

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

NATHÁLIA GIULIANI DE CAMARGO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

SÃO PAULO

2017

NATHÁLIA GIULIANI DE CAMARGO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia apresentada à Coordenação e ao Corpo Docente do Curso de Especialização em Direito Contratual, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Contratual. Orientadora: Prof^a Dra^a Terezinha de Oliveira Domingos.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora:

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais José Odécio e Silvana e a minha irmã Victória por quem devo tudo que sou hoje.

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é a análise da função social do contrato bem como o papel da jurisprudência sobre o tema. Os contratos eram utilizados como instrumento de supremacia do mais forte para o mais fraco e com a globalização foi notória a mudança e a evolução do instrumento, o qual ganhou diversidade bem como os interesses coletivos ganharam espaço, não prevalecendo apenas os interesses individuais dos contratantes. Em seu enriquecimento, o contrato encontra-se em seu apogeu com o advento do Estatuto Social, momento este que os princípios clássicos começaram a ser reivindicados e foram inseridas novas diretrizes concretizadoras da solidariedade e fraternidade. A principal correlação da função social com o supracitado se dá pelos mecanismos que protegem as partes, tais como, dolo, simulação, onerosidade excessiva, dentre outros. Neste prisma há de se ressaltar a importância e o principal papel do juiz na aplicação dos princípios.

Sobrelevasse que o estudo se dá pela forma que os contratantes se comportam e de como devem agir entre si para que o contrato seja mais do que um meio de realização pessoal. Desta forma a proteção de valores transcendem a relação intersubjetiva e buscam uma maior harmonia social, de modo a aplicar o princípio da função social do contrato.

Palavras-Chave: Função Social do Contrato. Cláusula geral. Princípios. Ponderação. Jurisprudência.

ABSTRACT

The main objective of this work is the analysis of the social function of the contract as well as the role of jurisprudence on the subject. Contracts were used as instruments of supremacy from the strongest to the weakest, and with globalization, the change and evolution of the instrument, which gained diversity as well as the collective interests gained ground, not only prevailed the individual interests of the contractors. In its enrichment, the contract is at its zenith with the advent of the Bylaws, at which time the classical principles began to be claimed and new directives were introduced concretizing solidarity and fraternity. The main correlation of the social function with the aforementioned is given by the mechanisms that protect the parties, such as fraud, simulation, excessive onerosity, among others. In this prism, the importance and the main role of the judge in the application of the principles must be emphasized. It should be borne in mind that the study is based on the way in which contractors behave and on how they should act in order to make the contract more than a means of personal fulfillment. In this way the protection of values transcend the intersubjective relation and seek a greater social harmony, in order to apply the principle of the social function of the contract.

Key Words: Social Function of Contract, General Clause, Principles, Weighting, Jurisprudence.

SUMÁRIO

Introdução	10
------------------	----

CAPÍTULO I OS PRINCÍPIOS E SUAS APLICAÇÕES

1.1 - Breve histórico	11
1.2 - O neoconstitucionalismo	12
1.3 - Os princípios e as regras jurídicas	13
1.4 – Os princípios jurídicos e sua aplicação.....	14
1.5 - A colisão de princípios	14
1.5.1 - A ponderação	15

CAPÍTULO II NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO

2.1 - Conceito contratual	18
2.2 – Evolução	19
2.3 - Pressupostos e requisitos	21
2.3.1 - Requisitos de ordem geral	22
2.3.1.1 - Agente capaz	22
2.3.1.2 – Requisitos Objetivos	23
2.3.1.3 – Requisitos Formais	24
2.3.2 - Requisitos de ordem especial	25
2.3.2.1 – Capacidade Genérica	25

2.3.2.2 – Consentimento	25
-------------------------------	----

CAPÍTULO III PRINCÍPIOS GERAIS DO CONTRATO

3.1 - Princípios fundamentais do direito contratual	27
3.1.1 – Princípio da autonomia da vontade	28
3.1.2 - Princípio do interesse público	29
3.1.3 - Princípio da força obrigatória do contrato	30
3.1.4 - Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos	31
3.1.5 - Princípio do consensualismo	33
3.1.6 - Princípio da boa-fé e da probidade	33
3.1.7 - Princípio do equilíbrio econômico do contrato	36

CAPÍTULO IV A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

4.1 - A nova concepção social do contrato	38
4.2 - A função social do contrato como projeção da função social da propriedade	39
4.3 - Natureza jurídica da função social do contrato	40
4.4 - Função social “intrínseca” e “extrínseca” do contrato	43
4.5 - Consequências do não cumprimento da função social do contrato	45

CAPÍTULO V O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

5.1 - O papel do juiz	48
-----------------------------	----

5.2 - Enunciados das jornadas de direito civil	50
5.3 - Enunciado da I jornada de direito comercial	51
5.4 - Análise jurisprudencial da função social do contrato.....	51
5.4.1 - Súmulas do Superior Tribunal de Justiça	51
5.4.2 – Jurisprudência	52
5.5 - Comentários acerca dos precedentes jurisprudenciais	54
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Em referência histórica, temos o contrato como um dos instrumentos mais antigos na vida em sociedade, exercendo um papel fundamental em diversas áreas humanas, proporcionando harmonia nas relações intersubjetivas, fomentando a máxima pacificação social.

Nos dias atuais as regras e adimplemento contratuais não encontram guaridas iguais antigamente, tendo em vista as profundas transformações sociais ocorridas, principalmente com o advento do Estado Social, que recuperou a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

A Constituição Federal passou importar todos os ramos do direito infraconstitucional, que deve ser interpretado sob a ótica das referências axiológicas constitucionais. Tais valores inscritos na Constituição Federal em seu artigo 3º, I, integram os institutos jurídicos tradicionais, gerando a funcionalização dos conceitos, que para a realização do bem estar social, deixam de ser individualistas.

Tendo em vista o exposto a maioria das relações negociais se tornam mais notórias pois a vida em sociedade requer uma maior circulação de riquezas, e o convívio se torna possível e predominantemente pacífico quando tais trocas são feitas de forma justa e equilibrada, assim a justiça social e a solidariedade são consagradas pelo Código Civil através do princípio vetor dos contratos, qual seja a função social.

Assim o contrato passa a ser visto como uma atividade humana que tem a finalidade de promover a pacificação social, deixando de ser apenas um negócio jurídico, cabendo a jurisprudência a concretização do princípio da função social e a correção de eventuais desequilíbrios.

CAPÍTULO I - OS PRINCÍPIOS E SUAS APLICAÇÕES

Para adentrarmos no tema do presente trabalho, qual seja a função social do contrato, deve ser lembrado que é exigido certa análise nas interpretações e aplicações dos princípios e como deve o Judiciário interpretar e regular os contratos, haja vista que o Legislativo deu a liberdade para que o magistrado, através de uma cláusula aberta, configurando, assim, um Estado-Juiz.

Tendo em vista a liberdade dada ao judiciário, devem os operadores do direito e nobres julgadores atuarem de forma intelectual, realizando uma conexão entre as normas e princípios, para que as concordâncias dos contratantes produza efeitos no que diz respeito aos direitos humanos, evitando qualquer desequilíbrio para as partes.

Para a instrumentalização do artigo 421 do Código Civil, os operadores do direito e os julgadores devem interpretar e dialogar de forma multidisciplinar, a fim de buscarem juntos a construção da hermenêutica adequada em consonância aos princípios e garantias estabelecidos pela Constituição.

Nessa senda, Judith Martins Costa ensina que:

O grande desafio a ser enfrentado pelo ordenamento jurídico brasileiro consiste em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que possibilite à doutrina e aos julgadores integrá-las num sistema entendido de forma aberta, técnica que constitui verdadeiro convite para uma atividade judicial mais criadora e, todavia, sujeita a controles adequados.¹

O artigo 421 do Código Civil aduz que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Em suma, entende-se que o legislador deu a liberdade para os contratantes formular cláusulas que melhor lhes provenham, isto é uma cláusula aberta inserida propositalmente no nosso ordenamento, a qual enfraquece a visão positivista, de modo que novas técnicas de interpretação sejam criadas.

1.1 BREVE HISTÓRICO

Savigny iniciou a discussão no início do Século XVIII sobre o alicerce dos

¹MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Sub-secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991, p. 27-28

costumes e das leis. Defendia o jurista que o direito possui como alicerce os costumes, devendo a legislação, exprimir o sentimento e o espírito do povo, afastado a rigidez imutável da lei, devendo os conflitos serem resolvidos de forma maleável e adaptável as transformações sociais.

Já no Século XX, Kelsen nos apresentou uma nova doutrina, a qual conceitua como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”², com isso surge o chamado pirâmide normativa, a qual faz a interpretação das normas de forma hierárquica, onde as superiores fundamentam as normas inferiores.

Dworkin ensina sobre o tema de forma diferenciada, isto é, interpretativo:

Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é direito. O juiz teria o dever de oferecer uma melhor adequação e justificação de nossa prática jurídica, tendo como base as decisões anteriores e a moral política da comunidade. Assim, teorias gerais do direito são na realidade, interpretações gerais de nossa própria prática judicial.³

Portanto, existe a real necessidade de criar e determinar critérios que ajudem o jurista a determinar os conflitos existentes dentro das relações negociais. Isto é, o jurista possui o condão de solucionar os conflitos de maneira a promover a mínima perturbação social.

Em suma deve o interprete do direito, se basear não apenas em um modelo de interpretação, mas sim utilizar-se de uma conjunto de normas, regras e princípios, todos condizentes com a sociedade, adequando-as a cada caso concreto.

1.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Considerado como uma nova forma de interpretação do direito o neoconstitucionalismo surgiu no século XX, e com a promulgação da Constituição Federal, espalhou-se rapidamente no meio dos profissionais do Direito.

A Constituição Federal assume papel importante no ordenamento jurídico, fazendo com o que os institutos infraconstitucionais se adéqüem aos valores impostos

²KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 463.

³DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 488.

por ela. Portanto a Constituição deve ser utilizada principalmente para a interpretação das normas.

Em síntese, temos a Carta Magna como uma unidade de harmonia, isto é, a qual deve ser buscada para interpretar os demais institutos jurídicos, os quais sofrem direta ou indiretamente por seus preceitos.

1.3 NORMAS JURÍDICAS

Os princípios jurídicos e as regras jurídicas são o corpo das normas jurídicas, as quais formam o ordenamento jurídico. Ronaldo Dworkin e Robert Alexy defendem a separação qualitativa entre as regras e os princípios, distinção esta defendida por inúmeros doutrinadores.

Dworkin argumenta sobre o positivismo na com a seguinte visão:

Ao entender o Direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não se consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para os quais o juiz não identifica nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial. O juiz, nesses casos, cria direito novo.⁴

É argumentado pelo autor que os litígios são dirimidos através das regras e dos princípios que juntos orientam o peso de cada conduta, ou seja, deve sempre prevalecer o princípio que possua mais importância para o caso concreto, não perdendo a qualidade aqueles que não resolvem as questões.

Alexy ensina a teoria que o mesmo desenvolveu, que diz respeito aos princípios e mandamentos de otimização, ou seja, os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.

Isto posto, as regras e normas são impostas haja vista a conduta de deveres e direitos predefinidos, ordenando-se por critérios de validade enquanto os princípios dependem de cada caso concreto, que não precisa ser aplicado quando não condiz com a situação.

No direito em que vivemos atualmente os princípios são servidos como regras

⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002 p. 17.

de caráter fundamental e são considerados como normas basilares. Contudo deve ser esclarecido que os princípios são diferentes das regras, pois os princípios não prescrevem comandos descritivos de conduta específica, como as regras os fazem. Sobrelevasse que os princípios são utilizados de acordo com o intérprete de cada caso, que delimita o seu sentido e seu alcance.

1.4 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA APLICAÇÃO

Em face a tradicional interpretação jurídica o julgador deve identificar dentro do ordenamento qual norma melhor cabe para solucionar os litígios sem que seu conteúdo seja modificado, devendo a norma oferecer o conteúdo necessário para a solução de conflitos jurídicos.

Deve ser lembrado que com base nestas interpretações as normas são como regras comportamentais e devem ser aplicadas nos casos mediante subsunção do fato a norma. Contudo tal base foi se perdendo ao longo dos anos, pois com o avanço da sociedade, nem todos os conflitos podiam ser solucionados com base no texto legal, o que levou o julgador a fugir da base normativa e utilizar-se dos princípios sociais. E cláusulas abertas, escolhendo uma solução entre todas as possibilidades existentes.

Fundamentando o supratranscrito Rizzato Nunes ensina que:

“(...) nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas(...) percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras”.⁵

Assim, o meio que o magistrado escolher para julgar, deverá ser analisado a partir de uma ótica principiológica, isto é deverá ser analisado numa relação intrínseca com os princípios, principalmente os apresentados por nossa constituição.

1.5 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

A colisão entre princípios é considerada inevitável, um fenômeno natural. Ocorre que com a quantidade de normas existentes em nosso ordenamento, o conflito

⁵ NUNES, Rizzato. Manual de Introdução ao Estudo de Direito. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.164.

de valores e bens jurídicos é nítido e assim cabe ao julgador e interprete criar ou selecionar o direito aplicável a cada caso concreto.

Neste sentido, afirma Ronald Dworkin:

Quando dois princípios entram em colisão — por exemplo, se um diz que algo é proibido e outro, que é permitido —, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.⁶

A antinomia entre princípios tornou o método subjuntivo de aplicação do direito insuficiente para a solução dos casos difíceis.

Para a solução deste problema surge a ponderação, na qual o interprete de direito fará concessões recíprocas, visando proteger o interesse das disputas dentro de uma relação negocial, e caso isto não seja possível, o interprete decretará, diante do caso concreto, a primazia de um princípio sobre o outro.

A busca é por uma resposta relativamente adequada ao caso concreto. Portanto, o resultado do sopesamento não retira do ordenamento jurídico o princípio preterido, que poderá prevalecer em situações diversas.

1.5.1 A PONDERAÇÃO

O protagonismo judicial tem o neoconstitucionalismo como base, ganhando ênfase e nos casos de maior dificuldade são tidos como soluções, para os quais o método subjuntivo é insuficiente, demanda maior preparo do julgador, que afinal deverá optar por um determinado valor jurídico em detrimento de outro, embora ambos sejam igualmente acolhidos pela Constituição Federal.

A ponderação nasce para auxiliar o julgador no momento em que for decidir qual princípio que melhor se encaixa em cada caso concreto, que possuem mais relevância e peso, ou seja, a ponderação é utilizada para elevar um princípio sobre o outro em determinadas casos e no momento de solução de determinado caso concreto utilizado por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Sobre o tema Ana Paula Barcellos ensina que:

⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.80.

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hardcases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.⁷

Deve ser ressaltado que a ponderação é um método hermenêutico flexível, que verifica o grau de intensidade de intervenção no princípio a ser afastado e o grau de importância de realização do princípio que deve prevalecer.

O magistrado pode dividir a estrutura da ponderação em três etapas. A primeira dela é quando o mesmo pesquisa o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Já a segunda etapa é onde determina a importância da satisfação do princípio colidido. E por fim a terceira etapa na qual é verificado a importância da satisfação do princípio colidente que justifica a afetação do primeiro princípio.

Nesta senda, vale salientar os dizeres de Robert Alexy:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.⁸

Existe a prevalência de um princípio que, no caso concreto, acarreta a não satisfação de outro. Essa prevalência será fixada nos termos da possibilidade fática e jurídica de cada caso, dando respaldo à chamada precedência condicionada.

A chamada precedência condicionada e a lei de colisão mostram que não existe hierarquia entre os princípios jurídicos, e sim demonstram que existe uma distinção de regras e princípios, pois o conflito de regras é decidido no plano da validade, e a

⁷BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

⁸ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.68.

precedência condicionada prioriza as conjecturas e condições de cada caso.

O princípio da proporcionalidade impõe limite dentro do processo de ponderação, funcionando como controle da arbitrariedade e da discricionariedade. A proporcionalidade funciona, pois, como um teste de legalidade a que é submetido o resultado da ponderação. Pelo crivo da proporcionalidade, verifica-se se a decisão é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

CAPÍTULO II - NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO

2.1 CONCEITO CONTRATUAL

Como já anteriormente exposto, a função social dos contratos é o principal objetivo do presente estudo, e antes de adentrarmos a tal processo é necessária a análise da evolução histórica do negócio jurídico e conseqüentemente os princípios gerais que os condizem.

Arnoldo Wald cita René Demogue, ao lecionar sobre a fundamentação basilar do contrato que tal instrumento consiste em “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua.”⁹

Na mesma linha de raciocínio temos o doutrinador Nelson Nery Jr. Que nos ensina que o contrato é um “acordo de vontade entre duas ou mais partes para construir, regular e extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”¹⁰, acrescenta o ilustre professor que os contratantes ao celebrarem o contrato devem ter ampla liberdade, devendo respeitar as exigências de ordem pública. Portanto conclui-se que para referido autor, o contrato é negócio jurídico bilateral pelo qual as partes obrigam-se mutuamente à circulação de riquezas transferindo-as de um patrimônio para outro.

Sobre o assunto Cláudia Lima Marques aduz que “sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimos e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos”¹¹. Sob tal perspectiva, conclui-se que a sociedade em que vivemos hoje, exige uma regulamentação específica, qual seja o contrato, pois tem-se que o sistema econômico capitalista é vivido com intensidade, e tal recurso é utilizado como viabilizador, regulamentador, para circulação de bens e serviços, permitindo que todas as partes

⁹WALD, Arnold. *A evolução da responsabilidade Civil e dos Contratos do Direito Francês e no Brasileiro*. Revista da EMERJ, v.7, n.26,2004. P.109-110.

¹⁰NERYJR., Nelson. *Contratos no código civil – apontamentos gerais. O novo código civil – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Coord.: Domingos Franciulli neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda da Silva Martins Filho. São Paulo:LTR.2003, p.415.

¹¹MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código Civil de Defesa do Consumidor*. 6ª.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.56.

contratantes seja preservadas.

Tendo em vista vivermos em um momento capitalista, o contrato é um instrumento de suma importância no cotidiano da sociedade atual. Há de se perceber que a maioria dos atos que é realizado hoje, exige uma espécie contratual, isto é nenhum cidadão subsiste sem realizar, diariamente, uma serie de contratos.

O contrato regulamenta inúmeras relações, sendo utilizado como meio de circulação de mercadorias e serviços, e vem dos primórdios da era romana, onde surgiu e desde então evolui conforme a política, sociedade e a própria econômica de cada momento histórico.

Portanto tem-se que os contratos são instrumentos que viabilizam e harmonizam os acordos de vontades, servindo como respaldo para o convívio social e o meio de proteção a dignidade humana.

2.2 EVOLUÇÃO

Orlando Gomes diz que “tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do Direito”.¹²

Em concordância ao escrito por Orlando Gomes o instrumento contratual não possui uma data específica de sua criação, e sim tem se evoluído de acordo com a sociedade e as relações humanas ao longo da história.

Apesar de não conhecermos ao certo o momento em que o contrato foi criado, temos que o direito contratual conhecido hoje, surgiu no século XVIII sendo desenvolvido no século XIX na Revolução Francesa.

Em meio a Revolução Francesa houve o Estado Liberal, que promovendo o liberalismo individual e a autonomia da vontade, fez disso o elemento principal para a evolução do instrumento contratual e seus princípios; consagrou a autonomia da vontade e as presunções de igualdade entre as partes dentro de suas novas obrigações, assim deu-se início a participação efetivado Estado e sua era liberal sob a direção da burguesia, fazendo com que as relações privadas ganhassem maior autonomia.

¹²GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.20.

Tendo em vista tais acontecimentos, neste período o contrato começou a ganhar corpo e as partes contratantes sentia-se livres, pois, com o individualismo, o instrumento contratual tornava-se cada dia mais justo a própria natureza, baseando-se na livre escolha das partes, em seu conteúdo, direitos e obrigações que o regiam. Floresceu o pensamento que todos seriam iguais perante a lei, estabelecendo regras às suas relações contratuais.

Com a promoção exacerbada da liberdade contratual, surgida com a revolução, houve o desequilíbrio contratual face a desigualdade econômica e social, onde os detentores do capital determinavam o conteúdo do instrumento, assim o contratante em premente necessidade não podia fugir, ganhando vantagem aquele que possuía mais recursos. Tendo em vista tais fatos o Estado viu-se obrigado a intervir, começou assim a regulamentação feita por ele, na qual determinava as condutas de forma a manter o equilíbrio contratual.

Neste contexto Rousseau desenvolveu a teoria do Contrato Social, defendendo a tese de que “o soberano deve conduzir o Estado segundo a vontade geral de seu povo, sempre tendo em vista o atendimento do bem comum”.¹³

Considerando a desigualdade e as mudanças que começaram ocorrer, na qual foi claro que o contrato não possui capacidade de gerar justiça, houve a perda da liberdade. Sobre o assunto Arnoldo Wald ensina que “no passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual”.¹⁴

Assim o instrumento contratual ganha flexibilidade com o objetivo de reduzir as vantagens de um dos contratantes afim de promover o bem estar social, consagrando o princípio da supremacia da ordem pública, a qual proibia cláusulas contrárias a ordem pública e os bons costumes.

¹³LEMOS FILHO, Arnaldo. *A Sociologia como produto histórico*, In: LEMOS FILHO, Arnaldo et. Al. (orgs.) *Sociologia Geral e do Direito*. 4 ED. Campinas/SP: Alínea, 2009. p. 42.

¹⁴WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade Civil e dos Contratos do Direito Francês e no Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.7, n.26, 2004. p.111.

Sobre o tema, Cathérine Ghibierge-Guelfucci, citada por Arnaldo Wald, comenta:

O contrato, no passado, era um espécie de bolha, ou uma ilha, sendo independente, alheio aos acontecimentos e prevalecendo sobre eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade.¹⁵

Nesta senda o contrato deixa de ser meio de satisfação individual dos interessados, transformando-se em uma ferramenta a promoção da dignidade humana e do convívio social. Desta forma o Estado Democrático de Direito atual tem a liberdade sem abusos, incentivando e fiscalizando a economia naqueles instrumentos que não o fazem.

Portanto a intervenção do Estado é necessária e há então o surgimento do princípio da Função Social do Contrato.

2.3 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

O contrato é um negócio jurídico que possui por finalidade a produção de efeitos, possibilitando a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Tal instrumento deve preencher requisitos para ser válido e produzir efeitos, na falta dos requisitos o negócio será considerado inválido e não produzirá o efeito jurídico pretendido.

Maria Helena Diniz ensina que o “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.¹⁶

Como explanado para que o contrato seja válido e produza seus efeitos, deve ser realizado em conformidade a ordem jurídica, isto é deve preencher requisitos impostos pelo ordenamento jurídico. As condições de validade contratual pode ser de ordem geral ou de validade específica.

Quando realizado de forma específica existe o consentimento recíproco ou o acordo de vontades, ou seja, realizado de ordem especial.

¹⁵ WALD,Arnold. A evolução da responsabilidade Civil e dos Contratos do Direito Francês e no Brasileiro. Revista da EMERJ, v.7, n.26, 2004. p.110 - 111.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2008. P.30.

Já quando o instrumento contratual é realizado de forma geral, qual seja o mais comum utilizado no mercado, os atos e negócios jurídicos são comuns a todos, isto é, com capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme o artigo 104 do Código Civil.

2.3.1 REQUISITOS DE ORDEM GERAL

2.3.1.1 AGENTE CAPAZ

Para que um contrato seja válido, inúmeras são as características que deve possuir. A principal dela é o agente capaz, isto é, para que um negócio jurídico seja formalizado é exigido o agente capaz aquele que é dotado de aptidão para adquirir direito e contrair obrigações.

A capacidade consiste na aptidão dos contratantes para agir, sendo necessária a plena consciência do seu exercício e das mínimas faculdade mentais, podendo exercer pessoalmente os atos da vida civil.

De acordo com o direito em que vivemos, toda pessoa possui personalidade, ou seja, possui capacidade de se envolver em uma relação jurídica, contudo nem todos possuem a capacidade de fato, qual seja a aptidão de exercer os atos da vida civil.

Contudo nem sempre o agente é possuidor da capacidade de fato, isto é, ele pode ser absolutamente incapaz ou possuir incapacidade relativa. O agente pode ser enquadrado como absolutamente incapaz em razão da menoridade, da falta do discernimento ou de causa transitória.

Podemos citar também a incapacidade relativa, quais são aqueles que se enquadram no artigo 4º do Código Civil, quais sejam, os agentes que possuem dependência de tóxicos, embriaguez habitual, prodigalidade e discernimento reduzido.

Sobre o assunto Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

“A capacidade genérica dos contratantes (que podem ser duas ou mais pessoa, visto constituir o contrato um negócio jurídico bilateral ou plurilateral) é o primeiro elementos condição subjetiva de ordem geral para a validade dos contratos. Estes serão nulos (CC, art.166, I) ou anuláveis (art.171,I), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou pela assistência (CC, art.1.634, V, 1.747, I, e 1.781). A capacidade exigida nada mais é do que a capacidade de agir em geral, que, pode inexistir em razão da menoridade, da falta do necessário discernimento ou de causa transitória (CC, art. 3, ou ser reduzida nas hipóteses mencionadas no art. 4 do Código Civil

(...)¹⁷

Quando se fala na capacidade das pessoas jurídicas, aqueles que representam a empresa em seu estatuto, o qual confere poderes para representá-las, ativa e passivamente, judicialmente ou extrajudicialmente é que serão aptos a representá-la.

2.3.1.2 REQUISITOS OBJETIVOS

O objeto do contrato deve ser idôneo, isto é, adequado ao conteúdo, seja ele serviço, crédito, débito, dentre outros temas os quais o contrato possa ser inserido. Ter por obrigação ser objeto lícito, determinado ou determinável sob pena de nulidade.

A palavra objeto deve ser analisada de forma ampla, de forma que o conteúdo a ser elaborado e contratado seja complexo, ou seja, não apenas como fato ou coisa visada. O objeto contratual pode ser subdividido em dois, imediato ou objeto mediato.

O objeto imediato corresponde sempre a uma conduta humana, a uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Já o objeto mediato são os bens ou prestações sobre os quais incide a relação jurídica obrigacional.

Como explanado o objeto tem que ser lícito. A licitude do objeto diz respeito a maneira que ele respeita a lei, moral e os bons costumes, não havendo tais aspectos o objeto pode enquadrar-se na ilicitude do objeto, de maneira a caracterizar um contrato nulo.

Sobre a ilicitude do objeto, esta ocorre quando o ordenamento jurídico veda expressamente a constituição de negócio jurídico acerca de determinado bem, como ocorre, v.g., com a herança de possa viva (CC art. 426).

Deve ser lembrado também da impossibilidade do objeto, podendo esta ser física ou jurídica, isto é aquela que emana das leis físicas ou naturais e deve ser absoluta.

Outras principais características do objeto são que deve ser determinado ou passível de determinação no momento de sua execução, a fim de prevenir contratos sem especificações, admitindo apenas o negócio de coisa incerta desde que indicados ao menos seu gênero e quantidade.

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol 3: contratos e atos unilaterais*. Sao Paulo: Saraiva, 2011, p.34.

Por fim, há de ser mencionado o valor econômico do objeto contratual, apesar da lei ser omissa em tal requisito, a doutrina nos garante o tema como uma dos principais requisitos a ser lembrado na elaboração contratual, com o objetivo de validade dos contratos o seu valor econômico, sob o argumento de que não interessa ao mundo jurídico um objeto insuscetível de apreciação econômica.

2.3.1.3 REQUISITO FORMAIS

Outro requisito de grande valia para a área contratual é a forma pela qual o contrato é elaborado, sendo por certo uma das características que valida a relação de vontade das partes, isto é o meio pela qual a revelação da vontade ocorre, devendo ser prescrita ou a não defesa em lei.

O Código Civil em seu artigo 107 prescreve que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, sendo quando a lei expressamente a exigir”.

Deste forma entende-se que no direito brasileiro a forma é livre, havendo exceções, tal qual a forma determinada. A forma determinada pode ser constituída por meio da lei ou da própria vontade das partes, e em ambos os casos a sua desobediência gera a nulidade do negócio jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves ensina sobre o tema que as “partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular”.¹⁸

Entende-se portanto que a forma do contrato é essencialmente livre, e podem os negócios jurídicos serem realizados de acordo com a conveniência da forma preferida pelas partes. Quando então não realizado de forma livre, imposto pelo nosso Direito alguma forma especial ou forma solene, temos o chamado *ad solemnitatem*, exemplo desde é o testamento, ou então o chamado *ad probationem*, no qual é realizada para efeito de prova do ato jurídico.

Assim em regra a forma utilizada no nosso direito e a qual deve prevalecer é

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol 3: contratos e atos unilaterais*. Sao Paulo: Saraiva, 2011, p.38.

forma livre, salvo em casos especiais impostos pelo nosso ordenamento.

2.3.2 REQUISITOS DE ORDEM ESPECIAL

2.3.2.1 CAPACIDADE GENÉRICA

O ordenamento jurídico brasileiro impõe que na celebração dos contratos deve ser exigido a capacidade geral e específica de contratar, impondo certos limites a liberdade de celebrar determinados contratos em dadas circunstâncias.

Tais requisitos exigem a capacidade ou o poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato; depende, portanto, da particular relação entre o sujeito e o objeto do ato negocial. Dessa forma, a falta dessa legitimação específica torna o contrato anulável. “A consequência da violação de um desses impedimentos é a *nulidade do negócio que se realizou*, por violação a expressa disposição de lei.” (Grifos do autor).¹⁹

Resta claro portanto que a lei exige uma condição específica para a validade do contrato; v. g. um ascendente não pode vender bens aos descendentes sem o consentimento dos outros descendentes e do cônjuge (CC art.496); necessidade de outorga uxória para alienação de bem imóvel (CC art.1647, 1649 e 1650). Assim é nítido que não se trata da incapacidade no sentido ordinário, pois o contratante possui poder genérico para participar dos atos da vida civil.

2.3.2.2 CONSENTIMENTO

Por fim uma das principais características para a validade da relação contratual, é o consentimento recíproco das partes ou o acordo de vontades.

O consentimento exige a emissão da vontade de duas ou mais pessoas, a qual deve ser livre e espontânea, sob pena de ser maculada pelos vícios e defeitos do negócio jurídico, quais sejam o dolo, erro, coação, estado de perigo e lesão.

A manifestação de vontade pode ser tácita ou expressa. Quando for tácita decorre da conduta do agente, já a expressa é aquela que exterioriza verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca.

¹⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. 9. Ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.*

O negócio acordado entre as partes contratantes deve ser sobre a existência e natureza do contrato, isto é, se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, não poderá existir o contrato. No que diz respeito ao objeto do contrato, se as partes divergirem a seu respeito o contrato será inválido. Sobre as cláusulas do contrato, se houver divergência e esta envolver pontos substanciais, não poderá ter eficácia o contrato.

Desta forma, "é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos cabendo a lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva", assim ensina Cláudia Lima Marques.²⁰

Portanto para que o negócio jurídico seja válido, é necessário que a vontade das partes seja recíproco, seja ela demonstrada de qualquer forma, isto é, tácita ou expressa, fazendo com que os contratantes se obriguem entre si por livre e espontânea vontade sobre pena de ter a sua validade afetada pelos vícios e defeitos do negócio jurídico.

²⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código Civil e Defesa do Consumidor*. 6ª.ed.ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,p. 66.

CAPÍTULO III - PRINCÍPIOS GERAIS DO CONTRATO

3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Com a consolidação do estado Liberal no século XIX o estado político, social e econômico fundaram a ideologia individualista, onde surgiu a individualidade contratual na qual apenas as partes se vinculavam, deixando de lado os benefícios a terceiros.

No período supracitado os contratos tomaram corpo e dentro deles alguns princípios se destacaram, quais sejam da liberdade das partes, da força obrigatória e o princípio da relatividade de seus efeitos.

O princípio da liberdade das partes é relacionado a autonomia da vontade dos contratantes, sempre relacionado com a legislação vigente, porém com intenção apenas das partes. Já o princípio da força obrigatória é conhecido como *pacta sunt servanda*, isto é, os acordos realizados pelas partes devem ser mantidos e respeitados. Por fim o princípio da relatividade de seus efeitos, *res inter alios acta nec aliis nocet Nec prodest*, ou seja, o contrato apenas vincula as partes contratantes não beneficiando e nem prejudicando terceiros.

Com a modernização do ordenamento jurídico surgiram novas diretrizes e princípios, sendo introduzido ao mundo contratual novos princípios condizentes a socialidade, eticidade e a operabilidade dos contratos, sendo estes complementos aos princípios ora apresentados.

Com efeito os princípios estabelecidos no século XIX juntamente com os introduzidos posteriormente, as cláusulas contratuais ganharam a promoção da justiça social, objetivando um equilíbrio e proporcionalidade, impedindo assim que houvesse abusos por alguma das partes.

Começa então, a ganhar espaço os contratos, conquistando novos princípios aos quais hoje acredita-se ser fundamentais quando da elaboração de instrumentos, quais sejam, a autonomia privada, justiça contratual, função social e o da boa-fé objetiva, possuindo assim a finalidade de harmonizar a liberdade a justiça e a ordem jurídica.

3.1.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Com o nascimento do individualismo após a Revolução Francesa, todos aqueles que contratam ganharam a liberdade negocial, e a não interferência do Estado, acarretando então o desequilíbrio contratual e social nos contratos, tendo em vista as partes possuírem ampla liberdade para disciplinarem os seus interesses bem como convencionarem seus acordos, suscitando efeitos protegidos pela ordem jurídica.

Tendo em vista as lacunas nascidas pela liberdade o meio jurídico viu-se obrigado a transformar tal independência, sofrendo então o princípio em estudo, dando ao estado garantia de intervenção em relações com desequilíbrio.

Nesta senda o ordenamento jurídico tem como diretrizes o interesse social e a ordem pública, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes.

Deste modo o ordenamento jurídico implantou no artigo 421 do Código Civil a liberdade de contratar, que é salientado no seguinte texto “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Sobre o tema Silvio de Salvo Venosa ensina que “o contrato não mais é vista pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade”.²¹

Por fim o doutrinador Caio Mario da Silva Pereira ensina sobre o princípio que:

O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, afim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da *ordem pública*, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.(Grifos do autor.)²²

Portanto, as partes são livres para discutir os termos e condições contratuais, desde que a relação jurídica respeite a ordem pública, a moral e os bons costumes.

²¹VENOSA. Silvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 384

²²PEREIRA. Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.3. 16.Ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 25.

Se assim o fizerem, a relação jurídica estará acobertada pelo manto protetor do ordenamento jurídico, que a torna obrigatória e passível de execução específica ou conversão em perdas e danos.

3.1.2 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

Também conhecida como princípio da supremacia da ordem pública o princípio do interesse público, encaixa-se nos dizeres da liberdade individual, nas proibições em relação as estipulações contrárias a moral e como o próprio nome diz a ordem pública, os bons costumes, princípios estes que não podem ser derogados pelas partes em momento algum.

O Código Civil, em seu artigo 2.035, parágrafo único, preceitua que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Nesta senda é notório que o interesse público é privilegiado, não podendo as cláusulas contratuais divergirem dos interesses públicos, bem como contrariar a ordem pública.

Silvio Rodrigues ensina sobre o tema que a “ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares. *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest*”.²³

A “ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normalizada pelo sistema jurídico”²⁴, assim a ordem pública é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves.

Já para Caio Mario da Silva Pereira conceitua os bons costumes que:

Se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma

²³RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: *Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. Vol. 3. 28 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 16.

²⁴GONÇALVES, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol 3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.45.

época. Atentam contra os *bonosmores* aqueles atos que ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônio.²⁵

Conclui-se, portanto que a ordem pública e os bons costumes consistem em regras basilares da estrutura social, política e econômica do Estado, de maneira a constituírem limites à liberdade contratual.

3.1.3 - PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

A liberdade contratual nascida no século XIX trouxe as partes a vantagem de estabelecer em regras que apenas a estas serviam, de modo a criar leis entre elas através das cláusulas. Com isto nasce então o princípio da força obrigatória, na qual as partes estabelecem as regras que devam obedecer.

Assim, uma vez celebrado o contrato, com observância de todos os pressupostos e requisitos arrolados no capítulo anterior, deve ser adimplido pelas partes como se seus preceitos fossem oriundos de comando imperativo de lei.

Tendo em vista a obrigação contratual e este não sendo cumprido, pode haver pena de execução forçada pelo Poder Judiciário, quando possível, ou convertido em perdas e danos, salvo se houver escusa por caso fortuito ou força maior, bem como se houver distrato.

Paulo Lobo ensina sobre o tema que:

Radicam no princípio da força obrigatória os dois principais efeitos pretendidos pelos contratantes: a estabilidade e a previsibilidade. A estabilidade é assegurada, na medida em que o que foi pactuado será cumprido, sem depender do arbítrio de qualquer parte do contrato ou das mudanças externas, inclusive legislativas. A previsibilidade decorre do fato de o contrato projetar-se para o futuro – futuro antecipado -, devendo suas cláusulas e condições regular as condutas dos contratantes, na presunção de que permaneceriam previsíveis.²⁶

Já caio Mario da Silva Pereira doutrina sobre o princípio da força obrigatória o seguinte;

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte

²⁵PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.3. 16.Ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 22-23.

²⁶LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.²⁷

Entende-se portanto que o ordenamento jurídico juntamente com o princípio em pauta protege a expectativa desenvolvida pelas partes contratantes, pois há uma obrigatoriedade de ordem social.

Apesar da liberdade contratual, deve ser esclarecido que o magistrado tem o poder de intervir para corrigir os rigores ante o desequilíbrio de prestações e em casos extraordinários.

Neste diapasão consagrou-se através do direito moderno o poder do Estado de interceder na relação contratual, por meio da aplicação da Lei de ordem pública para beneficiar a coletividade, seja através da alteração judicial na economia do contrato modificando-o ou apenas liberando a parte lesada, com a finalidade de evitar que por meio da avença se atente contra a justiça.

Sobre o tema Nelson Nery Junior afirma que “o princípio da conservação dos contratos, ante a nova realidade legal, deve ser interpretado no sentido da sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato”.²⁸

Portanto conclui-se que o princípio da força obrigatória dá ao judiciário força suficiente para equilibrar as avenças contratuais, possuindo a liberdade de modificar ou anular determinadas cláusulas, afim de realizar cláusulas igualitárias com observância a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva.

3.1.4 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

Os contratos produzem efeito, normalmente entre as partes exclusivamente, não aproveitando e nem prejudicando terceiros, sendo assim. Caracterizado o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o qual é fundamentado pela expressão “*res inter alios acta, nec alii nocent nec prodest*”.

²⁷PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.3. 16. Ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13 – 14.

²⁸NERYJR., Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais*. O Novo Código Civil – estudo em homenagem ao professor Miguel Reale. Coord.: Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda da Silva Martins Filho. São Paulo: LTR. 2003, p.424.

Como dito, tal princípio encaixa-se como regra na maioria dos contratos, havendo porém exceções, tais exceções estão estabelecidas em lei, como por exemplo a estipulação em favor de terceiros, assim consignadas nos artigos 436 a 438 do Código Civil, há ainda as convenções coletivas de trabalho, pelas quais os sindicatos celebram acordos que beneficiam toda uma categoria.

Sobre o tema Carlos Roberto Gonçalves ensina que “fato tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.”²⁹

Obtempera ainda Silvio de Salvo Venosa que

“Não deixamos de lado, contudo, a noção de que, sendo o contrato um bem tangível, tem ele repercussões reflexas, as quais, ainda que indiretamente, tocam terceiros, há outras vontades que podem ter participado da avença e não se isentam de determinados efeitos indiretos do contrato, como no caso de contrato firmado por representante.”³⁰

Com o advento da função social do contrato, o princípio em estudo foi bastante abrandado, face os terceiros figurarem, necessariamente, no âmbito social do contrato, com interesse de não serem prejudicados bem como com o dever de respeitá-los.

Nesta esteira, às cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas igualmente a tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito com aqueles.³¹

Ressalta-se ainda que a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, atenua o alcance do princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individual relativo a dignidade da pessoa humana, de modo a não eliminar o princípio da autonomia contratual.

A produção de efeitos do contrato celebrado validamente ocorre de maneira

²⁹GONÇALVES, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol 3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

³⁰ VENOSA, Silvio de salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 386.

³¹ GONÇALVES, Op. Cit., p. 48.

automática, contudo é relevante as transformações sociais vividas hoje, pois mesmo que os contratos sejam celebrados entre as partes de interesse, este passa a influenciar diretamente ou indiretamente a sociedade como um todo.

Nesta esteira quando há a análise de um contrato deve-se levar em conta a repercussão e quais áreas serão atingidas, se as mesmas terão influência na vida de terceiros, pois um contrato justo gera benefícios *erga omnes* e promove o desenvolvimento econômico e social.

3.1.5 PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

O princípio do consensualismo é muito claro, quando da celebração do contrato deve haver o consenso de todas as partes participantes, isto é, o acordo de duas ou mais vontades.

Entretanto para toda regra há uma exceção, e em alguns contratos, por serem solenes, tem a sua validade condicionada ao preenchimento de alguns requisitos formais previstos em lei, como por exemplo a obrigatoriedade da inscrição no registro imobiliário para que as promessas de compra e venda sejam dotadas de execução específica com eficácia real, assim estabelecido no artigo 1.417 do Código Civil.

Como já explanado o contrato é um instrumento relativamente simples, no qual as partes podem celebrar acordos de forma livre, pública ou particular, e até mesmo verbalmente. No artigo 107 do código supramencionado é previsto que em alguns casos exige-se certo formalismo para uma maior segurança para os contratantes.

Em síntese a principal característica do princípio do consensualismo é o consentimento das partes, qualidade suficiente para a formação do contrato, salvo as solenidade previstas em lei.

3.1.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA PROBIDADE

O artigo 422 do Código Civil nos apresenta o princípio da boa-fé e da probidade que traz o seguinte texto, “*Os contratantes são obrigados aguardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

No que diz respeito a boa-fé ela pode ser tanto objetiva, assim expressa no artigo supracitado, bem como boa-fé subjetiva que será explicitada a adiante.

A boa-fé subjetiva é aquela que manifesta a vontade possuindo a convicção de que a sua conduta é correta, dentro do conhecimento negocial, ou seja, protege aquele que em decorrência de uma falsa percepção da realidade, tem a convicção de estar agindo conforme o direito.

Já a boa-fé objetiva é ensinada pelo professor Carlos Roberto Gonçalves que “impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”.³²

Deve ser lembrado que o princípio em pauta deve ser observado no início da relação negocial, durante todas as tratativas, bem como no cumprimento do contrato. Portanto conclui-se que sempre que houver uma relação contratual o princípio da boa-fé é presumido, de modo que se houver qualquer problema a má-fé deve ser provada pela parte que alegar.

Nesta linha, obtempera Sílvio de Salvo Venosa que “esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais”.³³

Tanto no artigo 422 bem como nos artigos 113 e 187 do Código Civil a boa-fé objetiva é claramente exposta.

Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Salienta-se que a boa-fé objetiva possui três principais funções, quais sejam, de atuar como cânone de interpretação e integração do negócio jurídico (CC art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito subjetivo (CC art. 187); e função de criação de deveres jurídicos (CC art. 422).

Todas as funções supramencionadas são utilizadas como base contratual, isto

³²GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. 3: Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54

³³VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 386.

é a boa-fé objetiva, é nitidamente inserida em toda espécie contratual, na sua forma de honestidade, retidão, lealdade e consideração para com os interesses do outro, não lhe sonegando informações a respeito do objeto do conteúdo do negócio.

A propósito, Caio Mario da Silva Pereira argumenta que:

A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *veneri contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *incivilliteragere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado).³⁴

Como salientado o princípio da boa-fé é características inserida em toda cláusula contratual, de modo que aquele que for aplica-la deve ter conhecimento para a resolução de casos concretos, isto é, o magistrado deve possuir conhecimento dos costumes e práticas que os contratantes possuíam na celebração do instrumento.

Nesta senda, assevera Caio Mário da Silva Pereira que “o conceito de boa-fé, embora flexível, exige que o intérprete procure pesquisar a real intenção das partes, dentro no contexto efetivo do instrumento do contrato.”³⁵

Na mesma perspectiva, ensina Paulo Lôbo que “a boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a atuação do intérprete-julgador.”³⁶

Sobre a importância dessa norma aberta, salienta Carlos Roberto Gonçalves que “essa imprecisão se mostra necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso”.³⁷

Assim conclui-se que o princípio da boa-fé deve ser observado tanto nas tratativas, na consumação, na execução, bem como na fase posterior ao cumprimento do contrato, devendo o aplicador definir o conteúdo da relação contratual frente ao

³⁴ PEREIRA. Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol3. 16 Ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012p. 18.

³⁵PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁶LÔBO. Paulo. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

³⁷GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. 3: Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

caso concreto, empregando a norma aplicável, os usos e os costumes sob a diretriz da eticidade, lealdade e solidariedade das partes.

3.1.7 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO

O princípio do equilíbrio econômico do contrato surgiu para preservar o real equilíbrio entre as partes sejam elas o direito e deveres de um para com o outro não permitindo o desequilíbrio.

No início do estado liberal na relação contratual as cláusulas eram caracterizadas como lei entre as partes, não possuindo o juiz competência para intervir e declarar a desigualdade dos poderes, bem como o desequilíbrio de direitos e deveres.

Paulo Lobo ensina sobre o tema que “esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis”.³⁸

Como no princípio do tópico anterior, o princípio do equilíbrio econômico pode ser subdividido em subjetivo ou objetivo. Quando se trata de subjetividade do princípio é levada em consideração a vulnerabilidade de uma das partes e a superioridade da outra, um exemplo que pode ser mencionado e é muito claro no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalhador figura como vulnerável em relação ao empregador, bem como o consumidor, o aderente do contrato de adesão, entre outros, de maneira a impor uma presunção absoluta de fragilidade.

Já observando o princípio aspecto objetivo, é analisado o real desequilíbrio existente entre os direitos e deveres das partes, que podem surgir desde o início da relação contratual até sua execução, em decorrência de circunstâncias supervenientes que gerem a onerosidade excessiva para uma das partes.

Nesta senda, ensina Paulo Lôbo que “a equivalência material é objetivamente aferida quando o contrato, seja na sua constituição, seja na sua execução, realiza a equivalência das prestações, sem vantagens ou onerosidades excessivas originárias

³⁸ LÔBO. Paulo. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

ou supervenientes para umas das partes”.³⁹

Quando for constatado o desequilíbrio contratual pode haver a sanção de nulidade de parte do contrato ou em sua totalidade, bem como pode haver a interpretação do contrato em conformidade com o princípio da equivalência quando for viável a conservação do acordo ou de parte dele.⁴⁰

Por fim entende-se que o que importa neste princípio é que a execução não acarrete desvantagem para qualquer das partes, bem como não acarrete vantagens excessivas para a partes contrária, perceptível objetivamente, segundo os cânones da experiência ordinária e da razoabilidade.

³⁹LÔBO. Paulo. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁴⁰(...) a sanção de nulidade da parte ou da totalidade do contrato, por violação de norma cogente (o princípio jurídico da equivalência material LOBÔ. *Op. Cit.*, p. 73.

CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

4.1 A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O legislador ao dispor no artigo 421 do Código Civil sobre a função social do contrato buscou promover o equilíbrio contratual, evitando eventuais abusos ocasionados pela liberdade das partes em convencionarem as próprias cláusulas, garantido o legislador, a socialização do direito. Assim é o texto do artigo supramencionado “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Em nossa Constituição Federal, no Artigo 3º, nos é apresentado os objetivos fundamentais para vivermos em uma sociedade igualitária, regida pela boa-fé e com fundamento a construirmos uma justiça solidária.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;(...)”

A concepção social, no Código Civil ganhou mais vida, não importando apenas a manifestação de vontade das partes, mas sim os reflexos que tais manifestações realizariam na coletividade, colocando então em prática os princípios explanados na Constituição Federal Brasileira, que busca a construção de uma sociedade livre justa e solidária.

Nesta senda, Gagliano e Pamplona Filho ensinam que:

O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo poder judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.⁴¹

Conclui-se portanto que o contrato ganha uma nova perspectiva a qual socializa o meio jurídico, ultrapassando os parâmetros meramente interpretativos passando a ser reconhecido como norma jurídica, com conteúdo indeterminados, devendo ser observada pelas partes no momento da contratação.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. 9. Ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P.80.

4.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO PROJEÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como ora explanados nos capítulos anteriores o direito contratual passou por inúmeras alterações.

Por volta do século XX a liberdade contratual ganhou forma e a intervenção do Estado foi afastada, não devendo o mesmo intervir nas relações privadas. Por tal motivo houve a exploração da propriedade de forma irrestrita e desproporcional, com o descabido intuito lucrativo, o que permitiu a concentração de capital nas mãos dos detentores dos meios produtivos e subtraiu a liberdade daqueles que dependiam da grande indústria.

Ocorre que por causa do grande desequilíbrio supramencionado, inúmeros problemas ocorreram no meio econômico e social, o que deu ensejo a volta do Estado e poder do mesmo de aturar, mesmo que de forma mínima, nas relações que disponha sobre dignidade da vida das classes menos favorecidas, consideradas vulneráveis no meio jurídico.

Por todo o narrado surge a função social, conceituando a propriedade de forma diferenciada, para que deixasse de ser um objeto de apropriação humana para tornar-se um bem de produção e serviço do bem estar social e comunitário.

A função social da propriedade já estava prevista indiretamente no artigo 590, §§ 1.º e 2.º, do Código Civil de 1916, embora atrelada ao conceito de necessidade e utilidade pública. No Código Civil de 2002, veio regulamentada no artigo 1.228, §1.º, *verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Neste prisma, assevera Gerson Luiz Carlos Branco que:

Embora o exercício do direito de propriedade seja limitado pelas disposições dos §§ 2.º e 3.º, as disposições do § 1.º não tratam somente do exercício, mas do próprio direito, que tem sua existência condicionada à função social e econômica, com relevante destaque para a preservação dos valores centrais do ordenamento, ligados à dignidade da pessoa e à preservação do valor

economico.⁴²

A função social da propriedade estava expressa em nossa Constituição Federal antes mesmo de ser instituída no Código Civil de 2002. O artigo 5.º, XXIII, da Constituição Federal diz respeito *a propriedade atenderá a sua função social*, sendo elevado a princípio informador da ordem econômica pelo mesmo texto constitucional, em seu artigo 170, III, *verbis*:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...) III – função social da propriedade*

Nesta senda, além dos preceitos constitucionais, juristas e legisladores discorrem sobre a função social no que tange a sua aplicabilidade, defendendo que esta não se restringe à propriedade e deve ser aplicada em outros institutos jurídicos.

Ainda no Código Civil o princípio em questão é aplicado diretamente nas relações negociais, pois é visto como uma ferramenta de circulação de riquezas que guarda a intimidade dialética com a propriedade, uma vez que lhe dá instrumentalidade.

Sobre o tema Arnold Wald alude que:

A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial.⁴³

4.3 NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A natureza jurídica da função social do contrato é bastante discutida e há uma gama de críticas feitas por doutrinadores que divergem sobre o tema.

Há o lado que critica o escrito do artigo 421 do Código Civil, no qual é expresso

⁴²BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 67.

⁴³WALD,Arnoldo. *O novo Código Civil e o Solidarismo Contratual*. Revista de Direito bancário,do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jul./set. 2003, p.35.

que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, os argumentos dos críticos refere-se a liberdade de contratação, pois ao invés da parte possuir a “liberdade de contratar” deveria ser utilizado “liberdade contratual, visto que a liberdade de contratar é nítido quando o indivíduo possui a capacidade de celebrar um contrato, diferente da liberdade contratual, a qual é diretamente relacionado com a capacidade de discutir livremente o conteúdo contratual.

No que diz respeito a “razão” de contratar, a doutrina expõe pensamento diferente do ordenamento, defendendo que o que dá origem ao contrato é a autonomia privada, sendo a função social um limite para tal ato e não a razão da contratação.

Tendo em vista tal divergência o ex-Ministro e então Deputado Ricardo Fiúza protocolou, antes de seu falecimento, um projeto de lei n.º 6.960/2002, que previa a alteração do artigo 421 do Código Civil, afim de substituir a “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”, bem como excluir a “razão” do artigo supramencionado.

No direito atual, mesmo com o exacerbado número de princípios encontrados nas relações negociais, um tripé se sobressai. A junção do princípio da função social, juntamente com os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico traz aos negociantes maior garantia de instrumento sem problemas futuros.

Com o princípio da função social inserido no artigo 421 do Código Civil, deu abertura as cláusulas abertas e indeterminadas, exigindo dos aplicadores do direito a atividade intelectual para delimitar seu conteúdo e atuação.

Nesta linha, Gagliano e Pamplona Filho argumentam que “(...) trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa”.⁴⁴

Deve ser esclarecido que as normas gerais são aquelas que definem valores e aferem parâmetros hermenêuticos, sendo ponto de referência interpretativa e limitadora das demais disposições normativas.

Sobrelevasse ainda sobre tais normas que estas baseiam-se em critérios ético-

⁴⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. 9. Ed. Ver., Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

jurídicos que possibilitam ao juiz encontrar a solução mais justa e equitativa ao caso concreto.

Acerca das cláusulas gerais elucida Judith Martins-costa:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo esse ponto-de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contem delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente validas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem determinadamente, quais são os efeitos ligados a infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudência.⁴⁵

Portanto entende-se que o princípio da função social nos contratos, são cláusulas gerais e devem ser conceituadas pelo magistrado no momento de sua aplicação ao caso concreto. Isto é deve aquele que aplica-la perceber se a mesma preenche as cláusulas gerais, ou seja, quando for ser aplicada deve ser levado em conta todos os princípios contratuais, as regras do mercado, usos e costumes, ética intersubjetiva e as características econômicas, sociais e culturais das partes, de maneira a harmonizar as cláusulas contratuais com o interesse social e a dignidade humana.

Humberto Theodoro Júnior entende que:

A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não de assistência social. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial, em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrara remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei⁴⁶.

Assim pode-se entender que o juízo axiológico feito pelo aplicador do Direito

⁴⁵JUDITH, Martins-Costa. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299.

⁴⁶JUNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e sua função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100.

não deve levar em consideração suas posições internas e pessoais, devendo entender os princípios e os valores sociais, isto é constitucionais, promovendo a integração de todo o sistema jurídico, evitando abusos nas atividades jurisdicionais oriundos da vontade pessoal do julgador.

4.4 FUNÇÃO SOCIAL “INTRÍNSECA” E “EXTRÍNSECA” DO CONTRATO

A relação jurídica, definida em um instrumento, qual seja o contrato, atinge uma gama de pessoas as quais não fazem parte dessa relação. Isto é o contrato é encarado como parte de uma realidade maior e com fator de alteração e pacificação do convívio social. Por tal motivo a doutrina bem como os magistrados utilizam o princípio da função social não apenas entre as partes, mas também àqueles que podem influir em razão de terem a sua esfera jurídica atingida, seja diretamente ou não.

Sobre o tema Caio Mario da Silva Pereira ensina que a “função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade”⁴⁷.

Portanto antes de qualquer passo para a execução ou até mesmo a produção do instrumento, deve ser reconhecido o ambiente e qual o público que este está inserido, isto é, qual a influência na vida socioeconômica das pessoas, de modo a permitir que o Estado possua maior controle sobre as atividades, para que com base no princípio ora estudado, possa impedir cláusulas que prejudiquem terceiros ou que tenham certo desequilíbrio na relação intersubjetiva.

No que tange os aspectos do princípio da função social, este pode ser caracterizado com intrínseco e extrínseco.

Quando nos referimos ao aspecto intrínseco, ele se baseia apenas no individual, ou seja, é relativo aos contratantes, que lançam mão do contrato para satisfazer suas necessidades e interesses particulares. Já o aspecto extrínseco é quando o público externo é atingido de alguma maneira, portanto, quando há o interesse da coletividade sobre o contrato.

Portanto a função social do contrato estará cumprida quando a sua finalidade

⁴⁷PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 3. 16. Ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 12.

precípua, qual seja a distribuição de riquezas, for realizada de forma justa, representando uma fonte de equilíbrio social.

Gagliano e Pamplona Filho fazem menção a uma citação de Humberto Theodoro Junior que ensina sobre os aspectos intrínseco e extrínseco da seguinte forma.⁴⁸

Intrínseco - o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e a boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;

Extrínseco – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficácia na sociedade em que fora celebrado.

Entende-se pela ótica intrínseca que a função social do contrato propugna a ideia de tratamento igualitário entre os contratantes, considerando a desigualdade dos poderes entre as partes. Portanto a contratação deve se realizar com a observância ao trato ético, moral e legal, o que se perfaz através da boa-fé objetiva.

Na perspectiva extrínseca, a função social do contrato não apresenta apenas como instrumento de circulação de riquezas, mas também como meio de desenvolvimento social. Assim os interesses da sociedade prevalecem sobre os interesses do indivíduo, não acarretando a violação da dignidade da pessoa humana, visando erradicar qualquer injustiça social.

Na mesma intelecção, é o pensamento de Eduardo Sens Santos:

(...) o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade - quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo.⁴⁹

Deve ser esclarecido que a função social possui o condão de garantir o bem-estar comum quando presentes os interesses metaindividuais, sem prejuízo ao

⁴⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. 9. Ed. Ver., Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 82.

⁴⁹SANTOS, Eduardo Sens. *O Novo Código Civil e as Clausulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. in Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002. p. 29.

progresso patrimonial pretendido pelas partes e à dignidade da pessoa humana, não prejudicando a autonomia da vontade e muito menos a *pacta sunt servanda*.

Observa Teresa Negreiros:

(...) muito além de ser mais um princípio, com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validade do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, transforma-se em um instrumento de realização do projeto constitucional⁵⁰

Conclui-se portanto que a função social do contrato não vislumbra prejudicar a autonomia da vontade, pois esta tem papel fundamental na sociedade em aperfeiçoar as relações negociais, mas sim induz que os contratantes observem atentamente os impactos do contrato da sociedade, norteando a liberdade contratual pela ordem da socialidade, propugnando o interesse da coletividade e da justiça social, ou seja, primeiramente o contrato deve ser justo entre os contratantes e em consequência positivo para a sociedade.

4.5 CONSEQUÊNCIAS DO NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Com o todo explanado até aqui conclui-se que o princípio da função social do contrato é uma norma geral de ordem pública prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, portanto o contrato deve ser realizado e interpretado de acordo com o contexto e os ditames sociais, não podendo ser objeto de onerosidade excessiva, desequilíbrio econômico, injustiça social e violação dos interesses metaindividuais, conforme Enunciado 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 23 - Art.421: a função social do contrato, prevista no art.421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

⁵⁰NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 210.

A propósito, leciona Nelson Nery Junior que:

A norma ora comentada é de *ordem pública* e de *interesse social* (CC 2035 par.ún.). Constitui-se como cláusula limitadora da autonomia privada. Como é de ordem pública, o juiz deve aplicá-la de ofício (sua aplicação não exige a iniciativa da parte), a qualquer tempo e grau de jurisdição (não esta sujeita à preclusão). Como consequência, quanto à cláusula geral de função social do contrato, não incide a regrada congruência entre pedido e sentença (CPC128 e 460), de modo que é imune ao vício da decisão *extra* ou *ultra petita*. (Grifos do autor)⁵¹

Por ser uma norma geral quando há o descumprimento da função social do contrato, geram consequências para a relação negociar, assim é expresso pelo Código Civil.

A revisão contratual é uma das conseqüências mais abrangentes neste meio, pois magistrado possui poder para revisar ou modificar as cláusulas contratuais que suscitem desequilíbrio entre as prestações aventadas. Nesta senda Nelson Nery argumenta que “A decisão do juiz torna-se *norma jurídica*, isto é, *lei entre as partes*, porque o magistrado, com a concretização da cláusula geral de função social do contrato, passa a *integrar* o negócio jurídico contratual”⁵².

Outra conseqüência que é observada quando a função social não está presente é o dever de indenizar, no qual aquele que viola tal princípio comete um ato contrário ao ordenamento jurídico, e na medida em que desse ato advém um dano, caracteriza-se o dever de indenizar consubstanciado no artigo 927, *caput*, do Código Civil.

Por fim e mais drástico é a invalidade do negócio jurídico, que com o surgimento do artigo 421 a qual é caracterizada como norma jurídica cogente, isto é que não define uma sanção, conclui-se que uma das conseqüências possíveis para sua violação é a nulidade, nos moldes do artigo 166, inciso VII do Código Civil.

Nesta linha é o entendimento consubstanciado no enunciado 431 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no ano de 2012, sob a coordenação científica de Ruy Rosado de Aguiar:

Enunciado 431 – A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato

⁵¹NERY JR., Nelson. *Código Civil Comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 632.

⁵²NERY JR., *Op. Cit.*, p. 634.

ou de cláusulas contratuais.

Tendo em vista tais fatos, o juiz ao constatar a falta do princípio da função social poderá decretar a nulidade do negócio ou de parte dele. Ressalta-se ainda que a infringência ao princípio da função social não se resolve apenas no plano da validade do negócio jurídico, sendo cabível a indenização por responsabilidade dos contratantes ou de terceiros, bem como a revisão judicial do contrato em prol do princípio da conservação contratual. A consequência dependerá diretamente do caso em questão.

CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

5.1 O PAPEL DO JUIZ

Tendo em vista o artigo 421 do Código Civil ser uma norma, que apresenta o princípio em questão, como uma cláusula aberta e de ordem pública, o juiz possui a liberdade e torna-se protagonista quando há conflitos entre os contratantes, pois a ele tem a obrigação de intervir na relação contratual para garantir o equilíbrio e o interesse individual de cada parte contratante, bem como para concretizar os valores constitucionais em prol da sociedade.

Diferente do Código Civil atual no antigo Código (1916) o sistema era mais rígido, isto é não existia as cláusulas abertas, portanto o juiz não possuía a flexibilidade de revisar as cláusulas contratuais, somente o podia fazer com base nas normas constitucionais.

Com o advento do Código Civil de 2002 o magistrado ganhou a competência de interferir e interpretar as cláusulas que necessitavam de alterações levando em conta a função social do contrato.

Ressalta-se que a atuação do magistrado não está prevista em lei pois seria impossível face a quantia de litígios contratuais somadas as infinitas possibilidades de solução do caso concreto, tendo como fundamento os valores e princípios constitucionais que sustentam todo o sistema jurídico, fruto do já estudado neocostitucionalismo.

Cabe ao julgador solucionar os conflitos diante das circunstâncias do caso concreto, sempre alerta para que suas decisões não configurem arbitrariedades indiscriminadas. A nova visão constitucional traz ao julgador a competência ampla e intensa na realização de valores e finalidades constitucionais, desde que respeitada a correta motivação e argumentação jurídica.

Nesta senda, ensina Jorge Tosta:

O controle sobre a juridicidade da concreção judicial das normas abertas é obtido, destarte, por meio da fundamentação desenvolvida pelo juiz até a fixação da norma de decisão. Relevante, pois, a exposição racional e objetiva dos critérios e parâmetros utilizados na concreção judicial das normas abertas. Não se pretende, obviamente, que o juiz exponha o método hermenêutico empregado, o que seria até mesmo uma heresia. O que se

legitimamente exige, no entanto, é que no decisum constem as razões objetivas pelas quais se chegou a determinada conclusão ao se proceder à concreção judicial de uma norma aberta, inclusive com a indicação dos standards e princípios jurídicos que orientaram a decisão judicial.⁵³

Essa atividade é discutida na doutrina brasileira pois a mesma é criadora e integrativa do Poder Judiciário no campo contratual a qual acaba abrandando o princípio da legalidade e leva à conclusão de que a jurisprudência consiste em uma fonte autônoma de direitos e obrigações, o que estaria violando a competência exclusiva do Poder Legislativo.

Deste modo tem-se que antes de ser aplicada a função social do contrato pelo magistrado, este deve observar atentamente as soluções tipificadas pela lei, como a simulação, usura, fraude contra credores, erro, dolo, estado de perigo, coação, lesão, dentre outros atos atentatórios à lealdade contratual, isto tudo feito com base à segurança jurídica e a legalidade que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Apesar do magistrado ter a competência para resolver conflitos contratuais, este também possui limites dos quais não pode adentrar-se, tendo em vista o juiz exercer atividade interativa no contrato e criar soluções a partir dos valores consagrados no ordenamento jurídico, impondo medidas que podem abalar a vontade na formação obrigacional.

Desta feita, deve o juiz, ao analisar o caso concreto, respeitar a vontade das partes e a estrutura econômica do contrato, pois cada instrumento tem como finalidade a circulação de riquezas, uma vez que se modificado pode causar a expropriação de direitos vedada pela ordem econômica brasileira.

Assim não pode ser imposto ao credor uma modificação na relação obrigacional que torna inutilizações o seu adimplemento, devendo ser respeitado a utilidade da obrigação e quando necessária a modificação judicial do contrato, deve esta ser fundamentada pelo juiz para que não caracteriza uma arbitrariedade, portanto, o magistrado deve estar preparado para desempenhar suas atribuições, devendo estar atento aos costumes, usos e valores da sociedade uma vez que atenda aos anseios da coletividade, qual seja a valoração da situação fática.

⁵³TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 148.

Conclui-se que para que o magistrado utilize a função social do contrato, o mesmo deve analisar se o negócio jurídico obedece aos pressupostos e requisitos contratuais legalmente estabelecido, bem como ao princípio da autonomia da vontade à boa-fé objetiva, ao equilíbrio econômico entre os contratantes e à relação de utilidade, tudo sob a ótica do princípio da dignidade humana. Após esta análise e percebendo ser o instrumento um negócio justo deve o mesmo promover o bem estar, seja ele individual ou coletivo. Deste modo após feita todos as análises supramencionadas poderá ele alegar se estão ou não utilizando o princípio da função social.

5.2 ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL

Enunciado 21 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado 22 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 23 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Enunciado 53 - Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

Enunciado 166– Arts.421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art.421 do Código Civil.

Enunciado 360 - O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

Os enunciados acima elencados nos apresentam a existência da observância do princípio da função social no nosso Direito. É notório a intervenção dos Tribunais quando da confecção de tais enunciados para a melhoria e mais perfeito desenvolvimento das relações jurídicas, desbravando o melhor entendimento e a mais correta aplicação do princípio no meio jurídico.

5.3 ENUNCIADO DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL

Enunciado 26 - O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Enunciado 29 - Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

5.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

5.4.1 SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Abaixo serão mencionadas algumas súmulas do Superior Tribunal de Justiça que possuem relação ao Princípio da Função Social ora estudado:

Súmula 214: “O Feador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Súmula 285: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

Súmula 286: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da Dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Súmula 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Súmula 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os

adquirentes do imóvel”.

Da mesma forma ora explanada no tópico precedente as Súmulas supracitadas foram desenvolvidas para o melhor atendimento nas relações jurídicas, de modo a facilitar o magistrado no momento do julgamento, afim de impedir a falta do princípio da função social, bem como o correlacionado princípio da boa-fé.

5.4.2 JURISPRUDÊNCIA

Utilizando a jurisprudência como principal função para a delimitação e alcance da função social do contrato, expõe-se alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE COMPRA E FINANCIAMENTO DE AÇÕES DA COPESUL. PROGRAMA DE PRIVATIZAÇÃO. DEVER DE PRESTAR. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 1. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos declaratórios, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida. 2. Prestar contas significa demonstrar e comprovar todos os componentes de débito e de crédito vinculados à relação jurídica estabelecida entre as partes. Tratando-se de contrato de compra e venda de ações colocadas no mercado em razão de programa de desestatização, cabe ao ente financeiro responsável pela operação prestar contas sobre a transação efetuada, informando a quantidade de moeda utilizada na aquisição, datas, preços, a efetiva entrega para a Câmara de liquidação e custódia; re-venda das ações e a que preços; quais os dividendos recebidos; o saldo do empréstimo por ocasião de sua liquidação, sem prejuízo de outras informações que advieram do ajuste firmado. 3. **A função social do contrato veta seja o interesse público ferido pelo particular.** 4. Recurso especial não-conhecido (STJ - REsp: 1062589 RS 2008/0114777-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 24/03/2009,T4-QUARTA TURMA ,Data de Publicação: DJe 06/04/2009) (Grifosnosso)

Neste acórdão o princípio da boa-fé e da função social do contrato, conquanto só tenham sido acolhidos de forma explícita no artigo 113 e 421 do Código Civil, desde que há muito encontravam-se inseridos de forma implícita no sistema, a sua incidência nas relações contratuais estabelecidas anteriormente a entrada em vigor do código civil não caracteriza a violação do princípio da irretroatividade das leis.

A referência do acórdão recorrido ao princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva foi utilizado apenas no manejo da interpretação daqueles princípios, no sentido de estabelecer o alcance das cláusulas contratuais.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTES

ANUAIS. PLANOS COLETIVOS. **PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA LIVRE INICIATIVA.**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Nos contratos coletivos não há percentual previamente fixado pela Agência Nacional de Saúde, mas apenas a obrigação de a operadora informar o reajuste aplicado no ano, o qual poderá ser livremente negociado com a contratante. Isto é o que se extrai do artigo 35-E,§2º da Lei 9.656/98, da Resolução Normativa nº. 128/2006 da Direção Colegiada da ANS e da Instrução Normativa nº. 13/2006 da DIPRO/ANS. 2.Verba honorária mantida, tendo em vista a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo procurador que atuou no feito, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. 3. Não merece prosperar o prequestionamento postulado pela parte recorrente, visto que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os artigos de lei invocados pelas partes, bastando que aqueles referidos no corpo da decisão sejam suficientes para a resolução do caso submetido à apreciação. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível INº 70060243219, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 06/08/2014) (TJ-RS - AC: 70060243219 RS , Relator: Jorge LuizLopesdo Canto, Data de Julgamento: 06/08/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/08/2014)

Sobre o julgado acima deve ser ressaltado alguns trechos de valia para o tema estudado.

Assim, “plena é a liberdade para aceitar ou não o pacto, mas este deve ser formado de acordo com os princípios que norteiam o sistema jurídico vigente, dentre os quais o da função social do contrato e da boa-fé, conforme aludem os art. 421 e 422 (...)”

Ressalte-se, por conseguinte, que o princípio da observância da função social do contrato não afeta a ideia tradicional, oriunda do direito romano, de que o pacto deve ser cumprido. Ao contrário, o art. 422, do CC, ao definir que os contratantes são obrigados a observar a probidade e a boa-fé, tanto na conclusão do contrato, quanto na sua execução, veio a reforçar a ideia do *pacta sunt servanda*.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. CEDULA DE PRODUTO RURAL. PACTA SUNT SERVANDA. CASO FORTUITO. - No direito privado, principalmente, no que se refere aos contratos, a ordem jurídica erigiu como verdadeiro dogma o princípio da autonomia da vontade, mercê da qual os contratantes têm liberdade para pactuar, fazendo do contrato uma regra jurídica aceita como lei entre as partes. - **A Função Social foi introduzida do Direito Contratual em face da necessidade de harmonização dos interesses privados dos contratantes com os interesses de toda a sociedade.** - A Cédula de Produto Rural é regulamentada pela Lei Federal nº. 8.929/94, que prevê, expressamente em seu artigo 11 que o caso fortuito não pode ser invocado em benefício do devedor, eis que as perdas de safras são previsíveis. - A caracterização do caso fortuito implica na constatação de que o fato natural mostra-se como imprevisível ou inevitável. (TJ-MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 22/05/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL) (Grifos nosso)

Salienta-se neste acórdão:

A Função Social foi introduzida no Direito Contratual em face da necessidade de harmonização dos interesses privados dos contratantes com os interesses de toda a sociedade.

Decorrente da doutrina que se opôs ao liberalismo pós-Revolução Industrial, a Função Social foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal do Brasil de 1988 a partir do direito de propriedade (art.170,III), passando a se impor como diretriz das relações contratuais com o Código Civil de 2002, que, em seu artigo 421 estabelece que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

EMENTA: CONTRATO DE ADESÃO - PLANO DE SAÚDE - RESCISÃO UNILATERAL - **VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**- CLIENTES EM TRATAMENTO MÉDICO-DANO MORAL CONFIGURADO – PESSOA JURÍDICA QUE CELEBROU O CONTRATO-AUSÊNCIA DE PROVA DO ABALO EM SUA CREDIBILIDADE - REPARAÇÃO INDEVIDA. 1) Nos contratos de adesão são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, como as que restringem direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual. 2) **A rescisão unilateral do contrato de plano de saúde afronta os princípios da boa-fé e da função social do contrato**, além de configurar dano moral indenizável nos casos em que os beneficiários comprovam que se encontravam em tratamento médico no momento em que ocorreu a rescisão. 3) A pessoa jurídica contratante do plano não tem direito à reparação por dano moral se não demonstrar que os fatos provocaram abalo em sua credibilidade perante seus clientes. 4) A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor. (TJ-MG - AC: 10024111068425001 MG , Relator: Marcos Lincoln, Data de Julgamento: 21/08/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/08/2013) (Grifo nosso)

Desta feita, é inequívoca a aplicação da Função Social do Contrato, de forma com que a liberdade de contratar somente poderá ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade.

5.5 COMENTÁRIOS ACERCA DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Com base nos acórdão trasladados, demonstra claramente as orientações jurisprudências que utilizam a função social para fundamentar a solução da controvérsia, que são a relativização dos princípios clássicos dos contratos, controle

das cláusulas abusivas, controle da conduta das partes contratantes e o juiz de proporcionalidade entre os direitos tutelados.

Os princípios mais populares e mais utilizados dos contratos são como ora já exulados nos capítulos anteriores o princípio da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos dos contratos e força obrigatória do contrato. Estes estão sendo relativizados e flexibilizados pela jurisprudência a luz do princípio da função social do contrato.

Quando falamos sobre cláusulas, existem aquelas que são qualificadas como abusivas e nulas de pleno direito pois geram desproporcionalidade. Uma dessas cláusulas são aquelas que se verifica nos casos de reajustes de mensalidade feito pela operadora de seguro em percentuais superiores aos fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Pode-se ser citado como exemplo, também, cláusulas que refletem no modo de aplicação da perda das prestações adimplidas por mutuário nos contratos de financiamento, bem como a da revisão de cláusulas penais desproporcionais.

Salienta-se que a função social dentro do controle da conduta das partes contratantes, é utilizada para impedir a resolução do contrato nas hipóteses em que se verifica o adimplemento de parte substancial do acordo, que consiste em impedimento da rescisão do contrato pelo credor nos casos de cumprimento de parte expressiva do contrato por parte do devedor.

Assim, a ponderação, que antes era utilizada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, passa a integrar o processo de decisão em tribunais de todo o país, pois mostrou ser ferramenta apta para dirimir conflitos de interesses incapazes de serem previstos em lei. Contudo, esse processo decisório deve ser corretamente fundamentado, para se garantir a segurança jurídica e evitar a transformação do Poder Judiciário em verdadeira loteria.

CONCLUSÃO

O Contrato passou por uma evolução e junto a ele número princípios surgiram para adequar as particularidade socioculturais de cada época, e atendendo o interesse de cada relação negociar.

Com o advento do Código Civil de 1916 a autonomia da vontade se sobressaia comparado ao código atual. O princípio ora mencionado impedia que o estado tivesse participação ativa sobre as relaciones negociais, devendo apenas intervir no mínimo possível na vontade das partes.

Entretanto com a modernização da relação e a liberdade que os contratantes possuíam, inúmeros foram os conflitos e durante o decorrer da história o Estado viu-se na obrigação de se adequar e pôr em pratica o chamado Estado Social, na qual reconhece a solidariedade e a fraternidade como diretrizes estatais.

Com o Estado Social, o Código Civil viu-se obrigado a legislar sobre o tema e no Código Civil, uma nova técnica foi adotada. A legislativa moderna institui cláusulas abertas, capazes de conferir flexibilidade aos institutos jurídicos que, agora, podem ser adequados ao momento social sem a realização de uma reforma legislativa.

No Código Civil de 2002, o artigo 421 nos apresenta a função social do contrato como uma norma aberta de odres publica, isto é, a relação negociar deixa de ser algo estritamente privado para desempenhar uma determina função coletiva.

Com isso o Poder Judiciário é exaltado e ganha a responsabilidade de promover o equilíbrio socioeconômicos no caso concreto, refletindo acerta dos atuais mecanismos de solução de conflitos e aplicação de princípios.

Assim tem-se que o ideal é que o direito não se resume a mera aplicação do texto legal, que é incapaz de prever todas as formas de conflito, dando espaço então, a novas maneiras de descobrir as soluções que beiram o ideal de justiça, implementando a proporcionalidade nas relações contratuais de todas as áreas do direito. Vale ressaltar que essa atividade criadora do judiciário não gera insegurança jurídica, pois asdecisõestomadas com base em princípios devem ser bem fundamentadas, de maneira a garantir certa estabilidade aos julgamentos.

Portanto a teoria contratual deve ser vista a considerar o ordenamento jurídico

comoum todo unitário e orgânico, fomentando um equilíbrio nas relações contratuais e valorando os aspectos subjetivos e objetivos que permeiam o contrato.

Em suma a função social do contrato não possui condor de inibir a função principal da relação negociar, que é a circulação de bens e riquezas, mas sim, de proporcionar ao julgador flexibilidade na solução de conflitos, bem como possibilitar a efetividade da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de Julho de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de Julho de 2017.

CHIQUITO, Bruno Garbelini. *Função Social do Contrato*, 2014. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Centro de Ciências Humanas, Sociais e Aplicadas, Faculdade de Direito.

DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo:

Martins Fontes, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. 9. Ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 3: *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A Outra Face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudança de paradigmas*. São Paulo: Del Rey, 2005.

JUDITH, Martins-Costa. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *O contrato e sua função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMOS FILHO, Arnaldo. *A sociologia como produto histórico*, In: LEMOS FILHO, Arnaldo et. al. (orgs.). *Sociologia Geral e do Direito*. 4 ed. Campinas/SP: Alínea, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código Civil de Defesa do Consumidor*. 6^a. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Sub-secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991.

MENDONÇA, Samuel. *Projeto e Monografia Jurídica: Orientações para a elaboração*

do projeto de pesquisa e da monografia jurídica. 4. ed. Campinas: Millennium, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NERYJR.,Nelson.*Código Civil Comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 10^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.2013.

NERY JR., Nelson. *Contratos no código civil – apontamentos gerais*. O novo código Civil – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Coord.:Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda da Silva Martins Filho. São Paulo: LTR.2003.

NUNES, Rizzato . *Manual de Introdução do Estudo de Direito*. 5^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA,Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*.Vol.3.16.Ed.Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense,2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. Vol. 3. 28 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

SANTOS, Eduardo Sens. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. In Revista Brasileira de Direito Privado, n.10, SãoPaulo: Revistados Tribunais, abr./jun.2002.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VENOSA, Silvio de salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD,Arnoldo.*A evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no Brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26,2004.

WALD, Arnoldo. *O novo Código Civil e o Solidarismo Contratual*. Revista de Direito bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jul./set. 2003.