

ELIANE DE OLIVEIRA DIAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

CURITIBA  
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Professor orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

CURITIBA  
2004

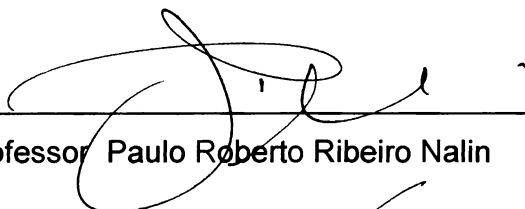
# A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

por

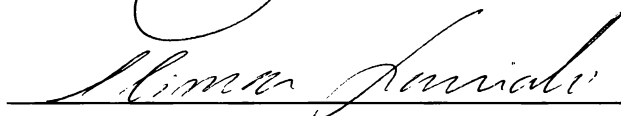
Eliane de Oliveira Dias

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, no curso de graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:



Professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Professor Elimar Szaniawski



Professor Sérgio Seleme

Curitiba, 27 de outubro de 2004.

## **RESUMO**

A relevância da discussão acerca do tema proposto no presente trabalho reside principalmente nas transformações pelas quais atravessa o Direito Privado e de suas repercussões na sociedade contemporânea.

O Código Civil Brasileiro de 2002 consolidou regras que configuram um novo cenário no qual se desenvolvem as relações sociais, especialmente no que tange a esfera patrimonial dos indivíduos inseridos na atual conjuntura da sociedade.

As relações contratuais, seus desdobramentos e reflexos na coletividade sob a perspectiva da função social do contrato são objetos de tratamento neste trabalho, que, sem pretensão de esgotar o tema, procura tecer breves considerações sobre a matéria.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	iv
1 - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .....	1
1.1 - Conceito .....	1
1.2 - Natureza .....	3
1.3 - Características .....	5
1.4 - Evolução histórica .....	6
1.5 - Aplicação na Teoria Contratual Moderna .....	11
2 - A INCIDÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A LIBERDADE CONTRATUAL .....	13
2.1 - Considerações introdutórias .....	13
2.2 - O “pacta sunt servanda” e a concepção pós-moderna do contrato.....	15
2.3 - Possibilidades de revisão jurídica do contrato.....	17
3 – A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO MODELO CODIFICADO .....	18
3.1- As codificações do século XIX .....	18
3.2- Crítica ao engessamento legislativo .....	21
4 - A PREVISÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO .....	25
4.1- Considerações introdutórias .....	25
4.2- Uma leitura constitucional do dispositivo 421 do Código Civil.....	28
4.3- Princiologia social do contrato.....	30
5 - A ANÁLISE METAJURÍDICA DA FUNÇÃO SOCIAL .....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	43

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....45

## INTRODUÇÃO

Em meio às transformações que se operam no âmbito do Direito, está inserido o contrato. O repensar acerca das conceituações e definições clássicas em torno deste instituto, faz-se absolutamente fundamental.

A reflexão sugere que se proceda a uma inserção do contrato na base dos fenômenos histórico-sociais que se processam neste século. A partir deste reconhecimento, talvez, seja possível identificar qual é a posição do Direito Civil face à sociedade contemporânea.

Tal exame necessita, antes de mais nada, reconhecer a forma pela qual se aplica o Direito Civil a partir de uma perspectiva constitucional. Sendo assim, é imperioso admitir a insuficiência de um diploma que regule as relações entre os particulares sem buscar seu vértice nos princípios consagrados pela Constituição.

Qualquer estudo que se realize acerca do Direito Civil compreende a existência de uma intersecção entre o Direito Público e o Direito Privado, de tal forma que não há sequer uma separação estanque entre essas duas áreas.

Essa aproximação faz com que a aplicação das regras de Direito Civil sejam legitimadas por fundamentos constitucionais.

Neste contexto, o contrato coloca-se como um representante dessas mudanças. No transcurso de uma sociedade que sedimenta seus valores no ordenamento jurídico que constrói, a substituição do individualismo pela preocupação voltada à coletividade.

Uma preocupação que não se encerra no indivíduo enquanto sujeito isolado e sim inserto no meio social.

A partir desta análise, o direito determina que o contrato cumpra uma função social.

Neste sentido, a função social, sua natureza, características, evolução histórica e aplicação na teoria contratual contemporânea serão objeto de exame no capítulo 1 deste trabalho.

O segundo capítulo foi destinado à verificação da incidência da função social do contrato face à liberdade contratual. Ainda neste capítulo faz-se breve análise do princípio do “pacta sunt servanda” diante da concepção pós-moderna do contrato e das possibilidades de sua revisão, nas hipóteses em que seu conteúdo descumpra os dispositivos do Código Civil Brasileiro.

No capítulo 3, fez-se uma breve análise da função social e de sua inserção no modelo do Direito Civil codificado, enfocando a instrumentalidade de sua aplicação. No mesmo capítulo é realizada uma abordagem superficial acerca das codificações do século XIX, na qual se procura traçar um paralelo com o ordenamento jurídico da atualidade. Por fim, faz-se uma crítica ao engessamento legislativo, procurando demonstrar a necessidade da oxigenação do ordenamento jurídico fechado.

O capítulo 4 foi destinado ao exame da função social do contrato no Código Civil de 2002, de tal forma que se possa proceder à comparação do seu regime contratual com o do Código de 1916. Para reforçar esta análise, na seção 4.2 segue uma análise do dispositivo 421 do Código Civil à luz da Constituição, finalizando este capítulo com algumas considerações acerca da principiologia social do contrato na sociedade atual.

O quinto e derradeiro capítulo é constituído pela análise metajurídica da função social, de tal forma que se observe a sua conexão com as várias realidades que envolvem a sociedade. É compreender o meio pelo qual o Direito Civil se reestrutura para conformar as relações de Direito Privado aos fins traçados pela Lei Mãe.

## **1. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

1.1) Conceito

1.2) Natureza

1.3) Características

1.4) Evolução Histórica

1.5) Aplicação na teoria contratual moderna

### **1.1) Conceito**

A expressão função social do contrato não deve ser conceituada de forma rígida, nem tampouco obterá êxito aquele que concentrar esforços para aprisioná-la em uma moldura sólida e esgotar as hipóteses de sua aplicação.

Isso ocorre porque a função social é uma expressão abstratamente considerada que aglutina diversos valores sedimentados, aos poucos, pela evolução da sociedade.

É, antes de mais nada, uma forma de vislumbrar a realidade em que se vive a partir de determinados axiomas e estabelecer determinados comportamentos classificados como ideais para a convivência entre os indivíduos de uma comunidade.

Considerando os riscos que envolvem essa conceituação, pode-se afirmar que, de modo incipiente a função social do contrato pode ser referenciada, entre outras coisas, como uma nova forma de compreensão acerca do contrato, redefinindo seus contornos e transformando-o em um importante instrumento a serviço da justiça e da distribuição equilibrada dos recursos entre os indivíduos da sociedade.

Villaça entende que “Pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.”

Acrescenta ainda que, “Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana.”<sup>1</sup>

Conforme dito anteriormente, de nada adianta conceituar a função social, pois um conceito ou uma definição, por mais completa que seja, não poderia ter a pretensão de exaurir a discussão de suas várias facetas e possibilidades de aplicação.

Ainda que determinada pela lei, a aplicação da função social é uma construção histórica que encontra seu fundamento na evolução do conceito de sociedade e no abandono progressivo do individualismo para dar lugar a preocupação voltada à coletividade.

Os contratos, como engrenagem de movimentação da cadeia econômica, desempenham importantíssimo papel na distribuição da renda, no mercado de trabalho, na oferta de comodidades etc. São peças fundamentais para a promoção da pessoa humana, para a preservação da dignidade do homem. Esta é a função social dos contratos, tão propalada na atualidade.<sup>2</sup>

Alguns autores afirmam que “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes), sendo tal tarefa cuidada pelo princípio da boa-fé objetiva.”<sup>3</sup>

Nelson Nery Jr. afirma que “O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF 3º I) e da justiça social (CF 170 *caput*), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF 1.º III), não se ferirem valores ambientais (CDC 51 XIV) etc.”<sup>4</sup>

Segue Nery Jr. afirmando que “O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade.

---

<sup>1</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 28.

<sup>2</sup> FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 22.

<sup>3</sup> HENTZ, André Soares. O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. <http://jusnavigandi.com.br>. 02/08/2004, p. 1.

<sup>4</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2.ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.

Interessa a toda a sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas.”<sup>5</sup>

Isso representa, sem sombra de dúvida, uma mudança de paradigma que eleva o indivíduo ao centro de toda relação jurídica não só no aspecto formal, mas considerando inclusive as suas condições materiais de sobrevivência.

## 1.2) Natureza

Não seria prudente nem tampouco aconselhável, iniciar o exame da natureza da função social do contrato sem antes tecer algumas considerações acerca do contexto no qual está inserida, outrossim seria extremamente arriscado tratar a função social como algo isolado e sem correlação com os princípios trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo de uma análise acerca da figura do Estado e sua dimensão na sociedade contemporânea, pode-se afirmar que há uma preocupação crescente com a justiça social. Esse é, sem dúvida, o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais princípios constitucionais.

É, também, a partir desta referência que vêm se pautando as legislações infraconstitucionais. Apenas para ilustrar e fundamentar essa afirmação, faz-se alusão à edição do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o próprio Código Civil que procura, através de algumas regras, cumprir algumas exigências constitucionais.

Estabelece a Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;** (grifo nosso)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

---

<sup>5</sup>NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. Ob.Cit., p. 336.

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, um grande número de princípios foram inseridos nos preceitos constitucionais a fim de que toda a orientação legislativa se volte à concretização da justiça enquanto valor fundamental da sociedade.

Um dos princípios que reflete o transporte dos valores socialmente consagrados para a principiologia do texto constitucional foi o da função social da propriedade. Esse princípio vem consagrado no artigo 170 da Carta Magna de nosso País que dispõe:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

**III - função social da propriedade;**

(...)

(grifo nosso)

Faz-se menção a esse princípio para identificar qual a diretiva adotada pela Constituição e para demonstrar que se encontram transpostos em seu texto os valores que norteiam as relações sociais contemporâneas.

A inclusão da função social do contrato no Código Civil, demonstra uma tendência à leitura constitucional dos institutos de Direito Privado. Nem poderia ser diverso esse entendimento, haja vista que é a Constituição que confere legitimidade às leis infraconstitucionais.

Neste sentido, vale dizer que a Constituição é hierarquicamente superior às demais leis infraconstitucionais, porque é através dela que a sociedade busca um reconhecimento de seus valores mais sagrados, capturados pelo legislador e transpostos para o texto constitucional em forma de princípios. De uma vez que o ordenamento jurídico deve ser interpretado como uma unidade lógica, o Código Civil deve ser interpretado de acordo com os preceitos constitucionais.

Nelson Nery Jr., ao tratar da função social do contrato no Código Civil, afirma que , “A norma ora comentada é de ordem pública e interesse social (CC 2035 par. ún.). Constitui-se como cláusula limitadora da autonomia privada. Como é de ordem pública, o juiz deve aplica-la de ofício (sua aplicação não exige a iniciativa da parte), a qualquer tempo e grau de jurisdição (não está sujeita à prescrição).”<sup>6</sup>

### **1.3) Características**

A função social tem como finalidade precípua, estabelecer uma harmonia entre a satisfação dos interesses dos contratantes e os fins almejados pela Constituição Federal, no que tange à coletividade.

Naturalmente esse fim nem sempre é fácil de ser estabelecido, haja vista que, em geral há um individualismo dissimulado nas relações contratuais, sobretudo nas relações de consumo, nas quais o poder econômico dimensiona o “papel” de cada indivíduo na sociedade e acaba impondo regras de comportamento para cada um dos contratantes.

A função social, não é, como muitos sustentam, mais uma norma que impõe aos contratantes o dever de observarem o princípio da boa-fé para que se preserve o direito individual das partes. Neste sentido, já há um conjunto de normas reguladoras. Na realidade o que se busca preservar com a função social, é o direito da coletividade abstratamente considerada.

Neste sentido, Miguel Reale sustenta que, “não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o

---

<sup>6</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. Ob., Cit., p. 336.

estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.”<sup>7</sup>

Notoriamente, a partir desta concepção há um abrandamento do princípio da relatividade dos contratos. O contrato pode ser assim considerado como importante elemento promotor do desenvolvimento cultural, econômico e social de um país.

Segundo Miguel Reale “um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.”<sup>8</sup>

Essa projeção que supera os limites da individualidade atribuída às relações privadas pela modernidade, pode ser entendida como o traço mais acentuado da função social e denota uma abertura do Direito Privado à hermenêutica constitucional do século XX.

#### **1.4) Evolução Histórica**

Para compreensão da evolução histórica da função social, é imprescindível que se faça um breve e superficial exame acerca da evolução do próprio instituto do contrato, haja vista a correlação substancial que existe entre ambos.

Na definição de Sérgio Seleme, “O contrato pode ser considerado, sob uma certa perspectiva, como a formalização jurídica de uma operação econômica que ocorre no seio social. Dando veste á operação econômica, e caracterizando-a como um contrato, o Direito faz imediatamente a ela corresponder uma série de regras, que

---

<sup>7</sup> REALE, Miguel. A Função social do contrato. <http://www.miguelreale.com.br>. 02/08/2004. p., 1.

<sup>8</sup> *Idem, Ibidem*.p., 1.

provocam efeitos no campo dos fatos e das realidades jurídicas; a este conjunto normativo pode-se chamar Direito dos Contratos.”<sup>9</sup>

Superado o estágio primitivo da barbárie, em que os bens da vida eram apropriados pela força ou violência, e implantada a convivência e desenvolvimento do homem, o contrato se fez presente, de maneira intensa, nas relações intersubjetivas, como projeção natural da vontade e do consenso. E quanto mais se ampliaram os agrupamentos civilizados e mais volumosos se tornaram os negócios de circulação de riquezas, mais constante e decisivo se mostrou o recurso ao contrato, em todos os níveis da sociedade.<sup>10</sup>

O Direito Romano foi o grande “berço” do contrato e o aspecto mais característico das relações contratuais desta civilização é que não havia nelas uma uniformidade, de tal sorte que os contratos assumiam a forma que melhor atendesse ao interesse das partes.

Outro aspecto relevante e peculiar na sociedade romana é que os contratos, apesar de nascerem das necessidades das partes, somente tinham validade quando submetidos aos rituais solenes de celebração.<sup>11</sup>

Não obstante o rigorismo formal, então vigente, inexistiam embaraços ou dificuldades à celebração de contratos em Roma. Aquela sociedade, adiantada e possuidora de um alto gabarito de civilização jurídica, vivia já no mundo do contrato. Vencera, mesmo antes do período clássico, a concepção da apropriação violenta de utilidades.<sup>12</sup>

O século XVIII provocou muitas transformações na sociedade, até então medieval. A burguesia precisava se afirmar enquanto classe social geradora de

---

<sup>9</sup> SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. *In* Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coord) Carmen Lucia Silveira Ramos (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 259.

<sup>10</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1993, p. 12.

<sup>11</sup> Em geral, nas solenidades as partes pronunciavam algumas palavras consideradas essenciais para a validade do contrato.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4.

riquezas e extinguir os privilégios da nobreza que afirmava uma superioridade emanada diretamente de Deus.<sup>13</sup>

A classe burguesa promove uma Revolução que repercute em todos os campos da sociedade francesa do século XIX. Finalmente, a burguesia consagra seus valores diante do Estado e da Igreja.

Neste contexto, o contrato passa a ser o instrumento mais utilizado pelos indivíduos para promover a circulação de riquezas e adquire novos contornos. O contrato tal qual era concebido no Direito Romano, cede espaço a uma “nova concepção contratual” que tem seus fundamentos na liberdade e na igualdade dos indivíduos.

Ora, para celebrarem contratos os homens tinham de ser livres e iguais, ainda que essa liberdade e igualdade lhes fossem atribuídas apenas no plano jurídico-formal. A sociedade clássica então abstraiu da realidade indivíduos que, por estarem em um mesmo plano de liberdade e igualdade, poderiam transigir até que, chegando a um consenso celebrassem seus contratos.

Caio Mário da Silva Pereira, afirma “Acontece que a igualdade proclamada pelos Enciclopedistas e pela Revolução Francesa fora a igualdade “política” – os homens nascem livres e iguais em direitos.”<sup>14</sup>

Essa construção abstrata da realidade nunca levou em conta às reais condições econômicas dos indivíduos e na sua “cegueira social” buscava fundamentos para a obrigatoriedade do contrato no consensualismo das partes.

Fortaleceu-se demasiadamente o princípio do “*pacta sunt servanda*” que defendia a idéia segunda a qual, o contrato deveria ser cumprido pelas partes à qualquer preço, de uma vez que foi o consenso de ambas que o criou.

O contrato, tal como houvera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder podia fazer surgir todos os direitos atribuíveis ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social gerada a indagar se estaria, ou não, ferindo

---

<sup>13</sup> Os nobres se intitulavam os “escolhidos por Deus” para dominar as demais classes e que, em virtude disso gozavam de prerrogativas. Sendo assim a nobreza não recolhia impostos e suas contas eram pagas pelos demais indivíduos da sociedade.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Ob. Cit., p. 248.

o interesse jurídico dos demais. Os tempos eram os da busca compulsiva da certeza científica, o que deu azo à torrente positivista esvaziada de conteúdo axiológico e da idéia mais geral e abstrata de justiça.<sup>15</sup>

As codificações deste período refletiram o patrimonialismo e o individualismo que norteavam as relações jurídicas na sociedade desta época. Segundo Leonardo Mattietto, “Nas grandes codificações do século XIX, o contrato era a própria expressão da autonomia privada, reconhecendo às partes a liberdade de estipularem o que lhes conviesse, servindo portanto como instrumento eficaz da expansão capitalista.”<sup>16</sup>

Durante muitas décadas perdurou a crença de que a igualdade formal era o requisito necessário para a realização da justiça entre os homens porque garantia a possibilidade de uma distribuição equilibrada de riquezas.

Pietro Dimarchi, ilustra afirmando que, “*La proprietà privata, dichiarata <<inviolabile e sacra>>, era considerata fondamento necessario della libertà, sai da un punto di vista generale, per il pluralismo economico che ne deriva, sai del punto di vista individuale, quale base dell’indipendenza del singolo e strumento per l’esercizio dell’iniziativa econômica. Il principio di uguaglianza si contrapponeva al preesistente regime di privilegi legali a favore dell’aristocrazia e del clero ed affermava perciò che la legge doveva essere uguale per tutti. È evidente che l’eguaglianza giuridica non escludeva diseguaglianze economiche e sociali di fatto.*”<sup>17</sup>

A sociedade desta época simplesmente ignorou o fato de que a igualdade se estabelecia entre aqueles que tinham poder e riqueza e os indivíduos que eram iguais no plano jurídico eram desiguais no plano econômico.

O Código de Napoleão enunciava: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura milenar de fundação do direito privado. <http://jusnavigandi.com.br>. Acesso em 02/08/2004. p. 1.

<sup>16</sup> MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: Problemas de direito constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 174.

<sup>17</sup> TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 32.

<sup>18</sup> Artigo 1134, Código de Napoleão.

Caio Mário salienta que “Essencialmente o contrato fundava-se no princípio da liberdade. E alicerçava-se na convicção de que estabelecia o equilíbrio dos interesses econômicos.”<sup>19</sup>

O século XX trouxe o início da superação dessas convicções e uma nova perspectiva no que tange ao exame da realidade em que se encontram os indivíduos no momento em que contratam. A nova época fez emergir os principais problemas mascarados pela abstração conceitual em que se fundava o contrato como foi concebido no modelo clássico.

Neste novo contexto, “rasgou-se o véu” da formalidade para revelar os contornos de uma sociedade que se desenvolve sofre a influência determinante da economia e das relações comerciais.

Reconhecidas algumas mazelas da sociedade clássica, vem à tona a intervenção estatal como única forma de estabelecer um parâmetro para o desenvolvimento das relações contratuais no que se refere ao equilíbrio social ao mesmo tempo que procura restringir o individualismo predominante e instala uma preocupação com a coletividade.

As Constituições são o primeiro sinal de que há uma maior interferência estatal na autonomia privada, no sentido de limitar a vontade das partes e conformar as relações particulares ao atendimento do interesse do coletivo.

Maria Helena Diniz leciona que “A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. Consagrado está o princípio da socialidade.”<sup>20</sup>

Gustavo Tepedino, afirma que “Tal ordem de coisas, própria do Estado Liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem

---

<sup>19</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Ob. Cit, p. 375.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais...”<sup>21</sup>

Neste sentido a observação de Pietro Dimarchi é profundamente esclarecedora. Segundo ele, *“Si ritiene generalmente che il libero gioco delle forze economiche non riesca ad assicurare la piena occupazione e pertanto, anche in questo campo, si moltiplicano diretti e indiretti interventi pubblici nell’economia, che caratterizzano uno Stato sociale.”*<sup>22</sup>

### 1.5) Aplicação na Teoria Contratual Moderna

A possibilidade de aplicação da função social aos contratos satisfaz a necessidade que muitas vezes se demonstrou de municiar os magistrados de instrumentos que permitiam uma correção nos contratos que manifestamente se mostrem em desarmonia com a equidade. A atual configuração legislativa fornece instrumentos para que não se estabeleça uma dominação absoluta do poder econômico sobre os demais aspectos que envolvem as relações sociais.

Desta feita os juízes têm o condão de aplicar o dispositivo, todas as vezes em que o reputarem indispensável à satisfação de interesses sociais. Convém, no entanto, ressaltar que esta aplicação não se pautará ao alvedrio do julgador e sim em conformidade com os demais princípios que informam a ordem econômica e social traçados pela Constituição Federal de 1988.

Uma importante observação é de que a função social não busca refrear a possibilidade de aferição de lucros por uma das partes na relação contratual. O lucro baseado na teoria do risco das atividades empresariais, por exemplo, é plenamente aceitável.

O que se coíbe na realidade é uma exploração exacerbada, fundamentada em uma preeminência econômica entre os indivíduos envolvidos no contrato. Um exemplo que pode ilustrar essa afirmação e que se encontra bastante atual é o

---

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 201.

<sup>22</sup> TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Ob. Cit., p. 33.

problema dos contratos com planos de saúde. Via de regra, a sociedade assiste a verdadeiros excessos nestas relações contratuais.

Conforme já foi explicitado, a função social é uma ferramenta que deverá ser utilizada pelo magistrado para fazer com que o contrato cumpra, a um só tempo, seu papel enquanto negócio jurídico que atribui efeitos legais às vontades das partes e instrumento que busca a satisfação dos interesses sociais

Nelson Nery Jr. entende que “Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz.”<sup>23</sup>

Cumpra ressaltar que apesar das críticas à função social, sua aplicação não prima pelo descumprimento contratual. Pelo contrário, os contratos devem ser cumpridos e o labor do magistrado será apenas no sentido de conformá-lo à configuração exigida pelas normas.

Desta forma, como destaca Cláudia Lima Marques “À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.”<sup>24</sup>

Neste sentido entende André Soares Hentz que a função social “não tem função criativa, mas apenas repressiva e sancionatória, eis que atua apenas como limitador dos princípios da liberdade de contratar e da relatividade dos efeitos contratuais. Nesse contexto, os juízes não poderão aplicá-lo, em nome do princípio da socialidade, para dar à convenção das partes um sentido que não foi por elas avençado.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. Ob. Cit., p. 336.

<sup>24</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

<sup>25</sup> HENTZ, André Soares. O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. Ob., Cit., p. 1.

## 2. A INCIDÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A LIBERDADE CONTRATUAL

2.1) Considerações Introdutórias

2.2) O “pacta sunt servanda” e a concepção pós-moderna do contrato

2.3) Possibilidade de revisão jurídica do contrato

### 2.1) Considerações Introdutórias

A discussão que se instala na doutrina e na jurisprudência versa acerca da permanência da liberdade contratual em uma sociedade que busca estabelecer um controle externo sobre o conteúdo do contrato.

Esse controle externo emana do Estado e tem o escopo de fazer com que os contratantes observem as finalidades previstas para o contrato, as quais transcendem a mera satisfação do interesse das partes. Conforme destaca Cláudia Lima Marques, “Com o início da renovação da teoria contratual através das tendências sociais, antes mencionadas, em virtude dos postulados de um novo Estado Social e da realidade da sociedade de massas, o estado passa a intervir nas relações obrigacionais.”<sup>26</sup>

Cumprindo observar que a liberdade é, sem dúvida, um dos postulados constitucionais do século XX. Todavia a liberdade que se busca resguardar na atualidade está inserida em um contexto social, de tal maneira que seu exercício não seja nocivo aos demais princípios do Direito Contratual.

Segundo ressalta Paulo Nalin, “E a liberdade, vista sob grande ângulo, encontra base constitucional, enquanto direito fundamental expressamente escrito e resguardado no caput do art. 5.º da Carta. É inegável, portanto, sua inclusão em nosso sistema jurídico, inclusive enquanto direito de personalidade.” Assevera que, não

---

<sup>26</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit, p. 208.

obstante “o princípio da liberdade contratual sofre atual relativização de sua eficácia, sob pena de violação de outros princípios jurídicos constitucionais, postos no mesmo plano daqueles fundamentais.”<sup>27</sup>

Sendo assim, a concepção acerca da liberdade que se tem atualmente está muito distante daquela concebida no auge do liberalismo. Na concepção clássica do contrato, a liberdade dos contratantes constituía “um mundo à parte”, ou seja, o Estado estava limitado a apenas garantir que os particulares contratassem livremente sem que a lei colocasse entraves em sua autonomia.

Essa configuração fez com que muitas injustiças ocorressem. A liberdade era exercida sem limites e a lei nada fazia para coibir a abusividade dos contratos. Sendo assim, aqueles que detinham o poder econômico eram livres para explorar e aqueles que não o tinham, eram livres para serem explorados.

“A aproximação de ambos os princípios (solidariedade social e liberdade contratual) parece indicar o caminho da solidariedade contratual, cuja efetivação se dá por meio de técnicas de não inclusão de cláusulas contratuais abusivas nos instrumentos de contrato; exigência de esforço desnecessário por parte do credor frente ao devedor da obrigação; insistência de pagamento imutável, em obrigações pecuniárias, especialmente em contratos de longa duração, apesar da modificação fática, etc. Conduta contrária pode ser entendida como para além da tutela constitucional da liberdade contratual.”<sup>28</sup>

O liberalismo, idealizador da concepção clássica do contrato fundou seus matizes na liberdade e igualdade dos indivíduos. Essas construções ideais eram abstratas e formais e não levavam em conta as condições sócio-econômicas de cada indivíduo.

“Além disso, na idéia de igualdade entre os contratantes esconde-se a necessária disparidade (econômica, sobretudo) entre o detentor do capital e aquele que precisa alienar a sua força de trabalho ou adquirir determinados bens ou serviços,

---

<sup>27</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. In: *Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira de Ramos ... (et. al.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 179.

<sup>28</sup> *Idem, Ibidem*, p. 180.

tendo de sujeitar-se à imposição da vontade do primeiro para garantir a sua subsistência.<sup>29</sup>

Nesta percepção, o Estado passou a intervir de forma mais expressiva nas relações privadas, de tal maneira que passou a não haver mais uma delimitação precisa entre o Direito Público e o Direito Privado. Segundo Cláudia Lima Marques “O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais fraco.”<sup>30</sup> Assim, a liberdade contratual e a autonomia da vontade encontram sua limitação nos valores protegidos pela Constituição.

## **2.2) O pacta sunt servanda e a concepção pós-moderna do contrato**

O contrato nasceu para ser cumprido. Essa era a concepção atribuída ao contrato desde o seu surgimento. O contrato sempre foi o instrumento apropriado à circulação de riquezas. Largamente utilizado em todos os tempos, através do contrato os indivíduos desenvolveram seus negócios e atribuíam efeitos legais as suas vontades.

Até pouco tempo atrás, acreditava-se que todos os indivíduos eram livres e iguais para contratar. Livres e iguais, os indivíduos ao contratarem estavam exercitando a sua liberdade e gozando de plena igualdade poderiam transigir e ao chegarem a um consenso, formular, então o contrato.

Sendo assim, de uma vez que os contratos eram produtos do consenso das partes, deveriam necessariamente ser cumpridos. Neste sentido explica Cláudia Lima Marques que “Na visão tradicional, a força obrigatória do contrato teria seu fundamento na vontade das partes. Uma vez manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo donde nasceriam obrigações e direitos para cada um

---

<sup>29</sup> SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. *In* Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Ob. Cit., p. 262.

<sup>30</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit, p. 244.

dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente.”<sup>31</sup>

Acreditava-se que nenhum outro fator poderia influenciar os contratantes, a não ser a autonomia de suas vontades. A realidade social veio mostrar que essa idéia nem sempre correspondia às situações reais.

Nos dias de hoje, o cumprimento do contrato está condicionado a sua função social, bem como às condições das partes no momento da execução do mesmo. Ressalta Cláudia Lima Marques que “...é a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protege-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.”<sup>32</sup>

Neste sentido há uma flexibilização do princípio do “pacta sunt servanda”, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos a qualquer custo.

Ressalta-se inclusive a Teoria da Imprevisão que em harmonia com os demais princípios contratuais da sociedade contemporânea prevê a possibilidade de resolução ou revisão do contrato todas as vezes em que, pela ocorrência de um fato imprevisível que ocasione a onerosidade excessiva do contrato, uma das partes fique impossibilitada de cumpri-lo.

Nesta conjuntura os contratos devem ser cumpridos na medida em que cumpram sua função social. Assim a obrigatoriedade do contrato está inserida na sua concepção pós-moderna e em conformidade com os demais princípios sociais.

A conclusão encontramos nas palavras de Flávio Tartuce, “Dentro dessa realidade, entendemos que o princípio da força obrigatória continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral como dantes era concebido, constituindo exceção de aplicação, secundário ao princípio da função social do contrato, regramento geral que impera dentro da nova realidade político-social.”<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 226.

<sup>32</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 227.

<sup>33</sup> TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10406/02. In Questões Controvertidas no novo Código Civil. Ob. Cit., p. 133.

### **2.3) Possibilidade de revisão jurídica do contrato.**

Diante desta nova perspectiva em que se insere o Direito Contratual, admite-se que o conteúdo do contrato seja revisto todas as vezes em que sua execução possa ir de encontro aos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Os instrumentos colocados à disposição do aplicador da lei, têm a finalidade de evitar que o contrato seja colocado acima da lei. Verifica-se ainda uma timidez velada do Judiciário no momento de determinar a revisão do conteúdo contratual, porém acredita-se que isso seja uma remanescência dos postulados do século XIX e que aos poucos a revisão será aplicada com mais intensidade.

Nery Junior acredita que, “A desconformidade do contrato com sua função social (e com a boa-fé objetiva – CC 422) pode ser corrigida administrativa ou judicialmente. O primeiro caminho é o aditivo contratual celebrado entre as próprias partes contratantes. Não havendo acordo entre elas, é possível conformar-se o contrato desequilibrado a sua função social pela via da revisão judicial do contrato.”<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. Ob.,Cit., p. 337.

### **3. A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO MODELO CODIFICADO.**

3.1) A codificações do século XIX

3.2) Crítica ao engessamento legislativo

#### **3.1) As codificações do século XIX**

Proclamar a superação de um modelo clássico de codificação, sem que se possa realizar a regressão, ainda que sucinta, ao início das construções normativas do século passado, é frustrar todo o exame da matéria.

Notoriamente, o panorama atual demonstra que houve uma ruptura no conjunto dos paradigmas clássicos, construídos pela sociedade liberal do século XIX. As codificações, especialmente, o Código de Napoleão (1804), consagrou o individualismo e valorizou demasiadamente o patrimônio do indivíduo. Essa feição acabou fazendo com que esse diploma legal, produzisse um conceito abstrato-formal da liberdade e da igualdade dos sujeitos.

“Por uma tal ordem de idéias, todos os indivíduos estão aptos a contratar, dentro de premissas básicas protetivas da formação de sua vontade consciente. Assim, podem livremente participar do tráfego econômico-jurídico, em igualdade formal de condições com a contraparte. Mais do que isso, os indivíduos tornam-se livres para estipular – de modo privado – os pactos que bem entendam.”<sup>35</sup>

Na realidade, a codificação do século XIX nasceu sob o signo das Revoluções burguesas. Neste período entram em ebulição os ideais da classe burguesa que buscava um sustentáculo teórico para lograr êxito em sua batalha contra os privilégios da nobreza.

Os nobres se auto-intitulavam a “classe escolhida por Deus” para comandar as demais pessoas. Segundo eles, o mandamento divino era de que enquanto “nobres” teriam o direito a desfrutar de luxuosos palácios; não precisavam

---

<sup>35</sup> Idem, p. 261.

pagar impostos e seriam, por decorrência de sua realeza, os proprietários legítimos de grandes glebas de terras.

A burguesia se deu conta de que, neste contexto era a classe que pagava os impostos e sustentava o luxo da nobreza, sem no entanto ter direito algum. Em outras palavras os burgueses atentaram para o fato de que estavam “pagando a conta” para que os nobres desfrutassem de todas as vantagens.

Foi essa configuração que fez com que os burgueses iniciassem uma Revolução (1789) que acabou provocando uma ruptura nos axiomas medievais.

No que tange aos princípios defendidos pelo clero medieval também houve um enfraquecimento de suas bases, haja vista a redução da relevância atribuída aos aportes divinos em detrimento da crescente valorização do homem enquanto força centrípeta das relações sociais.

Ocorre, então uma substituição do teocentrismo pelo antropocentrismo na modernidade. No âmbito social, a burguesia sedimentou seus ideais e construiu uma nova conjuntura fundada na igualdade de todos os homens.

A derrocada do *Anciën Regime* é o ponto de partida para as construções clássicas que fomentaram o desenvolvimento do capitalismo. O Estado Liberal estava instituído tal qual almejava a burguesia com seus pilares fincados nas teorias econômicas do século XVIII.<sup>36</sup>

As codificações oitocentistas são um produto jurídico das concepções liberais e por isso, são elaborados sob a chancela do ideário burguês. Conseqüentemente, sua conotação patrimonialista e individualista distanciou-se da realidade de grande parte dos indivíduos dessa sociedade. Nesta conjuntura, o contrato, enquanto instrumento para a circulação de riquezas, transforma-se em uma ferramenta apropriada para realizar na prática o que os burgueses já alcançavam na teoria. Segundo Cláudia Lima Marques “acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse

---

<sup>36</sup> As teorias econômicas do século XVIII, afirmavam que o mercado capitalista teria o poder de se auto-regular, produzindo um cenário de igualdade entre os homens.

assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e eqüitativo por sua própria natureza.<sup>37</sup>

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.<sup>38</sup>

“Em tempos de ideário político alicerçado na igualdade de todos os homens (um dos postulados) máximos da Revolução Francesa) e de concepção econômica baseada na doutrina do *laissez-faire, laissez-passer*, o contrato serviu com exatidão aos interesses do desenvolvimento da doutrina liberal burguesa.”<sup>39</sup>

Essa conjuntura, no entanto, não realizou impunemente a travessia para a pós-modernidade. A descoberta de que os alicerces que sustentavam as teorias liberais não eram sólidos o suficiente para justificar as desigualdades materiais, fez com que toda essa construção doutrinária entrasse em declínio.

Por conta desta nova realidade que se apresenta na sociedade (pós-moderna), ocorre a tentativa de promover uma aproximação das categorias jurídicas com a realidade econômico-social em que se insere a maior parte das pessoas.

A concepção fantasiosa de que os indivíduos se “enfrentam” negocial e juridicamente sempre em pé de igualdade, deixa de ter espaço e o fenômeno das relações massificadas traz à tona a falácia liberal que escorou boa parte da produção jurídica do século XIX.

Cumprido, por fim, ressaltar que os códigos do século XIX, orientados pelos princípios liberais, influenciaram boa parte da legislação que se seguiu e que, em geral, as mudanças hoje constatadas ocorreram tardiamente, de tal forma que as

---

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit p. 47.

<sup>38</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Ob. Cit., p. 201

<sup>39</sup> SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. Ob. Cit., p. 260.

desigualdades produzidas no transcurso deste caminho, foram de certa forma legitimadas pela ordem vigente. Neste quadrante, cumpre fazer referência às palavras de Paulo Neves Soto que afirma O princípio da vinculação contratual, que pode ser resumido na idéia de que a vontade manifestada obriga o seu emitente como se lei fosse, ... é batido pelo despertar do direito à realidade subjacente de desigualdade social, e pela necessidade de se reequilibrar as relações das diferentes forças que atuam na sociedade.<sup>40</sup>

Essa transformação é sentida, especialmente pela redefinição da atuação estatal no sentido de tutelar, pela via legislativa as relações contratuais privadas. Ressalta Cláudia Lima Marques que “Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva.É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.”<sup>41</sup>

### **3.2) Crítica ao engessamento legislativo**

A referência à expressão “engessamento” quer significar a ausência de mobilidade existente nas codificações. A pretensão de reduzir a complexa cadeia de manifestações sociais a um exaustivo rol de fórmulas pré-elaboradas para a aplicação ao caso concreto pode ser considerada como uma das razões do fracasso da codificação oitocentista. Gustavo Tepedino afirma que, “trata-se de apego exagerado a uma regulamentação impensável no dinâmico e complexo mundo contemporâneo, não sendo mais consentido restarmos paralisados a espera de uma específica norma jurídica que explique, por exemplo, o que são juros, que defina, no plano infraconstitucional, como as relações privadas devem absorver os efeitos jurídicos

---

<sup>40</sup> SOTO, Neves Paulo. Novos perfis do direito contratual. In: Diálogos sobre direito civil . Carmen Lucia Silveira Ramos (organizadora)...et. al. Rio de Janeiro: Renovar 2002, p. 254

<sup>41</sup>MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit, p. 176.

estabelecidos, às vezes de forma expressa e inequívoca, pelo legislador constitucional.<sup>42</sup>

Ao legislador não se atribui mais a árdua tarefa de “prever o futuro”. A ele cumpre tão somente traçar regras que sejam sistematicamente adaptáveis às diversas situações que surgem no intercâmbio social.

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.<sup>43</sup>

A celeridade das mudanças que se pode vislumbrar na sociedade entra em choque com a estagnação oferecida pelo modelo dito “fechado”. O aprisionamento das relações sociais é incompatível com o dinamismo apresentado pelas transformações sociais.

Penso que a crise desse modelo jurídico decorre, sobretudo, da força do engessamento da estrutura normativa em torno da regra jurídica, em contraposição à contínua e inevitável evolução social. O esvaziamento ou o saturamento da regra, tanto do preceito quanto da sanção, se revelam inevitáveis no curso da história social, sendo este, de fato, um dos pontos de angulação da derrocada do próprio Direito (estático) frente à sociedade (dinâmica).<sup>44</sup>

Nesta plataforma, vale ressaltar que a tendência legislativa contemporânea abrange a necessária mutabilidade social. A oxigenação que se busca implementar nos novos modelos de códigos guarda harmonia com a tentativa de se buscar fora do ordenamento jurídico os conceitos e valores que dão concretude às matérias a serem reguladas pelo legislador.

---

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Ob. Cit., p. 206.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acessado em 02/08/2004. p. 1.

<sup>44</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Introdução à Problemática dos Princípios Gerais do Direito dos Contratos. In: Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual. Paulo Roberto Ribeiro Nalin (organizador). Curitiba: Juruá, 2004, p 12.

“Vale dizer, o Código Civil é dotado de uma fonte ideológica e de valores sociais que são capturados pelo codificador, em dado momento, e cristalizados na lei, verificando-se uma construção quase que espontânea do direito codificado.”<sup>45</sup>

A captura desses valores pelo legislador dá ensejo à amplitude de flexibilização no momento em que o juiz aplica as normas ao caso concreto. Neste sentido, o legislador assegura ao juiz uma maior liberdade na aplicação das normas. Assim assevera Cláudia Lima Marques “É o novo ideal de concretude das leis, para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando freqüentemente noções-chave, valores básicos, princípios como os de boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros.”<sup>46</sup>

Não significa empregar a discricionariedade na aplicação da lei e sim traçar um conjunto de linhas gerais que indiquem o caminho a seguir. Nas palavras de Gustavo Tepedino “tal técnica nada mais é do que a expressão normativa da aludida complexidade política da vida contemporânea, traduzindo, também neste aspecto, o esfacelamento daquele Estado monolítico e da tábua de valores que o caracterizava, na linguagem elegante e monocórdia do código. Não há nada a se fazer contra os fatos.”<sup>47</sup>

A fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.<sup>48</sup>

O desafio que se apresenta na atualidade não está mais centrado no engendramento de diplomas legais que antecipem as complexas relações sociais, e sim em um conjunto de normas que possam ser articuladas e ajustadas para serem aplicadas em cada circunstância.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e

---

<sup>45</sup> *Idem, Ibidem*, p.14.

<sup>46</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Ob. Cit., p. 179.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. OB. Cit., p. 204

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Ob. Cit., p.1.

regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Ob., Cit., p.2

## **4. A PREVISÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

4.1) Considerações Introdutórias

4.2) Uma leitura constitucional do dispositivo 421 do Código Civil

4.3) Princiologia social do contrato

### **4.1) Considerações Introdutórias**

Sem a pretensão de esgotar o tema, faz-se necessário o exame da função social do contrato, tal qual foi inserida no Código Civil Brasileiro de 2002, bem como traçar breves comentários acerca de sua evolução no direito pátrio.

O Código Civil de 1916 herdou os princípios que regeram as codificações do século XIX. Desta forma, teve seu texto construído a partir de uma visão individualista e patrimonialista da sociedade.

As raízes do liberalismo transmitiram um legado teórico às suas gerações sucessoras e por isso ainda que se deva reconhecer a mudança de paradigmas, ela foi tardia e não houve um abandono absoluto das concepções clássicas, especialmente no que tange ao contrato.

“Pode-se afirmar que a tendência sociabilizadora do Direito decorre de um processo pendular de sacrifício sociais impostos pelo clássico liberalismo dos séculos XVIII e XIX, com os excessos do capitalismo, a industrialização que escravizava homens, mulheres e crianças e a conseqüente massificação das relações contratuais como via de escoamento do que se produzia nas indústrias.”<sup>50</sup>

No Brasil as construções doutrinárias das décadas de 70 e 80 antecederam o surgimento da mais expressiva manifestação legal que atestou a abertura de espaços para uma nova realidade social.

---

<sup>50</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo. Ob. Cit. p 200

A Constituição de 1988 está calcada na proteção da dignidade da pessoa humana e na justiça social. Essas parecem ser as hastes centrais que orientam todos os demais preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido ressalta Pietro Trimarchi, *“Destinatario delle norme costituzionali non è solo il legislatore, perché esse conferiscono diritti e impongono doveri anche ai signoli e ai gruppi sociali, e in tal caso hanno un’efficacia non meno diretta e cogente delle leggi ordinarie, rispetto alle quali hanno anzi una posizione di preminenza.”*<sup>51</sup>

Em 1990 nasce mais um representante legítimo dessas mudanças. Trata-se da Lei 8078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor. O texto deste diploma é pautado no teor protetivo constitucional e foi elaborado no sentido de zelar pela equidade nas relações de consumo.

É interessante registrar que o texto constitucional traz a função social da propriedade. Sem prejuízo de uma definição mais precisa, significa dizer que o proprietário deve exercer o seu direito de tal maneira que a propriedade cumpra a sua função social. A “mens legis” pretendeu evitar que a propriedade continuasse sendo um instrumento de especulação imobiliária e concentração de riquezas.

Podemos afirmar que esse foi um dos objetivos. Todavia, cumpre alargar essa interpretação para ressaltar que na realidade, o constituinte exige o cumprimento da função social em todas as relações de cunho patrimonial.

Segundo Fiuza e Giordano Bruno, “se o direito à propriedade é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, como dispõe o *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, e se um dos fundamentos constitucionais da ordem econômica, previsto no art. 170,II, é a propriedade privada, o contrato, que é o meio mais importante para dar início à aquisição da propriedade, não pode se afastar dos princípios constitucionais.”<sup>52</sup>

Para afiançar definitivamente o cumprimento da determinação constitucional, o Código Civil, em seu artigo 421 dispõe:

---

<sup>51</sup>TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Ob. Cit., p. 29.

<sup>52</sup>FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Ob. Cit., p. 95.

Artigo 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social.*<sup>53</sup>

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma "exceção" a um direito absoluto, mas como expressão da função meta-individual que integra aquele direito.<sup>54</sup>

Essa convergência de leis, sinaliza a busca da realização de um objetivo comum consubstanciado na valorização social do patrimônio. Neste sentido, Nelson Nery Junior afirma que "A cláusula geral da função social do contrato tem magnitude constitucional e não apenas civilística."<sup>55</sup>

Miguel Reale ressalta a importância deste novo rumo seguido pelo Código, afirmando que "Haverá uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade."<sup>56</sup>

Por assim dizer, nesta nova conjuntura o Estado destina uma proteção maior ao indivíduo, que por sua vez assume um novo espaço na sociedade contemporânea. Não se pode confundir no entanto, a importância do indivíduo com individualismo, tal qual foi concebido no Estado Liberal. Há uma mudança de significação do conceito. O indivíduo que se busca proteger nos dias de hoje, é um indivíduo social, ou seja, é aquele indivíduo inserido em uma coletividade.

Desta forma, Flávio Tartuce afirma que, "Na realidade, o Novo Código Civil, em vários dos seus artigos, concebe de forma plena a conscientização normativa da alteração dos velhos institutos do Direito Civil, exprimindo a função social do contrato como fonte necessária para a harmonização dos interesses privativos dos contratantes com os interesses de toda a coletividade."<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Lei 10406/02 que instituiu o Código Civil.

<sup>54</sup> COSTA, Judith Martins. [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.

<sup>55</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. Ob.Cit, p. 336.

<sup>56</sup> REALE, Miguel. Ob.Cit., p.1.

<sup>57</sup> TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10406/02. Ob. Cit., p. 127.

Há uma renúncia das velhas concepções acerca da proteção destinada ao indivíduo e um repensar dos valores perfilhados pela sociedade contemporânea, de tal maneira que os interesses pessoais possam ser realizados em harmonia com a satisfação dos interesses sociais.

Nesta nova moldura em que se encaixa o contrato, é indispensável ressaltar a relevância do texto normativo do Código Civil, no que tange a disciplina reguladora das relações contratuais. Nesta linha, Paulo Soto Neves afirma que “os artigos 421 e 422 do novo Código Civil são de grande importância, já que é pelos mesmos que se expressam as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, respectivamente, que são os comandos fundamentais dos novos paradigmas do Direito Contratual.”<sup>58</sup>

#### **4.2) Uma leitura constitucional do dispositivo 421 do Novo Código Civil**

Proceder à realização de uma leitura constitucional do artigo 421 do Código Civil, tem como ponto de partida a compreensão da relevância da inserção do regramento constitucional no Direito Privado Brasileiro de forma geral.

“É na Constituição que se localiza o arcabouço fundamental de amparo ao homem e aos seus valores mais fundamentais.”<sup>59</sup>

Com efeito, qualquer leitura que se faça dos elementos que compõem o ordenamento jurídico, deve, fundamentalmente, submeter-se ao crivo constitucional. A superioridade hierárquica da Constituição em relação às leis infraconstitucionais não se justifica tão somente pelo critério sistemático. Está vinculada no conteúdo axiológico que integra o texto constitucional.

Tal constatação se atribui ao fato de que deixou de existir o isolamento tradicionalmente objetivado pelo Código Civil, classificado, via de regra, como diploma legal regulador das relações entre os particulares.

---

<sup>58</sup> SOTO, Neves Paulo. Novos perfis do direito contratual. In: Diálogos sobre direito civil Ob. Cit., p. 260.

<sup>59</sup> Idem, p. 181.

Segundo ressalta Leonardo Mattietto “A Constituição é, em relação ao direito civil, não uma estranha ou invasora, mas o próprio motor de reflexão, a partir do qual orbitam as demais fontes normativas, inclusive o Código Civil, que há muito perdeu a posição central que tinha no direito privado, e o Código de Defesa do Consumidor.”<sup>60</sup>

Nos dias de hoje, as diretrizes constitucionais já dominaram a pretensa soberania do Direito Privado e a Magna Carta avocou para si a competência para edificar os princípios informadores da família, propriedade e contrato.

Assevera Leonardo Mattietto “A renovação do direito civil brasileiro tem no chamado “*direito civil constitucional*” o seu mais firme ponto de apoio. O reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana.”<sup>61</sup>

Em relação à concepção clássica do contrato idealizada no *iter* do liberalismo, as transformações podem ser constatadas de plano. Afirma Leonardo Mattietto que neste quadrante “Passa a ser relevante, para fins de identificação ética do cumprimento do contrato, a leitura constitucional da prática contratual civil.”<sup>62</sup>

Nesta marcha é forçoso reconhecer a profunda importância da admissão da função social do contrato no Código Civil de 2002. Todavia, cumpre salientar que a Constituição já havia determinado *a priori* que as relações patrimoniais precisar se pautar neste princípio. No entendimento de Gustavo Tepedino “A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento.”<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup>MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. Ob. Cit., p. 182.

<sup>61</sup>MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. Ob. Cit., p. 164.

<sup>62</sup> *Idem Ibidem* .p., 181

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Ob. Cit., p. 205.

Deste modo o Direito Civil está penetrado por toda a ordem constitucional, e não por um só tipo de norma, já que toda e qualquer norma poderá, possivelmente, incidir sobre e regular uma relação civil.<sup>64</sup>

Na órbita constitucional, os valores são pensados em relação à coletividade. Há, portanto, uma renúncia ao individualismo que marcou o Estado Liberal. Conforme salienta Carlos Eduardo Pianovski, “o trânsito jurídico de bens e interesses deixa de ser um vazio axiológico para se pautar na busca pela promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Tal constatação, que decorre de uma leitura constitucional dos institutos de direito civil, produziu uma grande alteração nos princípios que regem os contratos, em relação à formação liberal clássica.”<sup>65</sup>

Cumprе salientar, contudo que não é a lei que determina as transformações na sociedade e sim a realidade social que determina as mudanças no Direito. Neste sentido, afirma Carlos Eduardo Pianovski que a “pressão da realidade fática aliada à imposição constitucional da proteção e da promoção da dignidade da pessoa humana – que constitui rompimento com idéia do sujeito abstrato da codificação civil – traz à disciplina jurídica dos contratos no direito brasileiro uma nova configuração.”<sup>66</sup>

Finalmente, compete a toda a sociedade zelar pela plenitude da aplicação dos preceitos constitucionais na busca da concretização dos fins sociais.

### **4.3) Princiologia social do contrato**

À guisa de iniciar o exame dos princípios sociais do contrato, incontestavelmente se admite que a visão da sociedade pós-moderna foi desenvolvida pela transformação, ou redefinição dos objetivos do Estado em relação aos indivíduos. É interessante observar que enquanto no liberalismo a proteção do indivíduo se dava em

---

<sup>64</sup> NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: Diálogos sobre Direito Civil. Ob. Cit., p. 18.

<sup>65</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: Direito Civil Constitucional: Situações patrimoniais. Carmen Lucia Silveira Ramos (coord). Curitiba: Juruá, 2002, p. 15.

<sup>66</sup> *Idem, Ibidem*, p. 24.

face do poder estatal, na atualidade essa proteção do Estado é, muitas vezes, dispensada em favor do indivíduo.

O intervencionismo estatal em todas as esferas relacionais da sociedade, traduz o interesse do Estado em se situar como um garante do cumprimento dos fins traçados pela Constituição.

O Estado social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle do poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.<sup>67</sup>

Com efeito, o instrumental legislativo edificado sob a égide do Estado Social é estruturado em conformidade com os fins por ele tutelados. Logo, não se verifica, neste contexto, a manutenção dos mesmos princípios assentados na ordem liberal (uma vez que o Estado Liberal estava voltado à defesa da autonomia da vontade).

O liberalismo deu atendimento aos interesses da classe burguesa e, por isso apostou na construção de uma identidade formal do indivíduo, transformando-o em proprietário, efetivo ou potencial, dotado de capacidade para negociar.

Em outras palavras, para alavancar o desenvolvimento do capitalismo era essencial que houvesse a circulação fluída de riquezas. Para tanto, era necessário que se transformasse todo e qualquer indivíduo em proprietário, ainda que fosse tão somente de sua força de trabalho.

Feita essa inclusão, os indivíduos passaram a ser considerados livres e em situados em um patamar de igualdade para negociar e transigir sobre os seus interesses.

---

<sup>67</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil.<http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 02/08/2004.p. 1

Dentro desta concepção, os indivíduos ao contratarem estavam exercitando plenamente a sua liberdade e autonomia, de tal maneira que se obrigavam por consenso próprio. Se assim procediam, imputava-se a eles a obrigatoriedade do cumprimento do acordo que consensualmente realizavam.

Essas concepções foram a mola propulsora para a ampliação da aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*<sup>68</sup>, segundo o qual o contrato deveria ser cumprido, tal qual foi ajustado.

Nos dias de hoje, verifica-se um distanciamento do absolutismo dessas concepções liberais.

“Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu triplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.”<sup>69</sup>

O vértice dessa limitação está na proteção dos direitos individuais diametralmente opostos ao individualismo proposto pela sociedade burguesa do século XIX.

A nova principiologia social permeia a produção doutrinária e legislativa brasileira na atualidade. Podemos afirmar que as leis e os códigos “andam de mãos dadas” no que se refere à aplicação dos princípios nucleares do Direito Contratual.

Neste sentido, a Lei 8078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 10406/02, que instituiu o Código Civil se complementam e interagem para concretizar a socialização do contrato. O Código de Defesa do Consumidor trata especificamente dos contratos de consumo, ao passo que o Código Civil compreende o tratamento dos contratos em uma disciplina geral.

---

<sup>68</sup> É o princípio que fixa a obrigatoriedade do cumprimento do contrato.

<sup>69</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Ob. Cit. p. 1.

Paulo Lobo acredita que futuramente não haverá essa distinção entre os contratos no que tange a qualificação e disciplina. Segundo ele, “Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, os dois códigos. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos.”<sup>70</sup>

Mesmo assim, faz uma ressalva para uma diferença entre os diplomas legais no que se refere ao alcance de cada um, “O novo Código Civil traz menção expressa à “função social do contrato” (art. 421) e, nesse ponto, foi mais incisivo que o CDC. Também fica consagrado, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva, exigível tanto na conclusão quanto na execução do contrato (art. 422).”<sup>71</sup>

A despeito da vinculação desses dispositivos a uma nova realidade social, foi imperioso contornar a rigidez imposta pela codificação, que invariavelmente dá vazão à reprodução de desigualdades sociais, pois há um descompasso entre a produção legal e a realidade fática.

Diante desse impasse, os Códigos têm trazido cláusulas gerais que se amoldam aos casos concretos surgidos no cotidiano social. Essas cláusulas gerais, consistem em uma espécie de norma aberta, a qual compete ao julgador completar, aplicando-as de acordo com as questões a ele submetidas.

Com relação às cláusulas gerais e os princípios, Paulo Lobo faz uma observação interessante, diz ele que “A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.”<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup>*Idem, Ibidem*, p.1.

<sup>71</sup>*Idem, Ibidem*, p.1.

<sup>72</sup>*Idem, Ibidem*, p.1.

Segundo Paulo Lobo explana em seu artigo<sup>73</sup>, os princípios basilares desta nova estrutura social são: a) o princípio da função social; b) o princípio da equivalência material e c) o princípio da boa-fé objetiva nos contratos em geral. Não há uma hierarquia entre esses princípios, de tal maneira que todos se complementam e a realização de um depende da aplicação de todos.

#### **a) Princípio da função social**

Ponto cardeal dessas mudanças, os princípios sociais trazidos pela Constituição exprimem, resumidamente, o curso tomado pela sociedade pós-moderna. O individualismo, tão aclamado pelo Estado Liberal burguês, foi mitigado pela metamorfose que ocorreu na sociedade do século XX.

A partir do reconhecimento de que as relações patrimoniais, ainda que se desenvolvam entre particulares, irradiam seus efeitos para toda a coletividade, chegou-se à máxima segundo a qual essas relações deveriam atender, também aos interesses difusos da sociedade.

A sociedade de consumo e a massificação das relações contratuais do século XX, confirmaram a suspeita de que seria nocivo a todos os indivíduos deixar que as relações contratuais, especialmente as de consumo, se desenvolvessem ao alvedrio do mercado. Seria “entregar ao lobo a chave do galinheiro”.

Nesta conjuntura a função social é, uma forma de garantir um elastecimento no princípio da relatividade dos contratos. Sem dúvida, a legislação pertinente busca assegurar a validade do contrato entre as partes. Contudo, subjetivamente o contrato interfere ainda que indiretamente sobre toda a sociedade, de tal sorte que os estilhaços de uma relação contratual que não cumpre sua função social, certamente, ferirá os fins sociais.

---

<sup>73</sup> *Idem, Ibidem*, p.1.

## **b) Princípio da equivalência material**

Explica Paulo Lobo que “O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.”<sup>74</sup>

Destarte, podemos afirmar que o princípio da equivalência material é um corolário do princípio da função social, visto que considerando cada contrato como uma célula social, estando ela em equilíbrio todo o tecido social será beneficiado.

Acrescenta esse eminente autor que “O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.”<sup>75</sup>

## **c) Princípio da boa-fé objetiva nos contratos em geral**

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> *Idem, Ibidem*, p.1..

<sup>75</sup> *Idem, Ibidem*, p.1.

<sup>76</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 181.

Segundo Paulo Lobo, a boa-fé objetiva “Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.”<sup>77</sup>

Segundo a definição de Cláudia Lima Marques “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a relativização dos interesses da partes.”<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Ob. Cit. p. 1.

<sup>78</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 181.

## 5. A ANÁLISE METAJURÍDICA DA FUNÇÃO SOCIAL

Iniciar a análise metajurídica da função social, seja ela atinente à propriedade ou a qualquer outra relação de cunho patrimonial, é preliminarmente, partir para a identificação deste preceito constitucional, enquanto princípio dirigido à coletividade.

“Envolve um fenômeno que objetiva, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e, por outro, a adaptação a uma nova realidade com a internacionalização das relações econômicas e sociais, obrigando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo direito nesta fase de mutação.”<sup>79</sup>

A elaboração do texto constitucional oferece parâmetros para que a lei ordinária regule as relações sociais a partir de valores metajurídicos, condensados no texto da Magna Carta Brasileira.

O viés da hermenêutica constitucional, convida a sociedade a enfrentar os desafios oferecidos pelo novel futuro que já chegou. Neste contexto, o Direito é ao mesmo tempo, mestre e aprendiz de uma nova realidade.

“À luz dessas estrelas a se descobrir, pede e deve o Direito Civil estar amalgamado por um fio condutor que reconheça no singular as possibilidades da regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais. Em tal *leitmotiv* espelhar três pilares que permitam entender o sujeito de direito na família, no contrato e no patrimônio. Do singular novo saber se constrói na transversalidade, arrostando a verticalidade da cognição insossa e a horizontalidade do conhecimento pouco profundo.”<sup>80</sup>

As definições estáticas e os paradigmas dominantes do século passado entraram em crise. Os conceitos são sedícios e nem mesmo a “família” obedece ao modelo estagnado.

---

<sup>79</sup> RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira de Ramos ... (et. al.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 11.

<sup>80</sup> *Idem Ibidem*, p. 11

Neste descompasso, o Direito se cria e se recria, mas já se reconhece incapaz de oferecer um menu de soluções que acompanhem a diversidade de situações que de fato ocorrem e que potencialmente virão a suceder e seus desdobramentos.

Eis, ao começo de um novo século, o relançamento, forma e fundo sob novos ares de comunicações, abertas, porosas e atentas aos valores mais despídos de formalidade. Nesse horizonte construtivo não se apregoa o caos do desmoronamento desses institutos, ao contrário, dessa desconformidade é que nasce algo relevante para se pensar o Direito. Tensão e mudança, duas alavancas que compõem o binômio do fenômeno jurídico, que convive necessariamente com instabilidade.<sup>81</sup>

“Sabe-se que a “revolta dos fatos contra o Código” captou, há algum tempo, a distância entre o Direito Privado e as relações fáticas da vida.”<sup>82</sup>

Ressalte-se que nesta nova perspectiva as mutações mais sensíveis, são encontradas nas relações privadas. Na realidade, a sobreposição de planos, reduz ainda mais a já tênue linha que separa o Público e o Privado. Sem intenção de adentrar no tema, cumpre asseverar que a perplexidade repousa, especialmente no tripé: família, propriedade e contrato.

Na tríplice repercussão da igualdade (nas relações conjugais, nos contratos e na propriedade imobiliária) aparece o equilíbrio entre o interesse individual e o interesse exterior ao liame jurídico.<sup>83</sup>

A impossibilidade de abordar esses temas, sem causar nenhum celeuma, deixa claro a profundidade da controvérsia que se instala na sociedade contemporânea, diante das mudanças verificáveis em cada um deles.

“Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, demais, deixa de ter o perfil artificial constante no

---

<sup>81</sup> *Idem Ibidem*, p. 11

<sup>82</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 322.

<sup>83</sup> *Idem, Ibidem*, p. 292.

texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).<sup>84</sup>

O contrato é, nesta perspectiva, um dos institutos que protagonizou um novo capítulo na história do direito privado. Sua redefinição e, principalmente, sua readequação aos novos valores protegidos pelo Direito, colocam-no como personagem principal desse momento de transformação pelo qual atravessa o ordenamento jurídico, de uma forma geral.

Essa renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.<sup>85</sup>

Dentre essas mudanças que se apresentam diante dos olhos atônitos da sociedade, a mais acentuada talvez seja o abandono da concepção individualista que permeava as relações sociais no liberalismo. No caminho inverso, o reconhecimento de que essas relações individuais se comunicam com o seu exterior, de tal sorte que toda a cadeia social está, de certa forma, multiconectada à esfera particular de cada indivíduo.

Os comportamentos, as ações ou omissões são focalizados em relação ao outro, destinatário ou declaratório, e também se pronuncia tutela jurídica no empenho dos não titulares. Fim da concepção insular. E por isso, como sustentado, quem contrata

---

<sup>84</sup>RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo. OB.Cit., p. 10-11.

<sup>85</sup>MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 154-155.

não apenas com quem contrata. O exercício da esfera jurídica se edifica e se ajusta aos demais exercícios, dentro ou fora dos contratos, ou do patrimônio.<sup>86</sup>

O deslocamento que se perfaz da esfera individual para a coletiva, encontra seus fundamentos na mais absoluta ausência de sustentação das teorias acerca da liberdade e igualdade formais e abstratas construídas pelo Estado Liberal clássico do século XIX para transformar os indivíduos em sujeitos de direito, aptos a negociar.

No estágio atual de desenvolvimento da sociedade, já se reconhece a insuficiência dessas construções. Segundo Luiz Edson Fachin, “E enquanto se busca a valorização e dignificação do homem como centro das atenções do Direito, equivocadamente se poderia julgar tal valorização da pessoa como um retrocesso aos antigos valores da igualdade e liberdade, base do voluntarismo iluminista. Assim não se deve entender. A valorização do homem moderno se dá no âmbito social, em que a norma jurídica o compreende incluso em plúrimas relações jurídicas. Não mais se tolera o homem para si, como núcleo absoluto dos favores legais, mas sim o homem pelo homem.”<sup>87</sup>

A repercussão dessas mudanças em todo o ordenamento jurídico é salutar e encontra sua segurança na harmonização entre os diplomas legais que caminham em sincronia para a concretização no plano material, dos fins engendrados no plano formal.

“A idéia solidarista inserta nas relações contratuais não pode causar estranheza, pois destinada, mesmo na sua clássica concepção, enquanto momento dinâmico do sistema patrimonialista das relações jurídicas, a proporcionar o alcance e satisfação dos legítimos interesses sociais.”<sup>88</sup>

Cumprе salientar que, neste contexto, há uma ampliação dos deveres dos indivíduos, uma vez que suas relações contratuais são externadas para além de suas esferas particulares e envolvem valores sociais antes não contemplados pelo Direito Privado.

---

<sup>86</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Ob Cit., p. 325.

<sup>87</sup> *Idem Ibidem*, p. 194.

<sup>88</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo. Ob. Cit., p. 177.

Do estágio de direitos absolutos, individualistas e perpétuos, migram para a sua conformação contemporânea, o modelo de família num reconhecimento plural das possibilidades de entidades familiares, do contrato e o da propriedade funcionalizados, mudanças que repercutem nos direitos e deveres que os diversos sujeitos apresentam.<sup>89</sup>

O Código Civil, representante oficial das relações privadas, passa a ser “oxigenado” por regras de interesse público, trazidas pelo texto normativo superior. Não deixa de regular as relações privadas, apenas lhes atribui valores distintos daqueles preservados no século XIX. Podemos afirmar que o Código Civil está localizado entre “...o novo que surge e o velho que declina”<sup>90</sup>

Finalmente, salientamos que não podemos apostar “cegamente” no êxito dessas novas formações. Basta depositarmos nestas tentativas uma dose de esperança. Na expectativa da quebra de velhos paradigmas, alicerçar a realidade na busca da justiça social. Neste sentido, afirma Cláudia Lima Marques “A sabedoria, quero crer, está não em negar a verdade da mudança, a verdade do momento em que vivemos, mas sim em visualizar o fenômeno, compreendê-lo e estudá-lo. E estudá-lo na realidade brasileira (não pós-industrial), adaptando-o para solucionar as lides que começam a multiplicar-se. A sabedoria realmente parece estar no uso dos instrumentos jurídicos que dispomos, em especial do Código de Defesa do Consumidor e as novas linhas constitucionais, de forma a dar respostas razoáveis e justas aos casos concretos.”<sup>91</sup>

Sabe-se que quem contrata não contrata apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes de informar relações contratuais mais equânimes,

---

<sup>89</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Ob. Cit., p. 326.

<sup>90</sup> *Idem, Ibidem*, p. 327.

<sup>91</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Ob. Cit., p. 81

justas e razoáveis, num País vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostam qualquer intenção legislativa.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup>FACHIN, Luiz Edson. Teoria critica do direito civil. Ob Cit., p 332.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contemplar o exame da função social do contrato. é sobretudo, uma provocação ao aprofundamento da reflexão acerca do redimensionamento dos institutos de Direito Privado do século XX.

Compreende, entre outras coisas, a percepção das transformações sofridas pelo ordenamento jurídico no que tange à aplicação de normas fundamentadas em valores considerados essenciais para a convivência dos indivíduos em sociedade.

O Direito Civil contemporâneo deixou de ser o Direito Civil patrimonial e passou a ser o ramo do direito que protege o indivíduo e sua esfera patrimonial, a partir de uma perspectiva social que envolve os valores fundamentais dos sujeitos.

Evidentemente, que a função social não foi inserida no direito pátrio e fim de que se limitassem os direitos patrimoniais e sim que seu exercício preservasse, bem assim, os interesses da coletividade.

Cumprir aclarar, o entendimento acerca do significado da função social. É freqüente a afirmação segundo a qual, há um aspecto limitador da autonomia da vontade na função social, no entanto o que há na verdade e tão somente uma conformação das finalidades contratuais com o exercício normal do direito dos contratantes.

Sendo assim, a ocorrência destas transformações é uma tentativa de estabelecer uma “cura” da sociedade que sofria com os efeitos colaterais do individualismo e patrimonialismo do século XIX.

Neste sentido, pode-se afirmar que a realidade atualmente configurada é fruto do esgotamento das construções teórico-formais do século XIX.

O esfacelamento das construções teóricas da modernidade se deve ao fato de que a sua fundamentação estava distante da realidade em que vivia a maior parte dos indivíduos.

No transcurso do século XX a realidade demonstrou esse anacronismo, de tal forma que o Estado finalmente reconheceu a impossibilidade de permitir uma auto-regulação das relações sociais, baseada unicamente na autonomia privada.

Com a reflexão acerca dos novos contornos do contrato, admitiu-se que a leitura do Direito Contratual deve ser realizada a partir de um viés constitucional. Logo a interpretação das regras aplicáveis aos contratos é permeada de uma carga valorativa.

A função social permite a harmonização entre a realização do interesse das partes e do interesse social nas relações contratuais. Essa concepção supera a individualidade para considerar os valores da coletividade.

Neste sentido, a lei visa a satisfação dos interesses sociais ao mesmo tempo em que permite ao magistrado interferir expressivamente para fazer com que os contratos cumpram efetivamente os fins que lhes são traçados pelos diplomas legais.

Assim, havendo a desconformidade entre o conteúdo do contrato e a sua função social, o juiz poderá intervir no sentido ajusta-lo a esse intento.

A função social, apesar de estar inserida no Código Civil, possui grandeza constitucional, pois a Constituição é legitimadora da aplicação das leis infraconstitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acessado em 02/08/2004.

COSTA, Judith Martins. [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HENTZ, André Soares. O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. <http://jusnavigandi.com.br>. 02/08/2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura milenar de fundação do direito privado. <http://jusnavigandi.com.br>. Acesso em 02/08/2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 02/08/2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: Problemas de direito constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira de Ramos ... (et. al.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. Introdução à Problemática dos Princípios Gerais do Direito dos Contratos. In: Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual. Paulo Roberto Ribeiro Nalin (organizador). Curitiba: Juruá, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2.ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Repensando os Fundamentos do Direito Civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmen Lucia Silveira de Ramos ... (et. al.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. A Função social do contrato. <http://www.migueireale.com.br>. 02/08/2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: Direito Civil Constitucional: Situações patrimoniais. Carmen Lucia Silveira Ramos (coord). Curitiba: Juruá, 2002.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coord) Carmen Lucia Silveira Ramos (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SOTO, Neves Paulo. Novos perfis do direito contratual. In: Diálogos sobre direito civil. Carmen Lucia Silveira Ramos (organizadora)... et. al. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1993.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Milano: Giuffrè Editore, 1996.