

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Carolina Xavier da Silveira Moreira

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM LIMITE IMPOSTO À
LIBERDADE CONTRATUAL**

**São Paulo
2005**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Carolina Xavier da Silveira Moreira

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM LIMITE IMPOSTO À
LIBERDADE CONTRATUAL**

**Monografia apresentada ao
curso de Mestrado em
Direito, Pós Graduação
Stricto Sensu, da Pontifícia
Universidade Católica,
como requisito parcial para
a obtenção do título de
mestra.**

**Orientador: Prof. Dr.
Renan Lotufo**

**São Paulo
2005**

CAROLINA XAVIER DA SILVEIRA MOREIRA

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM LIMITE IMPOSTO À
LIBERDADE CONTRATUAL**

Membros da banca examinadora:

São Paulo, _____ de _____ de 2005.

RESUMO

Perfil da função social do contrato. Analisar-se-á esse instituto por meio das seguintes ferramentas, quais sejam, a evolução histórica da liberdade contratual, desde a Idade Média até a Idade Contemporânea; a previsão da função social do contrato, ainda que implícita, na Constituição Federal de 1988; e a efetiva positivação da função social do contrato por meio do Código Civil de 2002. Apontar-se-ão as diversas posições doutrinárias a respeito do tema, salientando as divergências existentes, importantes para a elaboração desta monografia de conclusão de curso de mestrado, tais como: a) âmbito de atuação da função social do contrato, isto é, reflexo desse instituto nas relações internas e externas do contrato; b) mitigação do princípio da relatividade dos contratos e da força obrigatória dos contratos, sem prejuízo da manutenção do espírito dos contratos, isto é, sem supressão desses princípios; c) aplicação para além das figuras legais previstas pelo Código Civil de 2002, isto é, aplicação para todas as hipóteses que se subsumam à função social do contrato. Propor-se-á um conceito aberto para esse novo instituto – conceito esse que é fruto do estudo de diversas outras obras a respeito da função social do contrato - e analisar-se-á a recente jurisprudência sobre o tema, demonstrando algumas das diversas possibilidades de aplicação existentes. As conclusões a respeito do tema, como qualquer assunto em Direito, são relativas e têm apenas a pretensão de demonstrar a linha adotada nesse trabalho, sem que se desconsidere a importância dos argumentos adotados pelas posições contrárias, fundamentais para a elaboração crítica desta monografia.

ABSTRACT

The Social Role of the Contract analyses this institute through the historical evolution of contractual freedom, from its regulation – however implicit – in the 1988's Federal Constitution, to its explicitness through the 2002's Civil Code. It shows the different points of view about the subject, jutting out the existent diversities, such as: a) the range of the social role of the contract; b) the attenuation of the relativity principle and the contract mandatory power without prejudice to the contract essence maintenance; and c) its application beyond the legal issue regulated by the Civil Code. *The Social Role of the Contract* proposes an open concept for this new institution and analyzes the recent jurisprudence about the subject showing some of the several existent application possibilities. The conclusions about the subject, as any matter in Law, are relative and intended only to clarify the approach adopted in this dissertation, and do not disregard the importance of the arguments by those who defend ideas contrary to the ones presented here.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I – LIBERDADE CONTRATUAL: ORIGEM E DELIENAMENTOS	14
1. A LIBERDADE CONTRATUAL NA IDADE MÉDIA:	
TEORIA DO CONSENSUALISMO	15
2. A LIBERDADE CONTRATUAL NO ESTADO MODERNO:	
A AUTONOMIA PRIVADA	18
3. A LIBERDADE CONTRATUAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	21
3.1. O APOGEU DA TEORIA DO CONSENSUALISMO	21
3.2. A TEORIA DA DECLARAÇÃO	26
3.3. O DIRIGISMO CONTRATUAL	29
3.4. TRATADOS INTERNACIONAIS	32
II - A CONSTITUIÇÃO DE 1988	36
1. MOMENTO HISTÓRICO	36
2. PERFIL SOCIAL	39
III - A POSIÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL E OS LIMITES	44
IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	
1. BREVE INTRODUÇÃO: PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS	44
2. A POSIÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL	52
3. LIMITAÇÃO À LIBERDADE CONTRATUAL: O PRINCÍPIO DA	55
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
4. LIMITAÇÃO À LIBERDADE CONTRATUAL: O PRINCÍPIO DA	60
SOLIDARIEDADE	
5. CONCLUSÃO	64

IV – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	68
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	68
2. NATUREZA JURÍDICA	72
3. CONCEITO	76
4. FINALIDADE	88
5. APLICAÇÃO	95

CONCLUSÕES	106
-------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho tem como meta delinear o perfil do instituto da função social do contrato, apontando suas origens históricas e aplicação no sistema jurídico brasileiro.

O contrato vem sofrendo paulatinas e constantes alterações, em decorrência da transformação da sociedade ao longo do tempo. Tais alterações, no direito brasileiro, tiveram seu ápice com a entrada em vigor do Novo Código Civil, que, no âmbito contratual, introduziu o sistema de cláusulas gerais, dentre as quais se inclui a função social do contrato, cerne da monografia que será desenvolvida.

As cláusulas gerais estão contidas numa técnica legislativa surgida em contraposição àquela, típica da Era das Codificações, que defendia a total clareza e positividade das normas, para que fossem aplicadas aos casos concretos.

Durante esse período, até meados do século passado, o enfoque do direito privado estava calcado no indivíduo e no individualismo, com grande destaque o patrimonialismo e omissão do Estado em relação às atividades privadas.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 era adepto dessa ultrapassada técnica legislativa e, não só em função disso, mas também em função dos valores calcados no individualismo e patrimonialismo, que discrepavam da atual realidade social brasileira, precisava ser modificado.

A Constituição Federal de 1988 adotou um perfil social, alçando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a solidariedade como um de seus objetivos. Essa alteração de enfoque do sistema jurídico brasileiro serviu para alterar sensivelmente a tônica da produção normativa, bem como para dar novos contornos à interpretação dos institutos típicos do Direito Civil, enquanto o Projeto do Novo Código não era aprovado.

O Código Civil de 2002, refletindo todas essas alterações calcou seus valores nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, por meio dos quais o ser humano assumiu papel relevante nas relações jurídicas, configurando-se o que Perlingieri denominou “fenômeno da despatrimonialização do direito civil”.

É verdade que a Constituição Federal de 1988 já havia estabelecido como princípio-vetor a dignidade da pessoa humana e como objetivo a solidariedade. Todavia, esses princípios, apesar de dotados de aplicabilidade imediata, careciam de maior concretude, o que causava, de certa forma, controvérsia e incerteza no momento de sua aplicação às relações jurídicas, e, no caso abordado neste trabalho, na liberdade contratual.

Com o advento do Código Civil de 2002, as cláusulas gerais, meta-normas situadas a meio caminho entre as normas codificadas e os princípios constitucionais, serviram para conferir maior concretude a estes, possibilitando, pois, a aplicação deles de maneira mais efetiva aos casos concretos.

A liberdade contratual, agora sem qualquer espaço para a incerteza, sofreu claras limitações, uma vez que, ao contratar, o indivíduo, necessariamente deve atentar às cláusulas gerais da boa-fé, lealdade, equilíbrio e função social do contrato, sempre com o intuito de manter a harmonia social em detrimento da exclusiva satisfação do indivíduo.

Ressalte-se que essa limitação não representa o triunfo incondicional da coletividade em relação ao indivíduo; essa limitação deve ser entendida sempre de acordo com a dignidade da pessoa humana. Não se privilegia totalmente o coletivo e nem o individual; a dignidade da pessoa humana, em seu aspecto subjetivo ou objetivo (princípio da solidariedade), deve funcionar como termômetro para propiciar o convívio harmônico entre esses dois conceitos.

Este trabalho abrangerá o direito civil e o direito constitucional, ressaltando-se que o direito civil será abordado sob a ótica constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal é o norte que deve ser seguido na interpretação e aplicação do direito civil.

O primeiro capítulo tratará da mudança do conceito da liberdade contratual ao longo do tempo, em decorrência da passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista e do advento de tratados internacionais de direitos humanos, que começaram dar maior atenção ao ser humano e às suas condições básicas de vida, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

O segundo capítulo tratará do espírito e das diretrizes gerais da Constituição Federal de 1988, apontando-se a adoção de um perfil social ao longo de suas disposições.

O terceiro capítulo destacará a importância conferida, pela Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana e à solidariedade e seus reflexos na interpretação da liberdade contratual.

O quarto capítulo versará sobre a função social do contrato propriamente dita, com o advento do Novo Código Civil e seus princípios norteadores. Discorrer-se-á sobre a natureza jurídica desse instituto, propor-se-á um conceito à função social do contrato – ainda que de caráter bastante aberto –, apontar-se-á a finalidade dela no ordenamento jurídico brasileiro e, por meio da análise de alguns acórdãos, indicar-se-ão exemplos de aplicabilidade em casos concretos.

Posteriormente, serão tecidas as conclusões a respeito de tudo o que será exposto ao longo deste trabalho.

I – LIBERDADE CONTRATUAL: ORIGEM E DELINEAMENTOS

O conceito de liberdade contratual é delineado de acordo com o momento histórico vivido, já que a interpretação que lhe é atribuída tem forte influência do aspecto econômico e moral de uma sociedade. Assim, o presente capítulo, ao fazer uma breve evolução histórica, tem como objetivo moldar a liberdade contratual nos diversos momentos históricos abordados¹. Com isso, entender-se-á mais facilmente por que o conceito de liberdade contratual sofreu diversas alterações ao longo do tempo, o que, conseqüentemente, servirá também para explicar os contornos da função social do contrato.

A liberdade contratual será abordada a partir da Idade Média, particularmente a partir da Baixa Idade Média, pois é nesse momento que as relações comerciais voltam a existir e que, portanto, há a necessidade de intercâmbio de mercadorias, com a utilização da liberdade contratual.

O direito romano, sem dúvida, influenciou o direito das obrigações do Medievo, mas não foi a fonte única para o delineamento desse instituto, já que havia necessidades próprias da época, que foram consubstanciadas em costumes e em regras jurídicas produzidas pelo direito canônico.

¹ “A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.

Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que

Para Orlando Gomes, a origem histórica do contrato – decorrência do exercício da liberdade contratual – não está no direito romano, pois a concepção moderna de contrato é diferente da concepção daquela época, que era, sinteticamente, a formação de uma determinada relação jurídica, cuja obrigação nela contida surgiria somente após a realização de atos solenes.

Segundo o autor, apesar de outros romanistas terem alterado o conceito de contrato, afirmando inclusive que este seria um acordo de vontades, certo é que a concepção moderna de contrato deve ser entendida no bojo da retomada do processo econômico, que se consolidou com o regime capitalista de produção².

Dessa forma, o direito das obrigações hodierno é resultado da fusão do direito romano com os costumes medievais e o direito canônico, motivo pelo qual o presente estudo será iniciado a partir da Idade Média.³

1. A liberdade contratual na Idade Média: a teoria do consensualismo.

Durante a Idade Média, houve pouco desenvolvimento do direito das obrigações, tendo em vista que a sociedade era organizada em feudos isolados entre si e que as relações existentes na época resumiam-se aos laços de suserania e vassalagem, fundadas no dever de servir o senhor feudal em troca de proteção.

As relações oriundas desses laços não eram fundadas propriamente numa liberdade contratual, já que os vassalos não eram homens completamente livres, pois eram obrigados a prestar os serviços decorrentes dessa condição.

possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade.” (Marques, Cláudia Lima s/d, pp. 27/28)

² GOMES, Orlando 1998, p. 6.

³ Cf. Gilissen, s/d, pp.729/730.

De fato, durante o Medievo, aqueles que não eram senhores feudais fatalmente deveriam se submeter à condição de vassalos, pois toda a sociedade era fundada nesse tipo de relação. Se um servo ou um vassalo não aceitasse as condições impostas por determinado senhor feudal, inexoravelmente teria que aceitar as condições impostas por outro senhor, pois, caso contrário, estaria fadado a vagar fora das fortificações feudais, juntamente com os leprosos (execrados na época), sujeitando-se a qualquer tipo de violência imposta pelos bárbaros, povos temidos por todos.

A partir da Baixa Idade Média (séculos XI-XV), o comércio, até então praticamente inexistente, voltou a existir, principalmente com a reabertura do comércio no Mediterrâneo e com as denominadas feiras medievais, onde os comerciantes de toda a Europa encontravam-se para comerciar produtos.

Em lição bastante significativa sobre a função precípua do contrato, Enzo Roppo afirma que *“o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato.”*⁴

Portanto, para que os negócios jurídicos pudessem ser levados a efeito nessas feiras medievais, sem dúvida o instituto do contrato deveria ser reavivado e revisto, para que as partes pudessem, por vontade própria, realizar as negociações desejadas e sem que houvesse o rigor formal do período romano.

Durante esse período construiu-se a teoria do consensualismo ou da vontade, pela qual as partes vinculavam-se mediante o simples consenso a respeito de determinado objeto.

Essa teoria é fruto não só da evolução do direito canônico, como da prática costumeira da época. A Igreja apoiava o respeito à palavra dada, fundamentando sua posição no fato de que qualquer promessa deveria ser mantida, sob pena de se cometer um pecado. Os costumes também

⁴ Roppo, Enzo 1988, p. 11.

influenciaram essa teoria, com a fundamentação de que " a vontade basta para obrigar, sem gestos nem declarações formalistas".⁵

Segundo Orlando Gomes,

“A contribuição dos canonistas consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso e, do outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes.”⁶

O Direito Canônico, portanto, lançou fortes raízes à teoria do consensualismo, pois representava a concretização da fé jurada nas relações jurídicas, já que o cumprimento do contrato significava o cumprimento de uma promessa feita perante Deus e a Igreja.

Essa teoria, em contraposição ao Direito Romano, atribuía força obrigatória à promessa feita, independentemente de qualquer rigor formal, ou seja, a técnica romana, consubstanciada em atos solenes, para o estabelecimento de uma relação jurídica, cedeu passo ao simples consenso, marcado pela ética e pelas normas morais, que sofriam grande influência da Igreja.⁷

A teoria do consensualismo atingiu seu apogeu somente na Idade Contemporânea, mas, ao longo do tempo, foi se alicerçando no jusnaturalismo, pelo qual a vontade individual era fonte de qualquer efeito jurídico. Ou seja, o mero encontro de vontades era suficiente para criar um

⁵ Cf. Gilissen, pp. 735/736.

⁶ Gomes, Orlando 1998, p. 5.

⁷ Cf. Cosci, Maria Angélica 2003, p.17.

negócio jurídico, que deveria corresponder exatamente ao que as partes haviam idealizado; dessa forma, qualquer interferência durante esse período de formação de vontade era suficiente para invalidar o negócio pactuado.⁸

Em suma, a teoria do consensualismo ou da vontade privilegiava os eventos psíquicos, de foro íntimo, relacionados à formação da vontade.⁹ Se houvesse algum descompasso entre a vontade real e a vontade declarada, aquela deveria preponderar sobre esta.¹⁰

Dessa forma, apesar da resistência dos romanistas, que defendiam que o simples consensualismo não era suficiente para a formação de um contrato, a teoria consensualista ganhou vulto e difundiu-se, sobrepujando a teoria defendida por eles.

2. A liberdade contratual no Estado Moderno: a autonomia da vontade.

O Estado Moderno caracterizou-se pela economia mercantilista, cujo objetivo era o entesouramento por meio de práticas mercantis, acentuadas com o início das grandes navegações e conseqüente criação de colônias em terras recém descobertas.

O início das grandes navegações e o conseqüente comércio direto com as Índias, sem necessidade da intermediação das cidades italianas, provocou um declínio do comércio no Mar Mediterrâneo com o respectivo incremento dessa atividade no Atlântico Sul, e ficou conhecido como Revolução Comercial.

Formou-se uma nova classe social - a burguesia - protagonista desse período em detrimento da nobreza, que, paulatinamente, foi perdendo poder não só para a burguesia, mas também para o monarca,

⁸ Cf. Roppo, Enzo 1988, pp. 297/298.

⁹ Cf. Idem, p.299 e 301.

¹⁰ diferentemente do que ocorre na teoria da declaração, pela qual a vontade declarada prepondera sobre a vontade real.

que se interessava em concentrar o poder em suas mãos, a fim de formar as denominadas Monarquias Nacionais.

É importante ressaltar que o Mercantilismo, apesar de conferir muito poder e dinheiro aos burgueses, já que estes tinham a concessão real para comerciar com as Colônias, não lhes conferia poder político: o poder estava concentrado nas mãos do monarca, denominado absolutista, que controlava não só a política como também toda a economia de seu reino.¹¹

Portanto, o Mercantilismo é uma política econômica estatal e, conseqüentemente, limitada pelo Estado. E é dessa forma que deve ser entendida a liberdade contratual nesse período: de fato existente, mas não plena, condição que será atingida somente na Idade Contemporânea, pós-Revolução Francesa, com a ideologia do liberalismo em todas as esferas sociais, como será abaixo demonstrado.

A teoria da liberdade contratual foi desenvolvida e passou a fundar-se no recém surgido princípio da autonomia privada, que significava que *cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza de liberdade de contratar e de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga.*¹²

O conceito da autonomia da vontade surgiu com o Humanismo - movimento cultural marcado pelo antropocentrismo, que passou a valorizar o homem como figura central do universo- e com a Reforma protestante, deflagrada por Martinho Lutero.¹³

¹¹ Cf. Pereira, Ana Maria 1994.

¹² Gilissen, p. 737.

A autonomia privada “... corresponde assim a um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”. (...) “A autonomia privada é um instituto geral de todo o Direito privado. Ela pode ser apresentada como liberdade ou autonomia contratual ou como liberdade ou autonomia negocial, quando tenha em vista a celebração de contratos ou de negócios. Trata-se, porém, da mesma realidade.” (Cordeiro, António Menezes 1987/1988, p. 344 e p. 348 – grifos originais).

¹³ Fernando NORONHA, em sua obra *Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. Saraiva, São Paulo, 1994, pp. 66/67, afirma que a expressão "autonomia da vontade" foi criada por Gounot, pouco antes da 1ª Guerra

O direito natural ou jusnaturalismo foi a corrente que serviu de embasamento para a autonomia da vontade, já que a vontade livre era um dos elementos inerentes ao ser humano e que, portanto, poderia ser limitada da forma como se bem entendesse.¹⁴

Antonio Jeová Santos bem define a aplicação do Humanismo à autonomia da vontade: houve a implantação do individualismo jurídico, que foi responsável pelo triunfo da autonomia da vontade, especialmente após a Revolução Francesa, como em tópico próprio será abordado.¹⁵

Orlando Gomes, por seu turno, esclarece a importância e influência do direito natural para a formação do conceito moderno do contrato – fruto do exercício da autonomia da vontade -, da seguinte forma:

“A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (‘solus consensus obligat’). Salienta-se, nesse particular, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades,

Mundial, como forma de sintetizar a ideologia do liberalismo, combatida a partir da segunda metade do século XIX. Segundo o autor,

Os tempos estavam maduros para o repensar da situação. Assim, não admira que, ainda antes da deflagração da que ao tempo foi chamada de Grande Guerra, Gounot já estivesse em condições de fazer impiedosa crítica das idéias então dominantes. E elas tinham uma força tal que estavam sendo aceitas sem que as pessoas, na sua generalidade, sequer se apercebessem de que tudo não passava de uma visão de mundo, e que havia outras. Foi por isso que Gounot, para criticar, teve primeiro que sintetizar a idéia dominante, formulando o que, inspirando-se em Kant, com rara felicidade denominou de ‘princípio da autonomia da vontade’.

Por outro lado, John GILISSEN, em sua obra já citada - p. 737 - afirma que a *doutrina da autonomia da vontade dos contraentes surge com o Humanismo e com a Reforma, no séc. XVI, tornando-se corpo doutrinal a partir do séc. XVII, com a Escola do Direito Natural.*

Apesar do impasse criado a respeito da origem da expressão "autonomia da vontade", esta será utilizada neste trabalho desde a História Moderna, pois, apesar de poder ter sido criada somente no século XX, a autonomia da vontade, mesmo não sendo nomeada, já existia.

¹⁴ Cf. Miguel Reale, 1972, p.90.

¹⁵ Santos, Antônio Jeová, 2002, p. 29.

expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural.”¹⁶

Cláudia Lima Marques, ao tratar da importância do direito natural para a formação da teoria da vontade, conclui que “... *é no direito natural que encontramos a base do dogma da liberdade contratual, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, liberdade esta que só poderia ser restringida pela vontade (Wille) do próprio homem.*”¹⁷

3. A liberdade contratual no Estado Contemporâneo.

3.1. Apogeu da teoria do consensualismo

A burguesia, como acima mencionado, detinha o poder econômico - obviamente nos limites impostos pelo monarca -, mas não detinha o poder político.

A passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, de maneira muito simplificada, representa a reivindicação da burguesia no sentido de participar também das decisões políticas, por meio da igualdade jurídica com a nobreza. Esse movimento culminou na Revolução Francesa (1789), marco do início do Estado Contemporâneo.

A História Contemporânea, durante o século XVIII, ficou marcada pelo Iluminismo, aspecto cultural que valorizava a razão e que influenciou o Liberalismo político e econômico, cujo principal intuito era derrubar o denominado Antigo Regime, fundado nas monarquias absolutistas, como acima descrito.¹⁸

Jean Jacques Rousseau era um dos filósofos dessa fase e defendia a soberania popular, isto é, que o poder emanava do povo e deveria ser exercido em seu nome. Em sua obra, *O contrato social*, onde expôs essa

¹⁶ Idem, ibidem, p. 6.

¹⁷ Ibidem, p. 33.

teoria, absolutamente de acordo com a mentalidade de então, afirmou que *cada indivíduo obriga-se como quer, quanto quer, mas apenas enquanto quer.*¹⁹ Nessa mesma obra, o filósofo demonstrou o sentimento da burguesia em relação ao monarca absolutista, da seguinte forma:

*“...nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, já que não existe força que produza direito algum, pois somente as convenções são a base de toda a autoridade do homem.”*²⁰

O Liberalismo econômico é muito bem sintetizado pelos filósofos fisiocracias franceses, com a máxima *laissez faire, laissez passer, le monde va par lui meme*. Orlando Gomes pontua que

*“O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do ‘contrato’ o instrumento jurídico por excelência da vida econômica”.*²¹

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, em sua tese de doutorado, sintetizou muito bem a necessidade da classe burguesa, naquela época, no tocante às relações jurídicas:

*“À classe burguesa que ascendia, cuja atividade de produção alterava a índole agrária da economia da Idade Média, convinha a instrumentação jurídica ou a ideologia mesmo da liberdade contratual, a absolutização, quase que completa, da autonomia da vontade, quando revelada pela tríplice e intocável prerrogativa de escolher contratar, o que contratar e com quem contratar, de resto tanto quanto sucedia com o instituto da propriedade, longe de ser admitida como uma relação jurídica complexa, que impusesse também deveres ao proprietário e criasse direitos a centros de interesses opostos, não proprietários”*²².

¹⁸ PEREIRA, , 1995.

¹⁹ *Apud* GILISSEN, s/d, p. 738.

²⁰ *Apud* Antonio Jeová Santos, *idem*, p. 29.

²¹ *Idem*, *ibidem*, p. 6.

²² Godoy, Cláudio Luiz Bueno de 2004, p. 4.

A expressão do Liberalismo no Direito consubstanciou-se, pois, na autonomia da vontade, que, nesse período, representou o ápice da teoria do consensualismo. Nesse contexto, a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos, reflexos da igualdade jurídica das partes, pode ser condensada na seguinte asserção de Kant: “*quando alguém decide alguma coisa em relação a outra, é possível que faça a este uma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível naquilo que se decide para si próprio.*”²³

Portanto, segundo o pensamento da época, não se levava em consideração a eventual discrepância de condição econômica e intelectual entre as partes, pois essa igualdade era formal e se consubstanciava apenas na equivalência das mercadorias que seriam trocadas²⁴. Todavia, essa igualdade formal representava grande avanço em relação ao período feudal, pois a força conferida aos contratos, significou que as partes contratantes estariam submetidas somente ao que nele estivesse disposto, sem exploração (ao menos formal), de uma pela outra.

Como se pode notar, durante o século XVIII e XIX a tônica dominante era o Liberalismo - com presença negativa do Estado –o que propiciou o apogeu da teoria do consensualismo ou da vontade, já explicitada alhures.²⁵

O *Code Civil* de 1804 adotou a teoria da autonomia da vontade, surgida durante o Estado Moderno, especialmente em seu artigo 1.134, que dispunha que *as convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as celebraram.*²⁶

Os limites impostos ao princípio da autonomia da vontade eram poucos: moral, ordem pública e bons costumes deveriam ser observados quando da conclusão de qualquer contrato. Além disso, até por decorrência

²³ *Apud* NORONHA, Fernando 1994, p. 65.

²⁴ GOMES, Orlando, 1998, p. 6.

²⁵ Cf. SANTOS, Antônio Jeová, 2002, p. 30.

²⁶ *Apud* GILISSEN, s/d, p. 738.

lógica desse princípio, o contrato deveria ser concluído livre de quaisquer vícios da vontade ou sociais.²⁷

Portanto, fora desses limites, poderiam as partes dispor sobre quaisquer aspectos contratuais, porque, em última análise, tudo aquilo que não estava proibido por lei, naturalmente estaria por ela permitido.²⁸

Por outro lado, se, eventualmente, as partes deixassem de dispor sobre determinado aspecto contratual, a legislação sobre o tema, que, até então tinha caráter meramente supletivo, passaria a ter caráter obrigatório.²⁹

Isso, porém, não significa que a liberdade contratual teria sido limitada de alguma forma, significa, apenas, que as partes, ainda que implicitamente, deixaram de tratar de determinado assunto e aceitaram, por vontade livre, que lei o regulasse. Poder-se-ia dizer que a lei traria, então, cláusulas pré-estabelecidas, que as partes poderiam lançar mão a qualquer momento, incorporando-as, ainda que tacitamente, ao contrato firmado, como exercício da autonomia da vontade.

Observa-se, pois, que o princípio do *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes têm total liberdade para contraírem quaisquer obrigações, mas, uma vez contraídas, devem ser cumpridas a qualquer custo, foi incorporada ao direito civil francês, já que o contrato foi expressamente equiparado à lei³⁰.

²⁷ Cf. SANTOS, Antônio Jeová 2002, p.33: “O contrato é normatizado no Código Civil francês como ato jurídico gerador de obrigações em que a regra é o consensualismo e o formalismo a exceção. O princípio da autonomia da vontade somente encontrou algum limite quando a validade dos acordos das partes ficou condicionada à ordem pública, à moral e aos bons costumes (arts. 1.118 e 1.674). Também era imprescindível que o contrato fosse celebrado sem nenhum vício da vontade, como o erro, o dolo a coação e a lesão. Estes somente eram admissíveis em alguns estritos casos. O instituto do contrato se harmonizou com os princípios fundamentais da organização social.”

²⁸ Cf. Bessone, Darcy, 1987, p. 32/33.

²⁹ Idem, ibidem, pp. 32/33.

³⁰ E para que houvesse estrita aplicação das disposições contratuais ou, na falta delas, das normas do Código Civil, admitia-se somente a interpretação literal dos contratos. Nesse sentido, confira-se a lição de Antonio Jeová Santos (2002, p. 35): “A interpretação dos Códigos franceses, sobretudo o Civil, exigia a literalidade. As regras de hermenêutica, consubstanciadas numa interpretação sistemática, não tinham lugar. Para Napoleão, a vida estava resumida nos Códigos, represada e contida. Napoleão Bonaparte se jactava dos seus

O Código Civil, ao adotar normas contratuais, serviu para dinamizar as relações jurídicas de então, pois, os costumes adotados naquela época, configuravam-se e sedimentavam-se de maneira muito lenta e variavam muito em cada região. Com o Código Civil, houve uma positivação e homogeneização das normas, o que serviu para superar tais obstáculos à rápida formação das relações contratuais.³¹

Para Enzo Roppo,

“... o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (...); condição necessária, assim, para a realização do proveito para o funcionamento do sistema no seu conjunto.”³²

Todavia, essa total liberdade contratual foi sofrendo limitações a partir da segunda metade do século XIX, gerando inclusive a distinção entre a *liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não determinado contrato)* e a *liberdade contratual (possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato)*³³, como será demonstrado a seguir.

feitos, mas dava importância exagerada à legislação. Dizia o seguinte: “Minha glória não é ter vencido quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que nada destruirá, o que viverá eternamente, é meu Código Civil”. Um governo naturalmente autoritário haveria de afeiçoar suas próprias leis ao espírito do positivismo jurídico, não permitindo desvios de interpretação que pudessem culminar com alguma alteração literal do conteúdo legislativo. Depois da obra dos primeiros exegetas, Napoleão exclamou: Mon Code est perdu; “meu Código está perdido”. É que, para a manutenção do poder, o direito haveria de ser reduzido à mera lei positiva escrita.

³¹ SALINAS, Samuel Sérgio, 1988, p. 48.

³² Ibidem, p. 35.

³³ Noronha, Fernando, 1994, pp.41/43.

“ II. A autonomia privada deixa à liberdade humana a prática de factos jurídicos, portanto de ocorrências que, por integrarem previsões normativas, desencadeiam efeitos no Direito. O facto voluntário – portanto o facto cuja ocorrência depende da vontade das pessoas e cujos efeitos se produzem porquanto queridos por essa vontade e na medida em que o sejam – pode enquadrar-se perante duas situações permissivas distintas:

- a liberdade de celebração;
- a liberdade de estipulação.

Na liberdade de celebração, a autonomia privada permite praticar ou não praticar o acto e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele associados;

3.2. A teoria da declaração

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra por volta de 1760 (1ª Revolução) e encerrada por volta de 1900 (2ª Revolução), acarretou num grande afluxo de pessoas para as cidades em busca de empregos.

Em função da abundância de mão-de-obra e da diminuição de postos de trabalho disponíveis, já que houve a mecanização da produção com a descoberta do vapor, os salários ofertados eram irrisórios e as condições de trabalho eram desumanas: jornadas de trabalho que duravam até 16 horas; utilização de mão de obra infantil e feminina a menor custo; e falta de segurança e higiene no ambiente de trabalho.

A população, conseqüentemente, vivia em cortiços sem qualquer tipo de infra-estrutura, incluindo-se aí o saneamento básico.

Com a produção em série e o conseqüente aumento do consumo, houve uma massificação da sociedade, em todos os setores, inclusive relativamente aos contratos. Os detentores do capital, no intuito de agilizar as atividades comerciais e diminuir os custos, adotaram os contratos uniformes, com cláusulas gerais, previamente impostas aos contraentes, que somente aderiam ao contrato, sem que pudessem discutir o seu conteúdo.

Joaquim de Sousa Ribeiro bem sintetizou a mudança ocorrida nesse período:

“Perdendo a sua conexão estrita com a propriedade, o contrato abre-se, no contexto das actividades económicas organizadas, à autónoma

Na liberdade de estipulação, a autonomia vai mais longe: ela permite optar pela prática do acto e, ainda, seleccionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir.” (Cordeiro, António Menezes, 1987/1988, pp. 344/345)

realização de interesses muito variados, mas dirigidos, todos eles, à obtenção de um lucro. Instrumento geral, a todos os níveis, da iniciativa econômica, e já não apenas de transferência de direitos reais, ao assumir esse papel central no sistema transforma-se, do mesmo passo, numa componente de gestão empresarial, como mecanismo de previsão de custos (nas relações com fornecedores, financiadores e mão-de-obra), de consecução de ganhos e de uma vantajosa repartição de riscos (nas relações com consumidores e utentes). E, assim, ao ser absorvido pelo universo da empresa, em contínua expansão, o contrato vai ter que adaptar-se ao seu modo de funcionamento, satisfazendo indeclináveis exigências de estabilidade e racionalização.

É aí que começam a perder terreno as concepções voluntarísticas, iniciando-se um processo de objetivação caracterizado pela progressiva perda de relevância do elemento volitivo, da intenção real e efectiva do declarante, ganhando peso crescente o próprio comportamento declarativo, tal como exteriormente observado.”³⁴

A igualdade jurídica entre as partes, defendida pelos liberais como fundamento da liberdade contratual, foi se tornando cada vez mais formal e menos material, pois, apesar de sempre existir um desequilíbrio natural entre as partes, antes da massificação da relações jurídicas, o contraente poderia negociar determinadas cláusulas e, porventura, conseguir a modificação de algumas delas. Após a massificação, o contraente não tinha possibilidade de realizar qualquer negociação: ou aceitava o contrato da forma como já estava previamente estipulado, ou não contratava.³⁵

Para justificar esse fenômeno, a teoria da vontade não era mais adequada, pois, de fato, não havia mais o aspecto subjetivo da relação contratual, já que os elementos de foro íntimo, responsáveis pela

³⁴ Ribeiro, Joaquim de Sousa, 1990, pp. 17/19.

³⁵ “... esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.” ROPPO, 1988, p. 37.

formação da vontade, não eram mais essenciais; o que importava era a vontade declarada, o aspecto objetivo da relação contratual.

Enzo Roppo³⁶ explicitou de maneira muito clara a teoria da declaração, afirmando que

“... é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objetivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos 'elementos objetivos', 'exterior' e 'socialmente reconhecíveis', dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, as atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre "subjectivo" e "objectivo", entre efectivas posições de psique e da vontade do contratante e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalências a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração. O objectivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objectivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que - ao nível de todo o sistema - se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios.”

No Brasil, pode-se observar a adoção dessa teoria, pelo fato de que o artigo 90 do Código Civil de 1916 estipula que os motivos determinantes para a realização do contrato não são levados em conta e, portanto, não são suficientes para que o contrato seja declarado inválido, a menos que tenham sido expressamente previstos pelas partes.³⁷

A massificação dos contratos, que deveria ser suportada justamente em prol da liberdade contratual, não poderia durar muito, pois estava patente o desequilíbrio existente entre as partes, já que apenas uma

³⁶ Idem, ibidem, pp. 298/299.

³⁷ Cf. Pereira, Caio Mário, 2001, p. 329.

pequena minoria detinha todo o capital, em detrimento da maioria da população. Mister se fazia a intervenção estatal para restabelecer o equilíbrio entre os contraentes.

O Padre Lacordaire, em célebre protesto acerca desse desequilíbrio, defende a intervenção estatal nas relações entre os particulares, afirmando que *entre o forte e o fraco é a liberdade que oprime e a lei que liberta*.³⁸

3.3. O dirigismo contratual

O fim do liberalismo e a efetiva intervenção do Estado na economia, ocorreu com o término da 1ª Guerra Mundial e com a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929.

A Rússia havia feito sua Revolução e se tornado comunista; o partido nacional socialista foi fundado na Alemanha e chegou ao poder com seu líder Adolph Hitler; a Itália passou a ser liderada por Mussolini, com sua ideologia fascista; a Espanha passou por uma Guerra Civil que levou Franco ao poder, iniciando-se o período do franquismo; e o mesmo aconteceu com Portugal, liderado por Salazar.

Nos Estados Unidos da América, Roosevelt, após a quebra da bolsa, implantou a política no New Deal, apoiada pelo economista Keynes, que iniciou o neo-liberalismo, marcado pela forte intervenção do Estado na economia, com a criação de empregos públicos, sistema de empréstimos a particulares e instituição de salário-desemprego.

O início do período intervencionista no Brasil deu-se com a Revolução de 1930 e o Governo Vargas, que criou o Ministério do Trabalho e conferiu mais proteção ao trabalhador, impondo determinadas cláusulas ao contrato de trabalho. Instituiu-se a carteira de trabalho, a

³⁸ *Apud* Noronha, Fernando 1994, p. 66.

jornada diária deveria ser de 8 horas, com descanso semanal remunerado, férias anuais e salário mínimo.³⁹

A intervenção estatal, com a limitação na liberdade contratual, por meio de leis impondo a redação de certas cláusulas contratuais e a vedação de outras é denominada dirigismo contratual.⁴⁰ Dessa forma, os contraentes não podiam dispor de forma contrária aos interesses do Estado, em função da supremacia da ordem pública, relativamente aos interesses particulares.⁴¹

Ao longo do tempo, essa intervenção estatal, segundo Perreau, poderia ser dividida em diversos grupos, tais como, “a) *estabilidade da convenção (prorrogação e renovação de locações de prédios, garantias ao empregado, etc.); b) garantia contra certas áleas (indenização por acidente no trabalho, contribuições dos patrões para o seguro social, privilégio dos salários nas falências, etc.); c) limitação de despesas e encargos (regras sobre o preço da locação prorrogada ou renovada, limitação das horas de trabalho e instituição do repouso semanal dos empregados, etc.); d) garantia de um mínimo de proveitos (salário mínimo, obrigação do proprietário de terrenos loteados de abrir ruas, calcá-las, realizar serviços de esgotos, etc.).*”⁴²

Ressalte-se, finalmente, que a transformação dos contratos, com a massificação e a intervenção estatal na liberdade contratual, gerou desconforto no meio jurídico: num primeiro momento, acreditava-se que esse fenômeno era exceção à regra e que, portanto, não merecia maior atenção; num segundo momento, reconheceu-se o grande vulto tomado por essa transformação e alguns juristas chegaram a decretar a morte do contrato, tendo em vista que o elemento volitivo, livre de quaisquer interferências e essencial para sua caracterização, havia deixado de existir; e num terceiro momento, admitiu-se que o instituto do contrato

³⁹ Cf. Silva, Francisco Alves da 1987, p. 30.

⁴⁰ Cf. Gomes, Orlando 1998, p. 8.

⁴¹ Cf. Noronha, Fernando, 1994, p. 43.

⁴² *Apud* Bessone, Darcy 1987, P. 46.

não havia morrido - havia, somente, recebido novos delineamentos, por meio do dirigismo contratual.⁴³

Para Enzo Roppo⁴⁴,

“O contrato continua sendo instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Não há contrariedade ao princípio da autonomia privada, entendida em sentido mais realista, ou seja, não mais como sinônimo de autonomia da vontade individual, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro e de atuar segundo as conveniências do mercado, nos modos e com as técnicas por ele estabelecidos.”

Darcy Bessone, na mesma linha de Enzo Roppo, sustenta que

“... se a lei não exige que o contrato seja preparado por uma livre discussão de suas cláusulas e se contenta com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação não exclui o contrato, nem altera o seu conceito. Entendemos que, se o contrato é o acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, de natureza patrimonial, sempre que a sua conclusão depender do acordo de vontades, para um dos fins indicados, haverá contrato, ainda que as suas condições sejam estabelecidas por regulamento ou hajam sido preparadas unilateralmente por uma das partes, como sucede nos contratos de adesão.”⁴⁵

Antônio Menezes de Cordeiro, em lição bastante pertinente no tocante à manutenção da autonomia da vontade, consignou que

“II. A existência – e mesmo ampliação – de limites não deve fazer perder de vista o essencial. Muitas vezes, a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos

⁴³ Cf. Idem, ibidem, pp. 75/79.

Cf. Gomes, Orlando, s/d, pp. 68/69.

⁴⁴ Roppo, Enzo, 1988, p. 310.

⁴⁵ Bessone, Darcy, 1987, p. 49.

limites que lhe sejam apostos; de outro modo, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras.”⁴⁶

Portanto, o contrato, apesar de trazer novos contornos e características, continua a existir, pois, essencialmente é veículo de concretização da vontade das partes contratantes.⁴⁷

3.4. Tratados internacionais

A Segunda Guerra Mundial foi marcada pelo total desrespeito aos direitos humanos, dentre eles a dignidade da pessoa humana; o maior exemplo disso foi o Holocausto promovido por Hitler.

Com o término da guerra e diante da indignação mundial com as barbáries cometidas a comunidade internacional sentiu necessidade de proteger de maneira efetiva os direitos humanos, não só na ordem interna de cada país, mas, principalmente, na ordem internacional.

As Nações Unidas – ONU -, criada pelos países Aliados, passou a ser a organização internacional responsável pela proteção dos direitos humanos e pela manutenção da paz, no âmbito mundial.⁴⁸

Em 1948, 48 países membros da ONU, reunidos em Assembléia Geral, aprovaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Logo no primeiro de seus “considerandos”, a Declaração reconhece que “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, alçando, dessa forma, a

⁴⁶ Ibidem, p. 352.

⁴⁷ Nesse sentido, confira-se o entendimento de Antonio Jeová Santos (2002, p. 38): “A função da vontade no vínculo contratual tem sido diminuída, para não dizer que vem perdendo valor e quase não se a tem como dogma intocado. Sem exagerar, porque a vontade continua tendo rol protagônico e a regra é que os contratos continuam sendo cumpridos, tratando-se de mera exceção o incumprimento desmotivado, o contrato ainda está hospedado no ato de vontade. Apesar dos entraves que são opostos ao grau absoluto do consentimento, não se pode negar que o conteúdo do contrato ainda é constituído pela vontade.”

dignidade da pessoa humana à condição de valor fundante ou vetor dos demais valores ali previstos.

Em outro “considerando”, é reconhecida, pelos povos das Nações Unidas, “a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher” e decidida a promoção do “progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

Diante dessas razões expostas, para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nota-se que houve a conjugação dos valores liberdade e igualdade, que representavam, respectivamente, o Estado Liberal, cujo papel na esfera privada é negativo, e o Estado Interventor, cujo papel, na esfera privada, é positivo.⁴⁹

Esta convivência só é possível com a relativização desses dois conceitos: nem a liberdade e nem a igualdade podem prevalecer. E, como a própria Declaração afirmou, em seu primeiro “considerando”, é a dignidade da pessoa humana que desenvolve o papel de moderador entre a liberdade e a igualdade; ambos encontram nela o seu limite de atuação. A liberdade encontra seu limite na solidariedade, que nada mais é do que a própria dignidade da pessoa humana, porém observada em relação aos demais e não a si próprio. A igualdade, por sua vez, encontra seu limite na dignidade da pessoa humana, sob a ótica individual/subjetiva.

Luiz Guilherme Loureiro bem sintetiza a alteração de enfoque da liberdade contratual ocorrida entre os séculos XVIII e XX:

“O absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi objeto de críticas durante o século XX. Combatidos pela doutrina e pela jurisprudência, os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade ideais do modelo humano abstrato que os fundamentavam ocultavam a dependência e a desigualdade

⁴⁸ Cf. Piovesan, Flávia, 1997, pp. 155/160.

⁴⁹ Idem, ibidem.

material dos indivíduos e dos grupos sociais. Os desequilíbrios contratuais decorriam do excesso de individualismo e do voluntarismo. Perdendo seu estatuto de valor em si, a vontade deveria de agora em diante servir a justiça e a utilidade social sob o olhar vigilante do direito objetivo. A noção de ordem pública, limite tradicional da liberdade contratual, foi aprofundada. À ordem pública de direção – código moral e social de interesse geral – se acrescentou a ordem pública de proteção – leis de equilíbrio dos interesses particulares em luta contra as injustiças sistêmicas.”⁵⁰

Apesar da aprovação da Declaração Universal, diversos países não a ratificaram de imediato, até porque estavam sob governo ditatorial, cuja ideologia era incompatível com as diretrizes por ela estabelecidas.

A internacionalização desses valores se deu, primeiramente, por meio das novas Constituições elaboradas após o período ditatorial de cada país, para, somente mais tarde, serem introduzidas nos Códigos Civis.

Dessa forma, mister se fez adotar uma nova visão do direito civil, denominada direito civil constitucional, em que não mais o código era o centro do Direito Civil, mas sim a Constituição, que espargia luz sobre o direito privado.⁵¹

O Direito Civil brasileiro sofreu essa mudança de enfoque, com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, como apontado por Luiz Guilherme Loureiro:

“Destarte, ao contrário do código de 1916, para o qual a liberdade contratual era sinônimo de justiça, o Código Civil atual contém dispositivos que procura evitar os abusos que tal doutrina suscitou. Esteve o legislador consciente que o contrato, longe de ser uma “imagem de harmonia social, representa no mais das vezes uma ‘relação de forças econômicas’, a ‘sede de uma

⁵⁰ Loureiro, Luiz Guilherme, s/d, p. 39.

⁵¹ Cf. Lotufo, Renan, 2002.

Cf. Dias, Joaquim José de Barros, 2002, pp. 20/25.

luta de interesses’, uma ‘relação de conflitos’, um ‘campo de tensões econômicas’, por causa das desigualdades entre as partes contratantes”.

Sem descuidar da liberdade de contratar, o Código Civil coloca em evidência o respeito à pessoa humana. As obrigações assumidas devem ser cumpridas, sem o qual não há se falar em vida em sociedade, mas o código favorece um novo equilíbrio contratual, sem desrespeitar os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar. Não obstante, tais princípios são atenuados por dispositivos que visam proteger a parte mais vulnerável na relação contratual. (...)

Boa-fé, equidade e razoabilidade são as pedras angulares da nova teoria geral do contrato e procuram atenuar os abusos potenciais de uma liberdade sem limites. Os conceitos filosófico-econômicos da teoria clássica dos contratos foram, portanto, atenuados e transformados. Além dos princípios fundamentais que afetam a mentalidade contratual, as mutações jurídicas foram igualmente impulsionadas pela pluralidade de perfis que oferecem atualmente as trocas econômicas. A realidade econômica se mostra cada vez menos uniforme e mais complexa. Ela ultrapassa os modelos jurídicos abstratos e monolíticos concebidos no século XIX. A nova realidade exige que tenhamos em conta a relevante função econômica e social desempenhada pelo contrato e as condições particulares de cada uma das partes. Esta nova realidade social, totalmente diversa daquela conhecida no início do século XIX, define novos contornos à doutrina da autonomia da vontade e da igualdade das partes.⁵²

E esses novos contornos serão abordados com maior vagar nos capítulos subseqüentes.

⁵² Loureiro, Luiz Guilherme, s/d, pp. 40/41.

II– A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. MOMENTO HISTÓRICO

Antes de se abordar o tema proposto por este capítulo, é importante que se faça uma breve retrospectiva do movimento democrático que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, para que se entenda as diretrizes políticas, econômicas e sociais que nela foram inseridas.

Após 20 (vinte) anos de regime militar (1964-1984), o povo iniciou o movimento das “diretas já”, objetivando a eleição direta, através do voto popular, do presidente da república.

Todavia, apesar das grandes passeatas e comícios realizados, a vontade popular não foi atendida e convocaram-se eleições indiretas, através do colégio eleitoral.

Dois candidatos disputavam o cargo: Tancredo Neves, então governador do Estado de Minas Gerais, eleito em 1982, e apoiado pelo povo e Paulo Maluf, candidato apoiado pelos militares.

Em campanha na cidade de Maceió, Tancredo Neves proferiu este célebre discurso, acerca das bases da Nova República:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que ‘se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é

*mais importante 'pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira'. E, assim, finalmente, a Nova República 'será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.'*⁵³

Tancredo Neves foi eleito presidente do Brasil, em 15 de janeiro de 1985, reacendendo as esperanças populares para uma rápida volta do regime democrático.

Porém, antes de sua posse, o presidente eleito foi acometido por uma enfermidade, seguida de infecção hospitalar generalizada, que o levou ao falecimento.

Em seu lugar, tomou posse o vice-presidente, José Sarney, aliado dos militares, o que levou a população a não acreditar na possibilidade de volta do regime democrático.

Mesmo assim, o então presidente José Sarney iniciou o processo de redemocratização, enviando ao Congresso a proposta de emenda constitucional, convocando a Assembléia Constituinte.

Em 27 de novembro de 1985, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 26 que, em verdade, convocou os membros do Congresso Nacional para compor a dita Assembléia Constituinte, em vez de realizar eleições para a composição de seus membros, devendo, pois, denominar-se Congresso Constituinte.

Em 1º de fevereiro de 1987, instalou-se a Assembléia Constituinte, que se dividiu em 24 subcomissões para dar início aos trabalhos da elaboração de uma nova Constituição.

⁵³ *apud* SILVA, José Afonso da, 2001, p. 88

Essa Assembléia foi criada pela Emenda Constitucional n.º 26/85, que lhe conferiu liberdade e soberania para a elaboração de uma nova Constituição.

Todavia, apesar dos atributos que lhe foram conferidos, não se pode afirmar que a aludida Assembléia foi uma genuína expressão do Poder Constituinte Originário.

De fato, a Assembléia Constituinte foi criada de acordo com a Constituição então vigente, por meio de emenda constitucional, sem que houvesse qualquer ruptura institucional, por meio de Revolução ou Golpe.

Houve, apenas, mudança na forma de procedimento de alteração constitucional, determinando-se que a nova Constituição fosse aprovada em dois turnos, no Congresso Nacional, pela votação da maioria absoluta de seus membros.

Outrossim, a referida emenda constitucional, ao conferir liberdade e soberania à Assembléia Constituinte que seria instalada em 1º de fevereiro de 1987, ampliou as possibilidades de alteração da nova Constituição, podendo haver discussão em torno da forma de Estado, de Governo e da proibição de aprovação de emendas em caso de estado de sítio, emergência e intervenção federal⁵⁴.

Instalada a Assembléia Constituinte, os diversos segmentos da sociedade tiveram oportunidade de colaborar para a elaboração da Constituição, enviando propostas para as aludidas subcomissões.

Dessa forma, mesmo que os interesses de tais segmentos não tenham sido fielmente reproduzidos na Magna Carta de 1988, o fato é que a conscientização e participação política do povo começou a renascer, após longos anos de ditadura, em que a livre expressão de pensamento político poderia acarretar funestas conseqüências.⁵⁵

⁵⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves 1999, p. 31

⁵⁵ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro s/d

2. PERFIL SOCIAL

A Constituição de 1988 estabeleceu um perfil bastante social ao ordenamento jurídico brasileiro, sintetizando o longo processo histórico de intervencionismo estatal descrito no capítulo anterior, sem contudo, transformar-se num Estado Social⁵⁶.

Paulo Bonavides, diferentemente de José Afonso da Silva, usa, no lugar de Estado Social, a expressão “Estado Socialista” para conceituar o Estado marxista:

“O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não se renuncia.

Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.

(...)

O Estado social da democracia distingue-se, em suma do Estado social dos sistemas totalitários, por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídica constitucional, a garantia de tutelar dos direitos da personalidade.”⁵⁷

O Estado social existente em uma economia capitalista, é aquele caracterizado pela intervenção estatal nos mais diversos aspectos da vida da sociedade, sem que haja, todavia, um completo tolhimento da liberdade individual. Ou seja, essa intervenção caracteriza-se pelo estabelecimento de regras cogentes, sobre as quais nenhuma das partes poderá dispor em sentido contrário, com o intuito de minimizar o conflito existente entre as diversas classes sociais, seja no aspecto econômico, seja no aspecto intelectual;⁵⁸ a intervenção do legislador será feita com o intuito

⁵⁶ Cf. SILVA, José Afonso da, 2001, p. 124.

⁵⁷ Bonavides, Paulo, 2004, p. 184 e 204.

⁵⁸ “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego,

de substituir a igualdade formal existente no Liberalismo, pela igualdade material.

Como bem observado por Gustavo Tepedino, “*a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais (...).*”⁵⁹

Portanto, o Estado Social, diferentemente do que ocorria no Liberalismo, muda o foco da atenção legislativa: em vez do indivíduo, a coletividade, em vez da propriedade ilimitada, a propriedade que deve desempenhar o papel exigido pela sociedade, em vez do *pacta sunt servanda* a qualquer custo, a justiça contratual e a possibilidade de revisão contratual.

Em suma: o Estado Social tem uma visão coletiva dos membros que o compõem e, com isso, visa a harmonia social, que se estabelece por meio da diminuição dos grandes contrastes existentes entre seus membros, sem que viole os princípios cardeais do Capitalismo.

No Brasil, pela simples leitura do preâmbulo e dos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal, já se pode notar a conotação social que tomou o Estado, pois se observa com clareza a preocupação com o ser humano, considerado não só de maneira individual, como também inserido dentro do contexto social. Os membros da sociedade brasileira, como um todo, de meros coadjuvantes, passaram a ser protagonistas da nação.

De fato, o artigo 1º da Constituição Federal determinou que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, ou seja, que o país é regido por uma Constituição, linha mestra do ordenamento jurídico, com a

protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.” *ibidem*, p. 186.

⁵⁹ Tepedino, Gustavo, 2001, p. 201

efetiva participação popular no exercício do poder, de maneira direta - plebiscito e/ou referendo - ou indireta, por meio de seus representantes eleitos.

O Estado Democrático de Direito, conforme salienta Carlos Ari Sundfeld⁶⁰, é dotado dos seguintes elementos:

- a) criado e regulado por uma Constituição;*
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;*
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;*
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;*
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.*

Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).

O Estado Democrático de Direito é um elemento essencial para que se estabeleça a força normativa da Constituição. Sem abordar o tema com profundidade, como o fizeram Ferdinand Lassale, Konrad Hesse, Hans Kelsen e Carl Schmitt, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito garante a força normativa da Constituição em todos os seus aspectos.

A Constituição, na tradicional classificação de José Afonso da Silva, apesar de trazer em seu bojo normas de conteúdo programático, ou seja, normas que estabelecem programas a serem cumpridos futuramente⁶¹, deve ser observada inteiramente. As normas programáticas, apesar de não possuírem aplicação imediata, servem de orientação e limitação para a produção normativa e para a conduta adotada por agentes públicos e

⁶⁰ Sundfeld, Carlos Ari, 1993, p. 53.

⁶¹ Cf. SILVA, José Afonso da, 2002, pp. 136/137.

privados, que, em nenhuma hipótese, poderá ser contrária à essência de tais normas, sob pena de inconstitucionalidade.⁶²

Portanto, o governo do Brasil é feito pelo povo e para o povo, com a necessária submissão à Constituição, que não traz em seu bojo qualquer disposição inócua ou vazia, devendo, pois, ser observada em todos os seus termos, como quis o povo, titular último do Poder Constituinte Originário.

A Constituição Federal de 1988, de cunho analítico, internou os direitos humanos no Brasil, disciplinando relações de caráter exclusivo de direito privado, como a igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família.

A dignidade da pessoa humana, assim como ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do homem, recebeu especial tratamento, servindo como princípio-vetor, alicerce das demais normas constitucionais e infra-constitucionais, servindo, pois, de norte interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro.

O preâmbulo da Constituição, apesar de não conter a imperatividade própria das normas jurídicas, serve de norte ao operador do Direito, no momento da interpretação das normas constitucionais⁶³, ou seja, o resultado da interpretação deve estar em consonância com o texto contido no preâmbulo da Constituição, o qual afirma que, dentre outras coisas, o Estado Democrático visa assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça, como valores de uma sociedade fundada na harmonia social.

Portanto, qualquer interpretação que resulte na negação ou desvirtuamento dos valores acima descritos, deve ser considerada inválida.

⁶² Idem, Ibidem, pp. 153/155.

⁶³ Cf. Moraes, Alexandre de 2002, p. 49.

Uma vez abordado o rumo interpretativo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário, mister se faz analisar a posição da liberdade contratual na Constituição Federal e o princípio que a informa, para que, em seguida, sejam analisados os princípios constitucionais que dão fundamento à função social do contrato, como forma de limitar a liberdade contratual.

Ressalte-se, desde já, que a aplicação deles sempre estará condicionada ao método da proporcionalidade, que, como acima demonstrado, objetiva aplicar o melhor princípio ao caso concreto sem que, com isso, aquele princípio que deixou de ser aplicado tenha sua eficácia anulada.

III- A POSIÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL E OS LIMTES IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. BREVE INTRODUÇÃO: PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS

Antes de se adentrar propriamente na questão atinente à posição da liberdade contratual na Constituição Federal e aos princípios que a limitam, mister se faz discorrer, ainda que brevemente, sobre princípios e valores constitucionais, pois, sem dúvida alguma, será de grande valia para a compreensão dos tópicos subseqüentes, já que todos eles versam sobre princípios constitucionais, fazendo-se necessário apontar qual a importância deles para o ordenamento jurídico brasileiro.

Destaque-se, todavia, que o intuito deste item é apenas delinear os contornos gerais dos princípios, que interessam para o desenvolvimento dos itens subseqüentes. Assim, nem de longe se pretende apontar todos os contornos dos princípios e nem tampouco esgotar qualquer aspecto atinente a eles, porque isso, certamente, precisaria ser objeto de monografia específica.

Princípios distinguem-se dos valores constitucionais, porque estes são os ideais que a Constituição pretende alcançar, enquanto os princípios são a tradução de tais valores, isto é, nada mais são do que os valores constitucionais providos de conteúdo normativo.⁶⁴

⁶⁴ Cf. Oppo, 1991.

Observe-se a lição de Rothenburg, sobre o tema: “*Se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a*

Robert Alexy afirma que

“Toda colisión de principios pode ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué há de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Uma pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene um status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y outra con ropaje axiológico.”⁶⁵

Nesse sentido, pode-se entender que o preâmbulo da Constituição Federal contém valores, já que, apesar de ser o norte interpretativo das normas constitucionais, é desprovido de conteúdo normativo, enquanto o corpo da Constituição contém princípios, já que provido de conteúdo normativo.⁶⁶

distinção está em que constituem eles a expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio) (1999, p. 16)

⁶⁵ 1994, p. 164. *“Toda colisão de princípios pode ser entendida como uma colisão de valores e toda colisão de valores como uma colisão de princípios. A única diferença reside no fato de que, nas colisões de princípios, deve ser definido o que é devido enquanto na solução de uma colisão de valores, o que se respnde é, em definitivo, o que é melhor. Um norma que diz o que é devido, isto é, o que é o ordenado, o proibido ou o permitido, tem caráter deontológico. Em contrapartida, se diz que é bom ou mau ou melhor ou pior, tem um status axiológico. Portanto, princípios e valores são a mesma coisa, ora com roupagem deontológica, ora com roupagem axiológica.”* (tradução livre).

⁶⁶ *“O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar, diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.”*(Morais, 2002:49)

Walter Claudius Rothemburg tem entendimento diverso, pois afirma que o preâmbulo tem a mesma força normativa dos demais princípios constitucionais: *“Contudo, onde aparecer, o preâmbulo deve merecer prestígio em toda sua capacidade normativa. Ele há de possuir a mesma “força” jurídica de quaisquer outros espaços normativos, identifica embora uma certa peculiaridade funcional - de revelação, de aglutinação e de inspiração - dos preâmbulos (Miranda 1988:209-10), já vista, e que em parte se prende às características que os princípios apresentam.”*

Justamente por ter conteúdo deontológico, os princípios são espécies de normas, devendo-se acrescentar que, na hipótese de inobservância, há o conseqüente sancionador.⁶⁷

Todavia, os princípios diferem-se das regras, também espécies de normas, porque, enquanto os princípios têm conteúdo mais genérico e abstrato, amoldando-se a uma variedade maior de situações concretas, as regras têm conteúdo mais específico e objetivo, amoldando-se a uma variedade menor de situações concretas.⁶⁸

Note-se que o fato das regras serem menos abstratas e genéricas que os princípios, não é suficiente para desvirtuar a característica de abstração e generalidade que elas contêm. O que existe, como bem apontado por Jean-Louis Bergel, é uma diferença de nível de abstração e generalidade no conteúdo de princípios e regras:

“...toda regra jurídica é, por definição, geral; mas a generalidade da regra jurídica não é entendida no mesmo sentido que a de um princípio. Uma regra é geral, pois é ‘estabelecida por um número indeterminado de atos ou fatos’. Isso não a impede de ser, de outro ponto de vista, especial, regendo apenas ‘estes ou aqueles fatos’ correspondentes a seu objeto. Um princípio, ao contrário, é geral ‘pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações’.”⁶⁹

Além do nível de abstração e generalidade, há outro ponto que estabelece a diferença entre ambos: a aplicabilidade de uma regra em detrimento de outra e a aplicabilidade de um princípio em detrimento de outro. Se houver conflito de regras, necessariamente uma será válida e outra inválida, acarretando, pois, na exclusão dessa última do mundo jurídico. Se houver colisão de princípios, por meio da aplicação do

⁶⁷ Cf. Carvalho, Paulo de Barros 1998, pp. 29/53.

⁶⁸ “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.” (Barroso, Luiz Roberto 2001, p. 21)

método da proporcionalidade, um princípio cederá passo ao outro, naquele específico caso, sem que, contudo, seja extirpado do mundo jurídico.

Robert Alexy descreveu de maneira bastante clara essa distinção:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas como normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada.”⁷⁰

Nesse ponto, é importante repisar que os princípios não estão submetidos a uma regra de validade que seja capaz de extirpá-los do ordenamento jurídico. Se um princípio se amoldar melhor a um caso

⁶⁹ Bergel, Jean-Louis, 2001, p. 110.

⁷⁰ Alexy, Robert, 1994, 162. O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandatos de otimização enquanto as regras têm caráter de mandatos definitivos. Como mandatos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fácticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fácticas como jurídicas, que estão determinadas não só por regras, mas também, essencialmente, pelos princípios opostos. Este último implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, necessitam dela. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Por outro lado, as regras, como normas que sempre ou sempre são satisfeitas ou não são. Se uma regra vale e é aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos. Nesse sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fáctica e jurídicamente possível. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada.” (tradução livre)

concreto, poderá ser aplicado em detrimento de outro, sem que com isso, esse outro princípio seja excluído do mundo jurídico. E para que se saiba qual é o princípio que deve ser aplicado a um determinado caso concreto, o operador do direito deve se utilizar do método da proporcionalidade.⁷¹

Luis Roberto Barroso justifica da seguinte forma a existência e a solução da colisão entre princípios, sem que haja exclusão de qualquer um deles do ordenamento jurídico:

“Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.”⁷²

Os princípios constitucionais, apesar de formados em sua maioria de acordo com as normas de direito privado que foram construídas ao longo do tempo, são superiores aos princípios gerais de direito e com eles não se confundem⁷³, devendo servir como norte, como fundamento à

Cf. Lorenzetti. Ricardo Luis, 1998, p. 317.

⁷¹ Diz-se método e não princípio da proporcionalidade, porque, como bem observado pelo Professor André Ramos Tavares, em uma de suas aulas sobre Teoria Geral do Direito, proferidas no Curso de Mestrado da PUC/SP, admitir que a proporcionalidade fosse um princípio e não um método, seria admitir que, como princípio que é, também estaria sujeita a algum tipo de proporcionalidade, o que lhe retiraria a característica de “balança” para a aplicação dos demais princípios.

Cf. Ingo Wolfgang Sarlet: *“o chamado princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas (...) num postulado normativo aplicativo”, que estabelece uma “estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos” em uma colisão* (2000, p. 199).

Sobre a natureza da proporcionalidade, cf. Barros. Suzana de Toledo, 2003, pp. 94/96.

⁷² *Ibidem* pp. 21-22.

⁷³ Nesse sentido, observe-se a lição de que José Afonso da Silva, que, apesar de tratar da distinção entre princípios constitucionais e princípios gerais de direito constitucional, também

aplicação das normas infraconstitucionais, ao invés de serem aplicados somente como último recurso na hipótese de omissão legal conforme a determinação da Lei de Introdução do Código Civil.

Os princípios constitucionais servem para orientar toda a produção normativa, bem como para orientar a interpretação e aplicação do Direito. Qualquer conduta no sentido de contrariar tais princípios, será considerada inconstitucional. Em última análise, os princípios constitucionais são as vigas de sustentação à produção normativa e com ela guardam uma posição ativa, pois, sem eles, as normas carecerão da validade, já que estarão eivadas de inconstitucionalidade.

Por outro lado, os princípios gerais de direito, a princípio, em nada interferem na produção normativa ou ainda na interpretação e aplicação do Direito. Enquanto houver normas positivas regulando as condutas sociais, ou na ausência delas, enquanto o operador do Direito puder valer da analogia ou dos costumes, os princípios gerais de direito não serão invocados e, portanto, nenhuma força normativa terão.

Assim, diferentemente dos princípios constitucionais, os princípios gerais de direito guardam uma posição passiva em relação ao ordenamento jurídico, o que serve ainda mais para corroborar a diferença entre esses e aqueles.

Segundo Gustavo Tepedino⁷⁴

“A Carta constitucional não se constitui em mera Carta política, como querem muitos, configurando-se ao revés no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. Disso resulta que os princípios

pode ser estendida para se compreender a diferença entre aqueles e os princípios gerais de direito em sentido amplo:

“Temos que distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais de Direito Constitucional. Vimos lá que os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, ‘que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.” (Ibidem, 2001, p. 99).

⁷⁴ Tepedino, Gustavo, 2001, p. 208.

*dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas portanto como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, a legislação especial, a analogia e os costumes, não se confundindo, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito de que trata o aludido art. 4º da Lei de Introdução.*⁷⁵

Walter Claudius Rothenburg complementa a lição de Gustavo Tepedino, afirmando que “... os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação - e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.”⁷⁶

Os princípios constitucionais que a seguir serão abordados podem ser imediatamente aplicados, não só pela força normativa neles contida, como também em decorrência da chamada “ponte constitucional” contida no artigo 5º, § 2º, que serve para inserir no rol do artigo 5º todos os demais direitos e garantias dispersos ao longo da Constituição Federal e atribuir-lhes aplicação imediata, na forma do § 1º desse mesmo artigo.⁷⁷

⁷⁵ Diferentemente de Gustavo Tepedino, Walter Claudius Rothenburg, em monografia sobre o tema, afirma que não há diferença entre princípios constitucionais e princípios gerais de direito. *In verbis*:

“os princípios constitucionais outros não são que os ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito (de um determinado Direito, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico”. (Ibidem, p. 15).

⁷⁶ Ibidem pp. 17/18.

⁷⁷ José Afonso da Silva divide os princípios, que a seguir serão vistos, em “princípios político-constitucionais” “princípios jurídico-constitucionais”. :

“Princípios político-constitucionais- constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípio, isto é, ‘normas fundamentais que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social’. Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição’, segundo Gomes Canotilho, ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição, cujo conteúdo geral veremos mais abaixo.

Sem dúvida alguma, a liberdade contratual é não só oriunda de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal) e dos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, *caput*) como também do direito fundamental de liberdade de ação, previsto no artigo 5º, inciso II da Magna Carta. Já os limites a ela impostos – dignidade da pessoa humana e solidariedade - são, respectivamente, fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III e 3º, inciso I e repetidos no artigo 170, *caput* da Constituição Federal.⁷⁸

Mesmo que a Constituição Federal tivesse silenciado a respeito dos princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da solidariedade, estes também poderiam ser aplicados em decorrência da já existente previsão deles em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.⁷⁹

É por isso que, independentemente de previsão infra-constitucional nesse sentido, já se poderia falar em aplicação da função social do contrato como decorrência lógica das normas contidas na

Princípios jurídico-constitucionais – São princípios constitucionais gerais *informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do nulum crimen sine lege e da nulla poena sine lege, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º), os quais serão destacados e examinados nos momentos apropriados.*” (Silva, 2001:97).

⁷⁸ “Isto posto, os ‘sumos’ princípios constitucionais, capazes de envolver os princípios do direito privado, ainda que sua raiz diga respeito à mesma estrutura da sociedade e do Estado, como emergem dos art. 2, 3, 4, 13 ss., 41, 42 da Constituição, aparecem, de maneira muito sintética, como os seguintes: inviolabilidade dos direitos humanos e portanto essencialmente princípios de proteção da liberdade e dignidade; princípio da solidariedade (política, social, econômica, familiar); princípio da igualdade.” (Oppo, *ibidem*)

Esses princípios, somados a outras normas e princípios constitucionais são denominados, por Antonio Menezes Cordeiro, de “constituição patrimonial privada”. (Cordeiro *in* Miranda, 1979, p. 372)

⁷⁹ A discussão sobre a efetiva aplicabilidade imediata, no âmbito interno, dos Tratados Internacionais, especialmente os que versassem sobre direitos humanos, deixou de existir com a Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, não deixando mais qualquer margem para a discussão sobre o tema: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Constituição Federal. A conjugação dos princípios da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade⁸⁰ já seria suficiente para ser extrair que a liberdade contratual poderia ser exercida observando-se sempre a função social que lhe cabia.

Naturalmente, a concretização da função social do contrato seria muito mais trabalhosa e, até certo ponto, etérea, se fosse feita somente a partir da aplicação dos princípios constitucionais em questão, por causa no conteúdo vago e genérico de cada um deles⁸¹. Com a previsão do artigo 421 do Código Civil de 2002, a aplicação da função social do contrato tornou-se muito mais palpável, apesar de ainda conter certa vagueza em seu conteúdo, característica essa que será abordada no momento oportuno dessa dissertação.

O que importa, neste primeiro momento, é que os princípios constitucionais têm aplicabilidade imediata e vinculam a conduta de todos os operadores do Direito. Qualquer conduta que os contrariem é inconstitucional e, portanto, inválida.

2. A POSIÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

A liberdade contratual é espécie de uma das liberdades constitucionais e, em seus diversos aspectos⁸², tem seu fundamento constitucional no princípio da livre iniciativa, contido no artigo 1º, inciso IV e no artigo 170 *caput*. Também está fundada no artigo 5º, inciso II, já que,

⁸⁰ “... é forçoso observar que a função social do contrato acaba consubstanciando, a rigor, tanto um princípio expresso, já não fosse, agora, a explícita redação do novo Código Civil, dimanado do texto inequívoco da Constituição Federal, nos dispositivos já citados, ou, quando menos, um princípio implícito, deles haurido, inferido mesmo do sentido solidarista que marca a Carta Maior, sempre com potencialidade, já examinada, de concreção.” (Godoy, 2004, p. 99).

⁸¹ “Da generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhe amoldarem-se à diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social. Essa é característica predominantemente formal: prende-se antes à expressão lingüística dos princípios que a seu sentido, visto que este deve ser sempre preciso em dado contexto, refletindo com precisão a tradução jurídico normativa soa valores mais caros e oportunos.”(Rothenburg, Walter Claudius, *ibidem*, p. 21)

⁸² A liberdade contratual pode ser exercida no âmbito patrimonial ou no âmbito extrapatrimonial (ex. transplante de órgãos, inseminação artificial etc. – Cf. Perlingieri, Pietro 2001). Pode ainda ser exercida em seu aspecto econômico, em que há empresas como sujeitos da relação contratual. Por isso há diversos fundamentos constitucionais para a liberdade

sem dúvida alguma, a conduta humana, na qual se inclui a liberdade contratual, somente pode ser limitada por meio de lei em sentido amplo⁸³, isto é, somente por meio de qualquer norma emanada do Poder competente para tanto, cuja elaboração tenha observado o devido processo legal material.⁸⁴

A Constituição Federal, como acima dito, adotou um perfil bastante social que refletiu, na seara da liberdade contratual, a preocupação com a coletividade em detrimento do individual. O ordenamento jurídico brasileiro, como forma de perseguir a igualdade material entre as partes, em contraposição à igualdade formal do Liberalismo, manteve a liberdade dos indivíduos contratarem com quem quisessem, como quisessem e quando quisessem, mas impôs alguns limites e exceções, dentre os quais estão a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a obrigação de contratar, em alguns casos (Ex. Planos de Saúde).⁸⁵

Isso não quer significar que a liberdade contratual perdeu importância. Pelo contrário, pela posição constitucional que lhe foi designada – princípio fundamental e garantia constitucional – deve-se admitir que ela recebeu especial tratamento constitucional. O que houve, com essas limitações constitucionais, foi a adequação da liberdade contratual ao momento histórico vivido, em que não mais se admite o império do forte sobre o fraco e se busca o convívio harmônico de toda a sociedade, com oportunidades iguais para todos, respeitadas, obviamente, as diferenças inerentes a cada um.⁸⁶

contratual. Todavia, como não é o cerne dessa monografia fazer distinção entre eles, importa apenas apontar as várias localizações constitucionais da liberdade contratual.

⁸³ “Com efeito, afirmar que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, vê a ser o mesmo que afirmar a regra da liberdade para fazer tudo o que não se encontra vedado expressamente e ainda, a possibilidade jurídica de que o indivíduo dirija seu comportamento segundo seus interesses privados, levando a efeito qualquer conduta desde que não haja expresse mandamento em sentido contrário.” (Souza, Ercias in Lotufo, 2001, p. 73)

⁸⁴ “Dele (artigo 5º, inciso II) se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.” (Silva, José Afonso da, 2001, p. 239).

⁸⁵ Sobre a imposição de limites à autonomia privada, por meio de finalidades/funções impostas pelo ordenamento jurídico, cf. Ferri, Luigi, 1969, pp. 358/360.

⁸⁶ Cf. Miranda, Custódio da Piedade Ubaldino, 1989, pp. 63/64.

Nesse sentido, Massimo Bianca aponta que o princípio da livre iniciativa é a tradução da liberdade contratual na Constituição Federal, mas afirma que, como não é o único valor existente na sociedade, deve ser compreendida dentro do contexto configurado pela Constituição.

“ In realtà, il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi – a prescindere da una specifica formula normativa – un valore basilare dell’ordenamento. Nel campo dei rapporti economici questo valore trova riconoscimento nel principio della libertà di iniziativa, di cui l’autonomia privata è strumento necessario.

(...)

La libertà negoziale rimane comunque un valore costituzionale e le sue limitazioni devono appunto essere socialmente giustificate risolvendosi altrimenti nella lesione di un diritto fondamentale della persona.”⁸⁷

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, por seu turno, complementa a lição de Bianca, afirmando que

“...o ato em si de iniciativa já deve exprimir um conteúdo valorativo que o faça digno de proteção jurídica, de tutela do ordenamento. Não se crê haja como que uma “última praia”, para usar a expressão lembrada por Gustavo Tepedino, ou um espaço totalmente infenso ao influxo da atuação promocional, destarte positiva, das normas de intervenção, devendo a manifestação da vontade já trazer em si um conteúdo que se possa valorar de acordo com o programa constitucional e legal. E assim sucedendo, por si só o exercício da liberdade contratual já revela um conteúdo de promoção das escolhas valorativas do sistema.”⁸⁸

Portanto, a liberdade contratual não pode ser mais entendida como aquela liberdade do século XVIII e XIX, em que predominava a idéia

⁸⁷ *“Na realidade, o reconhecimento da liberdade do sujeito de dispor dos próprios bens e de obrigar-se com outros segundo suas escolhas, deve se considerar – a prescindir de uma fórmula normativa específica – um valor basilar do ordenamento. No campo das relações econômicas, este valor encontra reconhecimento no princípio da liberdade de iniciativa, da qual a autonomia privada é instrumento necessário.*

(...)

A liberdade negocial continua sendo um valor constitucional e suas limitações devem ser socialmente justificadas, resolvendo-se na lesão de um direito fundamental da pessoa.”
(tradução livre - Bianca, 1998, p. 32)

⁸⁸ Godoy, Claudio Luiz Bueno de, 2004, p. 24.

do “*laissez faire laissez passer le mond va par lui meme*”. A liberdade contratual, como visto no capítulo I, deve ser entendida sob o enfoque de que “*entre o forte e o fraco é a lei que liberta e a liberdade que escraviza*”. Isso significa que, para que tenha proteção legal, deve ser exercida não só observando-se o interesse meramente individual, mas também o interesse coletivo. Ou seja, nos termos da Constituição Federal, a liberdade contratual pode ser exercida sem qualquer empecilho, desde que o seja levando-se em consideração os princípios que lhe dão limitação, quais sejam, dignidade da pessoa humana e solidariedade, que serão, a seguir, abordados.⁸⁹

3. LIMITAÇÃO À LIBERDADE CONTRATUAL: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se encontram os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa. Por outro lado, o artigo 170 da Constituição Federal fixa a dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento, a viga mestra de todos o direitos e garantias fundamentais, contidos no Título II e nos demais dispositivos constitucionais, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. É também uma das finalidades da ordem econômica, o que lhe confere dupla importância constitucional, porque norteia não só os direitos individuais e sociais, como também os direitos econômicos.

⁸⁹ “*Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido são adequados. Tome-se, como exemplo, a atividade complexa e articulada das empresas.*

Nesta perspectiva, deve ser conduzido o exame paralelo entre autonomia privada e autonomia coletiva. A auto-regulamentação, que em uma visão individualista tinha sido atribuída ao sujeito como tal, ao poder da vontade individual, refere-se ao poder do grupo (não somente sindical, como freqüentemente se crê) organizado como instrumento, como formação social, para tornar possível a participação de todos na vida do país e favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa.” (Perlingieri, 2002, pp. 280/281)

Conceituar "dignidade da pessoa humana" é uma tarefa árdua, tendo em vista a fluidez e vagueza da expressão.

O dicionário⁹⁰ define "dignidade" como ... 5. *Respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor*, podendo-se concluir que a dignidade da pessoa humana é o mínimo intangível inerente a qualquer ser humano, que não pode ser violado por terceiros e nem por si mesmo, responsável por conferir-lhe uma existência digna, em que não apenas se sobreviva, sob quaisquer condições, mas que lhe assegure o desenvolvimento de todos os elementos componentes da personalidade humana. Não é conceito que comporte qualquer padronização de conteúdo, porque é inerente a cada ser humano e o que para um pode ser elemento componente de sua própria dignidade, para outro pode não o ser. O que se deve ter sempre presente é que dignidade deve trazer em seu bojo os elementos necessários para que o ser humano possa desenvolver sua personalidade de maneira livre.⁹¹

J. J. Gomes Canotilho afirma que

“a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização

⁹⁰ FERREIRA, 1994/1995, p. 222.

⁹¹ *“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.*

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.” (Barroso, Luis Roberto, 2001. pp 26/27)

Cf. Nery, Rosa Maria de Andrade, 2002, p. 114.

Cf. Flores-Valdés, Joaquim Arce y, 1990, pp. 103/105.

política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais.”⁹²

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e serve para dar unidade aos demais direitos e garantias fundamentais, porque estes, em última análise, são veículos para que tal fundamento possa ser externado em seus mais diversos aspectos, como por exemplo, o aspecto religioso.⁹³

Justamente por ser o princípio-vetor dos demais princípios constitucionais, pode ser apontada como a pedra fundamental dos direitos da personalidade. E, por isso, tem os mesmos atributos dos direitos da personalidade, os quais foram bem delineados por Renan Lotufo:

“Diz-se que os direitos da personalidade são o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente. Diz-se que são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários.

Absolutos, porque são de tal ordem que devem ser observados, respeitados, por todos.

Extrapatrimoniais, porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas.

São ditos imprescritíveis no sentido de que o exercício do direito pode dar-se a qualquer momento na preservação de sua esfera de integridade, física ou moral.

Indisponíveis, porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade. Bem por isso jamais poderão ser objeto de expropriação. Convém lembrar que houve sistemas no curso da história que admitiam a disposição, resultando na legalidade da escravatura.

Importa salientar, quanto à intransmissibilidade, que, por ser inerente à pessoa, não se admite transmissão nem causa mortis.

Vitalícios, porque integrados à vida do titular, e, enquanto esta existir, perduram seus direitos, alguns dos quais podem produzir efeitos post mortem.

Necessários, porque não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da

⁹² Canotilho, J.J. Gomes, S/d p. 225.

No sentido de que a dignidade da pessoa humana pressupõe a existência de uma sociedade jurídica, cf. Ferri, Luigi, 1696, p. 243.

⁹³ Cf. Popp, Carlyle, in Lotufo, 1999, p. 170.

própria vida; são imprescindíveis à própria vida.”⁹⁴

Aos elementos caracterizadores dos direitos da personalidade e, portanto, da dignidade da pessoa humana, poder-se-ia adicionar mais um: a mutabilidade, porque seu conceito e conteúdo serão sempre permeados pela direção que lhes dá a sociedade, em diferentes períodos históricos, os quais são formados por diferentes concepções políticas, morais, religiosas, econômicas e culturais.⁹⁵

A livre iniciativa, por seu turno, deve ser entendida no contexto histórico da Constituição de 1988, ou seja, como uma liberdade que sofre limitações impostas pelo Estado, que passou a preocupar-se mais com a ordem social, diferentemente daquela liberdade da época da Revolução Francesa, ilimitada e individualista. Isso pode ser observado com a leitura do artigo 170 da Constituição Federal, que atribui à dignidade da pessoa humana uma das finalidades da ordem econômica.

“Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Observe-se ademais, neste passo, que a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de

⁹⁴ Lotufo, Renan, 2003, p. 49.

⁹⁵ *“La nozione di ‘dignità umana’ non può essere definita e/o imessa in una immutabilità della norma costituzionale espressa e/o inespressa, ma va sempre più ampliata nell’area di rilevanza di considerazioni dogmatiche afferenti ai più svariati istituti di diritto positivo (...). Con ciò non si vuole rendere tale nozione una ‘panacea’ di funzioni e di vincoli: è questione dell’adeguatezza sócio-strutturale funzionale. Del suo concetto giuridico nel tempo presente.”* (Bartolomei, s/d, p. 64). A noção de dignidade humana não pode ser definida e/ou colocada numa imutabilidade da norma constitucional expressa e/ou não expressa, mas está sempre mais ampliada na área da relevância de considerações dogmáticas referentes aos mais variados institutos do direito privado. (tradução livre)

todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.”⁹⁶

Portanto, o exercício da liberdade contratual deve se coadunar com os fins colimados pela Constituição Federal, ou seja, não pode ser exercido ilimitadamente, sob pena de violar outro princípio constitucional - a dignidade da pessoa humana⁹⁷ - e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como adiante se verá com mais vagar. E como princípio-vetor que é tem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Note-se que a Constituição Federal de 1988, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conseguiu mitigar os valores de liberdade e igualdade, para que pudessem conviver harmonicamente. Não há o Estado Liberal absoluto, com presença negativa, nem tampouco o Estado Intervencionista absoluto, com presença positiva na esfera privada dos cidadãos.

O que a Constituição prevê é um Estado que se preocupa em respeitar a vida privada e a livre iniciativa dos indivíduos, mas que também se preocupa com o bem-estar e desenvolvimento da coletividade. E essa

⁹⁶ Grau, 2003. p 177.

⁹⁷ “... tendo em vista que a razão de existência da dignidade da pessoa humana está em Deus, sobretudo na doutrina cristã, cabe ao Estado respeitá-la e protegê-la. O respeito decorrerá de uma postura abstencionista. Ou seja, abster-se-á de realizar qualquer ato, direto, judicial ou legislativo, que possa afetar a dignidade. A proteção decorrerá da utilização de mecanismos profiláticos, sobretudo legislativos, que visem a impedir que os particulares criem situações que afetem tal valor supremo. Deve o Estado laborar com toda a energia possível, dentro dos limites do princípios da proporcionalidade, utilizando-se dos meios de que dispõe para evitar que o home atente contra a dignidade. Limita—se a atuação nefasta à ordem natural e constitucional, Impedir a degradação da dignidade é protegê-la.”(Popp in Lotufo, 1999, pp. 168/169.)

“L’esigenza del rispetto della personalità, del suo libero sviluppo, incide sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e sulla funzione dell’autonomia privata, sull’interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull’individuazione dei confini dell’illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche di quelli patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell’associazionismo e dei suoi possibili scopi; incide, insomma, su tutto l’assetto del vivere in ‘comunità’”.(Perlingieri, 2001, pp. 325/326). A exigência de respeito à personalidade, do seu livre desenvolvimento, incide sobre a noção de ordem pública, seus limites e sua função de autonomia privada, sobre a interpretação dos atos que são sua manifestação, sobre a individuação dos limites do ilícito e do seu fundamento, sobre a configuração não apenas das relações familiares mas também daquelas patrimoniais, sobre a concessão e sobre a tutela da relação de trabalho, sobre o juízo de mérito da associação e de

preocupação pode tender ora mais para um lado, ora mais para outro, sempre se levando em conta o termômetro da dignidade da pessoa humana, seja em seu aspecto puramente subjetivo, seja em seu aspecto objetivo, em que recebe a denominação de princípio da solidariedade, previsto pelo artigo 3º da Constituição Federal.

4. LIMITAÇÃO À LIBERDADE CONTRATUAL: O PRINCÍPIO SOLIDARIEDADE

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade, prevista pelo artigo 3º da Constituição Federal, nada mais são duas que faces diferentes de uma mesma moeda. Isso porque a dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob a ótica meramente individual, subjetiva, isto é, levando-se em consideração o indivíduo de maneira isolada ou pode ser analisada sob a ótica coletiva, objetiva, levando-se em consideração o indivíduo inserido num contexto social. Na primeira hipótese, a denominação que receberá será simplesmente dignidade da pessoa humana, enquanto, na segunda hipótese, receberá a denominação de solidariedade.⁹⁸

Para que haja efetiva aplicação da solidariedade a que a Constituição se refere, que, em relação à matéria objeto desta dissertação, recebe a denominação de justiça contratual⁹⁹, certamente deverá ser analisada a dignidade de mais de um indivíduo, dentro de um contexto social. Para que isso ocorra e para que o privilégio de uma das partes não viole a dignidade da outra parte, mister se faz que ambas sejam ponderadas de maneira harmoniosa, o que se dá por meio da solidariedade.

seus possíveis escopo; incide, em suma, sobre toda a ordem de convivência em comunidade. (tradução livre)

⁹⁸ Sobre a solidariedade nas relações contratuais, cf. Mazeaud, Denis, 1999, pp. 605/609.

⁹⁹ A justiça contratual pode ser considerada gênero da justiça social. Nesse sentido, é interessante observar como Eros Roberto Grau aproxima a justiça social da dignidade da pessoa humana: “ *A ordem econômica, como vimos, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme – diz o art. 170, caput – os ditames da justiça social(...). Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoa, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica.*” (ibidem, pp. 203/204).

Cf. Raposo, Paulo Marcelo Wanderley, in Lotufo, Renan, 2002, p. 82.

José Afonso da Silva, ao comentar o conceito e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, destaca a necessidade de compreendê-la não só do ponto de vista individual, como também do ponto de vista coletivo, o que dá embasamento à afirmação feita acima, no sentido de que dignidade da pessoa humana e solidariedade são faces da mesma moeda. *In verbis*:

“Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”¹⁰⁰

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana, em sentido coletivo, pode ser denominada solidariedade, porque, com isso, dar-se-á efetiva aplicação ao princípio de que a ninguém é dado lesar a outrem.

Portanto, assim como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade é outro limite constitucional imposto à liberdade contratual, porque sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se poderia admitir que o exercício da liberdade contratual por qualquer pessoa pudesse atingir tal amplitude que ferisse tal objetivo constitucional.¹⁰¹

¹⁰⁰ Silva, José Afonso da, 2001, p. 109.

Cf. Perlingieri, Pietro, 2002, p. 285.

¹⁰¹ Cf. Carresi, Franco, 1987, pp. 341/344.

A massificação da sociedade, como abordado no capítulo anterior, incrementou a divisão do trabalho podendo-se apontar como ápice dessa divisão a criação da produção em série por Ford. Isso quer significar que um elo da produção depende de outro, para que o produto final possa ser elaborado; se um dos elos da cadeia produtiva falhar, toda a produção estará comprometida.

Ampliando esse exemplo, pode-se concluir que a sociedade como um todo pode ser observada como uma grande cadeia produtiva, em que o consumidor depende do varejista que, por sua vez, depende do distribuidor, o qual depende de diversos intermediários, para, finalmente, alcançar-se a figura do produtor. Obviamente, essa ampliação não quer significar que toda a sociedade atual está submetida, em última análise, a relações de consumo; o que se quis demonstrar com esse exemplo é que toda sociedade está, de alguma forma, conectada e que, por isso, seus membros dependem um do outro para sobreviver.

Todavia, a solidariedade, gerada pela interdependência existente entre os membros de uma sociedade, não pode ser mais entendida como aquela solidariedade espontânea originalmente existente. Deve ser entendida como uma solidariedade orgânica, em que um indivíduo depende do outro para sobreviver.

Diante desse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro tende a dar mais importância para o coletivo do que para o individual, sem que, com isso, suprima toda a liberdade contratual. Ou seja, como as relações contratuais atingiram um patamar em que o fracasso de um pode significar o fracasso de vários, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar importância para essa questão, ao determinar que um dos objetivos fundamentais da República federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁰²

¹⁰² Cf. Silva, Luis Renato Ferreira da, *in* Sarlet, 2003, p. 130/133.

A liberdade contratual pode ser exercida livremente, até porque é fundamento da República Federativa do Brasil e garantia constitucional fundamental, nos termos dos artigos 1º, inciso IV e 5º, inciso II, da Constituição Federal. Todavia, no plano coletivo, encontra limite no objetivo constitucional da solidariedade, para que, em última análise, a própria liberdade contratual, exercida de maneira socialmente útil, possa ser preservada para todos, de maneira justa e a preservar a dignidade de cada um.

Massimo Bianca sintetiza da seguinte maneira a limitação imposta à liberdade contratual pelo princípio da solidariedade:

“L’autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l’idea secondo la quale solo ed esclusivamente l’individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società Del nostro tempo.

Il riconoscimento della libertà de singolo s’inserisce ormai in una concezione dell’ordinamento Che s’ispira al prevalente valore dessa solidarietà sociale, qual valore di fondo della nostra Costituzione.

(...)

Lo Stato non può allora limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di rigolare da sé i propri interessi se questo diritto diviene uno strumento di abuso a danno degli altri. L’intangibilità della volontà individuale cede di fronte all’esigenza di giustizia sociale. Con particolare riguardo all’iniziativa privata econômica, essa è costituzionalmente garantita, ma tal iniziativa non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale.”¹⁰³

¹⁰³ “A autonomia privada representa ainda um aspecto que não pode ser eliminado da liberdade da pessoa e, portanto, da liberdade negocial. Mas, a idéia segundo a qual somente e exclusivamente o indivíduo pode ser juiz dos seus interesses não tem mais guarida na sociedade de nosso tempo. O reconhecimento da liberdade do indivíduo se insere agora numa concessão do ordenamento que se inspira no prevalente valor da solidariedade social, como valor de fundo de nossa Constituição.

(...)

O Estado não pode, então, limitar-se a reconhecer o direito de qualquer um de regular por si próprio os seus interesses, se este direito se torna um instrumento de abuso, causando danos a outros. A intangibilidade da vontade individual cede passo à exigência da justiça social. Com especial consideração à iniciativa privada econômica, essa é constitucionalmente garantida, mas tal iniciativa não pode desenvolver-se em contraste com a utilidade social.” (tradução livre, Bianca, Massimo, 1998, p. 33).

5. CONCLUSÃO

De tudo o quanto foi exposto até o momento, pode-se concluir que a Constituição Federal, pela influência histórica que sofreu, adotou um perfil bastante social, sem que, com isso, tenha se tornado uma Constituição com caráter socialista, até porque o modelo econômico adotado pelo Brasil é o Capitalismo.

Diante desse perfil, a Constituição Federal, assim como a ordem jurídica internacional, mitigou a influência dos valores da igualdade e da liberdade, para que pudessem conviver de maneira harmoniosa, o que implicou na coexistência de princípios com caráter liberal e igualitário, cuja aplicação é feita ao caso concreto por meio do método da proporcionalidade.

Além de perfil social, a Magna Carta também tem perfil analítico, porque não se cingiu simplesmente a estabelecer as linhas mestras da estrutura do Estado; cuidou de regular diversas outras situações, dentre as quais estão as atinentes ao Direito Privado. Nesse sentido, apesar das normas de Direito Privado terem surgido, naturalmente, no âmbito infra-constitucional, como decorrência de diversas experiências sociais, a partir do momento em que foram alçadas ao âmbito constitucional, passaram a ter ascensão sobre todo o ordenamento jurídico infra-constitucional.

Portanto, o Direito Civil, em sua moderna ótica constitucional, deve ser entendido de acordo com os princípios constitucionais; não se pode conceber o Código Civil como sendo a "Constituição do direito privado", sendo passível de revogação somente por outra lei civil e não pela Constituição, apesar de hierarquicamente superior.¹⁰⁴

Luis Roberto Barroso afirma que *“a constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.”*¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cf. Reale, 2005. p. A 2.

¹⁰⁵ Barroso, Luis Roberto, *Ibidem* pp. 29/30.

Especificamente no que tange à liberdade contratual, decorrente dos princípios da livre iniciativa e da liberdade de ação (artigo 1º, inciso IV, 5º, inciso II e 170, *caput*, da Constituição Federal), há que se ressaltar que seu exercício encontra limites nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (artigos 1º, inciso III e 3º, inciso I, da Constituição Federal), o que traduz a influência dos valores da liberdade e igualdade, cuja predominância se alternou ao longo da História, como demonstrado no primeiro capítulo.¹⁰⁶

A limitação da liberdade contratual, segundo Perlingieri, deve-se à alteração de enfoque sobre a importância do contrato: em vez do foco central do ordenamento jurídico destinar-se ao patrimônio, destinou-se ao ser humano, o que deu força à chamada “*despatrimonialização do Direito Civil.*”

Assim, como bem salientado pelo autor acima referido

“Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade do direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça. O pluralismo econômico assume papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana. O Direito Civil reapropria-se, por alguns aspectos e em renovadas formas, da sua originária vocação de ius civile, destinado a exercer a tutela dos direitos ‘civis’ em uma nova síntese – cuja consciência normativa tem importância histórica (arts. 13-54 e 1-12 Const.) – entre as

¹⁰⁶ “A bem dizer, trata-se, ao revés, de recompreender o direito privado à luz de um novo modelo jurídico, em que, a um só tempo, não só se garanta liberdade de atuação que é, em última análise, uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada ao nível de fundamento da República (art. 1º, III, CF), mas também se entenda o papel de um Estado do qual se reclama o efetivo cumprimento de uma tarefa distributiva, assecuratória do bem-estar social.” (Godoy, 2004, p. 19).

relações civis e aquelas econômicas e políticas.”¹⁰⁷

Portanto e em consonância com a aplicação de tais princípios no plano concreto, a liberdade contratual pode ser exercida de maneira plena, desde que seja como meio de desenvolver a dignidade da pessoa humana e para se atingir o objetivo fundamental da construção de uma sociedade justa e solidária. Ou seja, a liberdade contratual poderá ser exercida livremente, desde que não ultrapasse a “moldura” que lhe foi constitucionalmente imposta pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade.

Nesse sentido, observe-se o entendimento de Claudio Luiz Bueno de Godoy:

“ Ora, dúvida não pode haver de que a função social do contrato, hoje, e aliás desde a passagem, já descrita, do Estado Liberal para o Estado Social, em que se valoriza o interesse social, ao lado do interesse de cada qual dos indivíduos, seja um princípio jurídico, daqueles que dão fundamento não só à ordem econômica, no Brasil (art. 170 da CF), como ainda à própria estruturação da República, assentada sobre o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF); mas, também, e antes, integra os próprios objetivos constitucionais (arts. 1º, III e 3º, I, da CF) de estabelecimento de relações solidárias e de valorização da pessoa humana no trato entre os indivíduos, Mais, e por isso mesmo, princípio a que não se pode recusar pronta aplicação, reconhecendo-se-lhe evidente força normativa, impondo, outrossim, que o próprio instituto do contrato seja relido, à sua luz, por compor-lhe, verdadeiramente, o conteúdo, como adiante se verá.”¹⁰⁸

É por isso que se pode afirmar que, mesmo que o novo Código Civil, em seu artigo 421, não dispusesse acerca da função social do contrato, esse limite já poderia ser extraído da Constituição Federal, por meio da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade em contraposição ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de ação.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Perlingieri, 2002, p. 34.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 100/101

¹⁰⁹ Miguel Reale entende que a função social do contrato, prevista pelo artigo 421 do Código Civil, tem fundamento direto no artigo 5º, incisos XXII e XXIII (20/11/2003)

IV– FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

1. Considerações preliminares

Antes de se adentrar na natureza jurídica, propriamente dita, mister se faz algumas considerações prévias sobre o contexto da função social do contrato, à luz do Código Civil de 2002.

Como abordado no capítulo anterior, a Constituição de 1988 tem grande cunho social e privilegiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade como fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil.

A pessoa humana não mais deve ser entendida isoladamente, sob a ótica estritamente individualista que prevaleceu durante o liberalismo puro, inaugurado pela Revolução Francesa.

Atualmente, a pessoa humana deve ser inserida, situada dentro de um contexto social, ou seja, deve interagir com a sociedade a qual pertence e com ela estar harmonizada. E, para que isso ocorra, é fundamental que desenvolva e atinja sua finalidade social.

Segundo Duguit

Não existem direitos dos indivíduos, não existem direitos dos governantes, não existem direitos dos grupos sociais, quaisquer que sejam eles; não existem a não ser que tenham uma função

*social que cumprir e a proteção assegurada para todos os atos realizados em vista desta função e só para estes e na medida em que se realizem em vista de tal função.*¹¹⁰

A liberdade individual de outrora deve ser reavaliada para que seja entendida de acordo com os valores postos pela sociedade, isto é, não se pode admitir uma liberdade ilimitada, pois o indivíduo está inserido numa realidade social e coletiva, cujos desígnios devem ser atendidos e prestigiados em detrimento da vontade de um de seus membros.

O Projeto do Código Civil foi apresentado em 1975 à Câmara dos Deputados e foi aprovado nessa Casa em 1984, após a apreciação de 1.063 emendas. A tramitação no Senado Federal foi igualmente lenta, em função da alteração do regime político brasileiro e da elaboração da nova Carta, que poderia introduzir diversas mudanças no ordenamento jurídico. Após a apreciação de 322 emendas, o Projeto foi aprovado, em novembro de 1997¹¹¹. Sua promulgação ocorreu em 10 de janeiro de 2002, com *vacatio legis* de 01 ano.

Segundo o Miguel Reale, para a elaboração do Novo Código Civil

“... foi fixado o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas. Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos. Por outro lado, é inegável que o código atual obedeceu, repito, como era natural, ao espírito de sua época, quando o individual prevalecia sobre o social. É, por isso, próprio de uma cultura fundamentalmente agrária, onde predominava a população rural e não a urbana. A mudança do Brasil no presente século foi de tal ordem que o código não poderia deixar de refletir essas alterações básicas (...)”

Apesar do Projeto do Código Civil ser anterior à Constituição Federal de 1988, houve grande harmonia com a Carta Magna, pois ambos se

¹¹⁰ *Apud* Santos, Antônio Jeová 2002, p. 109.

preocuparam com o aspecto social e não meramente individual das relações jurídicas. Nesse sentido, reforça-se ainda mais a idéia de que o direito civil deve ser interpretado sob a ótica constitucional: o Código Civil deve ser encarado como veículo para a concretização das normas constitucionais nas relações jurídicas privadas, o que, efetivamente, acontece na nova codificação.

O Novo Código Civil é calcado em três princípios: eticidade, socialidade e operabilidade.

O princípio da eticidade visa corrigir uma falha do Código anterior, que era o extremo rigorosismo formal, no sentido de que tudo deveria estar positivado, sem que se referisse à equidade, boa-fé e equilíbrio contratual. Segundo Miguel Reale, esse rigorosismo levou Pontes de Miranda “*a qualificar a boa-fé e a equidade como ‘abecerragens jurídicas’, entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos*”¹¹²

Pelo princípio da eticidade, entende-se que o Código deve se submeter a princípios éticos-jurídicos, no sentido de que nem tudo deve estar positivado, ou seja, que as normas não devem ter caráter fechado, mas sim aberto, para que determinadas situações concretas possam ser resolvidas com fundamento na equidade. Esse sistema aberto, sem dúvida, confere maior poder discricionário aos juízes que, além de suprirem lacunas, poderão, quando previsto pela norma, resolver questões concretas com base em valores éticos, se não houver norma específica ou se a norma for defeituosa para o caso que estiver sendo analisado.¹¹³

O princípio da socialidade reflete a preocupação do atual sistema jurídico brasileiro com a coletividade, em detrimento do individualismo do século XIX até a metade do XX, tônica dominante do Código Civil de 1916. Segundo Miguel Reale,

¹¹¹ Cf. Reale, Miguel, s/d.

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ Cf. idem, ibidem.

“... não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa.”¹¹⁴

Portanto, a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais deve ser entendida e ter como parâmetro, sempre, a dignidade da pessoa humana.¹¹⁵ Assim, frise-se novamente, o sistema brasileiro, tanto o constitucional quanto o infra-constitucional, não tende somente para o coletivo. Sem dúvida, a coletividade ganhou maior importância, até pelo fato de se contrapor ao individualismo do sistema anterior, mas o atual sistema não surgiu como antítese ao sistema anterior e sim como síntese em relação a ele, ou seja, como o resultado da ponderação equitativa entre os interesses individuais e coletivos, tendo sempre como termômetro a dignidade da pessoa humana.

O princípio da operabilidade é o aspecto pragmático do Novo Código Civil e é aplicado no momento em que as normas nele contidas devem ser interpretadas. Na hipótese de haver qualquer dúvida no momento da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, o operador do direito deve optar por aquela interpretação que resulte na solução que melhor e mais efetivamente aplique o direito para aquele caso. Na didática explicação de Miguel Reale,

“toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado.”¹¹⁶

¹¹⁴ REALE, 2003, p.02.

¹¹⁵ Cf. idem ibidem.

¹¹⁶ Reale, Miguel 1986, p. 11

A aplicação desse princípio levou à redação de normas com caráter aberto, para que a dinamização social pudesse conferir-lhes o sentido variável que melhor se coadunasse com determinado momento histórico.¹¹⁷

Portanto, o Novo Código Civil está em total harmonia com a Constituição Federal, pois também se preocupa com a coletividade e impõe limites à vontade individual, para que sejam atendidos os interesses sociais. A liberdade individual, nesse contexto, deve ser reavaliada para que seja entendida de acordo com os valores postos pela sociedade. Isto não significa que a vontade livre deixou de existir; significa, apenas, que, em função da evolução da consciência social do Estado, pautada pela constitucionalização dos direitos fundamentais, a liberdade contratual pode ser livremente exercida pelas partes, desde que estejam de acordo com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que lhe servem de moldura e que são responsáveis por formar uma relação contratual justa.¹¹⁸

2. Natureza jurídica: cláusula geral

A função social do contrato é uma espécie de cláusula geral, técnica legislativa adotada pelo Novo Código Civil e surgida como contraposição àquela do século XIX, pautada pelo rigorosismo formal, que impunha a necessidade de clareza, uniformidade e precisão à norma. Essa nova técnica objetiva dar maior concreção e individualidade à lei.¹¹⁹ Segundo Judith Martins Costa,¹²⁰

As cláusulas gerais (...) constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos

¹¹⁷ Cf. idem, ibidem.

¹¹⁸ Cf. Bianca, 1998, p. 32/33.

¹¹⁹ Cf. Costa, s/d.

¹²⁰ Idem, ibidem.

casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

As cláusulas gerais, dentre as quais a função social do contrato, são dotadas de termos vagos e abertos, denominados “conceitos jurídicos indeterminados”¹²¹ e, por isso, coadunam-se com o princípio da eticidade, norteador do Novo Código Civil, já que, segundo Perlingieri, conferem, ao intérprete e ao juiz, maior possibilidade de adequar a norma à situação concreta.¹²²

Em decorrência de sua grande abertura semântica, as cláusulas gerais não são aplicadas diretamente aos casos concretos; atuam como metanormas e dão ao juiz os critérios éticos e sociais para a aplicação da norma. Portanto a solução dos problemas concretos serão encontradas pela via jurisprudencial e não legal. O juiz deixa de ser somente “boca da lei” e passa a ter o poder de, efetivamente, criar normas no caso concreto.¹²³

Perlingieri afirma que uma mesma norma pode sofrer alterações, segundo se aplique ou não as cláusulas gerais como critério interpretativo. Em seu exemplo, contrapõe a interpretação de uma norma à luz somente do Código Civil de 1942 e à luz do princípio constitucional da solidariedade.¹²⁴ Essa mudança no sentido da norma, por meio da

¹²¹ Cf. idem, ibidem.

¹²² Perlingieri, Pietro, 2002, p. 27.

¹²³ Cf. Costa, s/d.

“A interpretação das cláusulas gerais evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e põe em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais.

Se a lei se constitui na fonte primordial do direito na concepção clássica herdada do Código Civil francês, tendo imposto no passado uma conduta para a interpretação das normas, que se denominou de Escola da Exegese, isto não ocorrerá diante das cláusulas gerais, que ao conferirem, em maior ou menor grau, um poder discricionário ao magistrado para proferir sua decisão irão propor o preenchimento do conteúdo dessas normas, seja explicitando concretamente o que determinados princípios devem significar numa dada situação (o que se deve entender por boa-fé, por bons costumes, nos contextos a, b ou c, exemplificadamente), seja incorporando valores para preenchimento do enunciado das cláusulas gerais com um grau de liberdade mais amplo.” (Gosson, 2004, pp. 53/54)

¹²⁴ Perlingieri, 2002, p. 27.

interpretação, pode ser aplicada ao ordenamento brasileiro, tendo como exemplo a liberdade contratual.

A liberdade contratual, sob a égide exclusiva do Código de 1916, representava a plena aplicação da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, ou seja, o indivíduo poderia contratar da forma como melhor lhe aprouvesse, mas uma vez contratado, deveria adimplir a obrigação contraída de qualquer forma. Nesse período, como já mencionado, vigorava o individualismo exacerbado, a tônica era o patrimônio, a propriedade.

Com o advento da Constituição de 1988, a liberdade contratual de outrora começou a ser reavaliada, de acordo com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, que lhe servem de moldura e que são responsáveis por formar uma relação contratual justa.¹²⁵ O individualismo cedeu passo à coletividade e a tônica deixou de ser exclusivamente o patrimônio, a propriedade e passou a ser o ser humano. É o que Perlingieri denomina como o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil¹²⁶.

Todavia, ainda não se pode falar em aplicação de cláusulas gerais, pois a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, no âmbito constitucional, são princípios, que sobrepõem as cláusulas gerais. O Código Civil de 2002 serviu para concretizar a aplicação desses princípios, por meio de cláusulas gerais, que estão situadas entre as normas postas no Código e os princípios e servem para dar maior concretude a estes. Portanto, a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos, que até então poderiam ser objeto de grande controvérsia, no sentido de se apurar qual seria o limite do conteúdo contratual e, conseqüentemente, do *pacta sunt servanda*, passaram a ter novo sentido, calcado no ser humano.

As cláusulas gerais, portanto, são fruto da transformação do papel desempenhado pelo Estado nas relações particulares: de garantidor do exercício pleno e ilimitado da liberdade de contratar passou a dirigir as relações jurídicas privadas, intervindo na liberdade de seus membros, sem

¹²⁵ Cf. Bianca, 1998, p. 32/33.

¹²⁶ Cf. Perlingieri, 2002, p. 33.

que contudo, a suprimisse. Impôs limites e estabeleceu objetivos, para que essas relações pudessem não só satisfazer a vontade dos contratantes, como também a da coletividade, que não pode ser prejudicada e sofrer abalos em seu fundamento e objetivo maior, que é a preservação da dignidade da pessoa humana e a efetivação da solidariedade entre seus componentes.

Alberto Gosson Jorge Junior, de maneira bastante clara, aponta o papel fundamental que as cláusulas gerais têm para dinamizar a aplicação de princípios. *In verbis*:

“ Configurado um possível impasse entre o princípio que representa um valor socialmente amadurecido e que está a pedir não só reconhecimento, mas efetivação na ordem social, e um ordenamento jurídico dotado de normas pontuais, que na sua estruturação sob o prisma rígido da reserva legal não contempla a possibilidade de aplicação de valores-princípios, soltos nos anseios da sociedade, surgiram as cláusulas gerais, elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de ligação para a introdução desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema.”¹²⁷

Apesar da função social do contrato já poder ser aplicada mesmo antes do advento do Novo Código Civil, já que é decorrência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, certamente essa não era uma empreitada fácil diante da amplitude e vagueza de tais princípios. Todavia, com a adoção dessa nova técnica de legislar, por meio de cláusulas gerais, não restam mais dúvidas de que as relações privadas, dentre as quais as contratuais, devem privilegiar a harmonia social, para que tenham todo o amparo e proteção jurídica. Caso contrário, haverá abuso de direito, execrado pelo artigo 187 do Novo Código Civil que, em última análise, determina que constitui ato ilícito o exercício de um direito além dos limites impostos pelas cláusulas gerais.¹²⁸

Critica-se a utilização dessa técnica legislativa, pois, ao se conferir grande poder aos magistrados, haverá prejuízo da segurança

¹²⁷ Jorge Júnior, Alberto Gosson, *ibidem*, p. 40.

¹²⁸ Cf. Noronha, Fernando, 1994, pp. 84/85.

jurídica, em função do grande número de decisões contraditórias a respeito de um mesmo tema. De fato, no início da vigência do Novo Código haverá diversas decisões contraditórias, o que é natural quando ocorre qualquer mudança legislativa. Todavia, com o passar do tempo e com o estabelecimento de precedentes jurisprudenciais e súmulas, o volume de contraditoriedade cairá e a segurança jurídica será paulatinamente restabelecida. Além disso, a justiça contratual será realizada com muito maior freqüência do que vinha sendo até agora.

3. CONCEITO

Os contratos são forma de circulação de riquezas, mas, para que isso ocorra como expressão da liberdade de iniciativa, não pode haver abuso do poder econômico. A mencionada harmonia social deve ser sempre colimada por meio da aplicação da igualdade material, responsável pela preservação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.¹²⁹ Perlingieri¹³⁰ afirma que a solidariedade constitucional deve ser entendida no sentido de igualdade e igual dignidade social, ressaltando que

Pari dignità sociale non significa pari condizione sociale, cioè una società utopica senza distinzioni; sí che gli "ostacoli di ordine economico e sociale" che la Repubblica s'impegna a rimuovere, nel secondo comma, sono quelli che "limitando di fatto" libertà ed eguaglianza impediscono il pieno sviluppo della persona nelle essenziali manifestazioni.¹³¹

De tudo o quanto já exposto até o presente momento, nota-se que não é tarefa fácil conceituar função social do contrato, não só por se tratar de novo instituto, previsto pelo atual Código Civil, o que significa que há poucos trabalhos escritos sobre o tema, os quais ainda guardam bastante divergência entre si, como também por se tratar de instituto que recebeu tratamento vago e amplo da lei civil, o que é justificado pela técnica de

¹²⁹ Cf. FERREIRA, Carlos Alberto Goulart, in LOTUFO, 1999, p. 75.

¹³⁰ Cf. 2001, pp.168/182.

¹³¹ Idem, ibidem, p. 182. "Igual dignidade social não significa igual condição social, isto é, uma sociedade utópica sem distinção; sim que 'os obstáculos de ordem econômica e social' que a República se empenha em remover, no segundo parágrafo, são aqueles que 'limitando de fato' liberdade e igualdade impedem o pleno desenvolvimento da pessoa nas suas essenciais manifestações". Tradução livre.

legislar por meio de cláusulas gerais, que permite melhor adequação das normas a diferentes situações jurídicas e em diferentes períodos históricos.

Assim sendo, mesmo diante da clara dificuldade de se apresentar um conceito fechado para esse instituto, objetivar-se-á atribuir-lhe um conceito compatível com as características que lhe foram conferidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A função social contrato, fazendo uma analogia ao conceito atribuído por Gramstrup¹³² à função social da propriedade, poderia ser entendida como a utilização do contrato de acordo com sua finalidade econômico-social, nos termos da lei. Ou seja, cumpre-se a função social do contrato quando este é celebrado e executado observando-se a livre circulação de riquezas, desde que respeitadas a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, alicerces da igualdade material entre as partes e as demais normas legais que vierem a ser elaboradas sobre o tema.

Para Humberto Theodoro Júnior, a função social do contrato deve ser entendida sob o prisma externo das relações jurídicas, isto é, deve ser observada como os efeitos que determinada relação jurídica gera em relação a terceiros, enquanto a boa-fé objetiva referir-se-ia aos efeitos internos, endógenos de uma relação jurídica, isto é, ao comportamento que os contratantes deveriam guardar entre si. Diante disso, para esse autor, função social do contrato nada mais seria do que uma forma de mitigar o clássico princípio da relatividade, tendo em vista que os contratos poderão alcançar, em determinadas hipóteses, terceiros que dele não participaram¹³³. Em síntese, entende o autor que

" A função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de

¹³² Cf. Gramstrup, Erick, in LOTUFO, 2001, p. 108.

¹³³ Júnior, Humberto Theodoro, 2003, pp. 45/46.

"O princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros (isto é, no meio social). É o que se deduz do próprio nome com que o princípio se identifica.

Com efeito, função quer dizer "papel a desempenhar", "obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição" (HOUAISS). E social qualifica o que é "concernente à sociedade", "relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país" (idem). Logo, só se pode pensar em função social do contrato, quanto este instituto jurídico interfere no domínio exterior aos contratantes, isto é, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado." (2003, pp. 12/13)

limitar a autonomia contratual , em face da exigência social de “ garantire interessi generali o colettivi” que não se satisfaziam dentro da sistemática do estado Liberal. A liberdade de contratar, nessa ordem de idéias, não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo sobrepor à autonomia contratual interesses coletivos como os ligados à educação, à saúde, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, à tutela do meio ambiente, a proteção a certos setores produtivos, etc. Há uma reciprocidade, nesse aspecto, entre as regras de limitação da propriedade e as que restringem a autonomia contratual. Incluem-se, ainda, no âmbito das limitações da liberdade de contratar (função social) a tutela da livre concorrência no mercado (combate aos trusts e às praxes de dominação de mercado) e à tutela das partes débeis das relações de mercado (os consumidores, no que diz respeito à propaganda enganosa, aos contratos standard, à contratação à distância, etc). ”¹³⁴

Claudio Luiz Bueno de Godoy, na esteira dos autores acima citados, entende que a função social do contrato é uma projeção da função social da propriedade, mas, diferentemente de Humberto Theodor Júnior, defende que esse instituto deve ser primeiramente aplicado às partes, mesmo que, com isso, haja reflexos em relação à sociedade. Conseqüentemente, critica o Enunciado formulado para o artigo 421 do Código Civil, na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002, no sentido de que a função social do contrato “*constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.*” A função social, para ele, nada mais seria do que uma limitação imposta à liberdade contratual, cuja função é a circulação de riquezas, observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.¹³⁵

¹³⁴ Idem, ibidem, p. 51

¹³⁵ “*Como se verificou até agora, o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes, ainda que, atendendo à promoção de valores constitucionais que, a priori, lhe digam respeito, se projete igualmente sobre o corpo social e a bem do próprio desenvolvimento da sociedade. (...) Daí, inclusive, não se aceder, plenamente, à tese limitativa ou reducionista adotada, por maioria, na interpretação do artigo 421 do novo Código Civil, na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002, para debate sobre a nova legislação, no sentido de que a função social do contrato “constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do*

Paulo Nalin, em artigo bem elaborado sobre o tema, aponta que, em decorrência da evolução histórica, a liberdade contratual plena cedeu passo ao dirigismo contratual e, não só os contratos, mas o próprio Direito, passou a ter uma característica bastante funcionalizada; todos os institutos jurídicos, incluindo os contratos, deveriam desempenhar o papel no seio da coletividade, papel esse marcado pela colaboração entre seus membros e pela igualdade material entre as partes. Sob sua ótica, a funcionalização da liberdade contratual está bastante ligada à funcionalização da propriedade, explicitamente prevista pela Constituição Federal, mas conceituar função social do contrato é bem mais difícil, justamente porque a lei não trouxe quaisquer balizas, como o fez com a função social da propriedade. Todavia, sugere a formulação de um conceito composto de dois aspectos, interno e externo, em consonância com a posição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, mas diferentemente do entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

“Seu perfil extrínseco (fim coletividade) rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com as suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.

O intrínseco, por sua vez, é alusivo à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional da solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpidos no art. 1.165 do Code (‘as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes ...’), corolário lógico do princípio da liberdade contratual.”¹³⁶

princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” Melhor a conclusão seguinte, sobre o mesmo dispositivo, de que a função social atua sempre quando presente estejam interesses meta-individuais mas, também, interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Ou seja, a função social atuando, primeiro, inter partes. (...)

De pronto vale dizer que essa face externa da função social do contrato, essa eficácia social, como se prefere dizer, significa flagrante corte no elastério clássico de um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade. Conforme seus termos, a rigor o contrato não prejudica e nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato, como sempre se disse, é res inter alios acta tertio nec nocet ne prodest).” (Godoy, 2004, p. 131/132).

¹³⁶ Júnior, Humberto Theodoro, 2002, p. 56.

Carlos Roberto Gonçalves, aponta que a função social do contrato é aplicação do princípio da socialidade¹³⁷, um dos três que orientaram a elaboração do Novo Código Civil, por meio do qual o coletivo tem maior destaque em relação ao individual, sem que, com isso, se perca o valor fundamental da pessoa humana. A concepção desse instituto jurídico, assim como sustentado por outros autores, decorre da função social da propriedade, anteriormente regulada pela Constituição Federal de 1988, e tem como objetivo promover a justiça comutativa, por meio da qual se busca a almejada igualdade material entre as partes contratantes. Para esse autor, assim como para Paulo Nalim, a função social do contrato pode ser vista sob dois prismas diversos:

“É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.”¹³⁸

Nesse ponto específico, mister se faz uma observação: a doutrina, como se pôde constatar, divide-se sobre o âmbito de atuação da função social do contrato. Alguns autores entendem que a função social do contrato diz respeito somente aos efeitos externos do contrato, estando, pois, ligada à revisão do princípio da relatividade; os aspectos internos dos contratos, isto é, o aspecto afeto ao comportamento das partes entre si, diria respeito à boa-fé objetiva, prevista pelo artigo 422 do Código Civil. Outros autores entendem que a função social do contrato estaria relacionada tanto ao comportamento que as partes deveriam guardar do início ao fim da relação contratual (e após o fim também – ex. sigilo profissional) quanto aos aspectos externos do contrato, até porque o comportamento das partes certamente geraria efeitos em relação a terceiros.

¹³⁷ Cf. Diniz, Maria Helena, 2002, p. 305.

¹³⁸ Nalim, Paulo, 2004, p. 6.

A primeira impressão a respeito da divergência doutrinária existente sobre esse ponto específico é a de que, sem dúvida alguma, o comportamento que as partes devem guardar no desenrolar da relação jurídica contratual, diz respeito aos seguintes elementos estruturantes dos contratos: confiança, lealdade e boa-fé; o foco está voltado para modo em que o credor se porta diante do devedor e vice-versa.

Já o comportamento que as partes devem guardar em relação à sociedade e vice-versa, diz respeito à função social do contrato, porque o foco está voltado para os efeitos externos que alguma relação jurídica contratual pode gerar. Diferentemente da concepção anterior, calcada no voluntarismo, em que as partes deveriam cumprir o contrato a qualquer custo (força obrigatória) e sem que isso pudesse atingir terceiro estranho a essa relação contratual (relativismo), a concepção atual é a de que o contrato, em seu novo papel funcionalizado, alcança terceiros que dele não fazem parte. Assim como as partes contratantes não podem pactuar de forma a causar danos a terceiros (utilidade do contrato e vedação de que ninguém pode causar danos a outrem), os terceiros também não podem adotar qualquer conduta no sentido de causar percalços ao desenvolvimento normal de determinada relação contratual (há, no mínimo, a imposição de conduta negativa, no sentido dos terceiros absterem-se de práticas que gerem danos a uma ou a ambas as partes contratantes).

Todavia, deve-se admitir que o comportamento que as partes guardam entre si certamente gera efeitos em relação aos terceiros, motivo pelo qual, apesar de distintos, boa-fé, confiança, lealdade e função social do contrato estão intrinsecamente ligados, não podendo, pois, serem completamente dissociados, quando postos sob análise pelo operador do Direito.

Voltados à origem da função social do contrato, Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco também entendem que esta nada mais é do que extensão da própria função social da propriedade, já prevista pela Constituição Federal de 1988, até porque o contrato, dentre outras coisas, visa instrumentalizar a aquisição da propriedade. Portanto, se nem

mesmo à propriedade é conferido caráter absoluto, por via de consequência, também não se poderia falar em caráter absoluto dos contratos, isto é, em caráter absoluto da vontade individual, em detrimento do interesse da coletividade. Ainda, segundo esses autores, o contrato é, naturalmente, “*veste jurídica das operações econômicas*”, o que não afasta, em absoluto, a aplicação da função social do contrato, pois as operações econômicas têm forte interesse e função social, o que demonstra a harmonia do artigo 421 do a atual realidade.¹³⁹

Teresa Negreiros, comungando da opinião de Judith Martins Costa e Gerson Luiz Branco, consigna que, diante do intuito constitucional de otimizar a solidariedade entre os membros da coletividade, não se pode admitir a concepção de que, sendo o crédito relativo, este não poderia impor quaisquer obrigações a terceiros que dele não participaram.

Sob a ótica dessa autora, o Direito, atualmente, deve ser visto de maneira funcionalizada, o que significa que todas as relações jurídicas, inclusive a contratual, devem ser socialmente úteis. Assim como a Constituição Federal funcionalizou explicitamente a propriedade, retirando-lhe o caráter absoluto e condicionando-a ao cumprimento da função social constitucionalmente determinada, o atual Código Civil, com apoio do princípio constitucional da solidariedade, também funcionalizou o instituto do contrato. Essa funcionalização, apesar de pouco detalhada pela nova lei, importou na mitigação do princípio da relatividade, consubstanciado no brocardo latino *res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*; o foco deixou de ser a vontade pura e simples das partes contratantes, e passou a ser a coletividade, o que implica dizer que os terceiros, antes completamente alheios às relações contratuais, agora devem estar a ela atentos e vice-versa¹⁴⁰. E conclui sua explanação afirmando que

¹³⁹ Costa, Judith Martins, 2002, pp. 158/159

“... o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.” (Idem, ibidem, p. 158)

¹⁴⁰ Negreiros, Teresa, 2002, pp. 207/220.

“ A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito – sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica-civil constitucional, são essenciais à tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem econômica.”¹⁴¹

Assim sendo, o princípio da força obrigatória dos contratos, que até então era centrado na vontade individual, teve seu eixo deslocado, pois é a lei que estabelece os contornos e limites da força obrigatória, já que é a norma e não mais a vontade, quem estabelece quais são as finalidades a serem cumpridas pelos contratos.¹⁴²

Na mesma esteira dos autores acima mencionados, Miguel Reale entende que o fundamento da função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, é a função social do contrato, pois *“um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que ‘atenderá a sua função social’.”* Segundo o autor, *“a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.”¹⁴³*

Sílvio Venosa, apontando uma faceta diferente, entende que a função social do contrato guarda grande similaridade com o Código de Defesa do Consumidor, pois este diploma legal, por meio do princípio da vulnerabilidade, já tratava de hipóteses de práticas e cláusulas abusivas, que bem poderiam ser aplicadas como função social do contrato.¹⁴⁴

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 223.

¹⁴² Cf. idem, ibidem, p. 224.

¹⁴³ Reale, Miguel. 20/11/2003.

¹⁴⁴ Cf. Valor Econômico, 23.04.2002, p.E2

Arruda Alvim, por sua vez, aponta que a função social do contrato tem seu conteúdo preenchido por outros institutos jurídicos previstos pelo Código Civil de 2002, tais como o instituto da lesão, do estado de perigo e da onerosidade excessiva, motivo pelo qual não caberia qualquer interpretação acerca da função social do contrato, sob pena de se destruir a razão do contrato, que é dar cumprimento à vontade das partes (*pacta sunt servanda*).¹⁴⁵

Já Antonio Jeová Santos ressalta que a função social do contrato é decorrência da necessidade do ser humano precisar viver em sociedade, pois, em razão disso, não se pode admitir que um ser humano iluda seu semelhante, aproveitando-se de qualquer debilidade daquele.

Para esse autor, a função social do contrato guarda sinonímia perfeita com a função social da propriedade, porque o contrato nada mais é do que meio para se adquirir a propriedade de algum bem. Da mesma forma que a liberdade contratual sofreu influências dos diversos momentos históricos vividos pela sociedade, a propriedade privada também era calcada no individualismo e tinha caráter absoluto, isto é, não podia ser questionada. Posteriormente, com a influência de idéias voltadas para o proveito da sociedade, em detrimento do indivíduo, tanto a propriedade quanto a liberdade contratual deixaram de ser absolutas e ilimitadas e passaram a ser observadas não como um fim em si mesmas, mas sim como meio de desenvolvimento do ser humano¹⁴⁶.

¹⁴⁵ “Agora, poderíamos nos perguntar, então e por fim: o que é a função social do contrato? Na verdade, vou expressar a opinião a que cheguei até agora. Fundamentalmente, o mais expressivo significado da função social do contrato é o de que ele se encontra projetado em outros textos próprios do Código Civil, dado que julgo que nós não podemos interpretar a função social do contrato que, na verdade, é um valor justificativo da existência do contrato, tal como a sociedade enxerga no contrato um instituto bom para a sociedade contrariamente à função central e à ‘ratio essendi’ do contrato; por isso é que é preciso atentar e não vislumbrar nessa função social, lendo-a de tal forma que viesse a destruir a própria razão de ser do contrato, em si mesma.

(...)

Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato.” (2004, pp. 70/71)

¹⁴⁶ Cf. Santos, Antônio Jeová, 2002, pp. 118/119.

“A evolução continua e agora se configura uma nova fronteira: a adequação do exercício dos direitos a uma finalidade solidarística, pressuposta a existência de outra de caráter individual, de modo marcado. Nasce, assim, a teoria do direito subjetivo (do qual a

Por via de consequência, tanto a propriedade quanto a liberdade contratual não podem ser utilizadas de maneira a desviar a função que lhes foi imposta por um determinado sistema jurídico. Assim, em harmonia com a posição de Arruda Alvim, Antonio Jeová Santos entende que *“a função social do contrato se caracteriza por inúmeras regras do Código Civil que reprime (sic) com veemência os atos não socialmente desejados e que visa a burlar uma ação prejudicial.”*¹⁴⁷

O artigo 421 do Código Civil dispôs que *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*, isto é, as partes devem atentar para que o contrato firmado entre elas tenha utilidade social e não cause danos a terceiros, nos termos acima expostos.

Ressalte-se que o texto legal acima transcrito padece de imprecisão técnica, pois foi feita alusão à liberdade de contratar (firmar ou não contrato) em vez da liberdade contratual (dispor livremente sobre as cláusulas contratuais). Liberdade de contratar, como bem apontado por Paulo Nalin, qualquer pessoa que *“seja capaz de realizar o contrato”*¹⁴⁸ tem. Todavia, a liberdade contratual deve observar o princípio da função social do contrato, como decorrência do dirigismo contratual, tônica dominante a partir do século XX.

O Projeto de Lei 6960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, pretende alterar a redação do artigo 421, para que conste liberdade contratual em vez de liberdade de contratar e para que seja suprimida a expressão “em razão”, ficando dessa forma a nova redação desse artigo: *“A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”*. O autor do Projeto justificou essa alteração da seguinte forma:

propriedade e o contrato são arquétipos) como um interesse juridicamente protegido. Só se tem direito quando se tem um interesse tal.

Na valoração correlativa tem-se em conta que a coletividade considera juridicamente protegido o que corresponde também a seus fins. A teleologia, o fim do direito, foi se desenvolvendo no fluir da história até abrir o rumo tendente a compreender a propriedade como uma função que tem de ser cumprida, uma função social, e que, enquanto o proprietário a cumpre, seus atos estarão protegidos.” (Idem, Ibidem, pp.122/123)

¹⁴⁷ Santos, Antônio Jeová dos, 2002, p. 104.

“A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, objetiva inicialmente substituir a expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão “em razão”. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser.”

Apesar de concordar com a alteração relativa à liberdade contratual, Paulo Nalin discorda da alteração pertinente à supressão do termo “em razão”, sob o argumento de que, se a função social do contrato decorre da aplicação do princípio da solidariedade, não haveria sentido em suprimir essa expressão, que é reflexo direto da aplicação desse princípio constitucional.¹⁴⁹

De fato, se a Constituição Federal de 1988 incorporou os valores prestigiados no século XX pelos diversos Tratados Internacionais e Constituições de outros países democráticos, isto é, se a Carta de 1988 privilegiou o ser humano dentro de um contexto social, destacando a dignidade da pessoa humana e a justiça social (no caso do tema tratado, justiça contratual) como fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, não teria qualquer sentido a alteração proposta pelo Deputado Ricardo Fiúza, porque ainda eivada de valores constantes do Código revogado (individualismo e patrimonialismo), incompatíveis com os valores da nova codificação.

¹⁴⁸ Nalin, Paulo, *ibidem*, p. 57.

¹⁴⁹ *“Melhor seria manter a liberdade contratual em razão e nos limites da função social do contrato, conquanto esta se apresente, de fato, como a essência da nova contratualidade. Ora, até a Constituição de 1988, o núcleo do contrato sempre foi a vontade contratual e a sua causa, a circulação atributiva proprietária. Após a atual Carta Constitucional, o núcleo do contrato reside na solidariedade e a sua causa codivide espaço entre os interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os interesses sociais. O raciocínio decorrente da nova redação proposta, leva à conclusão de que o voluntarismo e o patrimonialismo ainda se posicionam como núcleo e causa do contrato, sendo meramente periféricos (limite) o interesse social-coletivo e a solidariedade entre os contratantes. A reforma proposta do novo Código Civil não se harmoniza com os valores constitucionais antes aventados e, muito menos, com o espírito do próprio Código, motivo pelo qual dela discorda, sendo melhor preservar a redação original.”* (*Ibidem*, p. 57)

Diante de todas as ponderações doutrinárias acima aludidas, propõe-se a formulação do seguinte conceito para a função social do contrato que, repise-se, está longe de ser fechado: *a função social do contrato é uma cláusula geral de limitação da liberdade contratual, cuja finalidade é a circulação de riquezas, com observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.*

Antes de se desmembrar a proposta de conceito acima formulada, é importante que se atribua um significado à palavra “função”. E, para tanto, nada melhor do que o uso do dicionário:

“1. ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina. 2. Cargo, serviço, ofício. 3. Prática ou exercício de cargo, serviço, ofício. 4. Utilidade, uso, serventia. 5. Posição, papel. (...).”¹⁵⁰

Por sua vez, a palavra social significa algo que seja relacionado ou interesse à sociedade.¹⁵¹ Portanto, função social do contrato, significa o papel, a utilidade que um contrato tem em relação à sociedade. Ou seja, para que seja cumprida a função social, o contrato deverá desempenhar, no seio da sociedade, um papel que lhe seja útil, sob pena de invalidade.

É cláusula geral, porque, como anteriormente visto, é uma meta-norma, situada entre os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade e as regras infra-constitucionais que regulam todas as relações contratuais. Com previsão do artigo 421 do Código Civil, dá-se maior concretude aos princípios constitucionais acima referidos, facilitando ao operador do direito a aplicação deles nos casos concretos. Não é norma específica para determinada hipótese, mas norma com conteúdo propositadamente vago e genérico, para que os operadores do Direito possam aplicá-la sem maiores restrições, em diferentes momentos históricos, como ocorria com o Código anterior, com características positivistas e formalistas. É, portanto, cláusula geral de caráter regulativo e restritivo, porque à liberdade contratual ilimitada de outrora foram adicionados os novos

¹⁵⁰ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, 1994/1995, p. 311.

¹⁵¹ Cf. *Ibidem*, p. 606.

ingredientes da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, ingredientes esses que não só alteram o seu conteúdo, como também o limitam.¹⁵²

A função social do contrato limita a liberdade contratual, porque, como anteriormente visto, decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que, em interpretação harmônica com o princípio da livre iniciativa e da liberdade de ação, servem de moldura à liberdade contratual. Fora dela, a liberdade contratual não pode ser exercida pelas partes, sob pena de nulidade. Portanto, os limites impostos pela função social servem para que os contratos não só satisfaçam a vontade dos contratantes, como também a da coletividade, que não pode ser prejudicada e sofrer abalos em seu fundamento e objetivo maior que é a preservação da dignidade da pessoa humana e a efetivação da solidariedade entre seus componentes.

4. FINALIDADE

A finalidade da função social do contrato nada mais é do que dar efetividade ao protesto de Lacordaire - "entre o forte e o fraco é a liberdade que oprime e a lei que liberta"¹⁵³ - protegendo a parte mais fraca da relação jurídica, sempre entendida e situada dentro de uma coletividade, de uma sociedade que deve estar com ela harmonizada.¹⁵⁴ O Estado, em seu novo aspecto intervencionista, elabora leis com o intuito de evitar o desequilíbrio material entre as partes e concretizar a função social do contrato, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei do Inquilinato

Todavia, as relações contratuais são múltiplas e indefinidas, o que torna impossível a tarefa do Estado em disciplinar cada uma delas. Assim, o Estado, por meio dos direitos fundamentais postos na Constituição e por meio das normas gerais postas no Código Civil, estabelece os limites para a liberdade contratual. Se o contrato não cumprir sua função social, além da possibilidade de ser invalidado com este fundamento ou com

¹⁵² Cf. Godoy, Claudio Luiz Bueno de, 2004, p. 108.

¹⁵³ Cf. Bessone, Darcy 1987, pp. 41/50.

¹⁵⁴ Santos, 2002, p. 127.

fundamento no desrespeito aos princípios constitucionais que lhe dão respaldo, o legislador previu outras formas de cumprimento forçado da função social. O contrato que causar a desigualdade material entre as partes, é passível de anulação ou de revisão judicial, para que haja o restabelecimento desse necessário equilíbrio material entre os contratantes.¹⁵⁵ E, nesse sentido é o Enunciado 22, formulado na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002: “*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.*”

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a função social do contrato não pode ser ferramenta judicial de assistência social, ou seja, os poderes que foram conferidos ao magistrado, no sentido de adequar as cláusulas contratuais de acordo com a sua função social, não pode servir de escusa para a parte mais fraca deixar de cumprir aquilo que, de livre e espontânea vontade, avençou.

Portanto, se um contrato foi redigido de maneira clara e objetiva, não poderá o juiz ignorar a autonomia de vontade que norteou a elaboração da avença e estipular cláusulas estranhas à vontade das partes, com o intuito de beneficiar a parte que esteja passando por dificuldades financeiras.

Esse autor posiciona-se no sentido de que os clássicos institutos do direito civil, quais sejam, simulação e fraude contra credores, sirvam de bússola para a aplicação da função do social do contrato, sob pena de se ferir a principal e inerente função dos contratos, que nada mais é do que a função econômica, consubstanciada na circulação de riquezas.¹⁵⁶

Arruda Alvim, no mesmo sentido, entende que a função social do contrato não pode servir de meio para a destruição da figura do contrato. Segundo o autor,

¹⁵⁵ Idem, ibidem, p. 117.

¹⁵⁶ Cf. Júnior, Humberto Theodoro, 2003, pp. 95/108.

“... o grande espaço da função social, de certa maneira e em escala apreciável, já se encontra no próprio Código Civil, através exatamente desses institutos [lesão, estado de perigo e onerosidade excessiva] que amenizam, vamos dizer, a dureza da visão liberal do contrato, como também penso que rigorosamente, para dar um exemplo que possa até chocar, se um juiz decide numa relação contratual ‘pietatis causa’ – porque ficou com pena do devedor -, perguntar-se-ia, então: esse juiz está cumprindo a função social do contrato? Ele, juiz, liberando o devedor total ou parcialmente, dá vida à função social do contrato, rompendo o contrato porque o devedor, por hipótese, possa ser digno de pena? Acho que isso é, também, agir contra a função social do contrato, ou uma das facetas da função social do contrato. O contrato é feito para ser cumprido, em suma; e o contrato, ademais disso, vive e deve realizar a sua função no ambiente em que está basicamente presente o princípio de dar a cada um o que é seu, do que o contrato é também um instrumento destinado à implementação desse princípio. Desta forma, o problema, vamos dizer, é de circunstâncias que podem incidir da medida do sistema positivo, mas nunca poder-se-ia, no meu entender, em nome da função social, provocar um verdadeira disfunção e uma negativa da própria razão de ser do contrato.”¹⁵⁷

De fato, o que não se pode olvidar, em qualquer hipótese, é que a função social do contrato limita a liberdade contratual, sem, contudo, suprimi-la, ou seja, a função social do contrato, em hipótese alguma, sobrepuja a função econômica do contrato, inerente a ele, e que se consubstancia na livre circulação de riquezas. Aliás, nesse exato sentido é o Enunciado 23, formulado na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002:

“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.”¹⁵⁸

Se função social significa o papel que o contrato deve desempenhar no seio da sociedade e se é decorrência da aplicação dos

¹⁵⁷ Idem, ibidem, p. 71.

princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, pode-se concluir que o papel a ser desempenhado pelo contrato perante a sociedade é um papel ativo, para que sejam promovidos esses dois princípios constitucionais. Assim sendo, o contrato deve trazer em seu bojo disposições não só que não contrariem tais princípios constitucionais, como disposições que, efetivamente, privilegiem a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Isso não significa que o contrato, atualmente, objetive a realização de assistência social, nos termos da bem formulada crítica de Humberto Theodor Júnior e Arruda Alvim. O contrato continua a ter como finalidade primordial a circulação de riquezas, até porque, entender de modo diverso seria desvirtuar por completo a finalidade desse instituto jurídico, criado justamente para isso, como visto no Capítulo I.¹⁵⁹

Todavia, diante das alterações de concepção do *modus vivendi* da sociedade, que acarretou na transformação do conceito de norma, cuja análise deixou de ser somente estrutural e passou a ser funcional, o contrato também sofreu alterações que importaram no aditamento de sua finalidade: promover a circulação de riquezas, a qual deve estar focada na realização da função social, que nada mais é do que a promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade¹⁶⁰.

Aliás, nesse ponto, bastante oportunas são as palavras de Miguel Reale, para quem a função social do contrato somente serviu para incrementar a força obrigatória dos contratos:

“Essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados

¹⁵⁸ <http://www.justicafederal.gov.br/> acessado em 18/06/2005.

¹⁵⁹ “Pode parecer, à primeira vista, que a função social dos contratos é algo que se antepõe à autonomia privada; mas este entendimento é falso, pois a função social na verdade não nega, mas prestigia a autonomia privada.

Realmente, a função do contrato é mais do que ser um instrumento de circulação de riquezas, devendo mais ter uma função digna e social, evitando a preponderância do individualismo exacerbado, contrariando os interesses da maioria.” (Raposo in Lotufo, 2002, p. 87)

¹⁶⁰ Cf. Nalin, 2002, p. 60.

na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes.

Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido. A idéia tradicional, de fonte romanista, de que ‘pacta sunt servanda’ continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais.

Pode-se dizer que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 veio reforçar ainda mais essa obrigação, ao estabelecer, no Art. 422, que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’.

No quadro do Código revogado de 1916, a garantia do adimplemento dos pactos era apenas de ordem jurídica, de acordo com o entendimento pandectista de que o direito deve ter disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, enquanto que atualmente não se prescinde do que eticamente é exigível dos que se vinculam em virtude de um acordo de vontades.

O que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do 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’.”¹⁶¹

Portanto, o contrato continua a ter como função principal a circulação de riquezas, devendo ser rigorosamente observado pelas partes, nos termos do princípio do *pacta sunt servanda*. Todavia, diversamente da respeitável posição de Arruda Alvim e Humberto Theodoro Júnior, a função social do contrato pode ser aplicada para além das hipóteses já previstas no Código Civil, quais sejam, lesão, estado de perigo e onerosidade excessiva. A função social do contrato pode ser aplicada em qualquer situação que seja identificada a existência de violação aos princípios constitucionais que lhe dão conteúdo (dignidade da pessoa humana e solidariedade), porque esse é o espírito do Novo Código, que, por meio dos princípios da eticidade e operabilidade, concedeu mais poderes ao magistrado para aplicar a lei ao caso concreto, deixando de ser mera “boca da lei” e passando a ser verdadeiro intérprete das disposições nele contidas.

¹⁶¹ Reale, Miguel, 20/11/2003.

Ademais, os autores, quase que em uníssono, relacionam a função social do contrato à função social da propriedade, até, porque, como bem observado por um deles, o contrato nada mais é do que meio para a aquisição da propriedade privada¹⁶². Se assim é, pode-se perfeitamente concluir que todos os casos de concretização da função social da propriedade, previstos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, podem ser aplicados à função social do contrato, desde que, por óbvio, tenham pertinência com o objeto do contrato¹⁶³. Portanto, assim como a propriedade, o contrato deve respeitar o meio ambiente *lato sensu*, o patrimônio histórico e cultural e deve ser executado observando-se a utilização racional e adequada de seu objeto¹⁶⁴. O artigo 1.228, §§ 1º e 2º, do Código Civil, sintetiza bem a aplicação, por analogia, da função social da propriedade à função social do contrato:

“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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

Sem dúvida alguma, em última análise, a aplicação, por analogia, dos casos de função social da propriedade, nos termos exigidos pela lei, à função social do contrato, nada mais é do que a concretização dos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, integrantes do conceito proposto anteriormente. Todavia, é bastante interessante que as normas atinentes à propriedade sejam utilizadas nos contratos, porque servirão para orientar, de maneira mais palpável, o

¹⁶² Cf. Roppo, 1988, pp. 63/66.

¹⁶³ Aos contratos de conteúdo extrapatrimonial, por exemplo, doação de órgãos, não será aplicada tal analogia.

¹⁶⁴ analogia aos artigos 182, § 2º, 185, parágrafo único e 186 da Constituição Federal

operador do direito, no momento de aplicar, casuisticamente, a função social do contrato.

Por outro lado, a possibilidade de se aplicar a função social do contrato em hipóteses outras que não aquelas previstas pelo Código Civil, não acarretará abalo da segurança que deve permear todas as relações jurídicas e que tem sua expressão máxima no ato jurídico perfeito, garantia individual e, portanto, cláusula pétrea da Constituição Federal. Isso porque o ato jurídico somente será perfeito se concluído de acordo com a legislação pertinente ao tema, que, atualmente, e até mesmo antes do Novo Código Civil, implica a observância da função social do contrato. Sem dúvida, no início da aplicação dessa nova cláusula geral, diversas decisões judiciais poderão abalar a segurança das relações jurídicas, porque estarão em dissonância com a essência desse instituto. Todavia, o legislador já sabia disso (os princípios da eticidade e operabilidade conferem mais poderes aos magistrados), mas, por outro lado, também sabia que esse flanco seria fechado com o passar do tempo e com o pronunciamento dos tribunais locais e superiores sobre o tema em questão. Portanto, a função social do contrato, ainda que possa trazer algumas turbulências iniciais, certamente não trará definitivo abalo na segurança das relações jurídicas, até porque, se fosse assim, um dos pilares do instituto dos contratos seria gravemente comprometido, o que não se pode admitir¹⁶⁵.

Fazendo uma alegoria para melhor compreensão do que é a função social do contrato e qual é a sua finalidade, pode-se dizer que a liberdade contratual é a água de um rio, cuja correnteza é a circulação de riquezas e as margens são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. O rio sempre terá seu curso natural preservado, até porque é a correnteza que lhe determina o caminho a seguir. Todavia, as largas margens de outrora sofreram estreitamento natural, em

¹⁶⁵ “A função social do contrato, em seus caracteres básicos, não romperá com os princípios da segurança, porque ‘ a segurança e a justiça disputam a prioridade entre os fins do direito. Mas, na verdade, mesmo que a segurança seja a eleita, não conflita com a justiça, porque sem ordem e sem segurança, não há justiça. Consideramos que a ordem deve prevalecer sobre a anarquia, sem contudo tornar-se instrumento desumano e desigualitário, e que consideramos ser a justiça o fundamento do direito, capaz de julgá-lo e de guiá-lo na produção de bons efeitos sociais’. Assim também será na formação, celebração, execução e

decorrência da aluvião consubstanciada nos fatos históricos ocorridos ao longo dos séculos, o que significa que a água que não couber dentro dessa nova largura, fatalmente irá transbordar e não mais poderá seguir o curso normal que até então lhe era permitido. Ou seja, aqueles que não exercerem positivamente a liberdade contratual com observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, terão seus atos invalidados em razão da aplicação da função social do contrato, cláusula geral que decorre logicamente desses princípios constitucionais. Com isso, não houve qualquer desvirtuamento à finalidade precípua dos contratos – a circulação de riquezas – porque esta continuará a existir, porém dentro de limites mais estreitos.

É claro que, diante da vagueza e generalidade do conteúdo da cláusula geral da função social do contrato, sem dúvida alguma, caberá ao Poder Judiciário traçar as linhas mestras de sua aplicação no caso concreto. Portanto, é a esse Poder que caberá fazer da função social do contrato uma ferramenta de otimização da circulação de riquezas observando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, sem que, com isso, a torne em chavão meramente retórico para a realização de assistência social e, em última análise, para o privilégio do enriquecimento sem causa, há tempos execrado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

5. APLICAÇÃO

Conforme visto no tópico anterior, diversos autores entendem que a função social do contrato tem seu conteúdo preenchido pelas figuras previstas no Código Civil, isto é, que alguns institutos ali previstos, tais como, lesão, estado de perigo, onerosidade excessiva, simulação e fraude contra credores, nada mais são do que aplicação da função social do contrato.

Outros, porém, e cujo entendimento é perfilhado, sustentam que a função social do contrato não se restringe apenas às hipóteses previstas pelo Novo Código Civil, mas abrangem todas e quaisquer hipóteses que se

interpretação dos contratos que, jungidos num contexto social, passam a ser sensíveis instrumentos de convivência". (2002, p. 145).

subsumam ao conceito de função social do contrato, acrescentando-se, também, as hipóteses já legalmente previstas para a função social da propriedade.

De fato, esta última corrente parece a mais acertada, porque a função social do contrato, como cláusula geral que é e como decorrência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, tem conteúdo extremamente vago e amplo, justamente para que possa se amoldar a uma miríade de possibilidades, em quaisquer momentos históricos. Essa flexibilidade transborda - e muito - as hipóteses previstas no Código Civil.

Sem dúvida alguma, aquelas hipóteses se traduzem como aplicação da função social do contrato, mas não esgotam todas as possibilidades de aplicação desse instituto jurídico. Admitir esse entendimento é podar, pela raiz, o conceito de função social do contrato e negar a concepção adotada pela nova lei civil. Como anteriormente demonstrado, o Novo Código Civil é calcado nos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, por meio dos quais quebrou-se o rigorosismo formal do Código Civil de 1916 e prestigiou-se a concretização das normas a quaisquer casos práticos. Para que tais princípios pudessem ser devidamente aplicados, o Código Civil de 2002 adotou a técnica legislativa das cláusulas gerais, por meio das quais as normas postas ganharam maior vagueza e amplitude, justamente para que pudessem se amoldar a um número indeterminado de situações concretas. Se assim é, por certo não se pode conceber que a função social do contrato esteja adstrita apenas aos casos postos no Código Civil, sob pena de negação do espírito que inspirou a lei civil.

Portanto, e com o devido respeito aos excelentes autores que adotaram posição diversa, mister se faz concluir que a função social do contrato pode ser aplicada a um número infinito de situações concretas e não somente às situações postas pela lei.

Teresa Negreiros, ao abordar o tema, aponta a dificuldade de se encontrar decisões verdadeiramente baseadas na função social do contrato,

isto é, decisões “*que explicitamente estabelecem a homologia entre, de um lado, um certo sentido atribuído ao princípio da relatividade e, de outro, a incidência do princípio da função social na concepção do contrato.*”¹⁶⁶

Não obstante a dificuldade apontada por essa autora, a seguir, serão dados apenas alguns exemplos de aplicação da função social do contrato pelos tribunais pátrios, até para que se esquadrinhe a orientação atualmente adotada.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 12 de fevereiro de 2004, ao julgar o recurso de Apelação 1999.008688-7, sob a relatoria do Desembargador Monteiro Rocha, entendeu que a seguradora de veículos não poderia cobrar, de terceiro causador de acidente de trânsito, o valor da indenização paga para o conserto do veículo segurado.¹⁶⁷

Sob a ótica do Tribunal, a seguradora nada mais é do que intermediária em relação ao pagamento dos danos causados a terceiros, porque o contrato de seguro, em essência, é a arrecadação do valor do prêmio, pago pelos diversos segurados, para que, em hipótese de sinistro, esse fundo seja acionado e os danos causados sejam pagos. O valor do prêmio já é previamente calculado, para que seja suficiente para pagar todos os sinistros que ocorrerem e para que a seguradora tenha lucro com a operação.

Assim sendo, quando a seguradora é forçada a pagar algum sinistro, fá-lo por força de obrigação contratual, já que assumiu esta álea previamente e calculou o valor do prêmio sobre o risco existente. Admitir que a seguradora, depois de pago o sinistro, busque ressarcimento do terceiro causador do dano, seria desvirtuar a essência do contrato e, em última análise, a sua função social, porque o contrato deixaria de ser um contrato de seguro e passaria a ser um contrato de financiamento.

Diante disso, apesar da jurisprudência dominante ser no sentido de que a seguradora tem ação regressiva contra terceiro causador do

¹⁶⁶ Ibidem, p. 224.

¹⁶⁷

dano, entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a seguradora não poderia cobrar o valor pago ao segurado, porque, se assim o fizesse, estaria violando a função social do contrato, prevista pelos artigos 421 e 2.035 do Código Civil.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Observe-se o seguinte excerto do voto proferido, porque resume toda a questão analisada: "Visando solucionar a questão *sub-judice*, trago aos autos ensinamento doutrinário do Professor paulista Sílvio Rodrigues:

"Mas, é assim também que funciona qualquer negócio de seguro, pois a empresa seguradora privada nada mais é do que uma intermediária que, recolhendo os prêmios pagos pelos segurados, usa desses recursos, e só deles, para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. **De modo que são os próprios segurados que pagam as indenizações devidas.**

"O cálculo das probabilidades é o elemento a que recorre o segurador para fixar, de antemão, o prêmio que será pago pelo segurado.

"Através do exame das estatísticas, observando por vários anos a incidência dos sinistros num determinado risco, verifica o analista, com um extraordinário grau de precisão, qual será referida incidência no ano em estudo. É a aplicação da lei dos grandes números. Um exemplo, ainda que elementar, servirá para esclarecer a hipótese: examinando os casos de homicídios culposos resultantes de atropelamentos automobilísticos durante alguns anos, e tendo em vista, digamos, dez mil segurados, verifica-se que sua incidência é de determinada razão percentual. Daí deduz o calculista que, todas as cousas remanescendo as mesmas, tal razão deve perdurar no ano seguinte. **Com base em tal lei estatística, fixa o segurador a taxa de seguro, taxa que será suficiente não só para pagar todas as indenizações, como também para proporcionar um lucro razoável àquele.**

"A precisão destes cálculos, de que ninguém duvida, faz com que em face do segurador o contrato de seguro não ofereça qualquer álea, tomando a forma de um negócio comutativo.

"Através do exame desses dois elementos, vê-se o alto interesse social e humano deste contrato, pois o mesmo possibilita a divisão, por toda a comunidade, dos prejuízos impostos pelo acaso a um indivíduo".²

Ora, o risco é elemento essencial do contrato de seguro e ocorrendo o sinistro, incumbe à seguradora o pagamento do valor inserido na apólice, sob pena de locupletamento ilícito.

O segurador que paga o sinistro o faz em virtude de sua obrigação, em vista da qual recebeu contraprestação do segurado, motivo pelo qual trago aos autos acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Em verdade, **pagando o sinistro, o segurador está cumprindo obrigação que livremente contratou,** e pagando dívida própria está salvando a responsabilidade que assumiu, enfim, o pagamento que efetua em favor do segurado não passa de contraprestação dos prêmios recebidos. O ensinamento de Moacir Lobo Costa é o de que "O sinistro é pago com os prêmios - contribuições do segurado e não com o capital social em qualquer hipótese, salvo erro no cálculo das tarifas; aceitando o seguro, o segurador toma a álea a seu cargo, cobrando taxas correspondentes ao maior ou menor risco que corre. É esse o seu negócio e dessa atividade terá o seu lucro sem que o pagamento do sinistro, a álea prevista é contratada, constitua prejuízo, senão vício natural desse comércio".

"De acordo com o eminente professor Sílvio Rodrigues e o saudoso Moura Bittencourt, cuja sensibilidade jurídica o alçou a um lugar privilegiado entre os juízes brasileiros, entendemos que o seguro continua a ser um contrato de risco, em face do qual o causador do dano é terceiro, para quem o contrato é "res inter alios acta". **A sub-rogação é, ao lado da imposição do poder indiscutido dos seguradores, uma admissão legal ou jurisprudencial de política econômica, cuja consequência, salvo casos raros, é a transformação do seguro, de negócio sobre risco, em negócio e financiamento, sem falar no aspecto social pouco lisonjeiro de impor ônus de indenização a modestos condutores de veículos, autônomos, de escassas condições de fortuna**".³

A propósito, o Código Civil Pátrio de 2003, através de cláusulas abertas para as quais o Judiciário não pode estar de olhos fechados, é fonte de interpretação do direito e retrata pensamento atual da sociedade ao determinar, em seu art. 421, que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Ratificando o posicionamento supra, o legislador constituinte do direito civil, trouxe no parágrafo único do art. 2.035 do CC de 2003, a seguinte determinação legal:

Outro caso interessante, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diz respeito a uma ação de indenização, proposta pela Souza Cruz, em face de um pequeno plantador de folha de fumo.¹⁶⁹

As partes tinham firmado contrato para que o pequeno agricultor plantasse e entregasse à empresa 3.000 quilos de fumo. Todavia, ao final do prazo para a entrega da mercadoria, o agricultor apenas conseguiu entregar 1/6 (um sexto) da quantidade combinada, o que ensejou a propositura da demanda.

Todavia, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina houve por bem negar provimento ao recurso de apelação interposto pela empresa, sob o fundamento de que o pequeno agricultor teria apenas aderido ao contrato, o qual, por via de conseqüência, não seria a expressão de sua vontade, ainda mais diante da patente desigualdade material entre as partes. *In verbis*:

“No tocante à aceitação do contrato por adesão, não se chega a analisar a vontade real dos contratantes, bastando a possibilidade de conhecimento das cláusulas estabelecidas e sua aderência a elas, para que se concretize o acordo bilateral de vontades. Em conseqüência disso, é que estão excluídas de obrigatoriedade as cláusulas onerosas ou inconvenientes.

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Não bastasse isso, as leis que norteiam e inspiram o sistema previdenciário, as companhias de seguros e os grêmios de pecúlios possuem caráter altamente social, pelo que devem ser interpretadas sem maiores formalismos legais para atender as necessidades populares.

*A empresa América Latina Cia de Seguros, por ter firmado contrato de risco com a segurada Odete Rebelo, proprietária do veículo Chevrolet/Corsa 1.0, placas L XK-9229, ano 95/96, **que sequer foi abalroado pelo veículo dos apelantes**, não tem direito à indenização postulada, porque tendo recebido os prêmios referentes ao seguro, e ocorrido o sinistro, decorre a sua inarredável responsabilidade civil.*

Como a empresa América Latina Cia de Seguros está esquecendo a sua função social, mas permanentemente ratificando os seus objetivos financeiros, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, condenando-se a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor atribuído à causa.”

¹⁶⁹ Apelação cível n. 1998.008093-2, de Bom Retiro. Relator: Des. Monteiro Rocha, j. 12/02/2004. in http://www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia_documento.jsp?p_id=AAAG5%2FAATAAAFFAAB&p_query=%7Bfun%E7%E3o+social+do+contrato%7D

Como se sabe, as chamadas cláusulas ilícitas devem ser submetidas a conceitos de ordem pública, mesmo porque há muito superado o pensamento da *pacta sunt servanda*.

Assim, contra a ordem pública e o dirigismo contratual não existe autonomia de vontade. Isso tudo em decorrência de que o liberalismo jurídico do Código Civil de 1916, se por um lado prometeu a igualdade política, não assegurou a igualdade econômica. O capitalismo desenfreado e a criação de grandes empresas conduziram à defasagem dos contratantes. Se aparentemente eles são iguais, na prática eles estão desnivelados economicamente (como é o caso da hipersuficiência econômica de Souza Cruz S/A com a hipossuficiência econômica do requerido), acarretando a existência de contratos com cláusulas desproporcionais de prestações ou de efeitos, ofendendo o ideal de justiça.

Se o Estado de Direito não tolera a lei substancialmente injusta, sem conteúdo ético e como instrumento de opressão, que dizer do contrato adesivo fulcrado em cláusulas potestativas e que estabeleçam direitos apenas a uma das partes, como acontece no contrato dos autos?

Em decorrência do raciocínio supra, nula é a cláusula 3.2, do contrato firmado entre as partes, segundo a qual "o descumprimento de qualquer das cláusulas pactuadas acarretará a rescisão do presente contrato, independente de notificação, sendo fixado desde logo, a título de multa penal, não substitutiva da obrigação, o percentual de 10% sobre o valor total da estimativa pactuada multiplicada pelo valor individual do quilo de fumo...".

Contrariando os princípios da liberdade contratual e da autonomia de vontade, o contrato adesivo, padronizado e formulado pela empresa fumageira, em cláusula abusiva e ilícita, que não pode obrigar o aderente - requerido - (quem adere expressa vontade viciada), estabeleceu no item 2.1, do contrato de compra e venda de fumo em folha (fls. 10), que "o produtor compromete-se a vender unicamente à EMPRESA a sua produção de fumo em folha, nos limites da estimativa" imposta pela empresa fumageira.

Verifica-se, portanto, que as cláusulas 2.1 e 3.2 (elaboradas pela empresa fumageira), do contrato firmado entre as partes, infringiu o disposto nos seguintes artigos do Código Civil Brasileiro de 2002:

"Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da **função social do contrato**.

"Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como

em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

"Art. 2.035, parág. único - Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Nulas, portanto, são as cláusulas 2.1 e 3.2 do contrato por adesão, por ofenderem preceitos de ordem pública, como a liberdade de contratar, a probidade, a boa-fé e a função social dos contratos.

*Assim, as mencionadas cláusulas contratuais, por ofenderem igualmente o princípio da justiça substancial (o direito contratual de 1916 tinha mero caráter instrumental), não podem vingar em detrimento do agricultor fumageiro, pelo que a improcedência da inicial foi decretada corretamente pelo juízo **a quo**.*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Recurso Inominado 71000584342, em 28/10/2004, adotou posicionamento completamente contrário ao da maioria da jurisprudência, entendendo que o terceiro, vítima de acidente de veículo causado por determinado segurado, pode demandar diretamente contra a seguradora, em decorrência da aplicação da função social do contrato, a qual decorre do princípio constitucional da solidariedade.¹⁷⁰

Ao afastar a alegação de ilegitimidade passiva da Seguradora, e condená-la no pagamento dos danos causados a terceiros, por um de seus segurados, a Corte Estadual sustentou que a legitimidade passiva estava consubstanciada na cláusula contratual de cobertura de sinistros em relação a terceiros. Portanto, diante da responsabilidade contratual da Seguradora, no sentido de indenizar os prejuízos causados a terceiros e, diante da função social do contrato de seguro, consubstanciada na cobertura de quaisquer danos causados a terceiros, não haveria motivo para se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pela Seguradora.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Ministra Nancy Andrighi, também tem entendido ser possível à vítima de

¹⁷⁰ http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php

acidente de veículo mover ação diretamente contra a seguradora, em decorrência da aplicação da função social do contrato. *In verbis*:

“Sobre a legitimidade da seguradora para figurar no pólo passivo em ação ajuizada por terceiro, a jurisprudência das duas turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é cabível a ação direta do terceiro, em face da seguradora. (...)

A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421).

De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora.

Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes - as quais

quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros - maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida.

Cumprem-se o princípio constitucional da solidariedade e garante-se a função social do contrato.

Portanto, nota-se que o acórdão recorrido decidiu de forma harmônica com a jurisprudência do STJ, e, por esse motivo, aplica-se o óbice da Súmula 83/STJ.”¹⁷¹

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aplicando a função social do contrato, determinou que a empresa de seguro saúde arcasse com as despesas para a colocação de uma prótese no paciente-segurado, único meio para que a cirurgia obtivesse êxito. Sob a ótica do Tribunal, de nada valeria a existência de cláusula contratual determinando a cobertura dessa cirurgia, se, por meio de interpretação contratual fosse excluída a cobertura das despesas necessárias para a colocação da prótese. Assim sendo, considerando a

¹⁷¹RESP 444716 / BA, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 11/05/2004, DJ 31.05.2004 p. 300 in https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200779820&dt_publicacao=31/05/2004

necessidade dos contratos serem interpretados em razão de sua função social, a empresa-seguradora deveria cobrir tais despesas.¹⁷²

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também deu aplicação dissonante da jurisprudência pacífica a respeito da aplicação da TR, como critério de correção monetária de contratos de financiamentos imobiliários (Súmula 295 STJ), com fundamento na função social do contrato.

Dois mutuários ingressaram com ação de revisão contratual contra a financiadora do imóvel que tinham adquirido, sob a alegação de que a aplicação da TR (Taxa Referencial), seria ilegal.

O Tribunal, confirmando a sentença, negou provimento ao recurso de apelação, sob o fundamento de que a cobrança de TR cumulada com juros seria abusiva, tendo em vista que a TR não seria simples critério de correção monetária, pois, em seu bojo, já existiria juros. Portanto, em última análise, haveria prática de anatocismo, o que é vedado por lei. Além disso, não se poderia admitir a cobrança de juros para que, somente depois, o saldo devedor fosse amortizado, mesmo existindo a Resolução BACEN 1980/93 autorizando essa prática. No caso analisado pelo Tribunal, o contrato havia sido firmado em 1990, o que justificaria o afastamento dessa Resolução, aplicando-se o artigo 6º, alínea “c”, da Lei 4.380/64, que determinava que os saldos devedores deveriam ser primeiramente amortizados, para somente depois serem aplicados juros.¹⁷³ Portanto, as

¹⁷² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGURO DE SAÚDE. CIRURGIA QUE EXIGE A COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. TRATANDO-SE DE CIRURGIA ÓSSEA CUJO ÊXITO DEPENDE DA INSTALAÇÃO DE PRÓTESE, IMPÕE-SE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE MÉRITO, SEM O QUE SE TORNARIA INÓCUA A COBERTURA DO SEGURO, NÃO SE PODENDO CONFUNDIR CLÁUSULA RESTRITIVA DO RISCO COM A QUE RESTRINGE A RESPONSABILIDADE. O CONTRATO DEVE SER INTERPRETADO SEGUNDO AS REGRAS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ, PONDERANDO-SE OS INTERESSES EM CONFLITO, PARA PREVALECER A PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. PROVIMENTO DO RECURSO.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004.002.16331, DECIMA CAMARA CIVEL. Rel. DES. SYLVIO CAPANEMA, Julgado em 03/11/2004)

¹⁷³ “Por último, importante salientar que o novo regramento civil, instituído pelo Código Civil de 2002, abandonou o individualismo e a supremacia absoluta da vontade de contratar das partes, que marcavam o velho Código Civil. Houve,

cláusulas contratuais que previam a incidência de TR cumulada com juros e a incidência de juros antes da amortização do débito, feririam a função sócia do contrato, devendo ser, pois, revistas.

Da leitura dos exemplos acima mencionados, nota-se que, efetivamente, a função social do contrato é instituto deveras elástico e, por isso, não poderia ficar adstrito somente às hipóteses de aplicação previstas pelo Código Civil. Esse novo instituto, como visto ao longo desse trabalho, pode ser aplicado a uma miríade de situações, em total consonância com os princípios da eticidade e operabilidade, que nortearam a produção da nova lei civil, e com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana da solidariedade, dos quais é decorrência lógica.

assim, verdadeira evolução no campo da repercussão social apresentada pelos contratos, restando clara a mitigação do princípio do pacta sunt servanda, dando-se maior relevo à função social dos contratos que à liberdade de contratar (art. 421 do Novo Código Civil).

Assim, o contrato, anteriormente concebido como o intangível acordo de vontades formalizado entre duas pessoas capazes – em virtude da nova visão social do contrato, com especial ênfase nos deveres anexos de conduta, corolários da boa-fé objetiva, bem como nas normas jurídicas de ordem pública – encontra limites no próprio ordenamento jurídico que lhe dá sustento. Nesse sentido, como bem diz o mestre de sempre Orlando Gomes ¹⁷³:

‘A liberdade de obrigar-se tem limites. Se bem que o regime dos contratos se constitua basicamente de preceitos de caráter supletivo, há princípios gerais e normas imperativas que devem ser respeitados pelos que querem contratar, certo sendo que a vontade dos contratantes, conquanto autônoma, sempre encontrou limitações na lei. A ordem jurídica descansa em princípios gerais que dominam toda a área do direito contratual. Para se resguardar nos seus fundamentos e preservar sua política institui a ordem pública e os bons costumes como fronteiras da liberdade de contratar e atribuir caráter imperativo a preceitos cuja observância impõe irresistivelmente, negando validade e eficácia aos negócios jurídicos discrepantes desses princípios ou infringentes dessas normas.’ ”

(TJDF. Primeira Turma Cível, Apelação Cível 2001 01 1 100969-5, Des. VALTER XAVIER, **Publicação no DJU**: 18/11/2004 **Pág.** : 41, in <http://juris.tjdf.gov.br/docjur/200201/201801.doc>)

CONCLUSÕES

1. A passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, teve como marco inicial a Revolução Francesa (1789) e, durante os séculos XVIII e XIX, a tônica dominante era o Liberalismo, sem qualquer limitação, o que propiciou o apogeu da teoria do consensualismo ou da vontade e da força obrigatória dos contratos. O Estado desempenhava papel negativo na esfera privada.

2. A partir da Revolução Industrial houve uma massificação da sociedade, em todos os setores, inclusive relativamente aos contratos, acarretando numa grande desigualdade material entre as partes. Nessa época, a teoria da vontade deu lugar à teoria da declaração, adotada, no Brasil, pelo Código Civil de 1916 .

Diante disso, o Estado passou a exercer um papel positivo na esfera privada, intervindo na liberdade contratual dos indivíduos.

3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos conjugou os valores liberdade e igualdade, que representam, respectivamente, o Estado Liberal, cujo papel na esfera privada é negativo, e o Estado Interventor, cujo papel, na esfera privada, é positivo.

Esta convivência só é possível com a relativização desses dois conceitos: nem a liberdade e nem a igualdade podem prevalecer. E, como a própria Declaração afirmou, em seu primeiro “considerando”, é a dignidade da pessoa humana que desenvolve o papel de moderador entre a liberdade e a igualdade; ambos encontram nela o seu limite de atuação. A liberdade encontra seu limite na solidariedade, que nada mais é do que a

própria dignidade da pessoa humana, porém observada em relação aos demais e não a si próprio. A igualdade, por sua vez, encontra seu limite na dignidade da pessoa humana, sob a ótica individual/subjetiva.

4. A Constituição de 1988 estabeleceu um perfil bastante social ao ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo que o país é um Estado Democrático de Direito, que visa assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça, como valores de uma sociedade fundada na harmonia social. A atenção do Poder Legislativo voltou-se para a coletividade, pois a propriedade deve desempenhar o papel exigido pela sociedade. Diante disso, o contrato – meio para aquisição da propriedade – deve ser concluído e interpretado levando-se em conta a justiça contratual em detrimento do *pacta sunt servanda* inflexível de outrora.

5. A liberdade contratual decorre do artigo 1º, inciso IV, do artigo 170, *caput* e do artigo 5º, inciso II, da Magna Carta. Seus limites, quais sejam, dignidade da pessoa humana e solidariedade, estão previstos pelos artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I, repetidos no artigo 170, *caput* da Constituição Federal. Portanto, independentemente de previsão infra-constitucional nesse sentido, já se poderia falar em aplicação da função social do contrato como decorrência lógica das normas contidas na Constituição Federal. A conjugação dos princípios da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade já seria suficiente para ser extraído que a liberdade contratual poderia ser exercida observando-se sempre a função social que lhe cabia.

6. Note-se que a Constituição Federal de 1988, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conseguiu mitigar os valores de liberdade e igualdade, para que pudessem conviver harmonicamente. Não há o Estado Liberal absoluto, com presença negativa, nem tampouco o Estado Intervencionista absoluto, com presença positiva na esfera privada dos cidadãos. O que a Constituição prevê é um Estado que se preocupa em respeitar a vida privada e a livre iniciativa dos indivíduos, mas que também se preocupa com o bem-estar e desenvolvimento da coletividade. E essa

preocupação pode tender ora mais para um lado, ora mais para outro, sempre se levando em conta o termômetro da dignidade da pessoa humana, seja em seu aspecto puramente subjetivo, seja em seu aspecto objetivo, em que recebe a denominação de princípio da solidariedade, previsto pelo artigo 3º da Constituição Federal.

7. O Novo Código Civil está em total harmonia com a Constituição Federal, pois também se preocupa com a coletividade e impõe limites à vontade individual, para que sejam atendidos os interesses sociais. Os princípios orientadores do Novo Código são a eticidade, socialidade e operabilidade, o que lhe confere um caráter mais aberto, propiciando maior discricionariedade ao magistrado, ao aplicar as normas ao caso concreto.

8. Diante da Constituição Federal e da nova codificação, a liberdade individual deve ser reavaliada para que seja entendida de acordo com os valores postos pela sociedade. Isto não significa que a vontade livre deixou de existir; significa, apenas, que, em função da evolução da consciência social do Estado, pautada pela constitucionalização dos direitos fundamentais, a liberdade contratual deve estar de acordo com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e, conseqüentemente, com os princípios norteadores do Novo Código Civil, que nada mais fazem do que aplicar esses valores.

9. O Código Civil de 2002 serviu para concretizar a aplicação desses princípios, por meio de cláusulas gerais, que estão entre as normas e os princípios e servem para dar maior concretude a estes. Portanto, a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos, que até então poderiam ser objeto de grande controvérsia, no sentido de se apurar qual seria o limite do conteúdo contratual e, conseqüentemente, do *pacta sunt servanda*, passaram a ter novo sentido, calcado no ser humano. De fato, para contratar, as partes devem observar a boa-fé, a lealdade, a equidade e a função social do contrato, além é claro, dos princípios acima mencionados.

Conseqüentemente, as relações privadas, dentre as quais as contratuais, devem privilegiar a harmonia social, para que tenham todo o

amparo e proteção jurídica. Caso contrário, haverá um prejuízo social, caracterizando-se um abuso de direito, execrado pelo artigo 187 do Novo Código Civil que, em última análise, determina que constitui ato ilícito o exercício de um direito além dos limites impostos pelas cláusulas gerais.

10. O comportamento que as partes devem guardar no desenrolar da relação jurídica contratual, à confiança, lealdade e boa-fé, enquanto o comportamento que as partes devem guardar em relação à sociedade e vice-versa, diz respeito à função social do contrato. Todavia, deve-se admitir que o comportamento que as partes guardam entre si certamente gera efeitos em relação aos terceiros, motivo pelo qual, apesar de distintos, boa-fé, confiança, lealdade e função social do contrato estão intrinsecamente ligados, não podendo, pois, serem completamente dissociados, quando postos sob análise pelo operador do Direito.

11. O artigo 421 do Código Civil contém imprecisão técnica, pois se refere à liberdade de contratar (firmar ou não contrato) em vez de liberdade contratual (liberdade de dispor sobre o conteúdo contratual). O Projeto de Lei 6960/2002 pretende alterar a redação do artigo 421, para que conste liberdade contratual em vez de liberdade de contratar e para que seja suprimida a expressão “em razão”, ficando dessa forma a nova redação desse artigo: “*A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*”. Todavia, a supressão do termo “em razão” não se coaduna com o espírito da nova lei e nem tampouco com a Constituição Federal, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana e a justiça social alcançaram posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, não teria qualquer sentido a alteração proposta pelo Deputado Ricardo Fiúza, porque ainda eivada de valores constantes do Código revogado (individualismo e patrimonialismo), incompatíveis com os valores da nova codificação.

12. Propõe-se a formulação do seguinte conceito aberto para a função social do contrato: *a função social do contrato é uma cláusula geral de limitação da liberdade contratual, cuja finalidade é a circulação de riquezas, com observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.*

13. A finalidade da função social do contrato nada mais é do que dar efetividade ao protesto de Lacordaire - "entre o forte e o fraco é a liberdade que oprime e a lei que liberta" - protegendo a parte mais fraca da relação jurídica, sempre entendida e situada dentro de uma coletividade, de uma sociedade que deve estar com ela harmonizada. Se o contrato não cumprir sua função social, além da possibilidade de ser invalidado com este fundamento ou com fundamento no desrespeito aos princípios constitucionais que lhe dão respaldo, o legislador previu outras formas de cumprimento forçado da função social. O contrato que causar a desigualdade material entre as partes, é passível de anulação ou de revisão judicial, para que haja o restabelecimento desse necessário equilíbrio material entre os contratantes.

14. O papel a ser desempenhado pelo contrato perante a sociedade é um papel ativo, para que sejam promovidos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Portanto, quaisquer cláusulas que contrariem esses dois princípios constitucionais são inválidas e poderão ser judicialmente revistas. Como há uma gama indeterminada de situações em que o contrato deve desempenhar sua função social, não se pode admitir que esta fique adstrita somente às hipóteses de aplicação previstas pelo Código Civil (ex. simulação, lesão, onerosidade excessiva, fraude contra credores, estado de perigo). A função social do contrato pode ser aplicada para além dessas hipóteses, até porque, sendo cláusula geral, seu conteúdo é extremamente elástico, o que significa que jamais terá um desenho muito definido. Todavia, algumas balizas podem ser dadas ao operador do Direito: além das figuras acima mencionadas, também poderá ser aplicado, por analogia, o disposto no artigo 1.228 do Código Civil, porque a função social da propriedade está ligada à função social do contrato, já que este é meio de aquisição daquela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y validez Del derecho*. Gedisa:Barcelona, 1994

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *A função social dos contratos no novo código civil*, in Revista Forense, vol. 371, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed., Brasília Jurídica: Brasília, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* in Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n.º 6, Salvador, setembro de 2001 (http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf - acessado em 18/06/2005).

BARTOLOMEI, Franco. *La dignità umana como concetto e valore costituzionale*. G. Giappichelli: Torino, s/d.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, s/d.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo, 2001

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Forense:Rio de Janeiro, 1987.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile III: il contratto*. Giuffrè: Milano, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7 ed. 2 tir., Malheiros: São Paulo, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed., Almedina: Coimbra, s/d.

CARRESI, Franco. *Il contratto*. Giuffrè: Milano, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria de norma tribuária*. Max Limonad: São Paulo, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do direito civil*. 1º vol., 2 ed., rev. e atual., Associação Acadêmica da Faculdade de Direito: Lisboa, 1987/1988.

COSCI, Maria Angélica de Queiroz. *A evolução da concepção de contrato no direito civil brasileiro*. Mestrado em Direito, PUC/SP, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 8 ed, atual. Saraiva: São Paulo, 2002

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário aurélio básico da língua portuguesa*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1994/1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. atual. SP: Saraiva. 1999.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Revista de Derecho Privado, Madrid:1969.

FLÓRES-VALDÉS, Joaquim Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Cuadernos Civitas, Madrid:1990.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: s/d.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. Saraiva: São Paulo, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed.. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Revista dos Tribunais: São Paulo, s/d.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol. III: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed., rev. e atual., Malheiros: São Paulo, 2003.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar ed fundação do direito privado in Revista do Advogado: novo código civil: aspectos relevantes*. Associação dos Advogados de São Paulo: dezembro de 2002, ano XXII, n.º 68.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. Saraiva: São Paulo, 2004.

LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: cadernos 1*. Max limonad: São Paulo, 1999.

_____. *Direito civil constitucional: cadernos 2*. Juruá: Curitiba, 2001.

_____. *Direito civil constitucional: cadernos 3*. Malheiros: São Paulo, 2002.

_____. *Da oportunidade da codificação civil in Revista do Advogado: novo código civil: aspectos relevantes*. Associação dos Advogados de São Paulo: dezembro de 2002, ano XXII, n.º 68.

..... *Código civil comentado*. Vol. 1: parte geral (art. 1º a 232). Saraiva: São Paulo, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. Método: São Paulo, s/d.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2 ed, rev., atual. E ampl., Revista dos Tribunais: São Paulo, s/d.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513, acessado em 18/06/2005.

MARTINS-COSTA e BRANCO, Judith e Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2002.

MAZEUD, Denis. *Loyauté, solidarité, fraternité: lanouvelle devise concratulle? In L'anevir du droit*. Dalloz: Paris,1999.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre a constituição*. 3vol., Livraria Petrony:Lisboa, 1979.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*.11 ed. Atlas: São Paulo, 2002.

NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. Revista de Direito Privado, vol. 12, outubro-dezembro de 2002, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Renovar:Rio de Janeiro e São Paulo, 2002

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. Saraiva, São Paulo, 1994.

OPPO, Giorgio. *Sobre princípios gerais do direito civil*. Revista de Direito Civil, Ano XXXVII, n.º 01, 1991.

PARRA, Adriano Lichtenberger, *Função social do contrato*. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2002.

PEREIRA, Ana Maria. *História contemporânea: aspecto cultural*. Aulas ministradas para o 3º colegial do Colégio Dante Alighieri. São Paulo, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I.. 19 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2 ed, rev. e ampl. Scientifiche Italiane:Napoli, 2001.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2 ed. Renovar: São Paulo, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3 ed. Max Limonad: São Paulo, 1997.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 1986.

..... *Visão geral do projeto de código civil.*
www.miguelreale.com.br, acessado em 18/06/2005.

..... *O espírito da nova lei.* 04/01/2003.
www.miguelreale.com.br, acessado em 18/06/2005.

..... *Função social do contrato.* 20/11/2003.
www.miguelreale.com.br, acessado em 18/06/2005.

..... *Filosofia do direito*, 6 ed., Saraiva: São Paulo, 1972

..... *A constituição e o direito civil.* “O Estado de S. Paulo”, p.
A 2, 18/06/2005.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato.* Dissertação para exame do curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1990.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Almedina: Coimbra, 1988.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais.* Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1999.

SALINAS, Samuel Sérgio. *Do feudalismo ao capitalismo: transições.* 2 ed., Atual: São Paulo, 1988.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos.* Método: São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a constituição.* Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

..... *A constituição concretizada.* Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.

SILVA, Francisco Alves da. *História do Brasil I*. Centro de Recursos Educacionais: São Paulo, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed., rev., atual.. SP: Malheiros. 2001.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. Malheiros: São Paulo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2 ed., Malheiros Editores: São Paulo, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed, rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro e São Paulo, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense: Rio de Janeiro, 2003

VENOSA, Silvio de Salvo. *O Código do Consumidor e o Código Civil*. Jornal Valor Econômico de 23 de abril de 2002, p.E2.