

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - CLÁUSULA GERAL DE
ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO E PROMOÇÃO DA
SOCIALIDADE POR MEIO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Carla Rodrigues Santana

rodriguesdesantana_c@hotmail.com

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Rio Preto, Especialista em em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Mestranda em Direito Civil pela PUC/SP e bolsista integral pelo CNPQ

Resumo: O contrato, importante instrumento de circulação de riquezas, recebeu uma nova roupagem trazida pelo Código Civil de 2002 por meio de uma cláusula geral: a função social. O presente trabalho possui o intuito de descrever alguns pontos da evolução histórica do contrato, sua importância e características. Aborda também a interligação entre os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, a mutação dos princípios clássicos contratuais e a influência dos princípios constitucionais na releitura contratual. Aponta, ainda, elucidações sobre o projeto do Código Civil e os principais fundamentos e desdobramentos da inserção da cláusula geral da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. E, finalmente, destaca a relevância da atuação judiciária para a efetivação da socialidade.

Palavras-chave: contrato, evolução, função social, poder judiciário, concretização.

Abstract: The contract, an important instrument of circulation of wealth, received new clothing brought by the Civil Code of 2002 by a general clause: a social function. This article has the intention to describe certain points of the historical evolution of the contract, its importance and characteristics. It also discusses the link between the concepts of will autonomy and private autonomy, the mutation of the traditional principles of contractual and constitutional principles influence the reading contract. The article points still explanations about the project of the Civil Code and the main reasons and consequences of the insertion of the general clause of the social contract in the Brazilian legal. And finally, highlights the importance of judicial action for the realization of sociality.

Keywords: contract, change, social function, judiciary, realization.

Introdução

A vontade é requisito indispensável na celebração de todo ato jurídico. O contrato, um dos fundamentais pilares do direito privado, resguarda a convergência das manifestações dos sujeitos visando à concretização de obrigações de cunho patrimonial.

A autonomia da vontade originou-se a partir da concepção laica do direito (aspecto filosófico) e do liberalismo traduzido na expressão “*laissez faire, laissez passer*” (aspecto econômico) que caracterizou o indivíduo como o melhor defensor de seu próprio interesse.

Contudo, o transcurso dos anos e fatos sociais demonstrou a necessidade da interferência do Estado na regulação do mercado com o intuito de assegurar a igualdade material entre os contratantes uma vez que a igualdade formal garantida anteriormente ocasionou profundas disparidades.

Assim, surge o dirigismo contratual necessário ao bem-estar social consagrando a intervenção legislativa do Estado e garantindo a observância de valores constitucionais como a proteção do consumidor, do meio ambiente e da livre iniciativa e concorrência, entre outros.

Entretanto, a ciência jurídica também sofreu a influência do fenômeno da socialidade e, entre outros, trouxe as cláusulas gerais como enunciações abstratas que propiciam ao magistrado a valoração de elementos axiológicos para a decisão do caso em análise.

Atualmente, com a vigência do Código Civil de 2002, no ramo do direito contratual, a cláusula geral da função social do contrato possibilita a abertura do sistema jurídico brasileiro permitindo ao magistrado releitura do contrato (objeto de análise da lide) pela observância de valores axiológicos com o intuito de impedir a exploração do fraco pelo forte, proporcionar a sobreposição de interesses coletivos e resguardar interesses de terceiros prejudicados direta ou indiretamente pelo negócio jurídico celebrado.

Neste contexto, apresentamos sucinta evolução histórica e características principais do contrato, pontos relevantes trazidos pela inserção da cláusula geral da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. A partir desses aspectos, este trabalho pretende apresentar a importância do Poder Judiciário na efetivação desse novo instrumento de releitura contratual.

1. O contrato – evolução histórica e características principais

1.1 Breve evolução histórica

O termo contrato derivou do latim *contractus*, originário do primeiro século da era cristã, que significava convenção, pacto ou transação. Quanto a sua origem, há controvérsia sobre sua derivação, ou seja, se o contrato teve procedência no *contractus* ou no *nudo pactus* (*conventio*) e, se o consentimento e a vontade foram ou não elementos componentes das assertivas romanas. Contudo, os romanos não elaboraram uma abstração teórica sobre o contrato que permitisse a concepção desse instituto como uma categoria autônoma e instrumental, mesmo conhecendo-o como meio de operação econômica¹.

O Código Alemão foi a primeira grande codificação moderna que considerou a convenção como gênero do qual o contrato representara à espécie (art. 1.101). Com base nos ideais da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para a aquisição da propriedade. Assim, o acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e as classes proprietárias. A transferência de bens era dependente exclusivamente da vontade².

A pandectística, originária da sociedade burguesa que impunha seu ponto de vista social e econômico desde o século XVII na Inglaterra e França e do século XIX na Alemanha, permitiu a interpretação das grandes figuras do direito civil da seguinte maneira: o direito subjetivo foi tido como poder de vontade; o negócio jurídico, como ativação da vontade autônoma das partes; o contrato, como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito; a propriedade, como direito em princípio ilimitado e de total domínio e exclusão, sem nenhuma função social³.

O liberalismo acentuado, base da construção legislativa do início de século XIX, ensejou a compreensão dogmática da teoria geral do contrato, fundada na autonomia de

¹ GUILHERME ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale de. A função social do contrato como delimitadora da autonomia da vontade. In: NETO RULLI, Antônio e ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de (Coords). *Estudos em Homenagem ao Acadêmico José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza Editores, Academia Paulista de Magistrados, 2003.p. 316.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 03. 3v.

³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, ____ . p. 717.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

vontade, traduzindo o contrato como o mais importante dos negócios celebrados entre pessoas⁴. Com isso, houve a consagração do princípio *pacta sunt servanda* que expressava a estabilização da sociedade burguesa, mesmo havendo enormes disparidades sociais e econômicas.

Todavia, com o advento da primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias (até então estáveis) transformou-se ocasionando o surgimento de uma nova realidade que impôs a “adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra e conduzissem a sociedade do pós-guerra de volta a estabilidade e paz social.

Consequentemente, nesse período surge o fenômeno do dirigismo contratual proporcionando a mitigação da autonomia da vontade e a influência do direito público sobre o direito privado tendo em vista a interferência estatal na liberdade de contratar⁵.

Alguns privatistas da época falavam em morte do contrato para significar esse fenômeno de transformação⁶. Todavia, esse temor não aconteceu e o contrato continua sendo um dos institutos jurídicos civis mais importantes na sociedade hodierna, mesmo travestido de nova roupagem: a função social.

Atualmente, a economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contrato-tipo ou de massa) que não coadunam-se com o princípio da autonomia da vontade⁷.

Desse modo, o Estado intervém constantemente na relação contratual privada com o intuito de assegurar a supremacia da ordem pública, ocasionando a existência de um *dirigismo contratual* naqueles setores que interessam a coletividade⁸.

Tendo em vista a influência trazida pelo Estado social, principalmente traduzida na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor de 1990⁹, o sistema jurídico brasileiro constituiu-se de conceitos jurídicos que permitiam a releitura do contrato

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 446.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al], op. cit., p. 446 e 449.

⁶ Id., Ibid., p. 446.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al]. op. cit. p. 449.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 04.

⁹ Além disso, Ricardo Fiúza menciona que o princípio da função social do contrato é anterior ao Novo Código Civil, pela interpretação dos art. 5º, XXII da CF, art. 5º da LICC e art. 51 do CDC. Isso, porque eles constituem limitação de ordem pública ao contrato e sempre deverão ser aplicados pelos juízes, principalmente nas convenções onde foram pactuadas formas de execução contratual. Dessa forma, o princípio da função social do contrato pode ser aplicado mesmo em relação àqueles contratos formulados sob a égide do CC de 1916. FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.689.

sob a ótica da função social, propiciando a circulação da riqueza (centro da vida dos negócios e elemento propulsivo da expansão capitalista) e a observância dos princípios da dignidade humana e da solidariedade social.

Contudo, com a promulgação do Código Civil de 2002, o direito privado brasileiro marcou definitivamente e explicitamente a função social do contrato como cláusula geral, instituto jurídico propiciatório da abertura jurídica necessária para o enfrentamento das alterações sociais.

1.2 Relevância e características

Diante das situações fáticas, os homens se comunicam e se entendem por meio de vínculos, por exemplo, na vida familiar, social e religiosa. Todavia, é no plano jurídico e na área dos interesses patrimoniais que mais se destaca o contrato, como “veículo de cooperação intersubjetiva, da divisão do trabalho e da solidariedade”¹⁰. Assim, diante do ordenamento jurídico, a propriedade e a família (formada pelo matrimônio) são dois institutos que propiciam a realização da personalidade, sendo que eles necessitam de mais um instrumento para se entrelaçarem: o contrato¹¹. Neste contexto, o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: ser o centro da vida dos negócios¹².

Caio Mário¹³ define contrato como expressão de um acordo de vontades que visa criar, modificar ou extinguir um direito. *Roppo*¹⁴ menciona que a função mais relevante do contrato é a econômica, ou seja, propiciar a circulação de riqueza, transferindo-a de um patrimônio a outro.

Na prática, a palavra contrato possui acepções distintas, porque ora é utilizada para designar negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações ora, usada como instrumento que o formaliza por meio de escritura pública, escrito particular, simples missiva

¹⁰ COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de Direito Civil à luz do Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.

¹¹ COSTA, Dilvanir José da, op. cit., p. 13.

¹² MESSINEO *apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 3ª ed. atual de acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 3 v. p. 11.

¹³ MÁRIO, Caio *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Direitos das obrigações*. 2ª parte: 34ª ed. rev. e atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. 5 v. p. 04.

¹⁴ ROPPO *apud* NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

ou recibo. Essa sinonímia ocorre a tal ponto que o leigo supõe não haver contrato se o acordo não for escrito. Contudo, o contrato pode ser celebrado pela forma escrita ou verbal, porque sua criação advem do encontro de duas ou mais declarações convergentes de vontades com o intuito de constituir, regular ou extinguir uma relação patrimonial de conveniência mútua entre os declarantes¹⁵.

Apesar do Código Civil Brasileiro não ter trazido o conceito de contrato, por exemplo, como fizeram os códigos francês e argentino¹⁶, podemos mencionar que ele insere-se num contexto mais amplo da relação obrigacional, pois estabelece um vínculo obrigatório entre duas ou mais pessoas que se comprometem às prestações de dar, restituir, fazer ou não fazer¹⁷.

Assim, o proprietário de moeda e de outros bens se obriga à comprar, vender, permutar, doar, alugar ou emprestar, gerando sucessivas mudanças na titularidade dos direitos reais e obrigacionais ocasionando o dinamismo e a agitação da vida em sociedade¹⁸.

O contrato possui como fundamento ético a vontade humana, desde que atue em conformidade com a ordem jurídica¹⁹. Em outras palavras, é a lei que disciplina os efeitos dos contratos, por exemplo, obrigando o comodatário a conservar, como se sua fosse a coisa emprestada (não fungível), não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos, segundo o art. 582 do Código Civil²⁰

O contrato adquire múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. No direito civil está presente no direito das obrigações, no direito de empresa, no direito das coisas (transcrição, usufruto, servidão, hipoteca etc.), no direito de família (casamento) e no direito das sucessões (partilha em vida)²¹. No direito do consumidor, administrativo e do trabalho, o contrato está previsto, respectivamente, nos contratos de massa, nos contratos de concessão de serviço público e nos contratos de trabalho.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 9 e 10.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 04.

¹⁷ COSTA, Dilvanir José da, op. cit., p. 13.

¹⁸ Id., *Ibid.*, p. 14.

¹⁹ MÁRIO, Cáo *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 02.

²⁰ Art. 582 do Código Civil: “O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos”.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 01 e 04.

Conforme a concepção moderna, o contrato adquire condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde haja assentimento entre as vontades individuais e o interesse coletivo por meio de normas de ordem pública (inderrogáveis) que evitam o predomínio do economicamente mais forte sobre o mais fraco²².

Assim, podemos perceber que o contrato é um instituto jurídico de grande relevância para a concretização das situações subjetivas (manifestação da liberdade negocial das partes) que permeiam a sociedade, desde os tempos remotos, contudo, exposto às transformações para atender o equilíbrio social e econômico.

1.3 Autonomia da vontade e Autonomia privada

As codificações recentes, apoiadas principalmente no Código Civil Francês de 1804, resguardaram a liberdade de contratar de cunho essencialmente capitalista ou burguês uma vez que expressaram preponderantemente a aquisição da propriedade²³.

Autonomia da vontade (expressão advinda de *Gounot*) correspondeu ao poder atribuído às partes no sentido de estabelecer regras em suas relações jurídicas contratuais com o intuito de satisfazer aos seus interesses. Em outras palavras, ela foi compreendida como o poder concedido às partes para determinar livremente tudo no negócio jurídico, caracterizando lei entre elas (*voluntas facit legem*)²⁴.

O auto-regulamento da vontade permitiu ao sujeito, ciente das consequências de seu ato, negociar ou não, ter ou não o *gestum* que o vincule, dentro de certos limites²⁵. Assim, para a teoria clássica, o contrato assentava a vontade individual que lhe dava força obrigatória. Com isso, a lei apenas consagrava essa vinculação e o magistrado nada podia fazer em relação a essa vontade soberana: “a sua função limitava-se a assegurar-lhe o respeito,

²² MOURA, Mário Aguiar *apud* ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 329.

²³ VENOSO, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 2 v. p. 348.

²⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 39.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

na proporção da inexistência de qualquer vício de consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública”²⁶

Todavia, a experiência exigiu modificações tendo em vista a desigualdade trazida pelo modelo liberal ocasionando a recompreensão da liberdade de contratar²⁷. Ou seja, a desigualdade material e o desequilíbrio intrínseco nas situações jurídicas contratuais apontaram para a necessidade de apreensão de elementos axiológicos – dignidade humana e solidarismo – buscando a efetivação do princípio da igualdade nesse importante instrumento civilista²⁸. O intervencionismo estatal (dirigismo contratual) e a modificação de conceitos históricos em torno da propriedade contribuíram para essa releitura do contrato²⁹.

Desse modo, a autonomia da vontade (clássica) foi substituída pela autonomia privada, sob a égide do interesse social³⁰, proporcionando uma intervenção estatal na liberdade de contratar para a defesa dos valores constitucionais fundamentais e das normas infraconstitucionais de dirigismo contratual³¹.

Neste contexto, a autonomia da vontade, atualmente, é entendida sob uma nova vertente: a autonomia privada. Ela expressa os interesses dos contratantes juntamente com a observância da lei³², da ordem pública, dos usos, da equidade, da boa-fé, da proteção ambiental e, entre outros, da função social do contrato. Assim, a autonomia privada é mais abrangente do que a autonomia da vontade, porque enquanto a primeira considera exclusivamente a vontade das partes, aquela preserva essa vontade tendo como diretriz os interesses sociais³³.

Segundo Francisco Amaral³⁴, a liberdade de contratar restringida pela função social do contrato evidencia sua adequação aos parâmetros econômicos e sociais daquele ato

²⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol III. Fontes das obrigações contratos. 6ª ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 33.

²⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 16.

²⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 17.

²⁹ VENOSO, Silvio de Salvo, op. cit, p. 349.

³⁰ Id., Ibid., p. 348.

³¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 17 e 18.

³² Art. 104 do Código Civil de 2002: “Agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei”.

³³ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 85.

³⁴ AMARAL, Francisco *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas*. 17ª ed. atual de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v. p. 33.

negocial que buscam a efetivação do bem comum e dos fins sociais. Assim, a liberdade de contratar está sob o freio da função social³⁵.

1.4. Princípios clássicos contratuais - Mutabilidade

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo³⁶, os três princípios do direito contratual estabelecidos no século passado e baseados na autonomia da vontade são os seguintes: princípio da liberdade contratual *lato sensu*, princípio do *pacta sunt servanda* e princípio da relatividade.

O princípio da liberdade contratual *lato sensu* menciona que as partes podem convencionar o que quiserem, e como quiserem, dentro dos limites da lei. Significa o poder dos sujeitos capazes de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico. Esse preceito manifesta-se de maneira tríplice: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato³⁷.

O princípio do *pacta sunt servanda* estipula que o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil Francês), assegurando a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. De acordo com esse princípio nenhuma das partes poderá rescindir o acordo pelo fundamento de que a execução de suas cláusulas causará colapso financeiro ou de que tais cláusulas não seriam estabelecidas se houvesse a previsão da alteração radical das circunstâncias. Essa máxima traduz o personalismo das obrigações oriundas do direito romano e o cumprimento rigoroso da palavra empenhada como se verificava na prática antiga expressa pela entrega do fio de barba como representativo da submissão irreversível ao trato feito³⁸.

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais afirma que o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*.

³⁵ VENOSO, Silvio de Salvo, op. cit., p. 349.

³⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

³⁷ GOMES, Orlando, op. cit., p. 22.

³⁸ LOURES, José Costa e GUIMARÃES, Taís Maria Lourdes Dolabela. *Novo Código Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 187 e 188.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O autor Antônio Junqueira de Azevedo³⁹ menciona que os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX levaram os juristas a rever o papel rígido da lei. Tal mudança atingiu também as três vertentes básicas do contrato e impulsionaram suas reestruturações.

Primeiro, porque, no caso da autonomia privada, nem sempre há escolha deliberativa dos sujeitos ou do objeto do contrato. Por exemplo, a previsão do Código de Defesa do Consumidor veda ao fornecedor de produtos ou serviços recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes, nos termos do art. 39, II, da Lei nº 8.078/90⁴⁰. Acrescenta-se, ainda, que as cláusulas dos contratos de massa/estandardizados também impedem a livre fixação do conteúdo contratual.

Segundo, porque, o princípio da força obrigatória dos contratos sucumbe a flexibilização da intangibilidade das cláusulas contratuais tendo em vista a desigualdade real entre as partes ocasionada por fatos extraordinários que modifiquem a base da contratação, por exemplo, como acontece na aplicação da teoria da imprevisão⁴¹⁻⁴².

Por fim, quanto ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, necessário ponderar pela sua incompatibilização com a ideia da função social⁴³.

Essas afirmações são precedentes de um cotidiano hipercomplexo cujos dados se acrescentam sem que haja eliminação de outros. Neste contexto, os três princípios contratuais clássicos (princípio da liberdade contratual *lato sensu*, *pacta sunt servanda* e *res inter alios acta tertio neuque nocet neque prodest*) são influenciados por outros três preceitos: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato⁴⁴.

³⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 140.

⁴⁰ Exemplo dado por GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 13. Transcrição *in verbis* do inciso II do art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”.

⁴¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 13.

⁴² Buscando mitigar “o rigor do personalismo romano, a construção doutrinária socorreu-se de proposição do direito canônico, consistente na chamada cláusula *rebus sic stantibus*, como exceção ao princípio da infungibilidade da substância dos contratos”. Daí se chegou “no direito moderno à teoria da imprevisão, em que se admite a revisão dos contratos, toda vez que acontecimento imprevisível e extraordinário alterasse substancialmente a condição das partes, tornando extraordinariamente penoso o cumprimento da obrigação assumida”. LOURES, José Costa e GUIMARÃES, Taís Maria Lourdes Dolabela, op. cit., p. 188.

⁴³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 13.

⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 140.

1.5. Aspectos constitucionais que orientam a releitura do contrato

O mundo globalizado exige a intervenção do Estado no mercado e, conseqüentemente, umas das questões originárias dessa atuação é a delimitação do seu papel e sua efetividade. Desse modo, “o desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados”⁴⁵.

O relatório do Banco Mundial menciona que a história tem mostrado repetidamente que um bom governo não é um luxo e sim uma necessidade vital. Ou seja, sem um Estado efetivo o desenvolvimento econômico e social sustentáveis são impossíveis (World Bank, 1997)⁴⁶.

Para que ocorra essa efetividade estatal é necessário garantir os direitos fundamentais à população, entre eles: “a definição de uma base legal; a manutenção da estabilidade econômica; o investimento em serviços sociais básicos e em infraestrutura; o amparo aos vulneráveis; a proteção ao meio ambiente”⁴⁷.

Desse modo, o Estado assume um papel imprescindível na regulação da vida humana em busca do bemestar social, primando pela evolução da sociedade de maneira equilibrada e sustentável, mesmo que haja a presença de algumas disparidades entre a teoria e a prática.

Ao discorrer sobre os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, Daniel Sarmiento⁴⁸ menciona que as reformas econômicas liberalizantes, introduzidas na Constituição nos últimos anos, afetaram de maneira periférica, a arquitetônica que permanecia íntegra em suas bases: “o nosso modelo de constituição econômica é o de uma economia capitalista, todavia preocupada com a igualdade material e a justiça social”.

A Constituição Federal trouxe a previsão da intervenção reguladora do Estado nos contratos, consoante interpretação do art. 5º, inciso XXXII, do art. 150 § 5º, do art. 170, inciso V e do art. 175, parágrafo único, inciso II⁴⁹.

⁴⁵ DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social*. Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 131.

⁴⁶ DUPAS, Gilberto, loc. cit.

⁴⁷ DUPAS, Gilberto, op. cit., p. 133.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330.

⁴⁹ Transcrição *in verbis* dos artigos citados: Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros natos e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Alexandre de Moraes menciona que, apesar da Constituição Federal de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, o Estado intervinha no domínio econômico como agente normativo e regulador com o intuito de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento destinado ao setor privado⁵⁰.

Podemos mencionar, ainda, que a Constituição Federal ao instituir a função social da propriedade⁵¹ também determinou tal atribuição ao contrato caracterizado como um dos principais mecanismos jurídicos para sua circulação⁵². Neste contexto, a concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual, guardando intimidade com o princípio constitucional da função social da propriedade, tendo em vista sua identidade dialética⁵³.

Com isso, valorizado pela boa-fé objetiva, o interesse social evidencia o elemento nuclear do contrato; ou seja, a eficácia jurídica do contrato não é mais subordinada ao acordo de vontades, mas aos efeitos que o vínculo contratual produz na sociedade⁵⁴.

Além disso, a ideia da função social do contrato também é determinada pela Constituição Federal de 1988, ao fixar, como um dos fundamentos da República (art. 1º, IV)⁵⁵ e da ordem econômica (art. 170, *caput*)⁵⁶, o valor social da livre iniciativa determinando ao jurista a proibição de visualizar o contrato como um átomo, um elemento que somente interessa às partes, desvinculado-se dos demais.

Com isso, podemos afirmar que a função social do contrato possui magnitude constitucional e não apenas civilística⁵⁷.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (...); Art. 150, § 5º “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (...)”; Art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor (...)”; Art. 175. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: Disporá a lei sobre: II – direitos do usuário”.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 717.

⁵¹ Art. 5º da Constituição Federal: “XXIII – a propriedade atenderá sua função social”.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 05.

⁵³ ALVES, Jones Figueirêdo *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 05.

⁵⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 103.

⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op.cit., p. 142.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 411.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, loc.cit.

2 Função social do contrato

2.1 Projeto do Código Civil

Com influência dos Códigos Civis alemão (1896), italiano (1942) e português (1966)⁵⁸, o projeto do Código Civil preponderou pela observância dos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade⁵⁹.

Na Câmara Federal, o Deputado Tancredo Neves, ao analisar o dispositivo do projeto do Código Civil que mencionou a função social do contrato, considerou que aludida redação ocasionaria relevante inconveniência, porque significava que, fora dos limites da função social do contrato, não seria exercida a liberdade de contratar.

Com isso, o deputado sugeriu, por meio da Emenda nº 371, nova redação ao artigo: “ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”⁶⁰.

Entretanto, a emenda foi rejeitada com o parecer do Relator-Geral Deputado Ernani Satyro, uma vez que “a afirmação da função social do contrato, consoante o art. 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o art. 160, III da Constituição de 1965”⁶¹.

Finalmente, demonstrando o princípio da socialidade, o texto do art. 421 do Código Civil foi aprovado com a seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Após a promulgação e vigência do Novo Código Civil, o Deputado Ricardo Fiúza elaborou o Projeto de Lei nº 6.960/2002⁶² propondo uma nova redação ao dispositivo do art. 421 da aludida lei nos seguintes termos: “Art. 421 A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Essa alteração foi sugerida pelos Profs. Álvaro Villaça

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.05.

⁵⁹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

⁶⁰ ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIÚZA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 329.

⁶¹ ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIÚZA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 329.

⁶² Câmara dos Deputados - Projeto de Lei nº 6960/2002 – Data de apresentação: 12/06/2002 – Proposição sujeita à provação do Plenário – Situação: Arquivado em 31/1/2007 – Disponível em: <http://WWW.camara.gov.br/internet/sileg/prop_detalle.asp?id=56549> Acesso em: 16 mar 2011.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo com o objetivo de substituir a expressão “liberdade de contratar” por liberdade de contratual⁶³.

Isso, porque toda pessoa capaz possui liberdade de contratar, enquanto que, a liberdade contratual caracteriza a liberdade para discutir as cláusulas contratuais. Além disso, o mencionado projeto sugere a supressão da expressão “em razão” uma vez que a liberdade contratual seria limitada pela função social do contrato e não seu motivo⁶⁴. Neste contexto, a função social do contrato proporciona conotações de caráter moral e integração dentro da realidade social⁶⁵.

Assim, podemos perceber que o Código Civil Brasileiro de 2002 abandona os sistemas rígidos e fechados dos códigos oitocentistas, como o de 1916, ensejando a mobilidade para o aperfeiçoamento jurídico por meio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais.

A inserção das cláusulas gerais no direito privado, os princípios gerais do direito, os conceitos jurídicos indeterminados e os determinados pela função representam a dinâmica da ciência jurídica diante das mutações dos problemas sociais que chegam ao Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação.

2.2 O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) e seu art. 421

O Código Civil de 2002 afastou as concepções individualistas que norteavam o diploma anterior e seguiu os parâmetros determinados pela socialização do direito contemporâneo⁶⁶.

Apesar de estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o Código Civil não a define, “embora fixe normas que deixam transparecer a importância do elemento moral e da equidade nas relações entre os

⁶³ ALVES, Jones Figueirêdo, loc. cit.

⁶⁴ ALVES, José Figueirêdo. In: FIÚZA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 330.

⁶⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Novo Código Civil: parte geral, obrigações e contratos*. São Paulo: IOB, Thomson, 2005. p. 216.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 04.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

contratantes”⁶⁷. Por exemplo, o art. 422 ordena aos contratantes, na execução e na conclusão do contrato, guardarem os princípios da probidade e da boa-fé.

A função social do contrato garante a equitativa distribuição de riquezas, assegurando que o patrimônio inicial das partes não seja afetado de maneira desproporcional tendo em vista o cumprimento do contrato. Sua observância evita o abuso do poder econômico e favorece o progresso social⁶⁸, promovendo a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas com equidade. Essa cláusula geral deve ser utilizada na interpretação, integração e concretização das cláusulas contratuais⁶⁹.

Ela desafia a clássica concepção da autonomia da vontade⁷⁰ e permite a insurgência de terceiros atingidos direta ou indiretamente pelo contrato⁷¹⁻⁷². Sobre esse último aspecto podemos mencionar a previsão do Enunciado nº 21 do CJF que determina a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros externos ao crédito por meio da cláusula geral da função social do contrato⁷³.

Outrossim, importante afirmar que as convenções celebradas antes da vigência do Código Civil de 2002, mas com efeitos pendentes, não poderão contrariar os preceitos de

⁶⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 47.

⁶⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme, op. cit., p. 47 e 52.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 06.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 05.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, loc. cit.

⁷² “A idéia (sic) da função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse” AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 142.

⁷³ Enunciados aprovados na I e III Jornada de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, respectivamente, no período de 11 a 13 de setembro de 2002 e no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), elucidam os aspectos relevantes na interpretação do art. 421 do Código Civil: *Enunciado nº 21 do CJF*: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros externa ao crédito”. *Enunciado nº 22 do CJF*: “A função social do contrato, previsto no art. 421 do Novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. *Enunciado nº 23 do CJF*: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. *Enunciado nº 166 do CJF*: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”. *Enunciado nº 167 do CJF*: “Com o advento do novo Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

ordem pública estabelecidos pelo diploma legal como a função social da propriedade e dos contratos (parágrafo único do art. 2.035).

2.2.1 Efeitos interpartes e ultrapartes

A função social do contrato produz efeitos *interpartes* e *ultrapartes*.

Há efeitos *interpartes*⁷⁴, ou seja, efeito entre os contratantes, quando o exercício da autonomia privada resguarda os princípios constitucionais da dignidade humana⁷⁵ e da socialidade⁷⁶. Além disso, podemos mencionar outro exemplo: a possibilidade de modificação da cláusula do percentual de juros pelo magistrado buscando o equilíbrio contratual⁷⁷.

Por outro lado, a função social do contrato também gera efeito *ultrapartes* atingindo terceiros não integrantes da relação contratual⁷⁸. Antônio Junqueira de Azevedo⁷⁹ menciona o caso de atravessadores que, desrespeitando notória avença de exclusividade de fornecimento, vendiam produtos a postos de revendedores ligados contratualmente a companhia distribuidora de petróleo e derivados. O parecer elaborado concluiu que a companhia distribuidora deveria tomar providências judiciais contra os postos revendedores, que adquiriram ou viessem adquirir combustíveis de distribuidoras estranhas. E, além disso, também teria o direito de acionar judicialmente, de forma direta, essas companhias atravessadoras para impedir o ato ilícito e obter indenização cabal.

Do mesmo modo, os contratos de consumo podem provocar consequências que afetem terceiros, ou seja, pessoas que não sejam nem consumidores nem fornecedores diretos de produtos e serviços. Nesses casos, podemos aplicar o art. 421 do Código Civil de 2002

⁷⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 126.

⁷⁵ A dignidade “é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” MORAES, Alexandre, op. cit., p. 16.

⁷⁶ Por outro lado, segundo Fábio Konder Comparato, a solidariedade social “significa impor à todos deveres positivos de colaboração (situação em que hoje devem ser colocados os contratantes) e leva em conta as diferenças de condição social, ou seja, dá um sentido de interdependência à vida humana”. COMPARATO, Fábio Konder *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 129.

⁷⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, loc. cit.

⁷⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 132.

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 147.

uma vez que a teoria geral dos contratos também incide nas relações de consumo, desde que não haja conflito com as disposições do Código de Defesa do Consumidor⁸⁰.

Os contratos coligados ou redes de contratos são formados por pessoas físicas ou jurídicas que realizam ajustes onerosos e subordinados entre si. Eles ocorrem principalmente no ramo turístico. Isso, porque o pacote turístico é composto por várias empresas coligadas que se encarregam da organização de todo cronograma de cada viagem – das empresas transportadoras até as hoteleiras. Nesses casos, os fornecedores de produtos e serviços não poderão ser considerados estranhos à relação de consumo firmada entre o organizador da viagem e o consumidor⁸¹.

Ainda, podemos mencionar outros exemplos que demonstram o efeito *ultrapartes* da função social do contrato. A evicção⁸² que permite a denúncia da lide pelo evicto contra o alienante direto e os anteriores. A estipulação em favor de terceiro⁸³ que atribui direitos ao não contratante por expressa disposição contratual. Os contratos de seguro-saúde e convênios médicos, contratos de fornecimento de água e luz e os contratos de aquisição financiada de imóvel⁸⁴.

2.2.2. A importância da atuação do Poder Judiciário para a efetivação da função social do contrato

A aplicação das cláusulas gerais revoluciona a tradicional teoria das fontes uma vez que elas são “pontes” dos modernos códigos civis permitindo o ingresso no ordenamento

⁸⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 144.

⁸¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 147 e 149.

⁸² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 135. Redação do Art. 456 do Código Civil: “Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo”.

⁸³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 135. Redação do Art. 436 do Código Civil: “O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação”. Ainda, o mesmo autor cita a previsão do seguro obrigatório previsto nas Leis nº 6.194/74 e 8.441/92 e no art. 788 do Código Civil: “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.

⁸⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 173, 175 e 178.

jurídico codificado de princípios valorativos e deveres de conduta que não estão previstos no texto legal⁸⁵.

As cláusulas gerais são desprovidas de valorações, porque não apresentam critérios necessários para a sua concretização. Todavia, elas são efetivadas por meio da análise do caso concreto buscando pontos de erudição da equidade⁸⁶⁻⁸⁷.

A peculiaridade interpretativa das cláusulas gerais realça a abrangência do conteúdo da norma e a flexibilidade na valoração: coloca a instância de controle da sua fundamentação no “grupo dos casos”, priorizando o desempenho dos precedentes e o papel conformador e de controle dos princípios constitucionais⁸⁸.

Suas funções são: a) criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz; b) individualização, conduzindo o direito ao caso concreto; c) generalização, permitindo o surgimento de instituições para responder aos novos fatos; d) conexão, proporcionando ao juiz a fundamentação da sua decisão de forma relacionada aos seus precedentes; e) integração intrassistemática, permitindo que a doutrina opere a incorporação das disposições contidas em várias partes do Código Civil proporcionando a mobilidade interna do sistema jurídico; f) integração intersistemática, facilitando a migração dos conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. Contudo, a função principal das cláusulas gerais consiste no desenvolvimento do ordenamento codificado⁸⁹.

Neste contexto, o magistrado delimita a função social do contrato conforme a análise do caso concreto e dos valores jurídicos, morais, sociais e econômicos que permeiam aquele litígio. Isso propicia a concretude da enunciação abstrata do art. 421 do Código Civil de 2002⁹⁰.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 653, jul. 1998. P. 26.

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 142.

⁸⁷ Claus-Wilhelm Canaris menciona que há numerosos exemplos da mobilidade do sistema, em especial, onde as previsões normativas rígidas se complementam e acomodam por meio de cláusulas gerais. Elas traduzem a necessidade da ponderação entre si de determinados pontos de vista conforme o “número e o peso”, sem uma relação hierárquica firme. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 137.

⁸⁸ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. (Coleção Professor Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 31 e 34-36.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 411.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Essa releitura do contrato é ocasionada pelo aparecimento de vínculos obrigacionais celebrados sob impacto do convencimento dirigido, da vontade voltada para o consumo de mercadorias e serviços específicos cujas utilidades são delineadas a partir de necessidades estimuladas pela oferta mercantil⁹¹.

Além disso, o art. 421 do CC pode ser aplicado de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não incidindo a regra de congruência entre o pedido e a sentença, sendo imune ao vício da decisão *extra* ou *ultra petita*. Isso, porque referida norma de ordem pública expressa o interesse social (parágrafo único do art. 2.035 do CC)⁹²⁻⁹³.

A cláusula geral da função social do contrato abandona o princípio da tipicidade e reforça o poder revisionista do juiz, exigindo uma atuação preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais⁹⁴. Ela permite que o magistrado concretize os direitos fundamentais⁹⁵ no âmbito contratual caracterizando a abertura do sistema jurídico brasileiro considerado como semiaberto⁹⁶.

Neste contexto, Nelson Nery Junior⁹⁷ aduz que o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem, por exemplo, pelos valores da solidariedade⁹⁸, da justiça social⁹⁹, da livre iniciativa, da dignidade da pessoa¹⁰⁰, resguardando, inclusive, os valores ambientais¹⁰¹.

⁹¹ Cf. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

⁹² Art. 2.035, parágrafo único do Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁹³ ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 213.

⁹⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, op.cit. nota de rodapé. p. 07.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do país Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74 e 75. Contudo, o autor afirma que não há que considerar o “governo dos juízes”, todavia admitir um Judiciário forte é a primeira salvaguarda da democracia.

⁹⁶ Rosa Maria de Andrade Nery menciona que o sistema jurídico brasileiro semiaberto dotado de princípios, cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos indeterminados pela função. ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de. *O Estado familiar de neto*. Pretensões (herança e alimentos) de neto (bisneto ou outro descendente em linha reta) contra o avô (Bisavô ou outro ascendente em linha reta) e vice-versa. Ação Declaratória (positiva e negativa) de relação avoenga. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, n 28. p. 221.

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 411. O mesmo autor afirma que a boa-fé objetiva decorre da função social do contrato e, conseqüentemente, os aspectos daquela podem integrar também esse.

⁹⁸ Art. 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - garantir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁹⁹ Art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Por outro lado, como exemplo, haverá desrespeito da função social do contrato quando a prestação de uma das partes for desproporcional (ultrapassando a álea normal do contrato) ou quando quebrar a base objetiva ou subjetiva do contrato¹⁰².

No caso concreto, o juiz poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar a anulação do débito referente a tarifas bancárias para manutenção de conta¹⁰³; determinar o fornecimento de material necessário à realização de procedimento médico-cirúrgico¹⁰⁴; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa¹⁰⁵ uma vez que a norma do art. 421 é de ordem pública; convalidar o contrato anulável¹⁰⁶; determinar a indenização da parte por aquela que desatendeu a função social do contrato¹⁰⁷.

CONCLUSÃO

O contrato é o principal instrumento de aquisição da propriedade. Todavia, ele não se restringe ao direito das obrigações uma vez que está presente no direito de empresa, no direito

¹⁰⁰ Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – dignidade da pessoa humana”.

¹⁰¹ Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais”.

¹⁰² NERY JUNIOR, Nelson Nery e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 411.

¹⁰³ TJ/SP, Apelação 9226283-50.2005.8.26.0000, Relator(a): Correia Lima, Comarca: Cotia, Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado, Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado, EMENTA: Inexigibilidade de débito - Tarifas e encargos de manutenção de conta - Dever de informação não cumprido pelo banco - Conta para recebimento de salário sem movimentação após fim do vínculo empregatício - Incidência dos princípios da boa-fé e função social do contrato - Inscrições em cadastros de proteção ao crédito indevidas - Ação anulatória julgada procedente - Recurso improvido.

¹⁰⁴ TJ/SP, Apelação 0043546-17.2009.8.26.0576. Relator(a): Donegá Morandini, Comarca: São José do Rio Preto, Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 18/01/2011. EMENTA: Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Negativa de cobertura de material a ser utilizado em procedimento cirúrgico (tela em titânio e parafusos). Material que se mostrou necessário na cirurgia na tentativa de preservação da saúde da paciente. Reconhecimento do caráter abusivo da cláusula que exclui a cobertura do material. Ofensa ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil. Sentença mantida. APELO IMPROVIDO.

¹⁰⁵ Art. 166 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperiosa”.

¹⁰⁶ Artigos do Código Civil: Art. 170 “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade. (...) Art. 172 “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p.411.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

das coisas, no direito de família, no direito das sucessões, nos acordos celebrados pela administração pública e nas relações trabalhistas.

Na celebração dos negócios jurídicos, a liberdade contratual assegurava o cunho essencialmente capitalista ou burguês, pois primava pela exclusiva aquisição da propriedade. Ou seja, a autonomia da vontade era compreendida como o poder das partes em determinar livremente as cláusulas contratuais.

Todavia, o modelo liberal revelou a desigualdade material que essa espécie de liberdade gerava no âmbito social uma vez que proporcionava, por exemplo, cláusulas abusivas, onerosidades excessivas e disparidades legais frente ao caso fortuito e força maior.

Com isso, houve a necessidade de interpretar a autonomia da vontade sob novo molde: o interesse social. Tal fato ocasionou a mutação da autonomia da vontade para autonomia privada.

Entretanto, o fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, como dirigismo contratual, mas da própria modificação dos conceitos históricos em torno da propriedade.

Assim, a autonomia privada é caracterizada pela expressão dos interesses dos contratantes nos limites da lei, da ordem pública, dos usos, da equidade, da boa-fé, da proteção ambiental e da função social do contrato.

Os três princípios clássicos que nortearam o direito contratual, baseados na autonomia da vontade, foram os da liberdade contratual *lato sensu*, do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos contratuais.

Todavia, atualmente, tais preceitos sofreram mitigação uma vez que as modificações sociais ocasionaram, por exemplo, o surgimento dos contratos de massa, a desigualdade real gerada por fatos extraordinários, o reflexo aos terceiros não contratantes atingidos direta ou indiretamente pela celebração do negócio jurídico e a necessidade da análise das cláusulas contratuais de acordo com a diretriz social. meio da atuação do magistrado, representa enorme importância para a teoria geral dos contratos devendo ser observada nos contratos de consumo, entre pessoas físicas e até mesmo entre pessoas jurídicas a fim de que haja a preservação do equilíbrio econômico-social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O Estado familiar de neto. Pretensões (herança e alimentos) de neto (bisneto ou outro descendente em linha reta) contra o avô (Bisavô ou outro ascendente em linha reta) e vice-versa. Ação Declaratória (positiva e negativa) de relação avoenga*. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, n 28.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Novo Código Civil: parte geral, obrigações e contratos*. São Paulo: IOB, Thomson, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do país Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de Direito Civil à luz do Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas*. 17ª ed. atual de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social. Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo*. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 3v.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUILHERME ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale de. A função social do contrato como delimitadora da autonomia da vontade. In: NETO RULLI, Antônio e ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de (Coords). *Estudos em Homenagem ao Acadêmico José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza Editores, Academia Paulista de Magistrados, 2003.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. (Coleção Professor Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo). São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol III. Fontes das obrigações contratos. 6ª ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

LOURES, José Costa e GUIMARÃES, Taís Maria Lourdes Dolabela. *Novo Código Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 653, jul. 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direitos das obrigações*. 2ª parte: 34ª ed. rev. e atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. 5 v.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 3ª ed. atual de acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 3 v.

SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Temas de direito civil: tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSO, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 2 v.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.