*, p. 215

A análise dialética da função social impõe um caminho menos abstrato, sob pena de se confundir **fim** com **função**. Uma leitura filosófica sobre eles conduz a dois planos realmente diversos; "[...] *entre fim e função de uma determinada estrutura, entendem-se o primeiro como destinação a uma tarefa abstratamente fixada e imóvel, a outra como o histórico e concreto movimento diante da situação sempre renovada e diversa*. Esse último sentido é que frequentemente se atribui ao uso jurídico da função, sendo que ela não se restringe ao rígido e idêntico conceito, mas sim, a uma mutável função na relação dialética, partindo daí a dificuldade de captá-la e aprioristicamente defini-la (...)³⁰

Por tais motivos, criou-se o entendimento da necessidade da despatrimonialização do direito civil e do contrato; Pois, tendo em vista, a ocorrência da constitucionalização do direito civil, os direitos dos homens, encontra-se no centro das relações jurídicas contratuais.

Desta feita, a não observação de tal requisito no contrato firmado, enseja a necessidade da declaração de invalidade do negócio jurídico realizado.

Nesse sentido, o entendimento do conceito de despatrimonialização, refere-se a mudança de prioridade no negócio jurídico, superando o individualismo e o patrimonialismo, para a efetiva valorização da pessoa e da sociedade no que tange ao contrato firmado.

Nesse sentido ensina Paulo Nalin:

A despatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre **personalismo** (superação do individualismo) e **patrimonialismo** (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do "produtismo" e, mais atualmente, do consumismo). Nota-se, destarte, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio. Há, na perspectiva ora abordada, verdadeira superação, ou, no mínimo, renovação da lógica jusprivatística, da qual não escapam dois de seus pilares fundamentais, quais sejam: a propriedade e a autonomia negocial. O processo de modificação do patrimonialismo ao pessoalismo ocasiona a ruptura da lógica individualista do ter, substituída, ou, ao menos, mitigada, por aquela outra, do ser. A relação obrigacional patrimonial acaba por ser ferramenta de desenvolvimento de um papel, direto ou imediato, de atuação do valor constitucional da dignidade humana. Despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre desenvolvimento, refutando-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa.³¹

Desta feita, demonstra-se, que por o negócio jurídico ser uma relação complexa, haja vista, a intrínseca relação entre os indivíduos e a sociedade, sopesando, o entendimento adotado no direito civil constitucional, houve a necessidade de reformar o entendimento ao qual até então tinha-se sobre o contrato e a soberania das partes.

³⁰ HIRONAKA, 1998. p. 225

³¹ Ibid., 249

Deixou-se de as partes terem direitos irrestritos, passando-se ao Estado delimitar estes, por meio da função social - dos contratos - em prol de maior benefício a sociedade, usando para tal fim, a despatrimonialização do direito civil e consecutivamente dos contratos.

Todavia, delimitação esta, não no sentido de diminuir os direitos dos indivíduos, mas, sim, aplicar a correta finalidade ao qual a norma foi criada.

Nos dizeres de Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald

(..) Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional.³²

Concluimos assim, que a função social nos negócios jurídicos, e especificamente, nos contratos, vêm a efetivar equilíbrio contratual entre as partes, isto é, realizando justiça contratual entre as partes.

Ademais, observando-se, ainda, quais são os efeitos que o contrato legal possa gerar, seja com relação as partes seja com relação a sociedade, haja vista, que pelo atual entendimento da constitucionalização do direito civil e a efetivação horizontal das normas constitucionais, impondo os direitos dos homem nos centro das relações jurídicas, não é mais viável a ocorrência de contrato que seja viável somente as partes integrantes do negócio jurídico, mas, não á sociedade.

8 EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PERANTE TERCEIROS

Nesta mesma linha de raciocínio acima exposta, isto é, a função social do contrato, não poderíamos deixar de abordar a eficácia do negócio jurídico perante terceiros, chamada pela doutrina como eficácia ultra partes.

A eficácia ultra partes, refere-se ao dever que se impõe aos terceiros, que apesar de não constituir parte do cumprimento da obrigação, devem respeitar o contrato pactuado, seja com relação as pessoas contratantes seja com seus respectivos patrimônios.

Nesse sentido, o comportamento do terceiro não poderá interferir no atuar das partes do negócio. Trata-se, enfim, de um dever universal de abstenção, que se pode impor àqueles que não integram a formação do pacto.

³² FARIAS, 2013. Pág:207.

Desta feita, a imposição do princípio da boa fé e função social do contrato, impõe lisura no sentido de impedir que terceiros frustrem o contrato do qual não formaram, como também impede que os contratantes inviabilizem a prestação de avença levada a cabo por outrem.

Circunstâncias estas denominadas pela doutrina como sendo teoria do dever de respeito ao conteúdo do contrato.

Nos dizeres de Antunes Varela:

O credor não pode, é certo, exigir a prestação devida, senão do obrigado. Mas todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação creditória seria (juridicamente) obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento, celebrar com ele negócio que o impedisse de cumprir, nem destruir ou danificar a coisa devida.³³

Ou seja, o dever de abstenção por terceiros de realizar atos que possam infligir a execução do contrato, deriva da tutela externa, haja vista que o contrato passa a repercutir em todo o corpo social, e não só entre os pactuantes.

Oportuno assim é o estudo dos reflexos protetivos e onerativos perante terceiros, tendo em vista a proibição ao exercício de um direito desvinculado de seu destino econômico-social, que serve de alicerce às concepções ora apresentadas.

Conforme ensina o Professor Luis Renato Ferreira da Silva

Já tem sido aceito, há algum tempo, que o contrato possa produzir efeitos negativos nas esferas alheias, criando uma obrigação negativa consistente em não atentar contra os pactos alheios, ou ao menos, não incentivar o rompimento destes pactos. É o que a doutrina chama de oponibilidade do contrato a terceiros, uma forma de efeito reflexo na esfera alheia. [...] Nestas circunstâncias, o terceiro que tenha um interesse conflitante com os de algum contratante não pode instigar o rompimento contratual ou favorecer o tal agir, pois estará induzindo ao inadimplemento e, com isto, prejudicando a manutenção que é a função socialmente reconhecida. O terceiro, embora estranho à declaração de vontade daquele contrato, deve colaborar, no grau mínimo que é não atrapalhar, o desenvolvimento do contrato.³⁴

Notamos assim, que a eficácia extrínseca do negócio jurídico realizado, tem por base a idéia de oponibilidade do contrato perante terceiros, que tenham a conotação de frustrar o exaurimento da eficácia do contrato.

³³ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. vol. I, nº 44. Coimbra: Almedina, 2000. p. 175-176

³⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. São Paulo. Livraria do Advogado, 2008. p. 129.

Nesse sentido, as condutas de terceiros deixam de ser estáticas e consideradas constantes, passando assim, a possuir caráter ativo, tanto como dos participantes diretos do negócio jurídico entabulado.

Valido se faz colacionar trecho da obra do professor Cristiano Chaves de Faria:

Já tem sido aceito, há algum tempo, que o contrato possa produzir efeitos negativos nas esferas alheias, criando uma obrigação negativa consistente em não atentar contra os pactos alheios, ou ao menos, não incentivar o rompimento destes pactos. É o que a doutrina chama de oponibilidade do contrato a terceiros, uma forma de efeito reflexo na esfera alheia. [...] Nestas circunstâncias, o terceiro que tenha um interesse conflitante com os de algum contratante não pode instigar o rompimento contratual ou favorecer o tal agir, pois estará induzindo ao inadimplemento e, com isto, prejudicando a manutenção que é a função socialmente reconhecida. O terceiro, embora estranho à declaração de vontade daquele contrato, deve colaborar, no grau mínimo que é não atrapalhar, o desenvolvimento do contrato.³⁵

Diante disto, oponibilidade possui a natureza de impor dever de conduta negativa para o terceiro com relação à eficácia do negócio jurídico realizado.

Ressalta-se que tal posicionamento poderia ser entendido como inovador, porém tal imposição negativa se faz presente de forma usual em nosso ordenamento jurídico, conforme podemos notar nos casos de responsabilidade civil estribados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Podemos perceber tais circunstâncias quando analisamos os artigos 18 e 20, da Lei 8078/90, quando a lei traz a possibilidade do fabricante responder em face de quem em momento algum com ele estabeleceu vínculo contratual.

Isto é, o consumidor tendo realizado contratação junto apenas com o fornecedor - que possui natureza de intermediário - mas que não tem relação direta com o fabricante.

Imposição esta contratual *erga omnes* que já vinha sendo defendida pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo vejamos:

Aceita a ideia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse. Com muita precisão os juristas franceses distinguem entre dois termos: relativité (relatividade dos efeitos) e opposabilité (oponibilidade dos efeitos). José Duclos, em toda uma obra monográfica sobre o assunto (*L'opposabilité: essai d'une théorie générale*. Paris: LGDJ, 1984), dedica a primeira parte de seu trabalho (p. 32 a 276) ao estabelecimento da distinção entre os dois termos, quer em relação a fatos jurídicos, quer em relação a atos jurídicos, a atos jurisdicionais e a situações jurídicas (daí o subtítulo da obra "ensaio de uma teoria geral"). No prefácio, o Prof.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pp.60-61

Didier Martin afirma: “a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação jurídica de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam “terceiros”, sem dúvida para melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhes são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos”. Exclusivamente sobre os efeitos do contrato, Jean-Louis Goutal já havia escrito sua tese *Essai sur le principe de l’effet relative du contrat* (Paris: LGDJ, 1981), em que também havia afirmado a oponibilidade do contrato a todos, resultando esta oponibilidade de mera existência do contrato; asseverou, então, que a oponibilidade é a regra e a inoponibilidade a exceção (são exceções, por exemplo, os casos em que a lei exige expressamente o registro do contrato, “para valer contra terceiros”).³⁶

Bem como Rita Amaral Cabral:

[...] aceita-se, pacificamente, que a circunstância de os sujeitos de um negócio não poderem convencionar a obrigação de prestar por terceiros não equivale àquela outra que se traduz em impor a estes últimos que respeitem as obrigações validamente acordadas, não dificultando ou tornando impossível a respectiva observância pelas partes.³⁷

Assim a oponibilidade do negócio jurídico perante terceiro refere-se a um dever de conduta respeitosa ao bem jurídico alheio, conduta ao qual deve ser realizada com base na boa-fé e a função social do contrato.

9 DA RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO

Nesta linha de raciocínio, ao qual demonstra haver a imposição para que o terceiro não venha a intervir no contrato realizado, isto é, uma conduta negativa, indaga-se caso ocorra a violação desta proibição imposta, qual seria a responsabilidade do terceiro?.

Tal responsabilidade do terceiro surge pela violação de um dever de conduta, atraindo uma responsabilidade extracontratual. Pois se o não cumprimento das disposições contratuais traz para as partes envolvidas no negócio uma responsabilidade de natureza contratual, tendo em vista os efeitos obrigatórios (internos) do contrato.

Já de outro lado no caso do terceiro, a responsabilidade é extra contratual ou aquiliana, decorrente da violação de um dever de conduta proba, honesta e voltada para o interesse coletivo de preservação do crédito.

³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Parecer Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 750, 1998, p.116/117.

³⁷ CABRAL, Rita Amaral. **A tutela delitual do direito de crédito, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gomes da Silva**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p.1.027.

Nesta linha, podemos dizer que a ofensa, pelo terceiro, pode ser indireta ou direta, conforme o caso concreto a ser analisado.

A ofensa indireta ocorre nos casos em que o terceiro causar dano a uma coisa imprescindível ao cumprimento do contrato, ou mesmo à pessoa do contratante.

Nesta hipótese o terceiro causa um dano reflexo as partes do contrato, isto é sua conduta veio a atingir coisa ou pessoa indispensável ao adimplemento da obrigação, frustrando reflexamente o exaurimento dos efeitos do contrato.

Fernando Noronha disserta a respeito do tema:

[...] a tutela externa, fora dos casos de atuação dolosa, também só será justificável em hipóteses restritas, como no caso de morte ou de incapacitação para o trabalho do devedor de pensão alimentícia já constituída [...]³⁸

Já a ofensa direta ao contrato, segunda vertente, está mais afeta à teoria da tutela externa do crédito. Ofende-se diretamente quando o terceiro instiga a outra parte de um contrato anteriormente firmado a descumpri-lo ou a celebrar um novo contrato incompatível com o anterior.

Neste caso, não há participação de nenhuma das partes do contrato afetado. Isto ocorre quando o terceiro age em concorrência desleal ou usa indevidamente informação privilegiada obtida pela sua atuação nos atos contratuais, mas sem que do contrato assumisse a posição de parte.

Fernando Noronha acentua a necessidade do dolo para a aplicação da tutela externa, in verbis:

Em todos os casos suscetíveis de enquadramento na tutela externa do crédito, uma coisa é certa: quando o terceiro interveniente for movido pelo propósito de causar dano ao credor, isto é, quando proceder dolosamente, ele será sempre obrigado a indenizar, devido a uma razão de ordem pública: todo dano dolosamente causado deve ser indenizado³⁹

E Humberto Theodoro Neto, vejamos:

Uma das principais suscitações do tema que nos ocupa é a responsabilidade civil do terceiro por lesão de direito de crédito. A idéia de responsabilidade do terceiro pela frustração de uma prestação do contrato parte da premissa de que o terceiro não pode, em princípio, ignorar voluntariamente o contrato. Conhecendo a existência do

³⁸ NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 12. Rio de Janeiro: 2002. p. 58.

³⁹ NORONHA, loc.cit.

contrato e seus efeitos jurídicos, não pode agir como se não os conhecesse. Segundo a orientação doutrinária francesa, os terceiros têm um dever fincado na utilidade social do contrato, de respeitar a oponibilidade das convenções. Uma vez que as violem ciente e intencionalmente, adquirem uma obrigação de reparar perante o(s) contratante(s) prejudicado(s).⁴⁰

Conclui-se assim, que a violação à boa-fé pelo dever de lealdade que se espera dos terceiros alheio ao contrato, ao ponto de ensejar a impossibilidade do contrato firmado, rompendo assim com a finalidade externa e interna social do negócio jurídico entabulado, ensejará a este, o dever ressarcitório, tendo em vista a responsabilidade extra contratual que este ocorrerá, haja vista sua conduta praticada.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente tópico iremos visualizar todo o desenvolvimento didático utilizado neste trabalho de conclusão de crédito, bem como, iremos, dentro do possível, chegarmos a conclusão sobre o cerne do trabalho.

Vejamos:

Abordados no presente trabalho, obviamente sem exaurir o tema, haja vista sua extensão e complexidade o desenvolvimento histórico do Direito Civil, tanto internacional – mediante os estudos dos principais codificações promulgadas – como no direito pátrio – discorreremos sobre as codificações civis que vigeram em nosso país.

Posteriormente, após a análise da codificação do direito privado, que no entender da maioria dos doutrinadores especializados no assunto, pode-se entender como o êxito central dos direitos privados dentro da sociedade, passamos a estudar o Direito Civil Constitucional.

Neste tópico, chegamos ao entendimento final, que o Direito Civil Constitucional, seria o estudo do Direito Civil sob o prisma dos direitos humanos, isto é, colocando o ser humano como o centro e o fim da finalidade do direito.

Para tanto estudados as características e princípios atinentes ao Direito Civil Constitucional, haja vista, a sua fundamental importância para entendermos entre a norma constitucional e o direito privado, especificamente os negócios jurídicos.

Ademais, em análise, exauriente sobre a relação dos direitos humanos, previstos na Constituição Federal com as normas e preceitos contidos no Código Civil, visualizamos a

⁴⁰ THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos Externos do Contrato**. Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 126.

possibilidade da ocorrência de efetivação prática direta das normas contidas na Magna Carta em sede de relações privadas, o que a doutrina especializada chama de Eficácia Horizontal do Direito Civil Constitucional.

Pois, conforme salienta Gustavo Tepedino – ver tópico Eficácia Horizontal do Direito Civil Constitucional – três características básicas autorizariam a utilização direta das normas constitucionais em sede de direito privado: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) solidariedade social e (iii) princípio da isonomia.

Nesse sentido, tendo em vista, a inerência entre as normas expostas na Constituição Federal e os valores axiológicos previstos no Código Civil, houve a superação da dicotomia destes Códigos no que tange sua aplicação prática.

Visualizamos, igualmente, a relação entre a função social do direito civil constitucional, que nós dizeres do Professor Pietro Perlingieri, trata-se da necessidade da “despatrimonialização”, que objetiva a superação da conotação até então, existente na codificação cível de personalismo e a patrimonialização.

Pois, tendo em vista, a ocorrência dos efeitos (extrínseco e intrínseco) que os negócios jurídicos – do direito privado – imputam, seja entre as partes, seja à sociedade, deverão ser estudadas sob o prisma da função social.

Passamos então, à estudarmos os negócios jurídicos e os atos não negociais, tema de grande importância para a teoria geral dos negócios. Adentrando-se finalmente a função social dos negócios jurídicos, especificamente nos contratos, tema cerne do presente trabalho.

Neste sentido, podemos chegar as seguintes ponderações, é inegável que o direito civil é o cerne, podemos até mesmo dizer, com certa liberdade poeta ser a “Constituição” do direito privado.

Nesta codificação, busca-se abarcar todas as possibilidades jurídicas que o convívio dos indivíduos dentro da sociedade possa resultar. Ocorre que na atual dinâmica de desenvolvimento humano, sobre tudo, quando abordamos a globalização, resulta-se trabalho Herculeano à finalidade de positivizar todas as possíveis relações jurídicas.

Motivo, pelo qual, de forma, necessária e correta, buscou-se por meio do Direito Civil Constitucional, interpretar a codificação privada de acordo com os valores axiológicos previstos na Magna Carta.

Objetivando, além de manter as normas criadas eficazes a sociedade moderna, imputando maior dinamismo as relações previstas no código civil. Neste contexto, especialmente quando se falamos em negócios jurídicos, os contratos.

Pois, conforme, estudado as relações contratuais deixou de serem pautadas somente pelo interesse particular dos indivíduos que integram a relação, atualmente, e de forma correta, visualiza-se os efeitos que tais negociações possam impor à sociedade, e não somente as partes do negócio jurídico entabulado.

Buscando-se com isto - limitação de direitos dos indivíduos, em prol da sociedade como um todo “função social do contrato” – não somente beneficiar os indivíduos do negócio entabulado, mas como, também a coletividade – efeitos extrínsecos e intrínsecos – fazendo que haja a movimentação da riqueza nacional e, trazendo a finalidade ao qual a norma é criada, qual seja a pacificação dos tratos comerciais e o desenvolvimento pátrio.

Chegando assim, a conclusão que a função social do contratos é um dos principais instrumentos necessários para a interpretação do direito dos operadores de direito, sobre tudo no que tange a atual e dinâmica sociedade em que vivemos.

11 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Parecer Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 750, 1998, p.116/117.

CABRAL, Rita Amaral. **A tutela delitual do direito de crédito, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gomes da Silva**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p.1.027.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson, **Curso de Direito Civil**. 4º vol. 3ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 228

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pp.60-61

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág: 53/54

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 12, n. 45. São Paulo, 1988. p. 141
LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 02.Mar.2005.

LUMIA, GIUSEPPE. Apud DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 6. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 537.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª edição - Curitiba: Juruá, 2008. p.213

NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 12. Rio de Janeiro: 2002. p. 58.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: Contratos**, 12º edição, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pág: 13

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro, Renovar, 1999 Pág. 06

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil#ixzz2t80FEq9F>>. Acesso em: Novembro de 2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. São Paulo. Livraria do Advogado, 2008. p. 129.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único** - Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2011 Pag.54/55.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos Externos do Contrato**. Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 126.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. vol. I, nº 44. Coimbra: Almedina, 2000. p. 175-176