

CURSO DE DIREITO

Camila Lima Côrtes Lorenzi

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O PRINCÍPIO DA
SOLIDARIEDADE COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CÍVEIS**

Santa Cruz do Sul
2015

Camila Lima Côrtes Lorenzi

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O PRINCÍPIO DA
SOLIDARIEDADE COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
CÍVEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Jorge Renato Reis
Orientador

Mrdna. Monique Pereira
Co-orientadora

Santa Cruz do Sul

2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Camila Lima Côrtes Lorenzi, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Dr. Jorge Renato Reis
Orientador

Mrnda. Monique Pereira
Co-orientadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, por ter sido tão generoso comigo, pela minha vida abençoada e pelas oportunidades que tenho.

Agradeço aos meus pais Paulo e Clarinda, por nunca medirem esforços para me proporcionarem desde sempre o acesso a todos os meios para atingir conhecimento e a melhor educação e, principalmente, por me darem diariamente o bem mais precioso que existe, o amor. Todos os meus projetos são resultados dos esforços de vocês e o apoio de vocês foi e será essencial em minha vida. De forma carinhosa, também agradeço meu irmão Rodrigo.

Dentre as pessoas que estiveram comigo, mesmo que distantes, quero agradecer de forma especial às minhas amigas Flávia e Suca, com quem eu pude dividir os meus anseios e aflições diariamente, serei eternamente grata por tê-las em minha vida. E aos meus colegas de faculdade, agora amigos pra vida toda, por estarem ao meu lado, por me ajudarem e apoiarem nessa fase, obrigada por serem tão especiais: Paula, Julia, Mário e Roberta.

Da mesma forma, agradeço pelo amor e carinho recebidos diariamente pelo meu namorado Félix. Agradeço pela paciência, cumplicidade, compreensão e por principalmente estar sempre ao meu lado, ensinando e acreditando que nossos sonhos são perfeitamente possíveis de serem realizados.

Agradeço também ao meu orientador, por todo o aprendizado e apontamentos feitos juntos ao meu trabalho e por ter me aceitado como sua orientanda. Lembrando que sou uma grande admiradora do seu trabalho e que representa pra mim um verdadeiro exemplo a ser seguido.

Por fim, de modo muito especial, agradeço a minha co-orientadora e amiga Monique Pereira, pelas revisões, críticas, sugestões, pela paciência e boa vontade. Agradeço por ser companheirismo, pela amizade e pela orientação pessoal e acadêmica, saiba que tenho imenso orgulho e admiração por você.

RESUMO

A presente monografia teve como tema a constitucionalização do direito privado e o princípio da solidariedade como paradigma nas relações contratuais cíveis, destacando o espaço desse princípio na Constituição Federal como direito fundamental. A partir disso, foi estudado de que maneira ocorreu o fenômeno da constitucionalização do direito privado, pois com o passar dos anos ocorreram mudanças no sistema jurídico público e privado. O ser humano passou a ser o centro das preocupações do ordenamento jurídico, tendo como princípio matriz o princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho fez referência à problemática acerca da aplicação do princípio da solidariedade nas relações contratuais entre particulares e suas formas de manifestação. Assim sendo, especialmente no que diz respeito às relações contratuais, o princípio constitucional da solidariedade, passou a ser um instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e vem sendo adotado como regulador dos negócios jurídicos, igualando as desigualdades substanciais entre os contraentes e limitando a autonomia da vontade. O método de abordagem utilizado no desenvolvimento da pesquisa foi o hermenêutico, que permite interpretar o que vai ser pesquisado dentro de um contexto, levando em consideração tanto os elementos sociais e históricos do tema envolvido, quanto às leis existentes sobre o mesmo.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado; princípio da solidariedade; direitos fundamentais; negócio jurídico; contratos;

ABSTRACT

The present monograph have as theme the constitutionalization of the private law and the solidarity principle as a paradigm in the civil contractual relations, highlighting the space of this principle in the Federal Constitution as a fundamental right. From there, intend to study the way that occurred the private law constitutionalization phenomenon, because over the years changes have occurred in the public and private system. The human being became the concern center in the law, having as matrix principle the human dignity principle. The monograph refers to the problematization of the application of solidarity principle in the legal business between individuals and it ways of manifestations. Therefore, specially when it concerns to the contractual relations, the constitutional solidarity principle, became an concretization instrument of the human dignity, being adopt as a regulator of the legal business, equating the substantial inequalities between contractors and limiting freedom of choice. The approach method to be use in the development of the monograph will be the hermeneutic, which allows to interpret what will be researched in the context, considering the social and historic elements of the theme, as existing laws about that.

Key words: constitutionalization of the private law; solidarity principle; fundamental rights; legal business; contracts;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	09
2.1	O fenômeno da constitucionalização do direito privado.....	09
2.2	Formas de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	14
2.3	A solidariedade enquanto direito fundamental.....	18
3	A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO FUNDAMENTADO NA VONTADE.....	23
3.1	A formação do contrato.....	24
3.2	Vícios de vontade.....	28
3.3	Formas de extinção do contrato por causas inibidoras da vontade....	32
4	O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO NEGÓCIO JURÍDICO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO.....	36
4.1	A negócio jurídico e a vontade.....	37
4.2	O negócio jurídico no sistema jurídico brasileiro.....	39
4.3	A função social do contrato como efetivação da solidariedade nos negócios jurídicos.....	44
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito estudar os critérios vigentes de interpretação dos contratos entre particulares, sob a visão dos institutos contratuais e dos novos princípios do direito civil, segundo a regência dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, muito especialmente o da solidariedade.

Com o passar dos anos, houve um aumento das desigualdades sociais, com isto o Estado passou a interferir nas relações privadas, introduzindo determinadas normas de proteção social nas constituições.

Levando em consideração essas circunstâncias, pretende-se analisar as mudanças que foram impostas pela Constituição Federal de 1988 na seara contratual, enquanto dispositivo jurídico originário do direito civil e da autonomia da vontade que, em virtude da influência da Constituição Federal de 1988, passou a ser submetido a novos valores, sendo mais adequado à estrutura social determinada na Carta Magna.

Com a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre privados, os conflitos instituídos na efetivação dos contratos passaram à condição de conflitos de direitos protegidos pela Constituição Federal, sendo necessária a aplicabilidade de regras próprias de exegese constitucional na interpretação de contratos privados. A atual concepção constitucional, ao disseminar essa proteção com um viés social, em oposição ao indivíduo, acabou por instaurar princípios contratuais, como a função social e a boa-fé, os quais têm por finalidade a garantia da observação do princípio da solidariedade previsto na Constituição Federal de 1988.

Para proceder na pesquisa desse trabalho será utilizado o método hermenêutico, com pesquisas documentais, que serão realizadas em legislações correlacionadas, em livros e artigos científicos, bem como pesquisa bibliográfica, abordando a compreensão de autores renomados com relação ao assunto em pauta.

A problemática desenvolvida nesse trabalho está baseada em verificar como, mais especificamente nas relações contratuais, o princípio da solidariedade se vincula aos negócios jurídicos entre particulares e quais são as formas de manifestação dessa vinculação.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o fenômeno da constitucionalização do direito privado e sua evolução histórica, bem como a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas e de que

maneira ocorre essa vinculação e, ainda, abordando a solidariedade enquanto direito fundamental e sua efetivação no Ordenamento Jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo será trabalhada a formação do negócio jurídico fundamentado na vontade, que é um pressuposto básico para a existência do contrato, e as suas formas de extinção por causas que inibem a vontade, além do mais será trabalhado a formação do contrato e os vícios de consentimento existentes no mesmo. O terceiro capítulo versará sobre o princípio da solidariedade no negócio jurídico no sistema jurídico pátrio e a função social do contrato como efetivação da solidariedade nos negócios jurídicos. Será também analisado o negócio jurídico, a vontade e como o negócio jurídico é formado no sistema jurídico brasileiro.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicia-se o estudo da Constitucionalização do direito privado, analisando-o sob a perspectiva das regras e dos princípios constitucionais, ou seja, interpretando o direito privado à luz da Constituição.

Deste modo, como assevera Reis (2009), o direito privado por ser mais antigo que o direito constitucional, é considerado um direito autônomo, mas na realidade ele está introduzido dentro de um sistema jurídico, que tem a Constituição Federal como norma-princípio a ser seguida por toda a interpretação da legislação infraconstitucional que lhe é subalterna.

Com a constitucionalização do direito privado o ser humano passa a ser o cerne da proteção jurídica, ganhando maior amparo no ordenamento pátrio. Em decorrência disto, tem-se a difusão do princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a ser o princípio matriz e que irradia para todo o ordenamento jurídico.

Como exemplo tem-se o atual código civil que regulamenta os principais institutos cíveis, submissos à boa-fé e à sua função social. Sendo assim, há a repersonalização do direito privado, colocando o ser humano no centro da proteção do mesmo (REIS, 2009).

Conforme se verá, a constitucionalização do direito privado trouxe variados aspectos na esfera das relações privadas, sendo que talvez o de maior impacto seja a aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter privadas. Assim, os direitos fundamentais passaram a ser direitos garantidos pelo sistema jurídico brasileiro, pois são direitos invioláveis do cidadão que decorrem da qualidade da dignidade da pessoa humana, que norteia as Constituições contemporâneas.

É imperioso contextualizar de que maneira ocorreu o processo da constitucionalização do direito privado e sua evolução histórica, bem como entender de que forma os direitos fundamentais estão vinculados nas relações privadas. Por fim, é necessário analisar a solidariedade na qualidade de direito fundamental.

2.1 O fenômeno da constitucionalização do direito privado

O critério da sociedade juridicamente estruturada decorre da percepção do homem como ser livre por natureza. O homem, em proveito do convívio harmônico

com os cidadãos, assume limitações à sua autonomia, impostas pelo Estado que, restringe a liberdade e também tem como parâmetro garanti-la. A eclosão do Estado de Direito está consolidado à ideia de que o poder é restrito por um direito superior, que é destinado propriamente a proteger liberdades.

Na qualidade de instituição juridicamente organizada, o Estado é o encarregado pela administração da vida em sociedade, em conformidade com duas necessidades diferentes: a primeira de auto-organização e a segunda de regulamentação das relações entre os particulares (DICK, 2006). O direito é entendido como fenômeno de organização social e mecanismo de solução de conflitos.

As regras passaram a ser divididas em duas categorias: a primeira voltada à organização estatal e a segunda voltada aos cidadãos em geral, resultando na fragmentação dicotômica entre o direito público e privado (DICK, 2006). A necessidade de diferenciar as regras de direito público e privado tem como presunção o argumento que as relações entre o Estado e seus subalternos são desiguais, enquanto as relações entre particulares são iguais.

De acordo com Kelsen (1992), as teorias de direito público e privado são centralizadas na necessidade de diferenciação no tratamento entre as relações jurídicas onde ambas as partes são iguais, e também, relações jurídicas onde uma das partes é superior em relação à outra. A história mostra que o direito realizou ações distintas frente à sociedade e ao Estado, prevalecendo, em determinados períodos históricos, o direito privado e, em outros, o direito público, e em outrem predominando o direito como sistema único, com a união do direito público e privado (DICK, 2006).

A sociedade, ao consentir com uma sistemática de normas que a norteia, carece de um mecanismo de organização que contenha o indispensável, a base da vida em sociedade. Neste seguimento, a Constituição deve espelhar os anseios de seu tempo, bem como orientar o comportamento das pessoas a ela submetido, agindo como instrumento de modificação de condutas sociais.

Numa época anterior à vigência dos códigos, as consolidações tinham como propósito retratar o direito, sem o intento de modificá-lo. O Código apresenta-se como dispositivo de ruptura, renunciando interpretações, ou seja, a lei bastava por si só.

O direito civil, na sociedade romano-germânica, sempre foi considerado o *locus* regimental protegido do indivíduo. Como era chamado de “Constituição do homem comum”, figurava como o ramo mais afastado do direito constitucional. Consagrava-se como o comando das liberdades individuais por regulamentar as relações entre pessoas privadas, família, propriedade, seu estado e capacidade (RAMOS, 1998). Dessa forma, as relações entre o privado e o público apresentavam-se bem distintas, visto que o direito público seria emitido pelo Estado com o intuito de tutelar a aspiração da coletividade e o direito privado teria comprometimento com os direitos naturais e nativos do indivíduo (BOBBIO, 2007).

Outrossim, na Idade Média e na Idade Moderna o poder político ficou concentrado nas mãos dos senhores feudais e nas mãos dos reis, respectivamente. Não havendo nesses dois períodos proteção alguma aos direitos individuais. Em 1789 com o advento da Revolução Francesa, o poder que antes era exercido pelo soberano, passou a ser imposto pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que vem a ser o marco do início da Idade Moderna (FINGER, 2000).

A compreensão que tem-se do Direito Civil atualmente, provém da sistemática de Jean Domat, que consiste em separar as leis públicas das leis civis. Esta sistemática foi aplicada no Código Napoleônico, tendo Jean grande influência para construção do referido Código, haja vista sua obra literária ter delimitado o conteúdo do mesmo.

O Código de Napoleão era considerado uma Constituição privada, o qual regulamentava a vida dos cidadãos a partir do nascimento e até depois de sua morte. O direito público regulava os interesses gerais e o direito privado regulava as relações entre particulares, marcando uma divisão absoluta entre os mesmos (FINGER, 2000).

Segundo Tutikian (2004) surge a codificação oitocentista, no período que foi editado o Código de Napoleão, marcada pelas liberdades individuais, o qual serviu de exemplo a muitos dos códigos feitos posteriormente. Aqui, o conceito de liberdade abarcava o dispor e usar sua propriedade, com uma postura não proibitiva do Estado, salvo as relações mínimas ditadas pelo bom costume e pela manutenção da ordem pública.

Nesse contexto histórico tem-se a “Era da Codificação” no Estado Liberal-individualista, que teve dois marcos históricos: o Código de Napoleão de 1804 e o

Código Civil Alemão (BGB) de 1896 (TUTIKIAN, 2004). Assim, para adquirir-se a liberdade o sujeito deveria já deter a liberdade política, sem esta a pessoa não era considerada cidadão.

O movimento de Codificação do Direito provém da ordem liberal, retratando o predomínio dos valores patrimoniais mais que o valor do ser humano, tendo como argumento a autonomia da vontade, a liberdade e a igualdade formal. Posteriormente ao Código de Napoleão, todos os outros tiveram seguimento nessa concepção liberal (DICK, 2006).

Em decorrência disto, pode-se perceber com a codificação liberal o abuso do mais fraco pelo mais forte. Como o Estado não intervinha nessas relações privadas, principalmente na área econômica, havia a imposição da vontade do mais forte economicamente sobre os demais. Como consequência desse Estado negativo, diante da falta de interferência nas relações econômicas e sociais, o Estado liberal entrou em ruína (REIS, 2009).

Com as mudanças trazidas pela Revolução Industrial nas áreas econômicas e sociais, houve a necessidade de alteração no sistema liberal presente. A sociedade pós-moderna exigia do Estado uma proteção mais verdadeira, e não aceitava mais o modelo da autonomia da vontade e da igualdade formal pregado pelo Estado liberal (REIS, 2009). Desse modo, a regulação da vida privada, que era exclusiva do direito privado, passou a ser subordinada à Constituição.

No século XIX, o liberalismo jurídico consagrou a plenitude e a unicidade do direito e a concepção do homem como sujeito livre, abstrato e igual para agir, sem as intervenções estatais nas relações privadas. Os regimentos estatais eram limitados à proteção das liberdades econômicas e individuais e, principalmente, restritos às intervenções estatais, perante o conceito de que se o Estado não poderia ser desejado, que ao menos não obstruísse o avanço econômico (RAMOS, 1998).

Assim sendo, ao longo de várias décadas, o direito público e privado se diferenciaram por causa do destino de suas regras. O direito público se direcionava na organização estatal e nas relações entre cidadãos privados e Estados, já o direito privado direcionava-se a amparar as relações entre particulares.

Predominou no Brasil, a partir da chegada da primeira constituinte, a herança europeia da primeira metade do século XIX, que limitou a função constitucional à mera elaboração de programas de ação, restrição aos legisladores ordinários e poderes políticos (DICK, 2006). A ideia de Constituição da atualidade é recente,

historicamente ela estava ligada ao conceito de organização política, constituída por um “conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político social” (CANOTILHO, 2000, p. 53).

Diferentemente das Constituições sociais, que visam à redução das desigualdades com a obrigação do Estado de intervir nas relações privadas, as constituições liberais-individualistas não tinham essa obrigação da intervenção do Estado nas relações privadas, gerando uma obrigação negativa do Estado e um desequilíbrio nessas relações (REIS, 2009). A codificação teve como protótipo o cidadão proprietário, aquele que possuía patrimônio, isto é, este cidadão era tutelado pelo código civil, deixando os demais, que são a maioria, fora de sua tutela.

A complexidade da vida social ocasionou a exigência de um regramento especial, que não estavam incluídos no Código, o que deu início a etapa de intervenção estatal. Esse regramento se deu por meio da edição de estatutos especializados, como por exemplo, as legislações locatícias, o decreto de usura que limitava a cobrança de juros, a lei do parcelamento do solo urbano, entre outros que surgiram com o intuito de regular as relações especiais que têm a necessidade de tutelas protetivas, tendo em vista tamanha desigualdade social (DICK, 2006).

Assim sendo, a transformação das relações sociais resultante da revolução virtual e tecnológica motivou a relativização do positivismo extremista, assim como do entendimento de Código como alicerce central e soberano do sistema jurídico, o que deu lugar aos princípios gerais, cláusulas abertas e regramentos especiais. A dignidade da pessoa humana passou a ser considerado um princípio de direito, um valor supremo, que integra os sistemas constitucionais feitos e promulgados a partir desse momento (DICK, 2006).

A partir da sucinta contextualização a respeito da dicotomia direito público e privado, assim como da evolução constitucional e da função atribuída à constituição na época atual, tem-se a ideia de constitucionalização do direito privado. Neste seguimento, percebe-se uma reformulação do Direito Privado, ante a intervenção da constituição nas relações privadas. Institutos como a propriedade, contratos, família, antes exclusivo do direito civil, passam a sofrer aplicação constitucional.

É plausível destacar, todavia, que cabe à Constituição estabelecer condutas principiológicas competindo ao direito privado à tutela específica dos regimentos que lhe são dependentes. Destarte, desde então, se parte da alegação que a

Constituição influenciando o direito privado não é capaz de suprimir a função deste, mas sim, de definir a atividade do legislador ordinário aos regulamentos criados pela Carta Magna. É o que se reproduz do pensamento de Perlingieri (2002, p. 12):

a norma Constitucional torna-se a razão primária justificadora [e, todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso] da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.

Com a migração dos valores insertos da Constituição para o direito privado, em forma de princípios, dentre o qual, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sucede o que Facchini Neto (2003, p. 32) chama de “repersonalização do direito civil ou visto de outro modo, a despatrimonialização do Direito Civil”. O ser humano sob a perspectiva do direito público ou privado passou a pertencer ao centro do ordenamento jurídico.

Da constitucionalização do direito privado resultam inúmeras questões. Neste sentido, é possível a discussão a respeito da efetividade direta ou indireta dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais no setor privado, bem como a ampliação da correlação dos particulares aos direitos fundamentais. Ocorre assim, um desafio aos juristas e legisladores, no sentido de ajustar-se a execução das normas constitucionais às relações privadas, e depositar parâmetros de avaliação de normas e valores concordante com os regulamentos comunitários da Constituição e, concomitantemente, aptos a conservar a ordem econômica, sem dificultá-la (DICK, 2006).

2.2 Formas de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas

O indivíduo possui em seu ser uma real dignidade que lhe é facultada naturalmente e reconhecida pela sociedade, às quais constam no seu ordenamento jurídico, por meio de regras, normas, direitos fundamentais e princípios. Essa dignidade é cedida na esfera da coletividade e no âmbito individual.

Observando-se os elementos teóricos e práticos, numa esfera histórica e política, nota-se que ultimamente as Constituições têm estruturado melhor a união entre a dignidade humana, como direito fundamental e a aplicação de normas que constituem desse entendimento um reconhecimento social. No Brasil, a magnitude

da dignidade humana em sua grandeza particular e coletiva é adequadamente reconhecida por intermédio da Constituição Federal de 1988, da República Federativa do Brasil. Ali, estão regulamentadas as instruções gerais para todo o ordenamento jurídico do país. As demais normas existentes no sistema jurídico brasileiro, por exemplo, os decretos, as portarias, as leis ordinárias, para serem consideradas validadas devem estar em conformidade com o determinado na Lei Maior (ZARO, 2013).

Os direitos fundamentais são aqueles garantidos aos cidadãos em comum, em todas as sociedades do mundo, e têm como propósito apontar as condições mínimas que cada ser humano deve ter, a fim de conduzir sua vida com plena dignidade (REIS, 2006). Estão entre os principais termos que associam-se aos direitos fundamentais: direitos do homem, direitos do cidadão, direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais, direitos humanos, entre outros. Lembrando que eles apenas associam-se, não são sinônimos.

A dignidade humana é entendida e usada como um valor ligado ao ser, que não depende de organizações sociais, políticas ou normas para existir. O indivíduo e a sua dignidade unem-se de tal forma que o referido nas normas é um reconhecimento do que já existe no ser. À vista disso, compreende-se que existe uma capacidade humana típica da personalidade do ser humano, que não depende de contexto cultural e/ou histórico. Numa adequada explicação da expressão “direitos humanos”, cita-se o descrito por Dias (2006, p. 246):

há, no entanto, direitos que atribuímos uns aos outros independentemente de acordos pessoais e de determinações legais. Esse é o caso dos assim chamados direitos humanos. Acerca de direitos humanos costumamos dizer que estes são direitos atribuídos ao ser humano enquanto tal.

Direitos humanos são aqueles direitos atribuídos a qualquer um do mundo através dos documentos internacionais, independentemente da sua ratificação pelo país. Esses direitos são assegurados como direitos da pessoa humana ou direitos humanos. Já os direitos fundamentais estão presentes na Constituição (SARLET, 2003).

Por conseguinte, os direitos fundamentais são a dignidade da pessoa humana e o direito humano é como uma norma reproduzida e aplicada no sistema institucional do Estado, em todas as suas proporções. Quando se aplica a expressão

“direitos fundamentais” o que se pretende aludir aos direitos humanos regulamentados na Constituição é que na qualidade de direito humano deve ser entendido como o direito indicado ao homem em esfera internacional e o direito do homem como direito natural (DICK, 2006).

Na Constituição Brasileira de 1988, de maneira clara, os direitos fundamentais encontram-se na forma de princípio fundamental no artigo 1º, e como direito fundamental nos artigos 5º e 6º. Embora as maiores referências desses direitos estejam consagradas na Carta Magna, não pode ocorrer tal redução ao processo de elaboração dos direitos fundamentais, isso lhe retiraria a grandeza do processo. Devem ser considerados com os retrocessos e avanços percorridos ao longo da trajetória, segundo destaca Reis (2007, p. 2034):

o processo de evolução dos direitos fundamentais ao longo da história, nas suas diversas dimensões, é essencialmente dinâmico e dialético, com avanços, retrocessos e contradições. Todavia, surgiram sempre como resposta a situações de agressões a bens fundamentais e de injustiças, fruto da própria evolução da natureza humana ao longo da história, aliás como lembra Bobbio ‘[...] enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação [...]’ (grifos originais).

Esses direitos fundamentais encontram-se na categoria de princípios. Os princípios podem ser reconhecidos pela sua generalidade como normas designadas a uma diversidade de situações jurídicas. Eles estão num mesmo grau de validade e quando há colisão entre os princípios, o modo de solucionar é a ponderação. Nesse contexto, é necessário verificar se a autonomia privada possui status de direito fundamental, pois há falta desse conteúdo de maneira explícita no ordenamento jurídico brasileiro (REIS, 2006).

Não obstante, um princípio fundamental pode ser assentido a partir de mandatos implícitos incluídos no sistema e na ordem constitucional. Sendo assim, para o princípio da autonomia privada adquirir status de direito fundamental, ele pode ser subsumido da interpretação da constituição. É inegável que a autonomia privada é um bem fundamentalmente protegido. Portanto, se o princípio da autonomia privada é considerado um princípio constitucional fundamental, colidindo este com outros princípios fundamentais, a solução para esta colisão é a ponderação (REIS, 2006).

No mesmo viés, Reis (2006) exemplifica um meio de solução de conflito, qual seja a relação inter Privada Contratual. Nessa relação há o princípio da autonomia

privada, que é o núcleo do direito contratual, onde não se faz qualquer indagação ao grau de autonomia de um sujeito perante o outro. Significa dizer que, quando houver conflito na relação inter privada contratual entre um princípio fundamental “x” e o princípio da autonomia privada, pondera-se.

A teoria da ponderação tem como base a teoria de Robert Alexy, denominada de lei de colisão. A lei de colisão, que se refere à colisão entre os princípios, fala sobre a diferenciação entre princípios e regras, na qualidade de espécies do gênero norma, no que tange a uma relação de precedência que conste a seguinte postulação: “quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide”, conforme a tradução de Virgílio Afonso da Silva (REIS, 2006).

Ou seja, a lei de colisão não concebe hierarquia entre os princípios, ou seja, em sentido abstrato todos possuem o mesmo valor. Mas, como o predomínio de um princípio sobre o outro se dá em caso concreto, há a necessidade de realizar a ponderação. Contudo, há quem não acredite na aplicação da ponderação nas relações inter privadas, alegando que, na colisão de princípios sempre ocorre a perda de intensidade em maior ou menor grau sobre os mesmos, sendo impossível um sopesamento entre direitos fundamentais e autonomia privada (REIS, 2006).

Ante o exposto, observa-se que as relações jurídicas entre os particulares, sejam elas contratuais ou extracontratuais, estão vinculadas aos direitos fundamentais. Esta relação pode ser realizada em diferentes teorias, entretanto a doutrina atual é unânime em reconhecer a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares.

Os direitos fundamentais propiciam a sistematização de um verídico Estado Democrático e Social de Direito. Nestes se têm a ressalva e constituição da justiça. Os direitos fundamentais são pressuposições, instrumentos e garantias do Estado Democrático e do Estado Social de Direito, sempre sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, consoante salienta Sarlet na definição do direito fundamental existente no Estado Social de Direito:

no âmbito de um Estado Social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. (2003, p. 67).

Ao seguir na construção de um Estado Democrático de Direito que prioriza o direito constitucional de acordo com o Constitucionalismo Contemporâneo, o Estado exerce a função de formar os direitos fundamentais em sentido duplo, no que concerne à proteção e na promoção, guiando o Estado e os seus membros. Faz-se necessário ainda, que o intérprete e que não viole o direito concedido a todos e a cada um, mas promova, das mais variadas formas, esses direitos e garantias.

Mediante o que foi supramencionado, resta comprovado que as relações entre sujeitos privados são submissas à observância dos direitos fundamentais na realização dos negócios jurídicos celebrados entre si. Isso ocorre porque a noção de Constituição atualmente não está limitada em defender as relações entre particulares e Estado, já que trata-se da verdadeira Lei Fundamental do Estado e da sociedade, e destina-se a regularizar todas as demais relações sociais, mesmo que sejam estabelecidas entre sujeitos privados (PELEGRINI, 2012).

Dessa maneira, a vinculação dos direitos fundamentais aos direitos privados e entre às relações inter privadas é, naturalmente, positiva. O que causa incerteza é a extensão dessa vinculação e os reais efeitos nos negócios jurídicos realizados entre os particulares. A problemática está em definir, no ato concreto, as situações em que deverá ocorrer a existência direta das normas constitucionais, e em quais situações deverá ocorrer à aplicação através da mediação legislativa.

Haverá maior ou menor incidência de vinculação em conformidade com a categoria de direitos fundamentais que estiver em questão. Há direitos, como igualdade, liberdade, que, naturalmente, possuem observância obrigatória. Contudo, se admite que devam ser atribuídos outros direitos em primeiro lugar ao Estado, e aos particulares, unicamente quando a legislação específica determinar, uma vez que, a sua observância gera deveres (PELEGRINI, 2012). Dessa maneira, fica claro que em cada categoria de direito, a eficácia das normas de direito fundamental se dão em planos diferentes.

2.3 A solidariedade enquanto direito fundamental

Atualmente, a separação entre público e privado está cada vez menor, a ideia de que o Estado é construído pela sociedade e inexistente uma divisão entre o início e o fim um do outro, está muito presente. No país, a existência de princípios é cada

vez mais forte, com a transição da constituição para o ponto central do ordenamento jurídico, se tornando um legítimo filtro jurídico. O procedimento da constitucionalização do direito privado tornou concebível a mutação paradigmática no direito privado, posto que o texto constitucional tenha que ser visualizado tanto de maneira direta quanto indireta (BARROSO, 2010).

Nesse âmbito, o interesse público tem que ser instruído de maneira diferente na modernidade, a partir de critérios assentados na dignidade da pessoa humana e na razão pública. A aplicação desses princípios impedirá que o indivíduo seja usado como recurso para concretizar objetivos coletivos ou individuais (PELLEGRINI, 2012).

Com a intenção de proteger o homem do poder estatal houve a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições. A solidariedade passou por essa evolução, pois se tornou um vetor para toda ordem jurídica atual, sendo antes considerado apenas um valor presente no campo da moral e da ética (PELLEGRINI, 2012).

A Constituição Federal de 1988 determina, na qualidade de fundamentos da República, a concepção de uma sociedade solidária. As relações privadas obtiveram por muitos anos a presença da ideia individualista, onde famílias, contratos, propriedades eram entidades cujo suporte estava enraizado por princípios extremadamente privados, sem nenhuma influência estatal (PELLEGRINI, 2012).

Todavia, esse paradigma se modificou. A partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado, passou a fazer parte de todas as relações, de ordem pública e privada, os princípios constitucionais. A separação entre esses ramos está diminuindo em virtude desse fenômeno. Destarte, a ideia de que “um dos objetivos da República não atinja a vida dos membros desta mesma república”, não deve prosperar (SILVA, 2006).

O progresso na mudança de pensamento codicista apenas pode ser realizado a partir da interpretação concreta. Uma vez que os direitos fundamentais passaram a ser contemplados como princípios, estando no topo do sistema jurídico, cujo alcance se dará nas relações inter privadas e entre Estado e particulares.

Quanto à intensidade de eficiência dos direitos fundamentais, tem que se procurar a maior eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter privadas, visto que, para a garantia da autonomia e da liberdade privada, vai ser necessária a intervenção, haja vista que a hermenêutica é que concederá o máximo de eficiência. Então, para se ter a garantia da eficácia na utilização dos direitos e princípios

fundamentais é relevante se fazer o deslocamento das formas de interpretação da hermenêutica clássica, que salienta uma interpretação por partes (TUTIKIAN, 2004).

A correlação entre cidadania e igualdade é responsável, na atualidade, pela solidariedade. Conquanto, a princípio, não havia qualquer relação jurídica com esse valor. A teoria de Durkheim (2004) instituiu a transferência da “solidariedade mecânica” (difere indivíduo e consciência) para a “solidariedade orgânica” (diferenciação social). Para Durkheim, a diferença da sociedade se dava pela divisão do trabalho, já que a mesma

não serviria apenas para dotar nossas sociedades de luxo, invejável talvez, mas supérfluo; ela seria uma condição de sua existência. Por ela, ou, pelo menos, sobretudo por ela, é que seria garantida sua coesão; ela é que determinaria as características essenciais da sua constituição. Por isso mesmo, e embora ainda não estejamos em condições de resolver a questão com rigor, podemos porém entrever desde já que, se é esta de fato a função social da divisão do trabalho, ela deve ter um caráter moral, porque as necessidades de ordem, de harmonia e de solidariedade social são geralmente tidas como morais (2004, p. 30).

Com a revolução industrial e suas transformações nas esferas sociais, a classe trabalhadora passou a exigir do Estado diversos direitos que visassem uma melhora na qualidade de vida e, juntamente com a busca por melhores condições de trabalho vinha a ideia de solidariedade (PELEGRINI, 2012). Na metade do século XIX ocorreram mudanças econômicas e com elas surgiram a ideia de solidariedade social, que é um dever da sociedade civil e do Estado e tem como fundamento a ideia de igualdade. Destarte,

apesar das posições políticas muitas vezes bastante distintas dos autores, todos são unânimes na afirmação básica sobre a solidariedade: a igualdade é o momento constituinte desse conceito de solidariedade. Constituinte em duplo sentido: a mútua condição de vida e de carência é a base para a solidariedade; objetivo da ação solidária é uma sociedade estruturada conforme o princípio da igualdade. A desigualdade social deve ser eliminada pela democratização. Trata-se, aí, tanto da igualdade material quanto da igualdade formal de todos os cidadãos, no que respeita a seus direitos, deveres e responsabilidades (ZOLL, 2007, p.72).

A solidariedade, como princípio jurídico, é recente no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não se encontra nada referente a ela antes da Constituição de 1988. Foi na Constituição Federal de 1988, que houve mudanças no sistema jurídico-legislativo pátrio, onde pode-se encontrar três dimensões de direitos fundamentais (PELEGRINI, 2012). A solidariedade entrou como preceito

fundamental da República Federativa do Brasil, conforme aduz o art. 3º, inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” Carta Magna, sendo uma finalidade a ser cumprida pelo País.

Atualmente, “o valor da solidariedade assume um relevo muito especial. Ela, a solidariedade, refere-se à participação de todos na gestão das formações sociais, como objetivo de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa” (CORDEIRO, 2009, p. 228). A cidadania ocasiona solidariedade, engajamento e virtude cívica. Todavia, o processo de globalização, além de remodelar a infraestrutura do Estado de Bem-Estar Social, igualmente transforma o conceito de cidadania. A solidariedade social ficou centrada no Estado sendo contrária ao Estado Contemporâneo, devendo a noção centralizada entre individualismo e estatismo ser superado, reelaborando a solidariedade.

As relações sociais estão cada vez mais complexas principalmente se analisadas sob a perspectiva da pluralização social. Na sociedade atual, o que se procura é uma solidariedade social em novos moldes aliada a uma eficiência instrumental. A relação entre sociedade e Estado precisa ser fluida e plural, com novos modelos de identidade e vínculos particulares de solidariedade.

Devem-se ser repensados certos conceitos, afinal de contas as burocracias estatais e os partidos políticos estão bloqueados para movimentos sociais e participações. Seria, a solidariedade, “estar aberto ao outro, tentar atingir alguém, engajar-se com outras pessoas, com outras coletividades, ao menos em certo grau em seus próprios termos” (DOMINGUES, 2002, p. 189). Em concordância com Reis e Fontana, a solidariedade aparece

de uma não normatividade, mas, sobretudo, de ações que movimentam e transformam a sociedade, por meio de práticas interventivas dos conflitos sociais. Teve sua noção de assistência mútua alicerçada no século XIX, quando passou a designar uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, todavia não se confunde com caridade, já que o objetivo é pensar a solidariedade como veículo condutor da concretização dos direitos sociais. É por meio de uma democracia realizada solidariamente que a sociedade se encontra na sua missão (2011a, p. 189).

Entre os princípios fundamentais, além da solidariedade, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que, juntamente com a erradicação da pobreza, da marginalização, da redução das desigualdades regionais e sociais, formam um objetivo a ser seguido no País, na busca de construir um lugar justo e igualitário.

Nessa perspectiva, a solidariedade surge como novo paradigma, onde visa a reunião das esferas público e privada, em prol de um bem maior. O Direito tem um papel importante e essencial nesse sentido, estabelecendo o valor da solidariedade, para que haja a reflexão da sua função social e que se tenha a consciência de ser praticada tanto pelo Estado, quanto pelos particulares, sendo estes os que mais praticam a desigualdade social (PELLEGRINI, 2012).

Desta forma, “cada forma de solidariedade implica a ação social bem como um tipo específico de exercício da responsabilidade, que remete a distintas concepções de liberdade, e assim, de igualdade” (DOMINGUES, 2002, p. 189). Assim sendo, repara-se que a criação de uma sociedade solidária está sendo percorrida. O Estado, o jurista, o legislador, a sociedade constituem papéis de importância fundamental para que a solidariedade seja acertada, principalmente, nas relações entre particulares, tendo em conta a sua natureza individualista.

A partir disso, se verifica que a solidariedade é o princípio do Estado Democrático de Direito, de acordo com o qual tanto a sociedade quanto o Estado possuem um papel fundamental para a sua composição e o seu sucesso. A partir da mediação entre o individual e o coletivo, sendo os cidadãos convocados a respeitar os outros órgãos não somente por causa da força do Estado, mas também em função de pertencer ao grupo social. Afinal de contas, “o excesso de individualismo que transformou o homem contemporâneo é fruto de uma não recepção das condutas solidárias” (REIS, FONTANA, 2011a, p. 189).

3 A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO FUNDAMENTADO NA VONTADE

A vontade é um pressuposto básico para o negócio jurídico e é necessário que seja exteriorizada. Sob a perspectiva do direito, somente a vontade que é exteriorizada se considera suficiente para estruturar o negócio jurídico. É assim, a declaração de vontade o instrumento de sua manifestação. Como se trata de um componente de caráter subjetivo, que é revelado por meio da declaração, esta, conseqüentemente, e não aquela consiste em condição de existência do negócio jurídico (GONÇALVES, 2011).

Leciona Venosa (2012) que para formação do negócio jurídico deve haver uma manifestação de vontade dos indivíduos com o objetivo de gerar efeitos jurídicos. O atual Código Civil insere o contrato como componente de eficácia social, trazendo a ideia de que o contrato não deve unicamente visar o benefício do credor, mas o benefício da sociedade. Deveras, quando uma obrigação não é cumprida, representa um padecimento social, prejudicando toda uma comunidade e não somente o contratante ou credor.

O princípio da autonomia da vontade sofreu grandes transformações, pois surgiu na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX. Nesta época, o homem tinha a vontade livre, sendo a mesma protegida pelo Estado, pois o homem era o centro do direito. Entretanto, como existem os princípios de ordem pública, a liberdade para contratar nunca foi absoluta (VENOSA, 2012).

A autonomia da vontade sofre limitação em face de uma norma de ordem pública. Há imposições econômicas que administram essa vontade e a intervenção do Estado em relações contratuais privadas mostra-se cada vez mais crescente.

As partes podem valer-se dos modelos de contratos que existem no ordenamento jurídico, ou seja, os contratos típicos, ou senão podem criar um modelo de contrato conforme as suas necessidades. Antigamente o que importava era se o consentimento era livre visando o individualismo, hoje o contrato é visto no sentido social e na utilidade deste para a comunidade (VENOSA, 2012).

O ordenamento jurídico pátrio buscou compensar os mais fracos economicamente, dando a eles uma superioridade jurídica e uma maior proteção. Isto posto, existem normas cogentes e estas não vão poder ser atingidas pela vontade das partes. E, há as normas supletivas, que agirão no silêncio das partes.

3.1 A formação do contrato

O contrato é uma espécie do negócio jurídico e como tal, tem à vontade uma função primordial na sua formação, sendo ela um pressuposto. Há três etapas na formação dos contratos, quais sejam, as negociações preliminares, a proposta e a aceitação, respectivamente. A vontade poderá interferir na eficácia e na validade do negócio jurídico. Falamos aqui na vontade contratual, ou seja, aquela que se dirige para obter efeitos vinculantes, jurídicos e tutelados, sendo esta a parte central do negócio jurídico (GONÇALVES, 2012). São duas as manifestações de vontade: a aceitação e a proposta. A proposta também pode ser chamada de oblação e oferta, elas dão abertura à formação do contrato e em regra, independem de forma especial.

Entretanto, os contratos nem sempre provém de imediato de uma proposta acompanhada de uma repentina aceitação. Na maioria dos casos, a oferta é antecedente por outra fase, ou seja, das negociações preliminares, que são caracterizadas por estudos, debates, conversas e indagações, também intitulada de fase da pontuação. Nesta fase como as partes não mostraram ainda a sua vontade, é inexistente a vinculação ao negócio. As partes podem se afastar meramente por desinteresse, sem responsabilizar-se por perdas e danos. Ainda que surja uma minuta ou projeto, não existe a vinculação das pessoas. Esta responsabilidade só irá ocorrer se ficar comprovada tal intenção, com a ludibriadora manifestação de interesse, causando dano ao contraente, o levando a perda de outros negócios e realizando despesas. O critério para pedir perdas e danos da parte prejudicada não é, em tal caso, o inadimplemento contratual, mas sim a realização de um ilícito civil (GONÇALVES, 2011).

A fase da negociação visa tratar de assuntos que constarão no contrato e que tenham uma maior relevância, como por exemplo, quando há um interesse econômico expressivo, um assunto complexo, algo que tenha que ser observado pela lei, entre outros. As tratativas são realizadas na presença ou não das partes. Após as tratativas, as partes firmam um contrato definitivo ou um contrato preliminar ou ainda, não firmam nenhum contrato. No caso de ocorrer um contrato preliminar, ele servirá para as partes estabelecerem o que será disposto no contrato final, lembrando que o contrato em si já é definitivo (VENOSA, 2012).

Enquanto as partes não firmarem o contrato, as negociações preliminares não obrigam. As tratativas podem ser orais ou documentadas. Há uma fase denominada

pontuação, onde as partes asseguram por escrito a fase pré-contratual. Usualmente o chamado de minuta, que nada mais é que o rascunho do futuro contrato (VENOSA, 2012). Tanto as tratativas, quanto as negociações preliminares, têm tratamento jurídico diferenciado da oferta, pois esta já vem com as consequências expressas na lei e, enquanto não for revogada se mantém obrigatória.

Ainda que as negociações preliminares não produzam obrigações entre os contratantes, elas designam deveres jurídicos desinente da existência do princípio da boa-fé, sendo que os principais são os deveres de informação, cuidado, sigilo, proteção, lealdade e correção. Quando há a violação de algum desses deveres, causa a responsabilidade do contraente, sendo o contrato celebrado ou não (GONÇALVES, 2011).

A segunda etapa da formação dos contratos é a proposta. Também chamada de oferta e oblação, compreende uma vontade definitiva de contratar nas normas oferecidas, não sujeitando-se mais às discussões e estudos, mas direcionando-se para a outra parte para que ela aceite ou não. É, dessa maneira, um negócio jurídico unilateral, por constituir elementos da formação contratual. Diz-se, portanto que oferta, oblação ou proposta “é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar” (DINIZ, 2002, p. 838).

A proposta reproduz o impulso decisório da celebração do contrato, fundamentando-se na declaração de vontade definitiva. Diferem-se das negociações preliminares que não possuem esse caráter e ficam somente nas sondagens e estudos, sem força obrigatória. Deve conter na proposta todos os fundamentos do negócio proposto, por exemplo, a quantidade, o preço, forma de pagamento, entre outros, bem como ela deve ser consciente e séria, pois vincula o proponente. Além do mais deve ser inequívoca, completa e séria, isto é, deve ser elaborada numa linguagem simples, entendível ao oblato, mostrando os dados do negócio que são necessários para o esclarecimento do receptor e que represente a vontade incontestável do proponente (GONÇALVES, 2011).

A proposta tem força vinculativa e a frustração da mesma pode acarretar em um dever de indenizar. Esse dever não é contratual, porque o contrato não foi firmado. Ainda assim, ao romper a proposta poderá se aplicar princípios legais se tiver ocorrido inadimplemento, ao mesmo tempo em que, se ocorrer ruptura

injustificada das negociações preliminares e houver a recusa de contratar, haverá responsabilidade extracontratual (VENOSA, 2012).

A terceira e última etapa para a formação do contrato é a aceitação, que é a aprovação dos termos da proposta. A manifestação da vontade é indispensável para que se considere finalizado o contrato, visto que, apenas quando o oblato consagra-se como aceitante e faz adotar a sua vontade à do proponente, a oferta transforma-se em contrato. A aceitação fundamenta-se, destarte, “na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida” (RODRIGUES, 2002, p. 71).

Há ainda a existência da contraproposta, que consiste em modificações, adições, restrições, fora do prazo, implicando numa nova proposta, pois para produzir o efeito de aperfeiçoamento do contrato, a aceitação deve ser simples e pura. Se a proposta perde o efeito obrigatório depois de gasto o prazo outorgado pelo proponente, a subsequente manifestação do oblato também não submete o último, por não tratar-se de aceitação e sim de proposta nova. O mesmo pode-se mencionar quando este rejeita a proposta integralmente, lhe inserindo modificações e restrições (GONÇALVES, 2011).

Existem duas modalidades de aceitação, ela pode ser expressa ou tácita. Esta provém de seu comportamento, revelador do consentimento. Aquela provém de declaração do aceitante, expressando a sua anuência. O Código Civil de 2002 especifica duas hipóteses de aceitação tácita, onde se considera concluído o contrato, não dando tempo a recusa quando “o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa” ou quando “o proponente a tiver dispensado” (RODRIGUES, 2002).

Não obstante o contrato aperfeiçoa-se com a aceitação, o Código Civil de 2002 dispõe de duas hipóteses às quais a manifestação de vontade perde a força vinculante. Se a aceitação, apesar de expedida a tempo, por causas imprevistas, chegar tardiamente ao conhecimento do proponente. E também, se anteriormente à aceitação ou com ela chegar ao proponente a renúncia do aceitante (GONÇALVES, 2011).

Existe ainda uma discussão acerca da minuta, que sendo ela assinada, se seria ou não vinculativa. Na realidade, sempre deve ser analisado o caso concreto. Se for firmada por todas as partes, a questão será interpretar a vontade. Se for firmada por apenas uma das partes, poderá valer como uma proposta. E, poderá

valer como contrato se não for exigido a escritura pública pela lei ou pela vontade das partes (VENOSA, 2012). Em contrapartida, se o contrato estiver em discordância com a minuta quando for apresentado à parte e assim mesmo for concluído, haverá a transferência para os vícios de vontade, e pode ocorrer erro ou dolo.

O momento da conclusão do contrato é de suma importância, pode ser entre presentes ou entre ausentes. Se for efetuado entre presentes, a proposta pode ou não estipular um prazo para a aceitação. Caso o proponente não estabelecer nenhum prazo, esta necessitará ser demonstrada no mesmo instante, sob pena de a proposta perder a força vinculativa. Se, não obstante, a oferta estipular prazo, a aceitação deve ser operada dentro do mesmo, sob pena de separar-se o proponente (GONÇALVES, 2011).

Constituem-se ponto expressivo na doutrina da formação dos contratos a definição do momento em deve-se declarar formado o contrato entre ausentes e entre presentes. Para que seja possível determinar a obrigatoriedade do acordo, é preciso averiguar em que momento o contrato se aperfeiçoou, reunindo os contraentes, bloqueando a retratação e obrigando-os a efetivar o negócio, sob pena de responsabilizarem-se pelas perdas e danos. O contrato celebrado entre presentes é caracterizado pelo acordo mútuo de vontades e a partir disso o contrato passará a produzir seus efeitos jurídicos (GONÇALVES, 2011).

Já o contrato entre ausentes tem dificuldade de precisar o momento exato em que o contrato foi formado. Quando for celebrado por correspondência, ou seja, por telegrama, carta, fax, e-mail, entre outros, ou intermediários, o retorno pode levar tempo para chegar ao conhecimento do proponente, passando por diversas fases (GONÇALVES, 2011).

No que concerne ao lugar da celebração do contrato, dispõe o art. 435 do Código Civil vigente “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”, ou seja, o legislador definiu local onde a proposta foi realizada. Quando os contraentes residirem em países diferentes aplica-se o disposto no art. 9, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil onde “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”, cabendo também aos contratos concebidos na internet. Evidencia-se que o legislador optou pela uniformização de critérios, levando em consideração o lugar onde se originou o impulso inicial.

Observa-se que, com a autonomia da vontade, as partes podem definir o foro competente e a lei aplicável ao caso concreto (GONÇALVES, 2011).

Por fim, há a formação dos contratos celebrados por meio da internet e até pouco tempo o direito brasileiro não continha norma específica para o comércio eletrônico. Conquanto, a Medida Provisória n. 2.200, de 28 de junho de 2001, instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e deu outras providências, por exemplo, a garantia de se comunicar com os órgãos públicos por meios eletrônicos, com a publicação no dia 29 de junho de 2001, disciplinando a questão da integridade, validade dos documentos eletrônicos e a autenticidade (GONÇALVES, 2011).

3.2 Vícios da vontade

Nos vícios da vontade, também chamados de vícios do consentimento, uma das partes contratantes é prejudicada, porque existem manifestações da vontade que não tem nenhuma correspondência com o verdadeiro desejo. A essas falhas da vontade, dá-se a denominação de Defeitos dos Negócios Jurídicos, que são esses: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (GONÇALVES, 2012). Quando há algum desses vícios, poderá ser anulável o negócio jurídico, conforme disposto no art. 178 do Código Civil:

é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contando: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico (BRASIL, 2002).

Os defeitos supramencionados são denominados de vícios do consentimento, com exceção da fraude contra credores que constitui um vício social, pois não destina-se a um descompasso entre o a vontade do agente e sua declaração, mas é divulgada com a finalidade de prejudicar terceiros. Os demais provocam uma manifestação da vontade que não correspondem com a verdadeira vontade do agente. Podem criar uma divergência entre a real vontade e a vontade manifestada (GONÇALVES, 2012).

O erro é uma representação falsa da realidade, onde o indivíduo confunde-se sozinho. Como depende de saber o que se passava na mente do agente na hora da

realização do negócio, há poucas ações anulatórias com base no mesmo. Os efeitos do erro são equiparados, no código, à ignorância, pois esta é um desconhecimento da realidade e o erro é a ideia falsa da realidade. Segundo a doutrina tradicional, para o erro tornar anulável o negócio jurídico deve ser real, escusável e substancial (GONÇALVES, 2012).

Ele se apresenta em diversas modalidades, mas para o direito são duas de suma importância, quais sejam o erro substancial e o erro accidental. Este se opõe ao substancial, posto que faz referência à circunstâncias de somenos importância e não acarreta real prejuízo, isto é, à qualidade secundária da pessoa ou do objeto. Aquele recai sobre situações e particularidades relevantes do negócio, pois é a causa determinante, quer dizer, se for conhecida a realidade o negócio não será celebrado.

O dolo consiste em induzir alguém a exercer uma prática que o prejudica, trazendo benefícios que traga proveitos para si ou para terceiros. É uma causa do vício de vontade. É todo método aplicado para enganar alguém. Difere-se do erro por ser intencionalmente provocado, enquanto o erro é espontâneo (GONÇALVES, 2011).

Difere-se o dolo civil do dolo criminal, que consiste na intenção de praticar um ato que é contrário à lei. Diferencia-se, também, do dolo processual, que provém de comportamento processual reprovável, ou seja, contrário à boa-fé e que submete o autor e o réu às várias sanções, por exemplo, o pagamento de honorários advocatícios, custas, perdas e danos (GONÇALVES, 2011).

O negócio jurídico é anulável por erro e por dolo, no entanto, como o erro é subjetivo e é difícil adentrar no íntimo do autor para saber o que realmente se passou na sua mente no instante da declaração da vontade, geralmente as ações anulatórias são fundadas no dolo. O dolo também difere-se da simulação onde a vítima é lesada sem estar na participação do negócio simulado. Não confunde-se também com a fraude, pois essa se conclui sem a participação pessoal do prejudicado no negócio (GONÇALVES, 2011).

Existem várias espécies de dolo, entre as principais estão as seguintes: principal, que é quando o negócio só ocorre porque foi induzido maliciosamente por uma das partes; accidental, faz referência às condições do negócio, ou seja, ele seria realizado independente da malícia empregada, todavia em circunstância favorável ao agente; *dolus bonus*, é o tolerável, afastado de gravidade que possa ser suficiente para ocorrer vício da manifestação de vontade; *dolus males*, é o cometido

de gravidade, utilizado com a finalidade de ludibriar e prejudicar; dolo positivo/comissivo e dolo negativo/omissivo é quando o método doloso revela-se em artimanha ou ação maliciosa e em comportamento omissivo; dolo de terceiro e dolo do outro contratante, quando o dolo é proveniente de terceiro ou de outro contratante, estranhos ao negócio; dolo do representante ou dolo da própria parte, o representante de uma das partes não poderá ser considerado terceiro porque atua como se fosse o próprio representante; dolo unilateral e dolo bilateral, o dolo é, em geral, unilateral, quando for realizado por apenas uma das partes, caso contrário, sendo exercido por ambas as partes será dolo bilateral; dolo de aproveitamento consiste-se na lesão, que ocorre quando alguém se aproveita da inexperiência de outrem para a obtenção de lucro exagerado, se demonstrando desproporcional à natureza do negócio (GONÇALVES, 2011).

A coação acontece quando alguém é ameaçado injustamente, contra sua vontade, para ser forçado a firmar um negócio jurídico. É caracterizada pelo emprego da violência psicológica. O que a torna um vício de vontade é o temor que causa. Como ela impede a livre manifestação da vontade, é considerado o vício mais grave dentre os que afetam o negócio jurídico. É considerada mais grave que o dolo, porque cria o impedimento da pessoa manifestar sua vontade (GONÇALVES, 2012).

A coação pode ser absoluta, relativa, principal e accidental. A absoluta, também chamada de física, ocorre quando não há manifestação ou consentimento da vontade, ou seja, o benefício pretendido pelo coator é adquirido mediante o emprego da força física. A relativa ou moral torna anulável o negócio jurídico, pois há uma coação psicológica, a vítima opta por executar a conduta imposta pelo coator ou corre o risco de sofrer as consequências das ameaças por ele realizadas. A coação principal consiste na causa determinante do negócio jurídico. E, por fim, a coação accidental, que atua na condição da avença, isto é, o negócio realizar-se-ia mesmo na falta dela, mas em condição menos desfavorável à vítima. O que difere a coação accidental da coação principal é que esta é uma causa de anulação do negócio jurídico, já aquela só gera obrigação de ressarcimento do prejuízo (GONÇALVES, 2011).

Leciona Gonçalves (2012) que o estado de perigo juntamente com a lesão, passou a fazer parte dos defeitos do negócio jurídico com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. É considerado estado de perigo, aquelas situações em que o

indivíduo celebra um negócio jurídico com obrigações excessivas e desproporcionais, ou seja, quando ele e/ou sua família se encontram em uma situação perigosa e firmam um negócio jurídico com o intuito de salvarem-se, mas isso acaba gerando uma obrigação excessivamente onerosa.

Conforme disposto no art. 156, *caput* e p.ú. do Código Civil:

art. 156: configura-se o estado de perigo quando alguém, premiado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único: Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (BRASIL, 2002).

O texto do art. 156 do novo Código traz os elementos conceituais e estruturais do estado de perigo. A situação de necessidade, quando a vítima age para salvar uma pessoa de sua família ou a si mesmo, que consiste num título constitutivo ou justificativo da pretensão anulatória. A iminência de dano atual e grave com a capacidade de emitir o receio de que, não sendo interceptadas e apartadas, as sequelas temidas inevitavelmente advirão. O nexo de causalidade entre a declaração e o perigo de grave dano com a vontade sendo apresentada distorcida em função do perigo de dano, a alegação eivada de vício deverá ter como causa ou motivo determinante esse fato. O conhecimento do perigo pela parte contrária, pois há, no estado de perigo, um aproveitamento da situação para obter vantagens. Por fim, a assunção de obrigação excessivamente onerosa, quando existe uma condição significativamente desproporcional, capaz de provocar profundo desequilíbrio contratual (GONÇALVES, 2011).

O Código Civil vigente reincorporou no Ordenamento Jurídico brasileiro, de maneira expressa, a lesão como espécie de defeito do negócio jurídico caracterizado pelo vício do consentimento. A lesão é caracterizada pelo prejuízo que resulta de uma ampla desproporção que existe entre as prestações de um contrato, no momento em foi celebrado, determinada pela iminente falta de experiência de uma das partes (GONÇALVES, 2012). Nesse âmbito, é esse o entendimento de Rizzardo (1983, p.70):

a lesão enorme, ou simplesmente lesão, como o negócio defeituoso em que não se observa o princípio da igualdade, pelo menos aproximada, na prestação e na contraprestação, e em que não há a intenção de se fazer uma liberalidade. Revelando a falta da equidade, ou a iniquidade enorme, provoca um desequilíbrio nas relações contratuais.

A lesão é denominada de usuária ou real quando além da indispensabilidade ou falta de experiência do lesionado a lei exige o dolo de aproveitamento da parte contrária. Ou é meramente lesão especial, lesão enorme ou lesão quando a lei se limita à mesma determinação para obter vantagens desproporcionais, sem inquirição, porém, da ilicitude ou da má-fé comportamental da parte favorecida (GONÇALVES, 2011). A lesão torna anulável o negócio jurídico, porém faz uma ressalva, que não será decretada a anulação se for fornecido suprimento razoável ou a parte que é favorecida consentir com a redução do proveito.

Por fim, a fraude contra credores, que é vista como um vício social e não um vício de consentimento, visto que não conduz a um desacordo entre o querer do autor e a sua declaração. A manifestação de vontade diz respeito exatamente ao seu desejo, mas é divulgada com a finalidade de prejudicar terceiros, isto é, os credores. Essa é a razão de ser considerado um vício social.

A fraude contra credores consiste num ato que visa diminuir o patrimônio do devedor, acarretando na eliminação do mesmo como garantia de pagamento de suas dívidas, ato esse praticado pelo devedor insolvente (GONÇALVES, 2012). Conforme previsto no art. 957 do novo Código, o princípio da responsabilidade patrimonial, nesses termos: “não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”. O patrimônio do devedor é a garantia dos credores. Se este o desfalca por má-fé, se tornando insolvente, se configura a fraude contra credores. Portanto, a fraude contra credores é todo o ato sujeito de onerar ou diminuir o próprio patrimônio, diminuindo ou extinguindo a garantia que este figura para pagar as suas dívidas.

Os defeitos do negócio jurídico, ou seja, os vícios da vontade são, portanto, as deficiências que nele poderão surgir, decursivo de anomalias na declaração ou na formação da vontade. Assim sendo, existe a presença dos defeitos do negócio jurídico quando não houver a existência e adequada vontade dos contratantes.

3.3 Formas de extinção do contrato por causas inibidoras da vontade

Os contratos, do mesmo modo que os negócios jurídicos possuem um ciclo vital, ou seja, nascem de um acordo de vontades, produzem os efeitos desejados e extinguem-se. O contrato exerce uma importante função social, mas em determinado tempo, seja ele longo ou não, será extinto, o vínculo contratual é desfeito. Há uma

divergência com relação às nomenclaturas ao se tratar da extinção dos contratos. Diniz (1984, p. 111) ao ver tal dificuldade, declara “não há uma teoria que ponha termo à confusão reinante sobre esse assunto”. Mas, como o assunto tem importância na questão didática, tem que haver uma compreensão. Como determina Humberto Theodoro Júnior (1999, pg. 100):

ao contrário dos direitos reais, que tendem à perpetuidade, os direitos obrigacionais gerados pelo contrato caracterizam-se pela temporalidade. Não há contrato eterno. O vínculo contratual é, por natureza, passageiro e deve desaparecer, naturalmente, tão logo o devedor cumpra prestação prometida ao credor.

O contrato extingue-se, em regra, pela execução, sendo ela diferida, continuada ou instantânea. O cumprimento do contrato liberta o devedor e satisfaz o credor, este sendo o processo normal para a extinção do contrato, que é comprovado pela quitação oferecida pelo credor. Mas, muitas vezes ele extingue-se sem ter atingido o seu fim, isto é, sem o cumprimento das obrigações. Inúmeras causas promovem essa extinção anormal. Umas são contemporâneas ou anteriores à formação do contrato, outras são supervenientes (GONÇALVES, 2011).

Dentre as causas contemporâneas ou anteriores à formação do contrato, encontram-se os defeitos, a implementação de cláusula resolutiva expressa ou tácita e o exercício do direito de arrependimento convencionado. Dos defeitos acarretam a nulidade absoluta (inexistência do elemento essencial do ato, com rompimento do preceito de ordem pública, o que impede que o contrato produza os efeitos *ex tunc*) ou a anulabilidade (provém da imperfeição da vontade porque compõe-se de algum dos vícios do consentimento ou porque é emitida de um relativamente incapaz não assistido) (GONÇALVES, 2011).

Na execução do contrato, os contraentes têm a possibilidade de requisitar a resolução se o outro não cumprir as obrigações avençadas. Tal possibilidade pode resultar de presunção legal, que é um item resolutivo tácito ou implícito, ou de uma convenção, que é um item resolutivo expresso ou um pacto comissório expresso. Quando for explicitamente previsto no contrato, é autorizado a qualquer das partes a rescisão do contrato por arrependimento, mediante manifestação unilateral da vontade, submetendo-se à perda do sinal ou à sua remissão em dobro sem, entretanto, realizar o pagamento de indenização suplementar. O Código de Defesa do Consumidor permite o prazo de sete dias para a desistência do contrato, pelo

direito de arrependimento, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, principalmente se for a domicílio ou por telefone, com direito de restituição do que pagou, sem ter obrigação de indenização por perdas e danos (GONÇALVES, 2011).

A dissolução do contrato, após a sua criação, pode ser realizada por resolução, resilição, morte de um dos contratantes e rescisão. A resolução é a extinção do contrato por incumprimento ou inexecução do contrato por um dos contratantes, isto é, quando ocorrem situações supervenientes e o contratante não consegue cumprir a prestação avençada. Portanto, resolução nas palavras de Gomes (1983, p. 190), é “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”.

A resilição não é derivada do inadimplemento contratual, mas da manifestação de vontade, que pode ser unilateral ou bilateral. Esta é denominada distrato, que significa um acordo de vontades que têm por finalidade a extinção de um contrato anteriormente celebrado. Já aquela, somente pode ocorrer em determinados contratos, porque a regra é a inviabilidade de um contratante interromper o vínculo contratual por sua vontade exclusiva (GONÇALVES, 2011).

A morte de um dos contratantes somente causa dissolução dos contratos que são personalíssimos, ou seja, dos que não vão poder ser executados por causa da morte daquele que ajustou o acordo. Nessas situações, há a resilição automática, pela impossibilidade de ser executado o contrato sem culpa, posto que a parte falecida é insubstituível (GONÇALVES, 2011).

E por fim, a rescisão, que é sinônimo de resolução e resilição. É empregada, todavia, nas possibilidades de dissolução de certos contratos, em que possa ter sido celebrado em estado de perigo ou em contratos que ocorreu lesão. Existem dois casos onde a rescisão é admitida, que é quando uma das partes sofre lesão causada por circunstância de necessidade que a incitou a concluí-lo ou quando o contrato é celebrado em condições injustas e em estado de perigo (GONÇALVES, 2011).

Segundo Venosa (2012) contrato se desfaz independentemente da vontade das partes, contrário a sua vontade ou com o desejo do mesmo e, passa a ser apenas uma memória jurídica entre os envolvidos. Quando há a presença dos vícios sociais (fraude contra credores e lesão) ou dos vícios de vontade (coação, erro ou dolo), que são causas que inibem a vontade das partes, se trata de caso de

anulabilidade do contrato. As causas que tornam desfeito o vínculo do contrato existem desde o momento que nasce o negócio jurídico. Nesses casos, as causas que dissolvem o contrato são coexistentes à sua origem, ou seja, esse ato já nasce com o potencial do desfazimento, o qual está incluído na modalidade da extinção dos contratos.

Para um contrato ser válido é necessário que a vontade seja respeitada, devendo ser ela espontânea e livre, e se esta não acontecer, torna o contrato anulável. Desse modo, a anulabilidade encontra-se nos mesmos moldes da nulidade relativa, pois tratam das normas que tutelam os interesses privados, o que as diferencia é que não se tratam de normas cogentes e sim de normas de caráter dispositivo.

Enfim, haverá a extinção do contrato quando estiver presente às causas que proíbem a livre manifestação de vontade. A sanção que irá retirar os efeitos desse contrato deve ser solicitada pelos indivíduos protegidos pela lei. Esse contrato possui efeito *ex nunc*, ou seja, até a data da sua anulação (VENOSA, 2012).

4 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO NEGÓCIO JURÍDICO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

A solidariedade, como princípio fundamental, apresenta-se atualmente, de maneira a humanizar as relações, solidificando a democracia e tendo como centro a dignidade da pessoa humana. A partir disto, esse princípio passa a ser inserido nas relações privadas.

Leciona Pellegrini (2012) sobre a existência de dois princípios coirmãos do princípio da solidariedade, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social, os quais são importantes na interpretação do princípio da solidariedade e tem seus reflexos nas relações contratuais. A ideia de justo passou a ser o que era estabelecido na constituição, ou seja, os direitos fundamentais.

O negócio jurídico também sofreu modificações, pois passou a ser analisado sob à luz dos novos princípios erigidos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Os negócios jurídicos passaram a ter um papel muito significativo, pois encontra-se em meio a uma sociedade consumista, em que a proteção e prevenção dos indivíduos torna-se essencial para o equilíbrio negocial (PELEGRINI, 2012).

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil e em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o conceito de contrato passou por transformações e extinguiu-se a ideia de igualdade entre as partes, e que ao firmar-se um pacto contratual deveriam mantê-lo mesmo que houvesse causas que impedissem a sua perfeita realização (PELEGRINI, 2012).

Além disto, com a inclusão no sistema jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, houve mudanças significativas no conceito de contrato, e a relação contratual passou a ter o seguinte entendimento “como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força vinculante” (REIS, 2011, p. 137). A partir de 2003, a função social do contrato, o equilíbrio econômico do contrato e a boa-fé objetiva, passaram a ser princípios introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, em busca de uma sociedade justa e igualitária, pautada na dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

4.1 O negócio jurídico e a vontade

A vontade é um requisito basilar do negócio jurídico e é imperioso que se manifeste. Na perspectiva do direito, para compor o negócio jurídico só é válida a vontade que se exterioriza. A vontade que fica no inconsciente não serve para esse propósito. Nesse sentido, temos a declaração de vontade como instrumento da expressão da vontade.

A vontade reflete nos efeitos e fundamentos do negócio jurídico, assumindo uma posição central. Tem caráter subjetivo, o qual se revela por meio da declaração, sendo esta e não aquela o requisito da existência do negócio jurídico (GONÇALVES, 2012). Quando for manifestada, a vontade gera a obrigação do contratante, baseado no princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), fazendo lei entre as partes contratantes.

Deste modo, três são os meios de manifestação da vontade. Ela pode ser: tácita, expressa e presumida. Tácita é a que se baseia no comportamento do indivíduo, podendo deduzir a intenção e a conduta da pessoa, no entanto, ela só pode existir se a lei não exigir que a manifestação da vontade seja expressa. É o que se vê na aquisição de propriedades móveis pela ocupação e também nos casos aceitação de herança, onde se depreende de práticas de atos próprios da qualidade dos herdeiros. Expressa é a que se revela pela palavra, podendo ser ela escrita ou falada, e de sinais, mímicas ou gestos, permitindo entender instantaneamente a intenção do indivíduo. É o que se averigua na celebração de contratos escritos ou verbais a também na emissão de títulos de crédito, mensagens e cartas.

E por fim, a presumida que a lei conclui de certos comportamentos do indivíduo, apesar dela não estar realizada expressamente. Ela está presente na aceitação de herança no momento em que o doador fixa um determinado prazo ao donatário para este declarar se vai aceitar ou não a liberdade e o mesmo se omitem. O que distingue a manifestação presumida da tácita, porque esta se deduz da conduta do agente pelo destinatário, ao passo que aquela é estabelecida pela lei. As pressuposições legais são *juris tantum*, isto é, permitem prova em contrário. Desta maneira, o agente pode eliminá-las, comprovando não ter havido a vontade a qual a lei presume (GONÇALVES, 2012).

As declarações de vontade podem ser receptícias e não receptícias, diretas e indiretas. A declaração receptícia da vontade é dirigida a uma pessoa determinada,

com o intento de levar-lhe ao seu conhecimento o objetivo do declarante, sob pena de ser considerada ineficaz. Acontece com uma frequência maior no campo das obrigações, principalmente na revogação do mandato e também ocorre na proposta de contrato, que tem que chegar ao conhecimento do contraente para que possa surgir o acordo de vontades e seja concretizado o negócio jurídico. As declarações de vontade, em geral, são receptícias, por se direcionarem a outra pessoa, que deve ter ciência do ato para poder produzir os efeitos. A declaração não receptícia se realiza com a manifestação do agente, não direcionando-se a destinatário especial. Produzirá efeitos independentes da recepção e de declaração de outrem. Acontece com a aceitação de letra de câmbio, com a promessa de recompensa e a revogação de testamento. A declaração direta é realizada sem mediação de qualquer pessoa. A declaração indireta ocorre quando o declarante utiliza-se de outras pessoas ou meios para a declaração chegar ao destinatário (GONÇALVES, 2011).

Um instrumento que deve ser analisado é o silêncio como manifestação de vontade. Geralmente, o silêncio não significa nada por consistir em ausência total de manifestação de vontade e tal qual, não produz efeitos. Não obstante, incomumente, em certas circunstâncias, poderá significar algo relevante e produzir efeitos jurídicos. Determina o art. 111, do Código Civil de 2002, com efeito, “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Destarte, o silêncio poderá ser exposto como manifestação e vontade tácita quando a lei inferir a ele tal efeito ou quando esse efeito estar convencionado num pré-contrato ou ser resultante dos usos e costumes. O primeiro é o que acontece na doação pura quando o doador fixar determinado prazo ao donatário, para este declarar se irá aceitar ou não a liberdade. Se o donatário, não fizer a declaração, ciente do prazo e dentro dele, entender-se-á que aceitou. Ocorre o mesmo quando o herdeiro é notificado para informar se aceita ou não a herança e acaba deixando correr o prazo que foi fixado pelo Juiz sem manifestar-se, e também, quando o negócio para que foi outorgado é da mesma profissão do mandatário, resultando do início da execução. Na segunda hipótese, como se depreende do art. 432, do Código Civil de 2002, “se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa” (GONÇALVES, 2011).

Caberá ao Juiz examinar cada caso para averiguar se o silêncio traduz ou não vontade, no caso sub judice. Da mesma forma, no campo processual, o silêncio tem significância da revelia, firmando a pretensão de autenticidade dos fatos que foram alegados pelo autor.

4.2 O negócio jurídico no sistema jurídico brasileiro

O vocábulo “negócio jurídico” não está empregado no Código Civil de 2002 no sentido comum de transação comercial ou operação, mas como uma espécie onde são subdivididos os atos jurídicos lícitos. No Código de 1916 era referido de forma genérica ao ato jurídico, sem fazer distinção das suas subespécies, entre elas o negócio jurídico, pois a teoria que o inventou foi desenvolvida na Áustria e na Alemanha após a sua entrada em vigor. Segundo Gonçalves (2012), foi no Código Civil alemão (BGB) que surgiu um tratamento legal para o negócio jurídico e lhe foi conferido um regime jurídico específico. No mencionado diploma, segundo Karl Larenz (1978, p. 421): “negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do direito privado”. Por sua vez, Reale preleciona que:

negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade, como, por exemplo, se dá nos chamados atos materiais, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno apossado etc. Um contrato de compra e venda, ao contrário, tem a forma específica de um negócio jurídico (1981, p. 206-207).

No negócio jurídico está presente a manifestação da vontade com finalidade negocial, abrangendo a modificação, extinção, aquisição ou conservação de direitos. O Código Civil de 1916 seguiu a doutrina unitária francesa, não fazendo distinção do ato jurídico, o art. 81 dizia que “todo o ato ilícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Na realidade, atualmente se denomina negócio jurídico, por existir um intuito negocial.

Lembrando que a autonomia privada deixou de ter o caráter individualista que tinha quando guiou o Código Civil de 1916. Essa mudança ocorreu para dar seguimento ao disposto no direito contemporâneo, cujas linhas foram traçadas na Constituição Federal de 1988, principalmente nas questões relativas às funções sociais e à dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2012).

Os princípios da eticidade e da socialidade são os novos princípios adotados pelo Código Civil de 2002. Onde este reflete o predomínio dos valores coletivos aos individuais e aquele prioriza a boa-fé e a equidade nos contratos (GONÇALVES, 2011).

Conforme preceitua Reale:

nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional [...] Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa (1999, p. 9).

Como disposto no art. 421 do Código Civil de 2002: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, sendo complementado pelo art. 422 do mesmo código: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Nesse sentido, o princípio da solidariedade irradia nos negócios jurídicos entre particulares.

No Código Civil vigente é adotada uma posição dualista, com relação expressa aos atos jurídicos lícitos e aos negócios jurídicos. Foi substituída a expressão ato jurídico pela definição específica negócio jurídico. Neste, existe uma organização de interesses e regramentos bilaterais de condutas, bem como acontece na celebração de contratos. A manifestação de vontade possui uma finalidade negocial, que geralmente é modificar, adquirir, extinguir, criar e transferir direitos.

Existem negócios jurídicos unilaterais, onde ocorre o aperfeiçoamento exclusivo de uma manifestação de vontade. Como exemplo tem-se a renúncia de herança, a confissão de dívida, o testamento, a procuração, a instituição de fundação e outros, pois nestes casos o agente busca a obtenção de determinados efeitos jurídicos, ou seja, ele cria determinadas situações jurídicas, mediante a sua manifestação de vontade. Já a doação não é negócio jurídico unilateral, mas sim um

negócio jurídico bilateral, apesar de a doutrina classificá-la como contrato unilateral com relação aos efeitos, pois gera obrigação unicamente ao doador, sendo pura. Os negócios jurídicos unilaterais, entretanto, são os que aperfeiçoam-se com apenas uma única manifestação de vontade (GONÇALVES, 2011).

Os negócios jurídicos podem ser classificados por classes, com variedade de regimes legais, conforme vários critérios. A doutrina não mostra-se uniforme no que se refere à sua classificação. De modo geral, é considerado o número de declarantes, vantagens para as partes, momento da produção dos efeitos, modo de existência, formalidades a observar, número de atos necessários, modificações que podem produzir e modo de obtenção do resultado. O negócio jurídico poderá ser enquadrado em mais de uma categoria, sem que torne-se incompatível. Como exemplo tem-se a compra e venda que são negócios jurídicos bilaterais e onerosos, podendo ainda ser solenes com relação ao objeto e principal conforme o acessório (GONÇALVES, 2011).

Com relação ao número de declarantes, os negócios jurídicos se classificam em unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Os unilaterais são aperfeiçoados com uma única manifestação de vontade e se subdividem em receptícios e não receptícios. Estes significam que a declaração de vontade quando vinda de outras pessoas é irrelevante, igualmente como acontece na confissão de dívida e no testamento. Aqueles são quando a declaração de vontade deve tornar-se conhecida pelo destinatário para produzir os seus efeitos, como ocorre na resilição de um contrato, na revogação de mandato e denúncia. Os bilaterais são os que se realizam mediante duas manifestações de vontade idênticas sobre o objeto. Essa similitude se chama acordo de vontades ou consentimento mútuo e se subdivide em bilaterais simples, onde apenas uma das partes obtém vantagem, e sinalagmáticos, quando as vantagens e os ônus são recíprocos. E por fim, os plurilaterais, os quais envolvem mais de duas partes no contrato, por exemplo, o contrato de sociedade, que possui mais de dois sócios e ainda os consórcios de bens imóveis e móveis (GONÇALVES, 2011).

No que concerne às vantagens patrimoniais que poderão ser produzidas, os negócios jurídicos se classificam em neutros e bifrontes, gratuitos e onerosos. Os neutros são caracterizados pela destinação dos bens, não podendo ser inseridos na categoria dos gratuitos e onerosos, porque falta-lhe atribuição patrimonial. Os bifrontes podem ser gratuitos ou onerosos, consoante a vontade das partes, como o

depósito, o mandato e o mútuo. A conversão torna-se realizável se no contrato for definido como negócio gratuito, porque a vontade das partes não poderá modificar um contrato oneroso em benefício, de modo que alteraria sua causa. Destaca-se que não são todos os contratos gratuitos que, por convenção das partes, podem ser convertidos em onerosos. Os gratuitos são os que somente uma das partes obtém vantagens ou benefícios, como acontece no comodato e na doação pura. Aqui se outorgam vantagens a uma das partes sem ser exigido a contraprestação da outra. Os onerosos representam aqueles onde ambos os contraentes obtêm vantagens, às quais, contudo, correspondem uma contraprestação ou um sacrifício. Todos os negócios onerosos são bilaterais, mas nem todos os atos bilaterais são onerosos. Os negócios onerosos são subdivididos em comutativos, com prestações certas e determinadas, e em aleatórios, caracterizados pela incerteza sobre os sacrifícios e sobre as vantagens que deles podem advir (GONÇALVES, 2011).

Considerando-se o negócio jurídico no momento da produção dos efeitos, se dizem *inter vivos* e *mortis causa*. *Inter vivos* é destinado a produzir os efeitos desde logo, ou seja, com as partes ainda vivas, como a locação, o casamento, o mandato, a permuta, a compra e venda. O *Mortis causa* é o negócio destinado a produzir os efeitos somente após a morte do agente, como acontece com o codicilo, o testamento, entre outros. A morte, nessas situações, é um pressuposto necessário à sua eficácia (GONÇALVES, 2011).

Com relação ao modo de existência, os negócios jurídicos qualificam-se em derivados, acessórios e principais. Os derivados, também chamados de subcontratos têm como intuitos direitos que são estabelecidos em outro contrato, denominados de básicos ou principais, como a sublocação, nesse acordo um dos contraentes transferem a terceiro o benefício que corresponde à sua posição contratual, sem se desvincular. Os acessórios são os que possuem a sua existência submetida ao contrato principal, como ocorre com a fiança, hipoteca e o penhor. Os principais independem da existência de outros, pois possuem existência própria, por exemplo, a locação, a compra e venda e a permuta. Quando for extinta a obrigação principal, será também extinta a acessória, mas o inverso não é verdadeiro. Os acessórios e os derivados são comuns porque os mesmos dependem de outros, se distinguem pelo motivo que o derivado participa da inerente natureza que o direito versa no contrato-base (GONÇALVES, 2011).

Quanto às formalidades a observar, os negócios jurídicos são apresentados como solenes e não solenes. Os solenes, também chamados de formais, obedecem à forma que está prescrita em lei para aperfeiçoar-se. Quando é exigido que a forma seja uma condição de validade do negócio, este será solene e a formalidade será ad solemnitatem ou ad substantiam, ou seja, é constituído a própria substância do ato, conforme ocorre na renúncia da herança, na alienação de imóvel com valor acima do certo, entre outros. No entanto, determinada forma poderá ser exigida somente como prova do ato, tratando-se de uma formalidade ad probationem tantum, como acontece na lavratura do acontecimento do casamento no livro de registros. E as não solenes, também chamadas de forma livre, pois basta a permissão para acontecer a sua formação. Como a lei não exige formalidades para o seu aperfeiçoamento, poderá ser celebrado de qualquer forma, até a verbal. Como exemplo tem-se os contratos de comodato e de locação (GONÇALVES, 2011).

Em atenção ao número de atos necessários, os negócios jurídicos são classificados em simples, complexos e coligados. Os simples constituem-se por um único ato. Os complexos resultam da integração de diversos atos sem validade independente e são compostos de inúmeras declarações de vontade, às quais se completam e são emitidas por diferentes sujeitos para ter a obtenção dos efeitos propostos na sua unidade. Os coligados são compostos de vários outros, ao mesmo tempo em que o negócio complexo é único.

Um exemplo que pode ser mencionado dos coligados é o arrendamento do posto de gasolina, que são coligados no mesmo instrumento que a contratação de locação das bombas, de fornecimento de combustíveis, de comodato na área que funciona a lanchonete e outros. Nesses casos, há a multiplicidade de negócios, existindo um nexos que reúne-os substancialmente, preservando em cada qual a fisionomia própria. Não trata-se de contratos diferentes celebrados em um mesmo instrumento, pois senão existiria apenas uma união meramente formal. A conexão, mediante o vínculo, é o que une os dois contratos e essa é a característica do negócio coligado. É imprescindível que os variáveis negócios sejam destinados à obter um mesmo objetivo (GONÇALVES, 2011).

Quanto às modificações que podem produzir, os negócios jurídicos diferem-se em dispositivos e obrigacionais. Os dispositivos são usados pelo titular para extinguir, alienar ou modificar direitos. O titular de um direito que tem natureza patrimonial pode, com efeito, disponibilizar, se possuir capacidade para tanto, os seus direitos,

como exemplo, conceder remissão de dívida dispondo usufrutos a favor de terceiros ou efetuando a tradição. Os obrigacionais são aqueles, que por intermédio de manifestação de vontade, produzem obrigações para ambas as partes ou para somente uma delas, o que possibilita uma exigir da outra a execução de uma determinada prestação, como ocorre nos contratos em geral. Repetidamente, o negócio jurídico dispositivo completa o negócio jurídico obrigacional (GONÇALVES, 2011).

Com relação ao modo de obtenção do resultado, o negócio jurídico deve ser simulado ou fiduciário. O simulado é o que possui uma aparência contrária à realidade. Apesar de que nesse aspecto exista semelhanças com o negócio fiduciário, são falsas as declarações de vontade. As partes realizam declarações falsas para o fisco ou a Lei, assim sendo, o negócio simulado, entretanto, não é válido. O negócio fiduciário é aquele onde alguém, o fiduciante, “transmite um direito a outrem, o fiduciário, que se obriga a devolver esse direito ao patrimônio do transferente ou destiná-lo a outro fim” (AMARAL, 2002, p. 382). É um negócio lícito e sério, precisamente válido e que se desenvolve em duas fases, onde na primeira acontece a transmissão do direito que pertence ao fiduciante e a segunda, onde o que adquire obriga-se a restituir o que foi recebido ou o equivalente. O negócio fiduciário não considera-se um negócio simulado, pois não existe uma intenção de fraudar a lei e nem de prejudicar terceiros (GONÇALVES, 2011).

4.3 A função social do contrato como efetivação da solidariedade nos negócios jurídicos

O Código Civil brasileiro de 2002 procurou distanciar-se das convicções individualistas que orientam o diploma anterior para acompanhar uma orientação que seja harmonizável com o direito moderno. O princípio da socialidade que foi adotado por ele reflete o domínio dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem perda dos valores fundamentais da pessoa humana.

Um dos traços mais marcantes do novo Código Civil é o sentido social, em contraposição com o sentido individualista que regula o Código Beviláqua. Existe uma confluência para a realidade contemporânea com a reformulação dos direitos e deveres das principais figuras envolvidas no direito privado, ou seja, o contratante, o pai de família, o empresário, o testador, e o proprietário (GONÇALVES, 2011). Nesse

entendimento, dispõe o art. 421 do Código Civil de 2002 “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A percepção social do contrato se apresenta modernamente como um esteio da teoria contratual. Guarda proximidade com o princípio da função social da propriedade, que está previsto na Carta Magna e tem como objetivo proporcionar a efetuação de uma justiça comutativa, igualando as desigualdades substanciais entre os contratantes. A função social do contrato alia-se aos princípios tradicionais, tais como o princípio da obrigatoriedade e o princípio da autonomia da vontade impedindo, muitas vezes, que estes prevaleçam.

A função social do contrato desempenha um papel importante como limitador da autonomia da vontade quando esta confronta com o interesse social e este é o que deve prevalecer, ainda que isso atinja a liberdade de não contratar, como por exemplo, nas hipóteses de contrato obrigatório. Este princípio é um desafio, pois confronta a clássica concepção de que os contraentes podem fazer tudo porque se encontram no exercício da autonomia da vontade. Essa averiguação tem como decorrência, como exemplo, a possibilidade de terceiros, que não são partes próprias do contrato, influenciarem nele, já que são direta ou indiretamente por ele alvejado (GONÇALVES, 2011).

Pode-se afirmar que o atendimento à função social é focado conforme dois aspectos, o individual que é referente aos contratantes, os quais se valem do contrato para a satisfação dos seus próprios interesses. E o público, que é relativo ao interesse da coletividade em relação ao contrato, com a função social só sendo concretizada com a finalidade do contrato, ou seja, quando a distribuição de riquezas for realizada de forma justa, tendo o contrato como fonte de equilíbrio social.

A solidariedade é um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2008, p. 243). Logo, ela é considerada como um fato social e deve ter um comportamento pragmático e também mediador da função social nos negócios jurídicos.

O direito contratual, além dos princípios clássicos, também está assentado no princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva e no princípio do equilíbrio econômico. Para Reis (2001, p. 123) “a forma pela qual o ordenamento jurídico, [...] visa conferir às partes contratantes medidas ou mecanismos jurídicos capazes de

impedir a concretização de quaisquer desigualdades sociais na relação contratual” é a função social do contrato.

Sendo assim, apesar dos indivíduos serem livres para contratar, deve-se agir de forma a não prejudicar terceiros, ou seja, agir dentro dos limites impostos que preservam os direitos desses terceiros. A função social equilibra os interesses individuais e coletivos e norteia as funções que as pessoas devem desempenhar nas mais variadas circunstâncias. Atua também na visão econômica, no que tange à circulação de riquezas, além de analisar os efeitos da contratação perante a sociedade. Nesta perspectiva “revela a noção de solidariedade social, devendo servir de instrumento útil não somente para o desenvolvimento individual das partes contratantes, como também da sociedade como um todo” (PADOIN, 2009, p.88).

O princípio da solidariedade, atualmente, exerce uma função difícil, que passa para consolidar a democracia, humanizar as relações, conduzindo o indivíduo a refletir e efetivar a dignidade da pessoa humana. A partir desta perspectiva o princípio da solidariedade se faz presente nas relações inter privadas, historicamente individualistas, mas na modernidade solidarizando suas instituições.

A solidariedade, a partir da Carta Magna, tornou-se fundamental, usufruindo de superioridade na sua realização pelos destinatários da matéria constitucional, visto que evidencia “escolhas de concretização do que lhe antecede e sendo densificados por todos os princípios gerais do direito que devem lhe concretizar” (ARONNE, 2010, p. 106) Dessa forma, a socialização do direito se relaciona com o processo de “infiltração de valores solidarísticos no Direito Privado” (SARMENTO, 2006, p. 93), onde se busca a condecoração das desigualdades entre as partes e procura-se de um modo geral proteger a sociedade e de modo particular, proteger os cidadãos de algumas situações onde os seus direitos possam ser violados.

Nesse seguimento, o princípio da solidariedade, se torna um princípio que funde a dignidade da pessoa humana, conservando a igualdade e a liberdade, consentindo que o Direito se modifique a partir dos princípios da ética e da justiça. Na sociedade moderna, a moral se encontra num estado de crise, levando em conta o atual modo de vida advindo das mudanças sociais. Neste ponto de vista, a moral concebida no tipo social segmentário retrocedeu, visto que nenhuma outra foi desenvolvida rápida o suficiente para preencher esse espaço, tornando assim o viver moderno artificial. Lamentavelmente, “o sofrimento do outro nada representa para a consciência da grande maioria dos seres humanos” (CARDOSO, 2010, p. 104). Foi

perdida a noção do outro com a massificação das relações, o que causa que o pensamento se volte apenas para si mesmo.

Desta forma, a designação da relação contratual para esse estudo está ligada ao fato da importância que o contrato representa na atual sociedade. Uma sociedade consumista, na qual a contratação é um ato frequente, necessitando uma atenção especial a esse instrumento que, apesar de ser comum, é muito importante. O caráter solidário, abrigado por uma conduta ética, é altamente relevante na sociedade moderna e não seria diferente no âmbito contratual. Do mesmo modo, críticas e soluções deveriam ser formadas com o objetivo de humanizar as relações de natureza negocial. Não pode-se esquecer que o Código Civil vigente foi publicado oitenta e cinco anos após o Código Civil de 1916 e que meramente “reedita, com atualizações e algumas modificações, o paradigma insular da codificação privada” (FACHIN, 2008, p. 226). Indubitavelmente, o que se deseja para o Direito Civil moderno não é um olhar viciado.

A solidariedade adota um papel importante, no âmbito estatal e no privado, eis que “às cegas com a realidade, nunca os seres humanos estiveram tão perto e tão longe ao mesmo tempo” (CARDOSO, 2010, p. 109). Portanto, é necessário, com certa urgência, que se desperte a ideia do outro, convocando a sociedade a resgatar a sensatez, eis que a justiça é fundamentada na consideração que destinamos às demais pessoas, de proteção mútua, já que a solidariedade possui esse caráter protetivo.

Há a indispensabilidade de atuação leal do acordo constituído, de modo a instigar a boa-fé, de acordo com os valores que constam no Ordenamento Jurídico brasileiro. Destarte, os negócios jurídicos, principalmente os contratos, devem ser consumados, executados e interpretados em conformidade com a lealdade, honestidade e a boa-fé dos contraentes, buscando compatibilizar os valores morais e as leis de uma sociedade solidária e justa, que também deve desempenhar a sua função social e a justiça contratual (PELLEGRINI, 2012).

Além do mais, a compreensão das normas aplicadas aos contratos deve ser realizada de maneira ordenada e axiológica, aceitando a unidade fundamental ao Ordenamento Jurídico e a existência dos valores comunitários e constitucionais nas normas. Dessa forma, o que se necessita para que ocorra a execução dos valores solidários nas relações privadas é a delimitação da sua aplicação nos contratos. Nos dias de hoje tem-se a ideia de que há uma estreita conexão do princípio da boa-fé

objetiva e da solidariedade, todavia aquele não se confunde com este, em razão de que seria mais amplo, sendo o princípio citado inserido dentro da solidariedade (PELEGRINI, 2012).

Em vista disso, “a solidariedade contratual vem antes da autonomia privada e da boa-fé contratual, longe de um antagonismo, pondo em evidência a conjugação daquele valor constitucional com os dois princípios enfocados” (NALIN, 2006, p. 179), de modo que a sua ocorrência acontecerá na relação contratual já na sua preconcepção. Isto posto, o princípio da solidariedade, terá que estar presente nas fases contratuais. Apenas dessa maneira, o contrato irá ocupar a posição que lhe é pertinente, ou seja, de mecanismo para construção de uma sociedade solidária (NALIN, 2006).

Prontamente, à pesquisa desempenha importante função, ao enfrentar a probabilidade de aplicar, nas relações contratuais, os valores solidários, principalmente o caráter social firmado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, a partir da formação do Estado Democrático de Direito regulamentado pela legislação civil e pela Constituição Federal, com o Código Civil vigente. Confere desse modo, aos estatutos de Direito Privado uma personalidade cada vez mais solidária, tencionando à obtenção dos princípios existentes no texto constitucional, cujo componente orientador é a dignidade da pessoa humana, o que permite a interpretação dos dispositivos do Código Civil atual por um viés mais social, afastando-se dos resíduos individualistas do Código Civil de 1916 (PELEGRINI, 2012).

Nesse seguimento, a solidariedade presente nos contratos deve ser vista como uma conduta pragmática, mas também como balizadora da função social que os negócios jurídicos desempenham. Assim, a solidariedade tem que ser vista como um fato social, uma consciência moral ou como uma virtude ética, mas é necessário destacar que ela é um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2008, p. 243).

Além do mais, há nas relações negociais desejos antagônicos, onde cada contraente visa à efetivação da sua expectativa, a efetivação da parte do seu acordo. Por algum tempo, o predisposto no contrato tinha que ser realizado, independente de existir condições para tanto. Não importava-se, portanto, com a situação da parte contrária, com os problemas que poderiam provir entre a celebração e o cumprimento do acordo, mas tão somente com o êxito da relação contratual.

Atualmente, ainda há sentimentos egoístas, porque o Direito lamentavelmente não pode mudar o íntimo das pessoas. Contudo, as normas jurídicas não só podem, como devem impor aos contraentes condutas que obrigue-os à respeitar uns aos outros (PELLEGRINI, 2012).

ora não há justiça como coisa: há o fazer justiça. O valor da solidariedade conduz o direito a uma prática de justiça, e aos poucos as instituições jurídicas vão se transformando para atender esse objetivo. Depois de ser totalitário, liberal individualista, e agora solidário, o direito concentra suas forças para a formação de uma sociedade convergente aos seus fins, voltando-se, pois a um estado ideal e de justiça. A partir da perspectiva de que a dignidade humana constitui o 'valor-fonte' de todo o direito, este coloca o homem diante dos seus próprios horizontes. O direito é o comportamento da de solidariedade, enfim, contrapõe-se à indiferença, responsabilizando o indivíduo para com o seu semelhante, colocando-o numa perspectiva de responsabilidade com os hipossuficientes, os cidadãos de outros países até mesmo os que nascerão nas futuras gerações (CARDOSO, 2010, p. 106, grifos originais).

Assim, com a aplicação da solidariedade, ela passa a fazer parte da realidade do sistema jurídico brasileiro, pois é indispensável a presença da solidariedade tanto nos contratos quanto na fase pós contratual, juntamente com a boa-fé e a lealdade (PELLEGRINI, 2012). Dessa forma, a aplicação do princípio da solidariedade na área contratual é necessária para que possam ser estabelecidos os valores contidos no sistema jurídico pátrio, firmando um equilíbrio entre as partes, pois é esta a finalidade desse princípio.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de entender a problemática trazida na introdução.

Consoante fora demonstrado, os direitos fundamentais, atualmente, influenciam as relações privadas e as normas constitucionais estão presentes na interpretação dos contratos privados celebrados. Foram resgatados os ideais liberalistas que inspiraram os Códigos nos séculos XIX e início do século XX, como exemplo, o Código Civil brasileiro de 1916.

Com a Constituição Federal de 1988, foi inaugurada no Brasil, uma nova fase jurídica, preocupada com o indivíduo como pessoa e não mais com o indivíduo proprietário. Esse indivíduo agora assegurado de direitos mínimos, como a dignidade da pessoa humana, instituído pelo legislador como o direito fundamental maior do Estado democrático de direito.

A Carta Constitucional de 1988, além de estipular garantias e direitos a todos os cidadãos brasileiros, passou a estar composto de normatividade ímpar, reconhecendo-se como fonte ordenadora de todo sistema jurídico brasileiro, de modo que todas as regras infraconstitucionais deverão estar em concordância com os princípios sociais estabelecidos pela Carta Magna.

Assim, surgiram legislações especiais, com viés protetivo e restritivo da autonomia da vontade. Com o Código Civil de 2002, restou comprovado a influência da nova ordem constitucional, pois, apesar de reiterar algumas regras presentes no Código Civil de 1916, estipulou inúmeras cláusulas abertas, também chamadas de cláusulas gerais, como a função social do contrato, a boa-fé, a equidade, que exigem do intérprete certa sensibilidade quanto à observância dos direitos fundamentais.

De tal maneira, é imprescindível notar que as regras de direito privado, também às relativas aos contratos, são interpretadas de acordo com Carta Constitucional vigente. Constata-se, ainda, a irradiação das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, por todo sistema jurídico brasileiro. Os direitos fundamentais não têm como finalidade exclusiva o Estado, mas sim todos os particulares, sendo que é indispensável que os conflitos existentes entre estes devem ocorrer com observância dos direitos fundamentais.

A vinculação dos direitos fundamentais aos particulares nos remete à conclusão de que, em certas situações, a incidência ocorrerá ora de maneira direta, ora de maneira indireta, sempre de acordo com o grau de equivalência das relações contratuais e das modalidades de direito fundamental que serão violados e ainda, consoantes à restrição que tal observância acarretará ao direito fundamental do outro particular.

A Constituição Federal de 1988 possui um viés solidário e como ponto central a proteção do indivíduo como um ser que integra a vida em sociedade, de modo que a subordinação aos direitos fundamentais da coletividade importa em determinadas situações, a renúncia de certos direitos individuais. Neste sentido, é primordial que seja analisada a função social do contrato, ponderando as consequências das decisões tomadas para os contraentes e para toda a coletividade.

O princípio da solidariedade enquanto direito fundamental, trabalhado na presente monografia, veio para concretizar a dignidade da pessoa humana nos negócios jurídicos, bem como para igualar as desigualdades substanciais entre os contratantes, limitar a autonomia da vontade e para servir como mediador da função social nos negócios jurídicos. Assim sendo, o caráter solidário, abrigado por uma conduta ética, é altamente relevante na sociedade moderna e não seria diferente no âmbito contratual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ARONNE, Ricardo. **Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- CORDEIRO, Eros Belin de Moura. A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual. In: CONRADO, M.; PINHEIRO, R. F. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.
- DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- DICK, Jaqueline Hamester. **Direitos fundamentais e relações contratuais privadas: Delimitações da influência dos direitos fundamentais na interpretação dos contratos inter-privados**. 2006. 159f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1984.

DOMINGUES, José Maurício. **Interpretando a modernidade: imaginário e instituições**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

FINGER, Julio Cesar . Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro** - parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Trad. Esp. Caracas: Edersa, 1978.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PADOIN, Fabiana Fachinetti. **Direitos Fundamentais nas Relações Contratuais**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. **Da (in)aplicabilidade do princípio da solidariedade nas relações privadas no constitucionalismo contemporâneo: o desvelar da ética, o semeador da socialidade e o propagador da confiança nas relações contratuais**. 2013. 138 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

_____. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. **Revista Atos e Fatos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

REIS, J. R.; FISCHER, E. Hermenêutica para vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. (Org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos** - Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

REIS, J. R.; FONTANA, E. A hermenêutica filosófica e o Princípio da Solidariedade como sustentáculos dos Direitos Fundamentais sociais. In: MOZETIC, Vinícius Almeida; RESINA, Judith Solé (Org.). **Reflexões e dimensões do direito: uma cooperação internacional entre Brasil e Espanha**. Curitiba: Multideia, 2011a.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Murilo Rezende dos. **As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional**. Revista de Direito Privado, São Paulo, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUTIKIAN, Cristiano. **Sistema e codificação: O Código Civil e as cláusulas gerais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. **Direito civil** - Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

ZOLL, Rainer. **O que é solidariedade hoje?**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.