

DENNY MEDEIROS DA SILVEIRA

**O CONTRATO E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA
DA VONTADE PELA FUNÇÃO SOCIAL**

CURITIBA

2005

DENNY MEDEIROS DA SILVEIRA

**O CONTRATO E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA
DA VONTADE PELA FUNÇÃO SOCIAL**

Monografia Final do Currículo Pleno apresentada
no Curso de Direito, da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel.

Orientador: Prof. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2005

**O CONTRATO E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA
PELA FUNÇÃO SOCIAL**

Por

Denny Medeiros da Silveira

Monografia Final do Currículo Pleno apresentada no Curso de Direito, da
Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do grau de
Bacharel.

ORIENTADOR: Professor: _____


José Antônio Peres Gediel

Professor: _____


Eroulths Cortiano Júnior

Professor: _____


Elimar Szaniawski

Curitiba, 27 de outubro de 2005

Nada se espera do homem que entra na vida sem se contagiar por um ideal.

José Ingenieros

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
SUMÁRIO	iv
RESUMO	vi
1. INTRODUÇÃO	01
2. NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO	
2.1. <i>Relação Jurídica</i>	03
2.2. <i>Fato Jurídico</i>	03
2.3. <i>Ato Jurídico</i>	04
2.4. <i>Negócio Jurídico</i>	05
2.5. <i>O Contrato</i>	05
2.5.1. <i>Conceito de Contrato</i>	06
2.5.2. <i>Princípios Gerais da Relação Contratual</i>	08
3. O ESTADO MODERNO E A AUTONOMIA DA VONTADE	
3.1. <i>A formação do Estado Moderno e a questão da liberdade</i>	12
3.2. <i>O contrato no Direito Liberal Clássico</i>	17
3.3. <i>Século XX: O direito liberal e a mudança de paradigma</i>	20
4. CLÁUSULAS GERAIS	
4.1. <i>Noções Gerais de “Sistema Jurídico”</i>	26
4.2. <i>Cláusulas Gerais</i>	27
5. AS LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA DA VONTADE	
5.1. <i>Limitação pelos direitos da personalidade</i>	29
5.2. <i>Limitação por fatores econômicos</i>	31
5.3. <i>Limitação pela Função Social do contrato</i>	31
6. A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PELA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	
6.1. <i>A funcionalização do contrato</i>	32
6.2. <i>A Função Social do contrato e a limitação da autonomia da vontade</i>	33
6.3. <i>Conseqüência do não atendimento à Função Social do contrato</i>	36

6.4. A Função Social do contrato na jurisprudência.....	36
7. CONCLUSÃO	39
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

RESUMO

Este trabalho de pesquisa teve por objetivo demonstrar o processo pelo qual a cláusula geral da função social do contrato reduziu a amplitude de exercício da autonomia da vontade. Para tal, iniciamos tratando de algumas noções gerais relativas aos contratos, que julgamos serem mais relevantes para a compreensão das relações jurídicas de natureza contratual. Nesse ponto, destacamos a autonomia da vontade como princípio maior, tendo em vista a manifestação livre da vontade se apresentar como uma das principais fontes das obrigações contratuais. Na seqüência, abordamos a questão da liberdade, mostrando a sua formulação no Estado Moderno e o mecanismo ideológico que a firmou como paradigma no direito liberal clássico. Por fim, concluímos tratando das transformações jurídicas do século XX, como a fragmentação do direito civil e a valorização do coletivo em face do individual, que levou o legislador a consagrar a função social como elemento de validação das relações contratuais.

1. INTRODUÇÃO

No século XVII, o pensador francês René Descartes lança o seu método¹, o qual propõe o estudo fragmentado da realidade. Esse método norteou toda a produção de ciência desde então, e nos influencia até hoje. Na mesma feita, Isaac Newton, ao nos oferecer os princípios fundamentais da mecânica, deu à física a noção (recepcionada como verdade) de que as leis da mecânica seriam absolutas, ou seja, eternas e aplicáveis em qualquer ponto do universo.

O século XX, por sua vez, testemunhou a derrubada desses pressupostos científicos. Albert Einstein lança o conceito da “relatividade”, abalando as bases da física clássica. Da mesma forma, inúmeros pensadores, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, propuseram a rediscussão do método cartesiano², visto a necessidade de compreendermos de forma sistêmica a realidade que nos cerca, pois, hoje, convivemos com situações até então desconhecidas ou que ainda não estavam sedimentadas no consciente social, tais como o fenômeno da globalização e as questões ambientais, cuja compreensão exige a observação da realidade como um todo sistêmico.

Pois bem, essas mudanças de paradigma repercutiram, também, na área do direito, e é uma parcela dessa transformação que pretendemos abordar em nosso trabalho. Para tal, elegemos como tema de pesquisa a questão da limitação da autonomia da vontade pela função social do contrato.

Com vistas a darmos uma seqüência lógica ao nosso trabalho, organizamos o conteúdo de forma que cada capítulo sirva como pressuposto de compreensão aos capítulos seguintes. Dessa forma, iniciamos tratando das noções gerais de contrato, abordando desde a idéia de relação jurídica a conceitos e princípios relativos ao

¹ Esse método é composto de quatro passos: 1º jamais aceitar como verdadeiro aquilo que seja eivado de qualquer dúvida; 2º dividir a dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível; 3º organizar essas partes das mais simples para a mais complexa; 4º ao final, revisar todo o trabalho realizado. (Descartes, René. *Discurso sobre o Método*, p. 40)

² Cabe citar, aqui, Fritjof Capra, que em sua obra “O Ponto de Mutação”, faz uma dura crítica ao modelo cartesiano, propondo, para a ciência, o estudo da realidade como um sistema.

contrato. Na seqüência, tratamos da formação do Estado Moderno e da intimidade que este guarda com a questão da liberdade. Nesse capítulo tratamos, também, do contrato no Direito Liberal Clássico e das mudanças de paradigma ocorridas no século XX, e que afetaram a liberdade de contratar.

No capítulo seguinte abordamos os conceitos de sistema jurídico e cláusula geral. Tratamos desses dois assuntos no mesmo capítulo, visto que a compreensão de cláusula geral exige o conhecimento de sistema jurídico aberto.

De posse das informações anteriores, damos início ao tratamento das limitações da autonomia da vontade, concluindo o trabalho com uma abordagem específica da limitação da autonomia da vontade pela função social do contrato.

2. DAS NOÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATOS

2.1. *Relação Jurídica*

Diz-se relação jurídica a relação da vida social que produz efeito jurídico, ou seja, é o vínculo que se estabelece entre os sujeitos, e que tem por objeto um bem jurídico.

ORLANDO GOMES³ nos informa que toda relação é composta de um fato e de um vínculo, sendo que, se a esse fato a lei conferir efeitos jurídicos, ter-se-á, então, uma relação jurídica, na qual os atores⁴ ocuparão ou a posição ativa - de poder -, ou a posição passiva - de dever. Tal como será demonstrado nesse trabalho, esse vínculo, nas relações contratuais, deve surgir da vontade livre.

2.2. *Fatos Jurídicos*

As relações jurídicas nascem a partir dos chamados fatos jurídicos, que correspondem a todo acontecimento capaz de produzir efeito jurídico. Nesse particular, RIZZARDO nos apresenta o fato jurídico como “todo acontecimento emanado do homem ou das coisas e que produz conseqüências jurídicas”⁵. LISBOA, da sua parte, aponta os fatos jurídicos como “acontecimentos suscetíveis de regulação pelo Direito”⁶

Encontramos, ainda, em BECKER⁷, de um modo um tanto quanto crítico, “que a categoria ‘fato jurídico’ é utilizada pelo direito legislador para escolher as

³ GOMES Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p.116.

⁴ Os atores, ou seja, as partes na relação jurídica, portanto, serão titulares ou de um direito subjetivo, quando estiverem na posição ativa, ou uma obrigação jurídica, quando estiverem na posição passiva.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 3.

⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, vol. 3: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e espécies*, p. 50.

⁷ BECKER, L. A. *Elementos para uma teoria crítica do processo*, p. 116.

situações fáticas que pretende tutelar (em termos de direito material e processual) e as que pretende largar às moscas.”

A doutrina, a exemplo de ORLANDO GOMES⁸, faz uma detalhada classificação dos fatos jurídicos, porém, nos limitaremos à classificação desses fatos em naturais e humanos. Os primeiros dizem respeito aos acontecimentos que repercutem na esfera jurídica sem depender, necessariamente, da participação do homem. A segunda espécie de fatos jurídicos diz respeito aos fatos que são produzidos pelo homem e, sem o qual, não aconteceriam.

A primeira espécie de fatos, relacionada acima, se subdivide, ainda, em ordinários e extraordinários. Os fatos jurídicos ordinários são os fatos comuns e, até certo ponto, previsíveis, como o nascimento e a morte de alguém. Os fatos extraordinários, por sua vez, são os acontecimentos inesperados e imprevisíveis, como, por exemplo, o maremoto que atingiu a Indonésia e a Malásia no início de 2005.

2.3. Atos Jurídicos

Dos fatos humanos, chegamos à idéia de ato jurídico, que corresponde a uma atuação da vontade cujo resultado produz efeito jurídico. É um comportamento que repercute na esfera jurídica.

Ao contrário do Novo Código Civil, que se omitiu a esse respeito, o Código de 1916, em seu artigo 81, definiu ato jurídico como “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, ou extinguir direitos”. Ou seja, o ato jurídico é determinado pela vontade do homem, com o propósito de obter certos efeitos jurídicos.

⁸ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 281 e seguintes.

2.4. Negócio Jurídico

Dentre as várias espécies de ato jurídico encontramos o negócio jurídico, que, segundo RIZZARDO, “equivale a uma declaração de vontade de uma ou mais pessoas capazes, com um sentido ou objetivo determinado, visando à produção de efeitos jurídicos, desde que lícitos e não ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico”⁹.

ORLANDO GOMES acrescenta que a função mais característica do negócio jurídico é que “ele serve de meio de atuação das pessoas na esfera de sua autonomia. É através dos negócios jurídicos que os particulares auto-regulam seus interesses, estatuidando as regras a que voluntariamente quiseram subordinar o próprio comportamento.”¹⁰

2.5. O Contrato

O contrato é o negócio jurídico por excelência. É o instituto do direito que molda e dá sustentação à nossa sociedade.

RIZZARDO coloca que os contratos “ocupam o primeiro lugar entre os atos jurídicos e são, justamente, aqueles por meio dos quais os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando, ou solvendo algum vínculo jurídico. Mais especificamente, são colocados entre os atos jurídicos bilaterais criadores de uma situação jurídica individual.”¹¹

Seguindo essa mesma idéia, SILVIO RODRIGUES¹², nos indica o contrato como sendo o negócio jurídico bilateral, isto é, que decorre do acordo de mais de uma vontade que visam produzir efeitos jurídicos.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁰ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 298.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 3.

¹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, p. 9.

Como se pode ver, o contrato é, pois, um dos possíveis resultados a que se pode chegar a partir dos fatos jurídicos.

2.5.1. Conceito de Contrato

Para a uma clara compreensão da atuação da vontade e suas limitações, numa relação contratual, assuntos esses que trataremos mais adiante, pensamos ser deveras fundamental termos conhecimento do conceito que a doutrina tem elaborado acerca do que seja contrato. Para tal, abarcaremos, nesse ponto, tanto o entendimento romano sobre o contrato, como o conceito de contrato formulado por alguns juristas modernos.

A palavra contrato deriva de *contractus*, que significa unir, contrair.

Os romanos empregavam o termo ‘convenção’ (*pacto conventio*), com significado amplo de contrato, considerando-a o gênero, eis que abarcava toda a espécie de acordo de vontade, quer resultassem ou não de acordo de vontades, quer resultassem ou não de obrigações; e o termo ‘contrato’ (*contractus*), que aparecia como espécie e era a relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis.

A *conventio* abrangia os contratos propriamente ditos, ou as relações previstas e reconhecidas no direito civil, com força obrigatória, e os pactos comuns, não previstos pelo direito civil, e despidos de força e do amparo de uma ação.

Na clássica definição romana, formulada por Ulpiano¹³: *est pactio duorum plurimumve in idem placitum consensus*, ou seja, é o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre um mesmo objeto.

Savigny, citado por MARQUES¹⁴, indicava que o contrato representa a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, caracterizando-se, daí, a definição da relação jurídica entre eles.

¹³ ULPIANO, citado por Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil, direito das obrigações*, p. 4.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 30

Segundo CAIO MÁRIO, o contrato “é um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos”.

Conforme aponta, ainda, CAIO MÁRIO, “seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações.”¹⁵

ORLANDO GOMES demonstra que o conceito moderno de contrato formou-se em conseqüência da confluência de diversas corrente de pensamento, entre as quais a dos canonistas e a da escola do Direito Natural. A contribuição dos canonistas constitui basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso, e do outro, 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. 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.

A partir da idéia de que na relação contratual deve haver uma convergência e acordo simultâneo de vontades para a produção de efeitos jurídicos, RIZZARDO¹⁶ nos apresenta o contrato “como a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.”

ANDRADE¹⁷ destaca que “o contrato é um negócio jurídico, regulamentador de interesses privados, reconhecido pelo ordenamento jurídico, visando criar, modificar ou extinguir obrigações.”

Segundo lição FREITAS GOMES¹⁸, uma definição que se formou no direito moderno, e teve expressão em Pothier¹⁹, propõe o contrato como *une convention par*

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 2.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Andrade, Livia Paula da Silva. *Direito Civil – Contratos*, p.13.

¹⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de Direito Civil*, p. 3.

¹⁹ Robert Joseph Pothier (1699-1772), jurista francês, escreveu o Tratado das Obrigações, que muito influenciou o Código Civil francês, de 1804.

laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, ou seja, como a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

CAIO MÁRIO²⁰ define contrato, de forma sucinta, como “o acordo de vontades com finalidade de produzir efeitos jurídicos.”

Para LISBOA²¹ “o negócio jurídico bilateral é denominado contrato. Trata-se do ajustamento de vontades por meio do qual são constituídos, modificados ou extintos os direitos que uma das pessoas tem, muitas vezes em benefício de outra.”

ORLANDO GOMES²² aponta que para a concepção subjetivista o contrato apresenta-se como fonte de relações jurídica e para a concepção objetivista, como fonte de normas jurídicas, ao lado da lei e da sentença. Além do mais, aponta que na concepção tradicional, o contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional.”

Portanto, a partir desses pontos de vista do que seja o contrato, percebemos que esse instituto jurídico possui as seguintes características: Trata-se de um negócio jurídico bilateral; resulta do consentimento, ou seja, da manifestação livre da vontade; produz efeito jurídico, visto que as partes ficam reciprocamente obrigadas ao cumprimento do pacto firmado, pois o contrato possui força de lei entre as partes, cujo cumprimento é garantido pelo ordenamento jurídico.

2.5.2. Princípios gerais da relação contratual

Princípios são as bases de sustentação do sistema jurídico, são as normas que orientam a estruturação da ordem jurídica. Dessa forma, em matéria contratual, certos princípios, que trataremos a seguir, conformam as relações de natureza contratual.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.2.

²¹ LISBOA, Roberto Senise, *Op.cit.*, p. 41.

²² GOMES, Orlando, *Contratos*, p.12.

a) Princípio da “autonomia da vontade”

Dentre os princípios relativos aos contratos, seguramente, o mais relevante é o princípio da autonomia da vontade, visto que o contrato e as obrigações dele decorrentes têm como fonte primordial o exercício livre da vontade.

Para ANDRADE, “a liberdade é um bem da vida. Por essa razão, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei (geral ou individual)”²³.

MOTA PINTO²⁴, por sua vez, enfatiza a importância da vontade, asseverando a vontade como elemento essencial do negócio jurídico – *essentialia negotii*. É essa vontade, portanto, e os limites de seu exercício que nos interessarão.

Para THEODORO JÚNIOR, “a idéia de contrato vê na vontade dos contratantes a força criadora da relação jurídica obrigacional, de sorte que nesse terreno prevalece como sistema geral a ‘liberdade de contratar’, como expressão daquilo que se convencionou chamar ‘autonomia da vontade’”²⁵.

Essa liberdade de contratar se opera em três aspectos, ou seja, a) pela faculdade de contratar ou não, que é a característica da discricionariedade que se permite decidir, com base na oportunidade e na conveniência se contrata ou não; b) pela liberdade de escolha da pessoa com quem contratar, e, c) pela liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

Como limitador da autonomia da vontade, o direito liberal clássico estabelecia que as limitações da vontade diriam respeito às regras legais de ordem pública e aos bons costumes. Ou seja, as partes estariam livres para pactuar, mas não poderiam contrariar aquilo que o legislador disciplinou como matéria de “ordem pública”, por reconhecer-se a ocorrência de interesse público em nível superior ao interesse privado dos contratantes. Neste trabalho mostraremos como o rol de limitadores da autonomia da vontade foi ampliado, com as transformações ocorridas no século XX.

²³ Andrade, Livia Paula da Silva. *Op. cit.*, p. 20.

²⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 383.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, p. 15.

b) Princípio da força obrigatória do contrato

Contrato firmado é contrato que deve ser cumprido. Essa é a orientação do brocado latino *pacta sunt servanda*.

Dessa forma, sendo o contrato fonte de obrigações, faz lei entre as partes, e por esse motivo interfere diretamente na atuação volitiva dos agentes. “Como vínculo obrigacional, importa limitação da liberdade individual e como relação jurídica, impele as partes ao cumprimento do dever assumido, cerceando o ‘ser’ pelo imperativo maior do ‘dever-ser’ assumido pelo pacto.”²⁶

O princípio da obrigatoriedade do contrato é decorrência natural do princípio da autonomia da vontade. O nosso Código Civil não o traz expressamente, porém, tanto no Código Civil francês quanto no Código Civil Italiano tal princípio encontra-se expressamente positivado:

Code Civil, ar. 1134 – *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*’.

Codice Civile, art. 1372 – *Efficacia del contratto – Il contratto há forza di legge tra le parti (1218). Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.*

LISBOA²⁷ nos informa que “a obrigação é o vínculo jurídico que compele um sujeito (o *devedor*) a satisfazer o interesse patrimonial ou extrapatrimonial (incluindo-se, neste último aspecto, o moral) de outro sujeito de direito (o *credor*).”

Esse autor acrescenta, ainda, que “a vontade pessoal constitui-se em fonte da obrigação a partir da sua declaração livre e séria.”²⁸

²⁶ Andrade, Livia Paula da Silva. *Op. cit.*, p. 20.

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 39.

²⁸ *Idem*, p. 40.

Com referência em Mário Júlio de Almeida Costa, NALIN²⁹ nos informa que “a responsabilidade contratual, também dita negocial ou obrigacional, consiste justamente na não violação de um dever contratual, previamente estabelecido em contrato que não deve ser quebrado pelo sujeito contratual.”

Tanto o princípio da *lex inter partes* como o da *pacta sunt servanda*, vieram por influência do liberalismo econômico do século XIX, porém, este segundo princípio encontra-se mitigado pela cláusula *rebus sic stantibus*³⁰ (desde que se mantenham as condições e circunstâncias), pois o contrato deve ser, antes de obrigatório, justo, visto que se assim não o for, não atenderá a sua função social, assunto este que trataremos mais adiante.

c) Princípio da supremacia da ordem pública

Esse princípio reza que a autonomia da vontade – e assim o foi mesmo na fase áurea do liberalismo - apresenta uma certa relatividade, visto estar sujeita aos princípios da ordem pública e dos bons costumes.

Para Henri de Page, citado por ANDRADE³¹, ordem pública seria “aquela que entende como os interesses essenciais do Estado ou da coletividade ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade.”

Quanto aos bons costumes, CAIO MÁRIO³² aponta que “são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país e até dentro de um mesmo país e mesma época”.

²⁹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil – Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*, p. 64.

³⁰ Esta cláusula tem origem no Direito Romano e foi ressuscitada pelos contratualistas com a denominação de Teoria da Imprevisão, no início do século XX, para resolver desequilíbrios nas relações contratuais ocorridos em função da Primeira Guerra Mundial.

³¹ ANDRADE, Livia Paula da Silva. *Op. cit.*, p.20.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 11

Como será visto mais adiante, ao tempo do Direito Liberal Clássico, se no direito privado não estivessem em jogo interesses do Estado (públicos), as partes, nas suas relações jurídicas (em tese), postavam-se em posição de igualdade (daí a idéia de comutatividade contratual).

3. DO ESTADO MODERNO E DA AUTONOMIA DA VONTADE

3.1. A formação do Estado Moderno e a questão da liberdade

A formação histórica do Estado moderno é caracterizada pela ruptura com a ordem medieval, organizada a partir de uma concepção hierárquica fundada em determinações externas à ação do homem, e pela continuidade a uma concepção que transfere para a “ordem da natureza” os fundamentos das desigualdades sociais.

A idéia de liberdade, que irá permear todo o pensamento moderno, não tem os mesmos contornos que tinha durante o início da Revolução Comercial, na Baixa Idade Média. Bartolo de Saxoferrato³³ (1314 a 1357), considerado o Pai do Direito Internacional Privado e fundador da Escola dos Pós-Glosadores, propunha a reinterpretação dos textos romanos, com vistas a garantir-se uma maior autonomia (liberdade) política para as cidades italianas.

Como se pode notar, os “teóricos italianos e seus discípulos inauguraram um tipo de teorização que demarcou as possibilidades – que posteriormente germinariam – de afirmação de uma organização política tipicamente moderna, no sentido de ser desprendida das múltiplas autoridades das diversas ordens sociais medievais. A idéia de autonomia (que é o conceito que antecede e prepara a noção moderna de liberdade) é aqui exercitada pela primeira vez”³⁴.

³³ SKINNER, Quentin. *Fundações do Pensamento Político Moderno*, p. 34

³⁴ FONSECA, Marcelo Ricardo. *Do Sujeito da Direito à Sujeição Jurídica: Uma Leitura Arqueogenealógica do Contrato de trabalho*, p. 41.

Conforme leciona ZUEL GOMES, o período de tempo em que se deu a construção do arcabouço teórico-jurídico de fundamentação do Estado Moderno é “dividido em duas fases: a primeira tem início no século XVI, terminando em meados do século XVIII; e a segunda fase se inicia em meados do século XVIII, e termina no final do século XIX.”³⁵

Na primeira fase encontramos as bases teóricas de formação do Estado Moderno em René Descartes, Thomas Hobbes e John Locke. Nessa fase buscou-se desvelar os segredos que acompanharam a humanidade em toda a sua existência, empregando-se métodos fundados na racionalidade e na capacidade humana de chegar ao conhecimento.

Os pensadores dessa fase adotam a “teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo” sustentando que o poder do Estado tem um limite externo que é inerente a cada indivíduo; isto é, os direitos naturais, embora preexistindo ao Estado, não dependem dele, cabendo ao Estado reconhecê-lo e garanti-los. BOBBIO aponta que “os direitos naturais constituem assim um limite ao poder do Estado, pelo fato de que o Estado deve reconhecê-los, não pode violá-los, pelo contrario, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício.”³⁶

Como bem destaca COLLUCI³⁷:

O direito natural está sempre relacionado com o direito positivo. Poder-se-á fixar a distinção entre direito positivo e direito natural caracterizando o primeiro como aquele que tem apoio do Estado, imposto coercitivamente, e, o segundo, o que é direito de natureza, que seja concebido como produto da vontade divina (direito natural metafísico), ou da razão humana (direito natural racionalista).

Acerca dessa questão, LYRA FILHO coloca que “o direito natural fica preso à noção de princípios ‘imortais’ (da natureza, de Deus ou da razão humana) e, quando

³⁵ GOMES, Rogério Zuel, *Teoria Contratual Contemporânea*, p. 5.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 15.

³⁷ COLLUCI, Maria da Glória. *Fundamentos de Teoria Geral do Direito e do Processo*, p. 58.

eles descem à ‘particularização’, tendem a confundir-se com o direito positivo do Estado ou dos grupos e classes prevaletentes.”³⁸

A obra que marca o rompimento entre o modelo medieval de produção de conhecimento, patrocinado pela Igreja, e a nova proposta de enfoque para a explicação dos fenômenos, de base lógico-dedutiva, é o Discurso do Método de René Descartes, no qual o pensador francês propõe a dúvida como ponto de partida para qualquer investigação. Ao lermos essa obra, percebemos quão grande é a satisfação de Descartes com as possibilidades de chegar ao conhecimento por meio da razão. Entre os inúmeros comentários que Descartes faz, invocando a razão, extraímos o comentário abaixo, que se encontra no final da segunda parte da sua obra:

*O que mais me contentava nesse método era que, por seu intermédio, eu tinha a segurança de utilizar, em cada coisa, minha razão, se não de modo perfeito, ao menos da melhor maneira que me era possível*³⁹.
(grifo nosso)

É esse modelo de compreensão do mundo, baseado nas potencialidades da razão, que passará a ditar a produção de ciência a partir do século XVII. “Com Descartes nasce o racionalismo político que impulsionou novas teorias científicas em todos os ramos do saber”⁴⁰

A esse respeito, CORTIANO JÚNIOR⁴¹ diz que:

A presença da razão no pensamento filosófico gera uma força intelectual não experimentada antes, principalmente porque faz despertar a sede da saber da alma humana, a curiosidade inerente à espécie, o hùmus intelectual do ser humano: passa-se de idéia para idéia, sem que se possa vislumbrar o esgotamento da curiosidade intelectual.

³⁸ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, p. 43.

³⁹ DESCARTES, René. *Discurso sobre o Método*, p. 44

⁴⁰ GOMES, Rogério Zuel, *Teoria Contratual Contemporânea*, p. 10.

⁴¹ JÚNIOR, Eroulths Cortiano. *Op. cit.*, p. 47

Thomas Hobbes, por sua vez, lança as bases do Estado Moderno, propondo que a passagem, do homem, do estado de natureza para o estado civil se dá por meio de um pacto ou contrato, no qual os indivíduos transferem ao soberano o poder supremo de empregar os meios que achar necessário para proteger a ordem legal e os interesses da coletividade.

Observa-se, no pensamento hobbesiano, que o direito natural - que é considerado como norma universal e de validade para todos - tem que se transformar em leis postas pelo Estado. Ou seja, na filosofia política de Hobbes, o estado de natureza é algo que existe para ser superado, negado, isto é, para ser substituído por uma forma de sociabilidade artificialmente construída pelo homem – a sociedade civil ou política.

John Locke, testemunha ocular da Revolução Gloriosa, que promoveu uma guinada no rumo político da Inglaterra, no século XVII, elege, também, a propriedade como direito natural a ser tutelado.

Locke propõe que os indivíduos, no “estado de natureza”⁴² são igualmente livres e podem, de forma igual, apropriar-se dos bens da natureza (terras, animais, frutos, etc.) para a sua subsistência e satisfação, pois entre os indivíduos não existem diferenças naturais que justifiquem a limitação da liberdade de uns por outros.

Esse pensador também observa que a progressiva apropriação, pelos homens, dos produtos da natureza (através do princípio da liberdade como "direito natural") conduz à complexificação das relações interindividuais. Realizam-se trocas materiais entre indivíduos e/ou famílias, e criam-se compromissos que regulam estas atividades. Esta complexificação torna latente as possibilidades de conflito. Estes últimos são causados, segundo Locke, por desrespeitos ao "direito natural" da liberdade individual de agir, de pensar, e de se apropriar dos produtos e bens da natureza, além dos conflitos ligados ao descumprimento dos compromissos firmados para a realização da troca.

⁴² Esse estado é concebido como pré-social e pré-político.

Portanto, vesse que em Locke residem fundamentos da teoria contratual clássica, ou seja, a liberdade de contratar e a obrigatoriedade de cumprimento do contrato.

“A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influi 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”⁴³ Ou seja, segundo essa escola, bastava o consentimento para obrigar (*solus consensus obligat*).

Portanto, conforme leciona o professor GEDIEL:

Para o ideário político moderno, a liberdade surgia como um atributo natural, imanente a todo homem, que o movia na busca de um modo de organização da vida em sociedade, capaz de lhe assegurar a paz e a felicidade. Reconhecer essa felicidade humana implicava, inclusive, admitir a oposição a qualquer ordem política e jurídica preestabelecida. A liberdade, nessa perspectiva, era uma faculdade natural, decorrente da capacidade singular de todos os seres humanos de julgar e decidir a respeito de seus interesses individuais, sem qualquer condicionamento religioso ou social.⁴⁴

Segundo ROPPO⁴⁵, as relações, entre as pessoas, na modernidade, “tendem a ser, cada vez mais, fruto da escolha livre dos próprios interessados, de sua iniciativa individual e de sua vontade autônoma, que se encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação”.

Conforme aponta FONSECA⁴⁶:

A idéia da liberdade de contratar se fixará com tamanha intensidade nos tempos modernos a ponto das grandes ficções sobre a fundação da sociedade política (aqui se refere a HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU) se basearem sobre a idéia de um contrato. Essa forma específica de relação entre as pessoas tem como fundamentos essenciais (que passam a sofrer temperamentos a partir do século XX em algumas situações particulares) a igualdade entre as pessoas que contratam e a autonomia de suas vontades – sendo este inclusive um requisito de validade desta relação jurídica.

⁴³ GOMES, Orlando, *Contratos*, p. 5

⁴⁴ GEDIEL, José Antonio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade*, p. 11.

⁴⁵ ROPPO, Enzo, *O Contrato*, p. 26.

⁴⁶ FONSECA, Marcelo Ricardo. *Op. cit.*, p. 89.

Na segunda fase de construção teórica do Estado Moderno, compreendida pelos nos séculos XVIII e XIX, a influência se dará pelos teóricos da Revolução Francesa, como Jean Jacques Rousseau e a idéia do “Contrato Social”, bem como por teóricos do capitalismo inglês, como Adam Smith e David Ricardo.

Corroborando com essa reflexão, CORTIANO JÚNIOR⁴⁷ nos diz que:

O sistema teórico do Estado liberal remete aos princípios da divisão do poderes, do primado da lei, do caráter abstrato e geral da lei, e da divisão entre esfera pública e privada. A divisão de poderes garante a separação entre os momentos de legislação e aplicação da lei, permitindo que a vontade popular – representada pelo parlamento – seja a única autorizada a emitir comandos normativos. Como a elaboração das leis decorre da vontade geral, o primado da lei deve ser garantido. É condição para esse primado que a lei seja genérica e abstrata. A separação entre esfera pública e a privada se dá porque o direito volta-se ao reconhecimento e à garantia dos interesses morais e econômicos do indivíduo.

O Estado Moderno, portanto, nasce com fundamento no racionalismo cartesiano e no pensamento dos teóricos do direito natural, que elegem, entre outros, a liberdade como direito inato de cada indivíduo e que servirá de requisito de validade das relações contratuais.

3.2. O contrato no Direito Liberal Clássico

O direito liberal clássico encontra seu tempo de ouro no século XIX e início do século XX. Em referência a Michel Villey, MARQUES⁴⁸ leciona que “na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito.” Esta professora da UFRS também informa que “a concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual.”

⁴⁷ JÚNIOR, Eroulths Cortiano. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, p. 43.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 39.

Em poucas palavras podemos dizer que a história dos contratos anda juntamente com a sociedade. A concepção clássica do contrato se deu com *Code de Napoléon* de 1803, aqui houve uma defesa enorme do que era pactuado no contrato. Neste caso o estado não interferia, sua atuação era reduzidíssima, de modo a conceder às partes ampla liberdade para estabelecer as cláusulas.

Dessa forma, "o liberalismo apregoava a plena liberdade dos indivíduos em relação ao estado, cabendo a este unicamente o policiamento dos indivíduos"⁴⁹. Esse tipo de teoria influenciou, sem dúvida, o Código Brasileiro de 1916.

O Professor CAIO MÁRIO, nos diz que "o mundo moderno é o mundo do contrato"⁵⁰. Ou ainda, que "sem o contrato o *homo economicus* estancaria as suas atividades"⁵¹.

O contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória, e forma-se, em princípio, pelo consentimento das partes. Ou seja, o contrato "nasce da vontade livre, segundo o princípio da autonomia da vontade."⁵²

É, portanto, a partir do exposto nos dois parágrafos anteriores, que compreendemos a relação entre o instituto do contrato e o Direito Liberal Clássico.

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 favoreçam 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.⁵³

Segundo THEODORO JÚNIOR, "hoje, pode-se dizer que nenhum cidadão consegue sobreviver no meio social sem praticar diariamente uma série de contratos"⁵⁴

Theodoro Júnior diz também que "é, sobretudo, nos regimes liberais onde mais se avulta a função do contrato, pois não é possível compreender a ideologia de

⁴⁹ ZANARDO, Maria Antonieta. *Proteção ao Consumidor- Conceito e Extensão*. P. 15.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Op. cit.*, p. 4.

⁵¹ *Idem*, p. 5.

⁵² *Idem*, p. 9.

⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos.*, p. 6.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 12.

tais regimes sem a valorização da propriedade, e não se concebe o natural exercício de propriedade sem a presença instrumental do contrato”⁵⁵.

Com a vitória da burguesia sobre o clero e a monarquia, na Revolução Francesa, os burgueses buscaram formas de preservar o poder que adquiriram e neutralizar possíveis manifestações do antigo regime. No campo do direito foi elaborada, pelo positivismo jurídico, a concepção de sistema jurídico como sistema fechado, sendo imposta uma aplicação do direito posto como um sistema normativo completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis. Toda essa construção, segundo o discurso da época, teve por objetivo a segurança jurídica e a proteção dos interesses das classes dominantes.

Segundo coloca WIEACKER⁵⁶, esse domínio da esfera legal, pela burguesia, só foi possível depois dessa classe assumir, também, o posto de legislador e julgar-se representante da sociedade, recorrendo a uma técnica legislativa que prescindisse de qualquer valoração por parte do aplicador do direito, de modo a manter intactas as ideologias burguesas. Ou seja, nas palavras do MONTESQUIEU⁵⁷, o juiz deveria ser, tão somente, “*bouche de la loi*” (boca da lei).

É nessa atmosfera que nasce o chamado Positivismo Jurídico, o qual representa a tentativa de cientificação do direito, de modo a aproximá-lo, o máximo possível, do paradigma das matemáticas, num esforço de trazer maior rigor e exatidão para seus postulados. Para tal, nasce a Escola da Exegese, pela qual a tarefa do jurista limitava-se “à unificação dos juízos e aos esclarecimentos de seus fundamentos, limitando o direito à lei”⁵⁸.

O modelo de sistema jurídico adotado pelo direito liberal, assunto que será visto no próximo capítulo, foi o fechado, pois pretendia a completude, ou seja, pretendia solucionar qualquer situação da vida, sendo capaz de suprir, internamente, qualquer lacuna no ordenamento jurídico.

⁵⁵ *Idem*, p. 13.

⁵⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 628.

⁵⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, p. 160.

⁵⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. Revista de Direito Privado 10/12, P. 12.

Dessa forma, confiando que a razão traria a luz da infalibilidade, o Positivismo Jurídico afastou a ética do Direito, o qual passou a ser aplicado descolado do ambiente social, pois a regra era: *dure lex, sede lex*.

“Enquanto dominaram amplamente as idéias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a ‘igualdade’ dos contratantes, ligado umbilicalmente à liberdade de contratar”⁵⁹.

Infelizmente, o Direito Liberal Clássico, desconectado do dia-a-dia das relações, na sociedade, não foi capaz de dar as respostas requeridas pelos conflitos e transformações sociais de fins do século XIX e início do século XX, provocando a quebra dos postulados do liberalismo.

Conforme aponta HORA NETO⁶⁰, “é notório que a função social do contrato, no Estado Liberal, consistia simplesmente em possibilitar o equilíbrio formal e a autonomia da vontade, pois o interesse individual era o valor supremo, apenas limitado pelo Princípio da Ordem Pública ou dos Bons Costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito fazer considerações sobre o ideal de Justiça Social”.

3.3. Século XX: O direito liberal e a mudança de paradigma

Na apresentação à quarta edição da sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*⁶¹, MARQUES cita que o jurista francês Louis Josserand manifestava, já em 1933, preocupação com o fim daquilo que ele chamava de “idade de ouro” da liberdade contratual.

Essa preocupação, para um liberal daquela época, não era sem fundamento. Logo no início do século XX, grandes transformações (sociais, políticas e econômicas) provocaram, - quiçá exigiram - o redirecionamento da teoria contratual, pois o

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 18.

⁶⁰ NETO, João Hora. *O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002*. Revista de Direito Privado 4/6, p. 38

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 7.

paradigma clássico não estava respondendo mais à nova realidade. Por conta disso, a autonomia da vontade, princípio norteador da relação contratual, teve uma trajetória histórica marcada pelo individualismo, num primeiro momento, e pela valorização do coletivo, num segundo momento.

AMARAL⁶² observa que “no aspecto subjetivo, a liberdade manifesta-se, no campo do direito privado, no poder da pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas.” Essa liberdade, que é um dos valores mais importantes para o direito, apresenta-se como fundamento teórico da autonomia da vontade, porém, as mudanças ocorridas – e que abordaremos na seqüência - provocaram a relativização dessa liberdade.

O século XX, sem dúvida, foi testemunha de grandes transformações no direito contratual. O professor GEDIEL nos informa que “a crise do Estado liberal, provocada pela insuficiência de seus próprios fundamentos, fez emergir a questão da justiça social. Um novo conceito de igualdade passa a dar à liberdade um outro valor. O Estado não é mais sinônimo de governo para a liberdade, assumindo a figura de governo para o bem-estar social.”⁶³

No âmbito da hermenêutica jurídica, aquela velha idéia liberal de que o juiz deveria ser, tão somente, a “boca da lei”, passa a ser questionada. FERRAZ JÚNIOR⁶⁴, por exemplo, ao abordar o que ele denomina de “função social da hermenêutica” nos informa que “a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – na qual, em tese, se tornam todos decidíveis.” Essa neutralização de conflitos se opera “na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos.”

Para ORLANDO GOMES⁶⁵:

⁶² AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*, p. 22.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 22.

⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, p. 308.

⁶⁵ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 6.

A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para ambos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuou o fenômeno da despersonalização.

Vários foram os acontecimentos que, já no início do século XX, conduziram os operadores do direito, bem como os legisladores, a relativizarem – flexibilizarem – a independência entre o Estado e a esfera privada.

Em 1914 eclode a Primeira Grande Guerra, que vinha sendo incubada desde meados do século XIX, tendo como elemento crucial as disputas por colônias entre os Estados imperialistas de então.

Em outubro de 1929, quebra a Bolsa de Valores de Nova Iorque, e, em resposta a essa séria crise do modelo capitalista liberal clássico, o Presidente americano Franklin Roosevelt lança o *New Deal*, ou seja, o “novo pacto”, representado por um grande programa social de combate ao desemprego e por investimentos destinados a recuperar a indústria norte-americana. Essa política americana previa, inclusive, a intervenção estatal na economia.

Além desses acontecimentos nefastos, soma-se a nova realidade do mercado de consumo, caracterizado pelo comércio em massa, a diversidade de relações jurídicas surgida da concentração de pessoas nas cidades e a eclosão das crises sociais, principalmente no âmbito das relações de trabalho.

A esse respeito o Professor DELGADO⁶⁶, ao tratar do processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho, leciona que:

No contexto histórico-social em que se reúnem esses fatores econômicos, sociais e políticos, o Direito vigorante à época, consistente no Direito Civil, de formação liberal-individualista, não tinha resposta jurídica ao fato novo da relação

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 90.

empregatícia. A matriz civilista clássica tendia a reduzir todas as questões surgidas no interior da relação de emprego a questões típicas e próprias ao velho modelo de contrato bilateral. Portanto, questões de natureza civil e contratual, tratadas sob a ótica individual dos sujeitos isolados da relação empregatícia – de um lado, o empregador e, de outro lado, o empregado. Ambos tomados, pelo Direito Civil, como se indivíduos singelos fossem.

Por conta de todos esses acontecimentos, a partir do século XX verifica-se imperiosa necessidade de revisão dos principais fundamentos da Teoria Contratual Clássica, pois na nova sociedade emanam inúmeras fórmulas contratuais resultantes da multiplicação das relações interpessoais, as quais superam o velho conceito individualista e assumem relevância coletiva, à medida que os métodos de produção, advindos do processo de modernização dos parques industriais, aumentam significativamente o número de bens à disposição dos cidadãos além do surgimento de novas fórmulas de prestação de serviços.

Essa nova realidade levou ao surgimento de uma nova espécie de contrato, na qual o instrumento é padronizado, permitindo maior rapidez na celebração dos contratos e economia de meios, visto que se dispensa a preparação, a discussão de cláusulas contratuais e a redação de contratos um a um. Trata-se do contrato de adesão⁶⁷.

Segundo aponta ZUEL GOMES⁶⁸, “a partir das constituições do México e de Weimar é que se verifica, pela primeira vez, a inquietação do legislador constituinte com a necessária diferenciação entre a igualdade formal, a qual encontra sua origem nas revoluções do século XVIII, que obviamente aos burgueses se referia, e igualdade material, a qual tem no Estado a função de promover a igualdade de condições e oportunidades ao cidadão, independentemente da classe a qual pertença”.

Quanto à questão dos direitos da personalidade, nesse cenário em ebulição, o professor GEDIEL⁶⁹ nos dá o seguinte esclarecimento:

⁶⁷ Os contratos de adesão são contratos padronizados, cujas cláusulas não são discutidas uma a uma por ambos os contratantes. Essa modalidade de contrato foi criada para facilitar as relações contratuais no comércio de massa.

⁶⁸ GOMES, Rogério Zuel. *op. cit.* P. 51.

⁶⁹ GEDIEL, José Antonio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade*, p. 38.

As novas vertentes teóricas de aproximação dos direitos da personalidade de cada homem, com as liberdades de todos e da cada um perante o Estado, começam a se delinear, mais visivelmente, após a segunda guerra mundial, em virtude dos traumas sofridos pelas sociedades européias, regidas por ordens jurídicas que não levavam em consideração as perspectivas individuais e a necessária limitação finalística da existência do Estado.

Por conta desse turbilhão de transformações, THEODORO JÚNIOR⁷⁰ nos diz que:

Ao Estado liberal sucedeu o Estado Social, com a tônica de não apenas declarar direitos individuais e garantias fundamentais, mas, de torná-los realidade, mediante política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e com o bem-estar sociais. O dirigismo contratual, por meio da multiplicação das regras de ordem pública, passou a dominar a preocupação dos legisladores, mudando a feição e atingindo até mesmo o âmago do direito das obrigações.

Dentre as transformações jurídicas ocorridas na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, cabe acrescentar a chamada fragmentação civilística, que foi o processo de regulação de institutos típicos do direito civil por meio de leis especiais, surgindo, assim, os “micro-sistemas jurídicos”⁷¹. É o que aconteceu com o Direito do Trabalho, como já havíamos dito.

Nesse ponto, PASQUELOTTO⁷² nos esclarece o seguinte:

A grande migração foi a das leis trabalhistas, ainda na década de 40. O direito de família refletiu a mudança dos costumes. A concentração urbana ditou a necessidade de sucessivas leis especiais de inquilinato. Um sistema foi estruturado para proporcionar acesso à casa própria, com articulação de diversos negócios jurídicos, desde a incorporação imobiliária até o financiamento aquisitivo por meio de mútuo bancário, além dos seguros com função de garantia do mutante e de quitação em favor dos beneficiários do mutuário. Tudo isso levou a um desprestígio do Código Civil como lei básica reguladora da vida do cidadão, abalando a idéia de hegemonia legislativa, dominante no conceito de codificação.

A partir dos anos 30 passaram a ser editados diversos estatutos paralelos ao Código Civil e de acentuado perfil social e com vistas à tutela o lado mais fraco nas relações contratuais. São exemplos o Decreto-lei 58/37; a Consolidação das Leis do

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, p. 18.

⁷¹ NETO, João Hora. *op. cit.*, p. 43.

⁷² PASQUALOTTO, Alberto. *O Código de Defesa do Consumidos em face do novo Código Civil*. Revista de Direito do Consumidor 43/96, São Paulo: RT, jul-set., 2002.

Trabalho (CLT), de 01/05/43; a Lei do Condomínio de (Lei 4.591/64); a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79); O Estatuto da Mulher Casada, A Constituição Federal de 1988 que abriu terreno a outros micro-sistemas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91).

Há poucos anos atrás, questões ambientais, que hoje são matéria corriqueira em qualquer instituição de ensino, estavam fora do rol de interesses das sociedades, porém, com a produção industrial massificada, recursos naturais passaram a ser consumidos em ritmo acelerado, provocando o seu exaurimento, além da poluição do ar e dos rios, que chegaram, a partir da segunda metade do século XX, a níveis alarmantes. Tais problemas levaram os diversos Estados e os organismos internacionais a refletirem sobre o modelo de produção empregado e sobre necessidades de se preservar o meio ambiente, visto dele depender a sobrevivência da espécie humana.

Foi nesse cenário que os constituintes estabeleceram na Constituição de 1988, em seu Título VIII, Capítulo VI, “que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Dessa forma, conforme colocam MILARÉ e LOURES, “a normativa constitucional afirma que todos têm direito ao meio ambiente, mas não a qualquer ambiente e sim ao meio equilibrado. Integra, portanto, a esfera jurídica dos sujeitos de direito o direito ao equilíbrio ambiental. Nessa linha de amarração, qualquer um que viole tal normativa está a violar direitos subjetivos de sujeitos”⁷³

Cabe acrescentar que essa mesma Constituição consagra a idéia da “função social”, relacionando-a a propriedade.

Art. 5º, inciso XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁷³ MILARÉ, Edis e LOURES, Flávia Tavares Rocha. *Meio Ambiente e Direitos da Personalidade*, p. 17.

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

4. DAS CLÁUSULAS GERAIS

4.1. Noção geral de “Sistema Jurídico”

Como o conceito de cláusula geral exige o conhecimento acerca do que seja sistema jurídico, abordaremos algumas noções gerais sobre tal matéria.

Conforme leciona a Professora COLUCCI⁷⁴, a idéia de sistema está presente em todo o pensamento jurídico dos séculos XII e XVIII, sendo que para os próprios Jusnaturalistas o direito natural teria uma dimensão sistemática.

Além do mais, segundo nos ensina FERRAZ JÚNIOR⁷⁵, a idéia do ordenamento jurídico, como sendo um sistema normativo, coincide com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo.

O sistema jurídico compõe-se de um “repertório e de uma estrutura”⁷⁶. O repertório compreende um conjunto de elementos, ou seja, de normas, organizadas em uma estrutura, cuja base de sustentação está apoiada em princípios, que são normas de caráter mais geral.

⁷⁴ COLUCCI, Maria da Glória. *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 177.

⁷⁶ *Idem*, p. 175.

O Direito Liberal Clássico, orientado pelo Positivismo Jurídico, elegeu como norte para aplicação do direito a idéia de sistema como um todo fechado e completo. Tal política visava restringir a liberdade de interpretação da lei, pelo juiz, permitindo-se, de forma um tanto quanto equivocada, a segurança jurídica. Porém, tendo em vista as transformações sociais já tratadas, “os sistemas jurídicos passaram a ser examinados em relação aos sistemas sociais”⁷⁷. Dessa forma, o direito passou a requer “um paradigma legislativo aberto em que as hipóteses legais sejam formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, permitindo maior discricionariedade do juiz em cada caso”⁷⁸. É essa a idéia de sistema jurídico aberto.

4.2. Cláusula Gerais

Conforme citação de SANTOS⁷⁹, “as cláusulas gerais, para Karl Engisch, exprimem a técnica de redação de preceitos legais por meio de formas vagas e multissignificativas, que abranjam variada gama de hipóteses, em contraposição ao método casuístico”.

Em termos históricos, diz-se que a expressão cláusula geral tem sua origem no direito alemão, no qual é conhecida como *General Klausel*, significando um dos dois métodos legislativos, ao lado do método casuístico. Porquanto este comporta uma configuração analítica dos fatos e casos comuns, fazendo-os incidir em uma hipótese legal, a cláusula geral importa uma formulação legal de grande generalidade e que abrande largo espectro de casos.

“A cláusula geral é uma técnica legislativa, muito usada na vivificação do direito, na passagem do sistema fechado para o sistema aberto.”⁸⁰

⁷⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. Revista de Direito Privado 10/12, p. 14.

⁷⁸ *Idem*, p. 15.

⁷⁹ *Idem*, p. 16

⁸⁰ NETO, João Hora, *Op. cit.*, p. 42.

Portanto, nas palavras de SANTOS⁸¹, a função social do contrato é uma “cláusula geral, dotada de vagueza semântica e multissignificação, de conteúdo variável, somente possível em um direito como sistema aberto”, o qual é oposto ao modelo fechado do direito liberal clássico, em termos da relação do sistema com a realidade substantiva.

Em resposta à pulverização de micro-sistemas, o legislador procurou tornar o Código Civil mais condizente com a nova realidade social, prova disso são as inúmeras cláusulas gerais presentes no Código Civil de 2002, como, por exemplo, a regra que estabelece limite à liberdade de contratar, com base na função social do contrato.

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

Outro exemplo é a regra do art. 423, que estabelece proteção ao lado mais fraco da relação contratual, em contratos de adesão:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

5. DAS LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA DA VONTADE

A liberdade de contratar nunca foi absolutamente ilimitada, pois duas limitações de caráter geral sempre restringiram essa autonomia: a ordem pública e os bons costumes, ambos já tratados nesta monografia.

⁸¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. *Op. cit.*, P. 27.

Essas são as limitações clássicas da autonomia da vontade, porém, atualmente, a liberdade de contratar também se encontra limitada por outras questões, como os direitos da personalidade, a questão econômica e a função social do contrato.

5.1. Limitação pelos direitos da personalidade

A idéia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

A par disso, SZANIAWSKI⁸² faz a seguinte colocação:

Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens do homem são protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos de personalidade.

Os direitos da personalidade são os direitos próprios da pessoa do indivíduo e, por isso, inalienáveis. Dessa forma, cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos. É por essa razão que é defeso o ato dele dispor, salvo por necessidade médica plenamente justificável.

É por essa razão que a disposição corporal não gratuita é inadmissível em nosso ordenamento jurídico⁸³, sendo estabelecido como crime, pela Lei 9434/97, as seguintes práticas:

⁸² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*, p. 35

⁸³ O próprio texto constitucional, em seu art. 199, § 4º, veda a comercialização de tecidos, órgãos e substâncias humanas.

- Remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições legais;
- Comprar ou vender tecidos, órgão ou partes do corpo humano;
- Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgão ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos legais.

Dessa forma, portanto, para a legislação brasileira, “não existe nenhuma hipótese excepcionada do princípio da gratuidade, não só no âmbito da Lei referente à utilização terapêutica do corpo humano, mas também em relação às demais legislações específicas, que regulam a aplicação de material biológico humano.”⁸⁴

Outro exemplo que apresentaremos para ilustrar a limitação da autonomia da vontade pelos direitos da personalidade diz respeito à limitação com base na dignidade da pessoa humana.

Acerca dessa questão TEPEDINO⁸⁵ narra o curioso exemplo ocorrido há poucos anos no sul da França, onde, num determinado bar noturno, os convivas, já animados pelo estado etílico, punham-se a arremessar um anão de mesa em mesa, como a atirar um objeto. A esta pilhéria, digna de uma aventura quixotesca e que se convencionou chamar arremesso de anão, não se opunha o pequeno e bom homem; aliás, a brincadeira rendia-lhe algum dinheiro e, ao que parece, estava ele contratado pelo estabelecimento para prestar-se ao pitoresco papel. O Ministério Público local pediu a interdição da brincadeira, ao argumento de lesão à personalidade do anão, cujo trabalho ofendia-lhe a dignidade. Mesmo diante do arazoado do trabalhador, de que lhe seria difícil obter ocupação lucrativa, até por sua compleição física desfavorável, ainda assim o Judiciário francês proibiu o evento. Trata-se de um caso em que a

⁸⁴ GEDIEL, José Antonio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade*, p. 140.

⁸⁵ *Direitos Humanos e Relações Jurídicas*, p. 55.

vontade, livremente manifestada e conveniente a ambos os contratantes, não prevaleceu por ofensa à dignidade do próprio contratante.

5.2. Limitação por fatores econômicos

O aspecto econômico da relação contratual é deveras importante para se atestar a validade de um contrato.

A esse respeito, o Código de Defesa do Consumidor⁸⁶, em seu art. 51, § 4º, considera nula cláusula contratual que não assegura o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

BITTAR⁸⁷, ensina que por meio da cláusula geral da *rebus sic stantibus*, “permite-se a revisão judicial dos termos do ajuste, para compatibilizá-lo à realidade econômica ou a sua resolução, com a devolução das partes ao estado anterior à contratação com a satisfação de todos os efeitos patrimoniais compreendidos.”

5.3. Limitação pela Função Social do Contrato

Esse limitador da autonomia da vontade será objeto do próximo capítulo, porém, já adiantamos tratar-se de uma cláusula geral que visa tutelar o interesse coletivo, ante as relações individuais de cunho contratual.

⁸⁶ Lei 8078, de 11 de setembro de 1990.

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria da Imprevisão – Uma vida dedicada ao direito*, p. 187.

6. DA LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PELA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

6.1. *A Funcionalização do contrato*

Funcionalizar, segundo nos ensina NALIN⁸⁸, é atribuir a um instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.

Na esteira da funcionalização dos institutos jurídicos, encontramos no contrato tradicional, como função, a circulação da propriedade, porém, à luz da Constituição de 1988, notamos um alargamento nos limites para a funcionalização, pois a função do contrato, no atual ambiente jurídico, está aberto a influências de elementos externos à Ciência Jurídica, ou seja, da sociologia, da filosofia, da economia, da biologia, da história, etc, haja vista a configuração do nosso sistema jurídico como um sistema aberto.

WIEACKER, citado por NALIN⁸⁹, faz a seguinte colocação acerca do processo de funcionalização;

O processo de funcionalização (social) dos institutos jurídicos tem sua raiz histórica no que se denominou, (...) de pós-modernidade, no período entre Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, conquista maior da civilística europeia, e, em especial, alemã, se viu insuficiente para atender ao caos do pós-guerra (1ª Grande Guerra), que se impôs na Alemanha e na Europa em geral, com a restrição à liberdade contratual e à utilização da propriedade.

⁸⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*, p. 217.

⁸⁹ *Idem*, p. 218.

6.2. A Função Social do Contrato e a limitação da autonomia da vontade

Da mesma forma que a doutrina clássica fala de interesse público e privado, hoje se fala, também, de interesse social e interesse individual, sendo esse o ponto de partida para a compreensão do que seja a função social.

Modernamente, a noção de função social tem origem na sociologia, porém, numa arqueologia da função social, constatamos que a preocupação com a função social dos bens já existia desde a antiguidade. Pode-se dizer, inclusive, que foi ARISTÓTELES quem primeiro se referiu a idéia de função social.

Em sua obra⁹⁰ encontramos a seguinte passagem relacionada a essa questão:

A administração dos bens, dividida entre os respectivos possuidores não provocará queixas recíprocas e eles crescerão porque cada um se dedicara aos mesmos como a um negócio pessoal, só seu; por outro lado, as qualidades dos cidadãos farão com que os bens dos amigos sejam comuns, como diz o provérbio, quanto ao uso [], e conclui, [] é obviamente melhor, portanto, que a propriedade seja comum quanto ao seu uso.

Atualmente, a expressão “função social” tem sido empregada em todas as áreas⁹¹, e começa a povoar diversos ramos do direito, porém, cabe acrescentar que “a propriedade foi o primeiro instituto jurídico sobre o qual se argumentou a respeito da observância de sua função social”⁹²

O novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, trouxe inovação em relação ao de 1916, ao dispor que, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421). A novidade, veio motivada pela Constituição de 1988, que a par de destacar os direitos sociais à educação, saúde, trabalho, moradia, etc, atribuiu função social à propriedade, mas não enfocou os contratos, pois a matéria não é de ordem constitucional.

⁹⁰ ARISTÓTELES. *A Política*.

⁹¹ Hoje encontramos as expressões “Função Social da Educação”, “Função Social do Direito”, “Função Social do judiciário”, “Função Social do Trabalho”, entre outras. A título de ilustração, gostaria de citar a obra “Função Social dos Amantes”, da Cientista Social Argenita Terezinha Souza Ameno, na qual é feita uma análise sociológica do casamento e dos papéis sociais do homem e da mulher.

⁹² LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 129.

Cabe acrescentar, porém, que a Constituição de 1946, em seu artigo 147, já estabelecia que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

No texto constitucional não há, como já mencionado, expressamente, a previsão da função social do contrato, porém, podemos chegar a ela por meio da função social da propriedade.

A regra constitucional que prevê a função social da propriedade estabelece a seguinte regra:

Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

Dessa forma, considerando que o contrato é o instrumento por meio do qual propriedade circula, conclui-se, portanto, que se o objeto do contrato deve atender a sua função social, por decorrência lógica, o contrato e a liberdade de contratar devem, também, se alinhar ao bem comum e aos interesses coletivos, para garantir a harmonia e a paz entre as pessoas, que representam o escopo primeiro da função social.

Nas palavras de HORA NETO, “uma vez entendida que a propriedade representa o segmento estático da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento dinâmico, implicitamente também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso de circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade.”⁹³

LISBOA, ao buscar um significado para a função social conclui que “a coisa que possui função social é aquela que serve de instrumento para a satisfação dos interesses da sociedade.”⁹⁴

A expressão “função social” apresenta, dessa forma, contorno semântico difuso, razão pela qual não é possível enunciá-la de forma precisa, salvo se a

⁹³ NETO, João Hora. *Op. cit.*, p. 44.

⁹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 129.

referirmos a um caso concreto. Portanto, em termos da relação contratual, NALIN leciona que, tendo em vista a função social ser uma cláusula geral, “caberá ao intérprete apontar o sentido e a função do princípio máximo do contrato moderno, que é o da liberdade contratual.”⁹⁵

FERREIRA DA SILVA⁹⁶ sinaliza para o fato de que a moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função. Ou seja, a autonomia da vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular, a passa a abarcar fins mais abrangentes, ou, indo-se mais longe, fins necessários, que se impõem à vontade. “A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual.”

A função social do contrato, portanto, recepcionada pelo direito, agrega ao nosso ordenamento uma orientação voltada para a idéia de justiça social. A esse respeito, AMARAL NETO⁹⁷ faz a seguinte colocação:

O exercício da função social do contrato conjuga a realização do princípio da autonomia privada com a justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana. Ora, é precisamente com esse entendimento que a autonomia privada pode e deve-se direcionar. A idéia de justiça, que se realiza na dimensão comutativa entre particulares iguais nos seus direitos e distributiva entre eles, aparece agora com nova dimensão. A justiça social, a justiça geral, diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade nos primórdios do capitalismo. O Direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que se limita em maior ou menor grau de intensidade, poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema em vigor nas sociedades democráticas do mundo contemporâneo que se caracterizam, precisamente pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica.

Dessa dilação, pois, acerca da função social, notamos um nítido destaque à relação entre o coletivo e o individual, entre o particular e a sociedade, visto que esse

⁹⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*, p. 56.

⁹⁶ SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos do código civil ao código do consumidor*, p. 31.

⁹⁷ NETO, Francisco do Amaral. Artigo: *Autonomia Privada*, Revista CEJ, dezembro/1999.

novo direito, sensível à realidade que o cerca, não visa outro objetivo que a harmonia entre os indivíduos e o bem-estar social.

6.3. Conseqüência do não atendimento à função social do contrato

Conforme tratamos anteriormente, a função social não apresenta um contorno claro, razão pela qual reservou-se à hermenêutica jurídica e aos operadores do direito como um todo, a missão de tornarem efetiva a obrigatoriedade de cumprimento da função social do contrato, tanto na solução dos conflitos de interesse quanto na validação de atos jurídicos.

Dessa forma, caso um contrato não atenda a sua função social, mas produza efeitos jurídicos, visto o reconhecimento do negócio jurídico por meio da valoração social, entende-se a possibilidade de enquadrar-se essa relação contratual no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade).

A esse respeito NALIN⁹⁸ informa que a doutrina mais especializada deve buscar “uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua função social. A resposta que se afigura mais adequada é o reconhecimento da “nulidade virtual”⁹⁹, como uma hipótese aceitável no contexto da teoria das nulidades”

6.4. A função social do contrato na jurisprudência

Na jurisprudência já observamos a invocação da função social como elemento de justificação de decisões judiciais. A exemplo disso, citamos as seguintes decisões:

⁹⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*, p. 238.

⁹⁹ Essa expressão decorre do fato da nulidade relativa à função social não estar vinculada ao descumprimento de um preceito legal de ordem pública, no qual ter-se-ia a uma nulidade textual, mas de resultar de um não atendimento a interesses da sociedade.

1) Apelação Cível Nº 70011492048, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 15/06/2005.

Nessa ação contra o Sistema Financeiro Nacional (SFH), decidiu-se pelo seguinte:

1. Reconhece-se o caráter de consumo à relação contratual entabulada nos termos do SFH. 2. Ante sua onerosidade excessiva, resta afastada a aplicação da Tabela Price, comprovadamente dotada de ilegal e inconveniente incidência de juros compostos. Deve-se proceder à aplicação de juros simples à espécie, preservando-se, destarte, o necessário equilíbrio do **contrato**, bem assim dando-se **ensancha à consagração de sua propalada função social**. (grifo nosso)

2) Apelação Cível Nº 70009995564, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 09/06/2005.

Nessa ação, o relator inicia o seu voto com a seguinte referência à **função social do contrato**:

Sendo o crédito fornecido ao consumidor pessoa física para a sua utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final, o dinheiro funciona como produto, implicando o reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ, de 12 de maio de 2004. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 consagrou de forma pioneira o princípio da **função social** dos contratos, relativizando o rigor do

Pacta Sunt Servanda e permitindo ao consumidor a revisão do contrato em duas hipóteses: por abuso contemporâneo à contratação ou por onerosidade excessiva derivada de fato superveniente (Teoria da Imprevisão). Hipótese dos autos em que o desequilíbrio contratual já existia à época da contratação uma vez que o fornecedor inseriu unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, a serem suportadas exclusivamente pelo consumidor. (grifo nosso)

3) Apelação Cível n. 121.661-4 - Santos - 3ª Câmara de Direito Privado – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relator: Ênio Santarelli Zuliani - 14.05.02 - V.U.

Nessa ação de indenização por dano moral em caso de descumprimento de contrato médico, o judiciário exarou a seguinte decisão:

No momento em que a seguradora nega a execução, servindo-se da desgastada cláusula de exclusão de financiamento de cirurgia de urgência por doença preexistente e, com isso, obriga o segurado a recorrer ao serviço público para a exclusão do serviço de risco, sujeita-se, pela ilicitude, a pagar uma indenização que promete recuperar a estima do usuário lesado pela inexecução do contrato, uma necessidade social para mudar a forma de agir das seguradoras no trato da **função social** do contrato (artigos 159, do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal) - Provimento apenas para reduzir o quantum arbitrado. (grifo nosso)

7. CONCLUSÃO

Após fazermos essa reflexão acerca do contrato, da autonomia da vontade e dos fatores que limitam a liberdade de contratar, pudemos compreender a trajetória traçada pelo pensamento moderno em face da questão da liberdade, bem como a sua influência na configuração das relações jurídicas, sobretudo naquelas de cunho patrimonial, representadas pelos contratos.

A liberdade para decidir o conteúdo da relação contratual, que encontrava obstáculo apenas nas questões de ordem pública e nos bons costumes, ao tempo do Estado Liberal Clássico, passa a ter o seu âmbito de atuação reduzido frente ao Estado Social, que, a partir do século XX, passou a tutelar interesses coletivos e direitos extrapatrimoniais, como os direitos da personalidade.

Ao sabor do vento dessas transformações, que agregam, também, as noções de sistema jurídico aberto e de cláusulas gerais, surge o instituto, de contornos não bem definidos, da “função social”, que passa a limitar o exercício da vontade, ou seja, a autonomia da partes nas relações contratuais.

A função social é, ainda, um instituto novo, mas, tendo em vista o ambiente no qual a pós-modernidade está inserida (globalização, massificação da produção e do consumo, necessidade de se preservar os ecossistemas, etc.), certamente passara a ditar com regularidade os limites da liberdade de contratar.

Dessa forma, o jurista deve considerar a autonomia privada inserida em uma nova concepção de direito, na qual as estruturas jurídicas relacionam-se intimamente com a função social.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Livia Paula da Silva. Direito Civil – Contratos, Porto Alegre: Síntese, 1999.

ARISTÓTELES. A Política, Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

BECKER, L. A., SANTOS, E. L. Silva. Elementos para uma teoria crítica do processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da Imprevisão – Uma vida dedicada ao direito, São Paulo: RT, 1995.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

COLUCCI, Maria da Glória. Fundamentos de Teoria Geral do Direito e do Processo, Curitiba: JM Editora, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

DESCARTES, René. Discurso sobre o Método – Para bem dirigir a própria razão e procurar a verdade nas ciências, 9ª ed., São Paulo: Hemus, 1998.

Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas, em Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Aducto. O Contrato no Direito Brasileiro, vol. I, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F^o, 1945.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação, 2^a ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica: Uma Leitura Arqueogenealógica do Contrato de Trabalho. Tese de Doutorado, UFPR, 2001.

GEDIEL, José Antonio Peres. Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade. Tese de Doutorado, UFPR, 1997.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Curso de Direito Civil – Contratos, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. Contratos, 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Introdução ao Direito Civil, 6^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

JÚNIOR, Eroulths Cortiano. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 3: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e espécies, 3^a ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito, São Paulo: Brasiliense, 2003.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT, 1995.
- MILARÉ, Edis e LOURES, Flávia Tavares Rocha. Meio Ambiente e Direitos da Personalidade. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: RT, jan.-mar., 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, direito das obrigações, 12ª ed., vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1976.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOTA PINTO, Antonio Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil, 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1996.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, out.-dez., 2002.
- _____. Responsabilidade Civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial, Curitiba: Juruá, 1996.
- NETO, Francisco do Amaral. Artigo: Autonomia Privada, Revista CEJ, nº 9, dezembro/1999.

- NETO, João Hora. O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. Revista de Direito Privado 4/6, São Paulo: RT, abr.-jun. 2003.
- PASQUALOTTO, Alberto. O Código de Defesa do Consumidos em face do novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor 43/96, São Paulo: RT, jul-set., 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo, Contratos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 3: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, São Paulo: Saraiva, 2003
- ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado 10/12, São Paulo: RT, abr.-jun. 2002.
- SILVA, Luís Renato Ferreira. Revisão dos contratos do código civil ao código do consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua Tutela, São Paulo: RT, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, O Contrato e seus Princípios. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANARDO, Maria Antonieta. Proteção ao Consumidor- Conceito e Extensão, São Paulo: RT, 1993.