

**GABRIEL SCHULMAN**

**ESTADO SOCIAL E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.  
Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin**

**CURITIBA**

**2006**

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**GABRIEL SCHULMAN**

## **ESTADO SOCIAL E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. Paulo Nalin

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

\_\_\_\_\_

Prof.<sup>a</sup> Doutoranda Andréa Alves Sá

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

**Curitiba, 23 de outubro de 2006.**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelas lições sobre a vida e pelas maçãs,

Ao meu orientador, Professor Fachin pelo exemplo pessoal,

Aos Professores Eroulths Cortiano Junior e Rodrigo Xavier Leonardo pelos  
conselhos oferecidos nos corredores da Faculdade,

Aos meus amigos pelas conversas que, em virtude dessa monografia, não pudemos  
ter nos corredores da Faculdade.

## EPIGRAFE

Todos somos observadores, por vezes expectantes, por vezes angustiados, por vezes participantes das grandes injustiças sociais que acontecem no mundo, em todas as fases da história.

Notamos, via de regra pasmos, a realidade fática absolutamente desligada e antiquada das formulações legislativas, num franco descompasso entre o Direito e os fenômenos sociais.

Não é possível negar a urgência que aflui, no sentido de se recuperar o equilíbrio social, refazendo-se, de alguma forma, as matrizes filosóficas do Direito.

A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **Função Social do Contrato**, p. 141.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução contratual, em cotejo com o desenvolvimento da atividade Estatal, de modo a permitir a análise e interpretação da função social do contrato, determinada pelo art. 421 do Código Civil. No primeiro capítulo, denominado “Duas formas de relacionamento entre o público e o privado”, examina-se a passagem do Estado Liberal (absenteísta), ao Estado Social (com deveres para com a Sociedade) e o alargamento das funções estatais. No segundo capítulo, trilha-se o percurso do contrato clássico aos princípios contratuais contemporâneos, perspassando pela repersonalização do Direito Privado e por uma reflexão sobre a configuração atual da autonomia privada. Esse capítulo culmina no diálogo entre a codificação civil e texto constitucional com vistas a dar condições a um entendimento do sentido da funcionalização do contrato à luz do novo paradigma que se desenha no Direito Civil. Em seguida, o capítulo chamado “Metamorfose e Estabilidade: Conflitos e Coexistência” versa sobre os embates impostos pelas múltiplas transformações que transcorrem no Direito Privado, bem como a necessidade de harmonizar segurança jurídica e abertura do sistema, interesses privados e igualdade substancial, o dever de cumprir o ajustado e a nova contratualidade. Delineadas essas premissas, conhecido o contrato contemporâneo, considerados os desafios, entre os quais a necessidade do Direito voltar-se à realidade, busca-se no derradeiro capítulo – “Função social do contrato” – contribuir, ainda que de modo singelo, para o entendimento do sentido e extensão que assume esse princípio. Inicialmente compara-se esse princípio com institutos de similar essência, para, em seguida analisar o conteúdo da função social do contrato e por fim acerca das possibilidades de interpretação e aplicação da norma expressa no art. 421 do Código Civil.

Palavras-chave: Função social; Contrato; Constitucionalização; Estado Social.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1. DUAS FORMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO</b> .....	4
<b>1.1 Estado Liberal – O primado do <i>Laissez-Faire</i></b> .....	4
<b>1.2 Estado Social</b> .....	6
<b>2. A TEORIA CONTRATUAL À LUZ DO ESTADO SOCIAL</b> .....	14
<b>2.1 Os Princípios Contratuais Clássicos</b> .....	14
<b>2.2 As Novas Cores dos Contratos</b> .....	19
<b>3. METAMORFOSE E ESTABILIDADE: CONFLITOS E COEXISTÊNCIA</b> .....	41
<b>3.1 O Sentido Atual da Segurança Jurídica</b> .....	41
<b>3.2 A Busca por uma Igualdade Substancial</b> .....	46
<b>3.3 Harmonização entre o Público e o Privado – Subsistência do Conteúdo Econômico e a Função Social do Contrato</b> .....	50
<b>4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS</b> .....	56
<b>4.1 Institutos Correlatos</b> .....	56
<b>4.2 Conteúdo da Função Social</b> .....	65
<b>4.3 Aplicação da Função Social dos Contratos</b> .....	85
<b>CONCLUSÃO: METAMORFOSE(S) E DESAFIOS</b> .....	107
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	113
<b>ÍNDICE</b> .....	114

## INTRODUÇÃO

Direito e Economia são ciências que se relacionam e influenciam mutuamente. Ao Direito, não é possível ignorar os interesses econômicos, a existência de grandes conglomerados, o poder econômico, o *marketing* a produzir propagandas altamente sedutoras, os monopólios, a concorrência desleal, enfim: o mercado. Nesse diapasão, aduz Rodrigo Xavier LEONARDO: “Ainda que não seja propriamente comum à doutrina refletir sobre a relação entre direito e mercado, nos estudos pátrios de direito privado patrimonial, este tema torna-se cada vez mais inevitável”.<sup>1</sup>

Múltiplas são as formas e gradações de atuação-reação estatal perante a Economia. A atividade estatal será direta quando envolver a prestação de serviços públicos ou atuação do Estado como agente privado de produção e circulação de riquezas. Será indireta quando se destinar ao fomento, regulação e fiscalização da atividade econômica desenvolvida por particulares.

É preciso haver intervenção do Estado na Economia? Maria Manuel LEITÃO MARQUES e Vital MOREIRA destacam cinco razões que justificam a necessidade dessa atuação. A primeira se refere ao controle da concorrência. A segunda razão estaria nas *falhas de mercado*, ou seja, limitações estruturais que afetam significativamente o seu equilíbrio.<sup>2</sup> Como exemplo os *monopólios naturais* – setores que por suas peculiaridades não permitem que haja concorrência, sob pena de inviabilidade econômica. A terceira motivação está nas *externalidades negativas* a quais representam “efeitos colaterais” da atividade econômica que não são levados

---

<sup>1</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes contratuais: uma contextualização entre a empresa e o mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 2, n. 7. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2004, p. 225.

<sup>2</sup> NUSDEO enumera a partir da obra de Francis BATOR, cinco grandes *inoperacionalidades* (ou falhas) que prejudicam a coordenação do mercado: “(1) *falta de mobilidade de fatores que gera crises de super ou sub produção*; (2) *a dificuldade de acesso a todas as informações relevantes pelos agentes econômicos falseia suas decisões*; (3) *a concentração empresarial derivada do fenômeno das economias de escala elimina o jogo concorrencial por inquinar a estrutura mercantil*; (4) *os efeitos externos da atividade econômica produzindo custos e benefícios sociais - as externalidades - que se quedam incomensurados e, assim, deixam de sinalizar adequadamente a escassez*; (5) *a impossibilidade de captar as necessidades da comunidade por bens de caráter coletivo, isto é, aqueles que atendem concomitantemente às necessidades de um número razoavelmente grande de pessoas*”. NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1995, p. 22-23.

em consideração pela atividade privada.<sup>3</sup> A quarta razão é a defesa do consumidor. Por fim, e decerto não menos importante, há uma função regulatória que visa garantir a prestação do serviço público de forma adequada ao fim a que se destina.<sup>4</sup>

Na busca pela efetividade dos direitos e da correção de *falhas do mercado*, contudo, o Estado assume novos papéis e, por vezes, ares de protagonista. Nessa toada, aponta Alexandre Ditzel FARACO que no “paradigma do Estado Social”, há um abandono da visão da economia clássica da auto-regulação pela “mão-invisível” do mercado. Em sua dicção: “O mercado passa a ser visto como um mecanismo essencialmente falho que exige a atuação de forças exógenas (tal como a criação do Estado criando condições de demanda, para levar à estabilidade da economia)”.<sup>5</sup> Desde logo, deve-se perceber aí a existência de consequências políticas, econômicas, sociais e também jurídicas.

Diante desse cenário, no qual os personagens são os agentes econômicos, o papel (presença) do Estado modificou-se através dos tempos. Conforme abordaremos a seguir, no período dito Liberal havia a prevalência da autonomia da vontade e da igualdade formal, e o Estado atuava como “coadjuvante”. Aos poucos, afasta-se a liberdade absoluta em prol de uma liberdade regulada. Ao lado da proteção da propriedade privada, inserem-se novos valores como igualdade material e função social. Em consonância com as transformações nas atividades estatais, no Direito Privado há uma valorização do direito voltado à realidade, da pessoa humana e da tutela de sua dignidade.

No âmbito da Economia, o Estado assume novos papéis, sem pretender, entretanto, ser o protagonista. Nota-se, portanto, que o assunto envolve uma somatória de fenômenos, os quais devem ser conhecidos um a um, mas considerados em suas relações recíprocas. Nesse sentido, observa John RAWLS

---

<sup>3</sup> SUNSTEIN resume as “*externalidades negativas*” como sendo “*condutas privadas que produzem custos externos e que não são adequadamente levados em consideração pelos mercados privados*”. SUNSTEIN, Cass. R. As funções das Normas Reguladoras. (Tradução: Vera Scarpinella) **Revista de Direito Público e Economia**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003, p. 40.

<sup>4</sup> LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital. **Mão-visível: economia de mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13-14. O título do livro, explicam os autores, é expressão derivada do conceito de *mão-invisível* sobre o qual se lê, a seguir, na seção 1.1 Estado Liberal - o primado do *Laissez-Faire*.

<sup>5</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 45.

que as origens da regulação se relacionam à superação do Estado Liberal do primado da igualdade formal em direção a uma nova dimensão atribuída ao *social*.<sup>6</sup>

A partir desse contexto surge uma série de questionamentos relevantes tais como: refletir acerca dos efeitos dos diferentes níveis de atuação estatal na esfera privada e estabelecer o papel do mercado em relação à coletividade. Tais indagações servem como base para o estudo do art. 421 do Código Civil, cláusula geral que estabelece a função social dos contratos. São, todas essas, questões desafiadoras cujas soluções não se oferecem prontamente. Não será, portanto, o nosso objetivo, nem a nossa pretensão, aqui respondê-las; mas, ao menos, colaborar com essas discussões.

---

<sup>6</sup> RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. (Tradução ao espanhol por: Maria Dolores Gonzáles). 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 78. “*A interpretação liberal dos princípios busca, pois, mitigar a influência das contingências sociais e da riqueza pessoal sobre a distribuição das riquezas. Para alcançar esse fim é necessário impor novas condições estruturais ao sistema social. Os arranjos do livre mercado devem ter lugar dentro de um novo marco de instituições políticas e jurídicas que regulem as tendências gerais dos sucessos econômicos e conservem as condições sociais necessárias para uma justa igualdade de oportunidades*” (em tradução livre).

## 1. DUAS FORMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

### 1.1 Estado Liberal - o primado do *Laissez-Faire*

O liberalismo econômico propõe uma ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos como a melhor política econômica. Nessa linha, considera a atuação do Estado na Economia (intervenção), tanto melhor, quanto menor for. Entre os liberais, ensina AVELÃS NUÑES, os fisiocratas defendiam uma *ordem natural* do mercado, governada por *leis soberanas* definidas pela natureza e, portanto, não pelos homens.<sup>7</sup> Essa ordem natural seria mais vantajosa aos homens graças à eficiência do egoísmo pessoal.<sup>8</sup>

A máxima fisiocrata, "*laissez-faire*",<sup>9</sup> revela a referência significativa de sua rejeição ao intervencionismo estatal. Entre os seus defensores está John STUART MILL. Em sua obra, "*Princípios de Economia*", sustenta que "em suma, o *laissez-faire* deve ser a prática geral; qualquer desvio dessa prática é um mal certo, a menos que seja exigido em função de algum bem ingente".<sup>10</sup> Vital MOREIRA aponta como traços fundamentais do liberalismo a liberdade de empresa e a livre concorrência. Pondera que sob a ótica liberal: "É do livre desenvolvimento das faculdades pessoais, movidas pelo interesse (pelo lucro), por parte de todos e de cada um dos membros da sociedade, que resulta automaticamente a máxima vantagem ao conjunto da sociedade".<sup>11</sup>

Adam SMITH, explica AVELÃS NUÑES, defende a tese de que o melhor resultado para o mercado decorre de uma atuação, de cada agente econômico, conforme seus próprios interesses. Ressalte-se que tanto os fisiocratas quanto

---

<sup>7</sup> AVELÃS NUÑES, António José. **Noção e Objecto da Economia Política**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 12.

<sup>8</sup> AVELÃS NUÑES, António José. **Os Fisiocratas ou o início da Ciência Econômica**. Boletim Comemorativo da Faculdade de Direito. Tomo 75. Volume Comemorativo. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 5.

<sup>9</sup> O "lema" fisiocrata era "*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*" - Em tradução livre, "Deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si só".

<sup>10</sup> STUART MILL, John. **Princípios de Economia Política**. (Tradução: Luiz João Baraúna). v. II, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 401.

<sup>11</sup> MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed., Lisboa: Caminho, 1987, p.39.

Adam SMITH enquadram-se entre os liberais. No entanto, conforme anota AVELÃS NUÑES, discorda Adam SMITH de uma das premissas fundamentais dos fisiocratas segundo a qual a única fonte de riqueza seria a produção agrícola.<sup>12</sup> Considera que a livre atuação das *forças do mercado* é o melhor mecanismo para sua estabilidade, porque conduziria a um *auto-equilíbrio* do mercado. A *mão-invisível*, modo como se denominou tais forças, “regularia espontaneamente os mecanismos da economia”<sup>13</sup> e produziria efeitos absolutamente melhores a todos do que se houvesse intervenção do Estado. “Singelamente”, explica Eros Roberto GRAU, “não se admitia interferisse o Estado na ‘ordem natural’ da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade”.<sup>14</sup> A livre-concorrência e o aproveitamento natural das oportunidades pelos agentes econômicos geraria um resultado ideal. Por seu turno, a intromissão do Estado traria a desordem, atrapalhando todo o sistema. A “mão-invisível” implicava que, onde houvesse maior demanda, a possibilidade de obtenção de maiores lucros, conduziria ao proporcional aumento da oferta, e os preços retornariam a um patamar equilibrado.

O público e o privado eram tidos por esferas distintas, cuja separação era nítida.<sup>15</sup> O Código Civil representava verdadeira “fortaleza protetora de garantias do indivíduo”,<sup>16</sup> tutelando sua liberdade em face do Estado. Assevera Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA<sup>17</sup> que

na lógica do Estado Liberal, a separação entre a sociedade e o Estado é o garante da liberdade dos cidadãos. O Estado concebido como entidade

---

<sup>12</sup> AVELÃS NUÑES, A. J. **Os Fisiocratas...**, p. 3.

<sup>13</sup> LEITÃO MARQUES, M. M.; MOREIRA, V. **Mão visível...**, p. 13.

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. 9. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

<sup>15</sup> Sobre o Estado Liberal, explicita Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO que “*Neste universo jurídico as relações de direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos*”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 17, v. 65, São Paulo: RT, jul./set. 1993, p. 22.

<sup>16</sup> GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 747, São Paulo: RT, jan. 1998, p. 51.

<sup>17</sup> SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**. Ano XX, n. 82, São Paulo: RT, abr./jun. 1987, p. 43.

agressora dos direitos dos particulares, deve reduzir a sua ação ao mínimo a fim de que a sociedade se possa desenvolver de forma harmoniosa.

Em concordância expressa Cláudia Lima MARQUES<sup>18</sup> que:

a filosofia do Estado Liberal exigia uma separação quase absoluta entre o Estado e a sociedade. Logo, aquele não poderia intervir nas relações obrigacionais dos particulares, ao contrário, deveria permitir a liberdade contratual como reflexo do postulado máximo da autonomia da vontade, criadora do próprio Estado politicamente organizado.

O Estado Liberal, considerado como tipo-ideal, marca, pois, a mínima intervenção estatal haja vista que, na prática, sempre há intervenção estatal, ainda que com pouca intensidade.<sup>19</sup> Em suma, a atividade estatal é subsidiária, tendo por finalidade servir aos interesses individuais – garantir a propriedade e o cumprimento do que foi pactuado entre as partes.

## 1.2 Estado Social

### 1.2.1 *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social)

A primeira guerra, descreve Fábio Konder COMPARATO, é o marco do início da intervenção do Estado da Economia. “Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios, o Estado não era mais indiferente a evolução das

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 207.

<sup>19</sup> Na leitura de COELHO o “*Liberalismo pré-1929, correspondente ao modelo teórico de absoluta não-intervenção na economia. Modelo mais teórico que real, porque a História sempre registra um certo grau – mesmo por pequeno que seja – de ações estatais na organização de atividades econômicas. As grandes navegações e os empreendimentos bélicos comerciais da Idade Moderna são exemplos claros desse paradoxo entre o Liberalismo como concepção e prática efetiva dos Estados*”. COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial, In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190. Se havia presença do Estado, vem à lume a dúvida a respeito de qual o nível de intervenção dentro do qual ainda é admissível falar em Estado Liberal. Sobre o tema, nos valem da síntese de WAMBIER segundo a qual “*a função do Estado, à época era a menor possível*”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “Cláusulas Gerais do Código Civil de 2002” – A função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. ano 94, v. 831, São Paulo: RT, jan. 2005, p. 62.

atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada”.<sup>20</sup> Assim surge um Direito da Economia “corolário indispensável da constituição do Estado pós-liberal”. O *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1.929, reforçou a tese de que o liberalismo econômico não era capaz de produzir resultados adequados aos interesses da comunidade.<sup>21</sup> Face ao individualismo,<sup>22</sup> à desigualdade social e econômica, ao Estado ausente,<sup>23</sup> foi necessária a intervenção do Estado na economia<sup>24</sup>. É esse o cenário no qual nasce o Estado Social, notabilizado pela forte presença estatal como meio para atender às demandas sociais.

A concepção do Estado Social denota nesse sentido uma tentativa de evolução em relação ao modelo Liberal, do Estado absenteísta. Sobre essa transformação, ponderam LATAILLADE e RODRIGUEZ que “*serán los ideales del Estado social: conseguir una mayor igualdad socioeconómica entre los ciudadanos y fortalecer la democracia liberal contando con el apoyo y participación de los*

---

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**. Ano 54, v. 353, São Paulo: RT, mar. 1965, p. 15.

<sup>21</sup> COMPARATO, F. K. **O indispensável...**, p. 16.

<sup>22</sup> Descrevendo o contrato e sua função social, à época do Código Civil de 1.916, BEVILÁQUA declinou que “*desprendida a personalidade individual da nebulosa do coletivismo primitivo, robustecida, enlarguecida, toma o vôo, como prole implumada, que abandona as calenturas enervantes do ninho, e começa, por meio dos contratos, na faina de aproximar as utilidades criadas das necessidades sentidas*”. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8. ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954, § 54 – Função Social do Contrato, p. 130. Explica BERCOVICI que “*para Clóvis Beviláqua, o que eliminaria o caráter de absolutividade e de individualismo extremado da propriedade seriam as limitações de propriedade. A função social estava fora de suas cogitações*”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

<sup>23</sup> LATAILLADE, Iñigo Caverro. RODRIGUEZ, Tomas Zamorra. **Introducción al Derecho Constitucional**. [S.;l.]: Universitas, [S.;d.], p. 131.

<sup>24</sup> No âmbito nacional, ressalta BOCKMANN MOREIRA que “*o Brasil jamais viveu uma fase típica de um liberalismo puro, mas sempre se deu a coexistência e coabitação entre o público e o privado na economia*”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956), **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 2, n. 6, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004, p. 69. Em harmonia com tal posição, NOHLEM e FERNANDEZ recordam a idéia de STEPHAN de que no Brasil o “*estado forte*” sempre foi identificado com “*a capacidade de intervenção econômica*”. NOHLEN, Dieter; FERNANDEZ, B., Mario. *Economy, State, and Social Policy in Latin America*. **Law and State**. v. 41, Tübingen (Alemanha): Institute for Scientific Cooperation, 1990, p. 79. Por outro lado, ressalta BERCOVICI que “*O Estado Brasileiro, apesar de, comumente, ser considerado um Estado forte e intervencionista, é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos de setores mais privilegiados*”. BERCOVICI, G. **Constituição Econômica...**, p. 117.

*movimientos populares*".<sup>25</sup> O Estado é posto, portanto, a serviço da comunidade, não apenas dos indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 manifesta o dever de conduta ativa do Estado em inúmeros dispositivos. O texto constitucional acolhe, desse modo, a idéia de atuação estatal para redução de desigualdades, como se extrai dos objetivos fundamentais da República dispostos no art. 3º: "I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". A denominação de "*Welfare State*" – Estado do Bem-Estar se deve justamente a essa tentativa do Estado de suprir as desigualdades – desequilíbrios provocados pelo livre mercado –, proteger e dar efetividade aos direitos e garantias dos cidadãos. Dirá Egon BOCKMANN MOREIRA:<sup>26</sup>

Na medida em que surgiam novas necessidades públicas, o Estado intensifica seu perfil interventivo e exercita à larga as suas novas funções, postando-se como o grande fornecedor de bens e serviços. Tais demandas sociais e seus atendimentos deram nascimento a um novo modelo de Estado: O Estado do Bem Estar Social (Estado Providência, Estado Assistencial, *Welfare State*, etc.).

Paulo Luiz Netto LÔBO identifica a primeira guerra mundial como o marco para inserção do dirigismo contratual<sup>27</sup> na teoria geral dos contratos.<sup>28</sup> Em contraposição à omissão do modelo liberal, o Estado passa a ter uma **conduta**

---

<sup>25</sup> LATAILLADE, I. C.; RODRIGUEZ, T. Z.. *Introducción ...*, p. 121. Em tradução livre, "*serão os ideais do Estado Social: conseguir uma maior igualdade sócio-econômica entre os cidadãos e fortalecer a democracia liberal contando com o apoio e a participação dos movimentos populares*".

<sup>26</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (doutorado). Curitiba, 2004, Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, p. 56.

<sup>27</sup> "O dirigismo contratual pode ser entendido como forma jurídica de controle da liberdade contratual por razões de ordem econômica ou pública". LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo Contratual. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Ano 14, v. 52, São Paulo: RT, abr./jun. 1990, p. 75. BITTAR afirma que "*descerrando a questão, cabe-nos assinalar que dirigismo contratual é a expressão que designa a condução, pelo Estado, dos negócios da economia*". BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o Direito Contratual. *Revista dos Tribunais*. v. 526, São Paulo: RT, ago. 1979, p. 21.

<sup>28</sup> Até então, "*No senso comum teórico ou prático dos juristas, contrato é sinônimo de liberdade e autonomia nas relações entre os sujeitos privados, sem interferências heterônomas, especialmente no Estado. Falar-se, pois, em dirigismo contratual, que busca referência semântica no intervencionismo do Estado ou no poder econômico, constituiria uma contradição indesejável. Contudo, a partir da 1ª Guerra Mundial, esse fenômeno começou a fazer parte dos estudos jurídicos, não mais como figura excepcional, mas como um princípio necessário da teoria geral dos contratos*". LÔBO, P. L. N. *Dirigismo contratual...* p. 64.

**positiva** – interfere na atividade privada, torna-se prestador de serviços, fiscaliza, regula e atua como empresário quando for preciso: seja em setores estratégicos, seja em setores em que a atuação privada não permitiu o acesso a todos.<sup>29</sup>

O *estado socialmente vinculado*, ressalta CANOTILHO, representou, portanto, uma mutação na essência do princípio da subsidiariedade. No Modelo Liberal, esse princípio significa um Estado que não deveria interferir (na acepção de obstaculizar) as relações privadas, ao passo que, no Estado do Bem-Estar Social, a subsidiariedade se traduzirá não apenas na prevalência da iniciativa privada, porém, num dever do Estado de incentivá-la e incrementá-la. Para CANOTILHO:<sup>30</sup>

O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Era uma idéia do capitalismo liberal. Todavia, como sugestivamente foi salientado, **o Estado, ao converter-se em estado socialmente vinculado, colocou-se em oposição à idéia de subsidiariedade**. As intervenções socialmente constitutivas do estado não devem, por isso, confundir-se com a disciplina da economia, nem devem dissolver-se numa idéia de facultatividade de acção do Estado. (...) O Estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito dos direitos sociais.

Inerente a princípio infirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que:<sup>31</sup>

o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada.

De ator secundário, o Estado assume conduta (pró-)ativa. Sua presença é tida como desejável e, mais ainda, **necessária à sobrevivência do mercado**.<sup>32</sup> No Estado Social, dessa maneira, pretende-se garantir aos cidadãos uma série de direitos e comodidades o que implica, na “outra ponta”, uma série de deveres do Estado. Como reconhece o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a extensão de

<sup>29</sup> LATAILLADE, I. C.; RODRIGUEZ, T. Z. **Introducción ...**, p. 130.

<sup>30</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 341-342. Grifou-se.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

<sup>32</sup> Sobre esse tema, detalhou-se infra, na seção 3.3 - Harmonização entre o Público e o Privado – Subsistência do Conteúdo Econômico e a Função Social do Contrato.

tais deveres, no entanto, não é definida previamente, devendo ser buscada. É o entendimento expresso na Sentença n. 59.231 a qual compreendeu que “*El principio del Estado Social impone al Estado una función, pero, sin embargo, no establece como debe cumplir esa función – si fuera de otra manera, el principio estaria en contraposición con el principio de la democracia*”.<sup>33</sup>

### 1.2.2 Formas de Intervenção do Estado na Economia

Tomando-se por base a idéia de que não haja predefinição das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado, ainda assim é possível identificar as formas de sua atuação. Na classificação de Luís Roberto BARROSO é possível listar três mecanismos principais da atividade estatal: a *atuação direta*, o *fomento* e a *disciplina*.

A *atuação direta* designa o papel de produtor e serviços que se subdivide em prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas. Por conta do princípio da subsidiariedade, consignado na carta constitucional no art. 173,<sup>34</sup> são excepcionais as hipóteses em que se admite a atuação direta do Estado na economia.

*Fomento* significa o suporte e incentivo à atuação da iniciativa privada.<sup>35</sup> Assinala Celso Ribeiro BASTOS que “incentivo traz em si a idéia de estímulo, de ajuda, enfim, de concessão de benefícios no implemento da atividade privada”<sup>36</sup>. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, fomento deve ser compreendido como um

---

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Primeira Sala. Sentença Proferida em 13 de janeiro de 1982. Citado por SCHWABE, Jürgen. (Compilação). **Cinquenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. (Tradução ao espanhol por Marcela Anzola Gil), Bogotá: Gustavo Ibañez, 2003, p. 350. Em tradução livre, “O princípio do Estado Social impõe ao Estado uma função, no entanto, não estabelece a forma como tal função será cumprida; do contrário, estaria em contraposição ao princípio da democracia”.

<sup>34</sup> A Constituição define, em seu art. 173 que “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, São Paulo: Renovar, 2003, p. 67-68.

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **A Constituição de 1988 e seus problemas**. São Paulo: LTr, [19..], p. 195.

desdobramento do princípio da subsidiariedade, consubstanciando o aspecto positivo desse princípio, correspondendo o aspecto negativo ao caráter secundário da atividade do Estado em relação à iniciativa privada. Descrevendo com mais vagar o aspecto positivo, ressalva DI PIETRO que se impõe o dever de incentivar a iniciativa privada, dando-lhe condições para sua atuação em mercados nos quais não é capaz. “O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesse, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos”.<sup>37</sup>

A tentativa de definir a função de *disciplina*, por sua vez, revela-se tortuosa. Conceituá-la como atividade do poder estatal fora de sua seara, faz preciso definir qual o âmbito da atuação do Estado. Nesse sentido, exprime Eros Roberto GRAU que qualquer atuação estatal poderá ser considerada intervenção, na sua conotação mais vigorosa, significando a atuação na área de outrem,<sup>38</sup> aproximando-se de uma idéia de interferência ou até mesmo intromissão. De forma menos abrangente pode ser vinculada à *atividade econômica em sentido amplo*, em contraste à *atividade econômica em sentido estrito*, a qual visa ao lucro.<sup>39</sup> Em sua obra, “Ordem Econômica na Constituição de 1988”, GRAU destaca que quando o texto constitucional limita a exploração estatal da atividade econômica (art. 173), quer significar atividade econômica em *sentido estrito* – atuação como “agente econômico em área da titularidade do setor privado”<sup>40</sup> – é atividade de produção ou circulação de bens e serviços.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> DI PIETRO, M. S. Z.. **Parcerias** ..., p. 31.

<sup>38</sup> GRAU, E. R. **Ordem** ..., p. 65 e 84.

<sup>39</sup> Sobre o conceito, expõe JUSTEN FILHO que “o núcleo do conceito de atividade econômica em sentido estrito é a racionalidade econômica visando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo. A atividade econômica em sentido estrito pressupõe a utilização da propriedade privada, visando precipuamente à realização dos interesses egoísticos dos particulares. O conceito de atividade econômica em sentido estrito delinea-se, portanto, sobre os princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Pressupõe que os sujeitos possam organizar os fatores de produção para obtenção de resultados não predeterminados pelo Estado, com apropriação privada do capital”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21.

<sup>40</sup> GRAU, E. R. **Ordem** ..., p. 96.

<sup>41</sup> GRAU, E. R. Obra citada, p. 94-98. Ao tratar da privatização, repetirá a classificação aqui apresentada ao diferenciar duas faces do fenômeno. De um lado a privatização das estatais “prestadoras de serviços públicos”, de outro daquelas que “desenvolvem atividade peculiar do setor privado” – atividade ‘econômica em sentido estrito’. Obra citada, p. 264.

Na classificação adotada por Eugênio FACCHINI Neto, a atuação estatal pode ser “quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência social, educação, etc.), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio”.<sup>42</sup> A essa forma indireta, denomina-se “*atividade econômica em sentido amplo*”, de acordo com a definição que propõe Eros GRAU. A *atividade econômica em sentido amplo* liga-se às idéias de coordenação, controle, fiscalização e regulação – *disciplina* segundo a terminologia apresentada por Luís Roberto BARROSO. Cuida Eros Roberto GRAU que nesse conceito insere-se ainda a função normativa, diretamente conectada à fiscalização. Assinala que “A atuação normativa reclama fiscalização que lhe assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido – daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase de que o preceito adota ao expressamente referir a função de fiscalização.”<sup>43</sup>

Num modelo ideal de liberalismo, seria desnecessária (e mesmo rechaçada) a *atividade econômica em sentido amplo*. Na prática, no entanto, visualiza-se que a “livre-concorrência” é afetada por diversos fatores (falhas de mercado), entre os quais, os entraves à entrada de novos competidores em setores dominados por algumas empresas (oligopólio) ou conquistados de forma plena por uma única companhia ou conglomerado (monopólio). Ao invés do preço ser determinado pelo mercado, seguindo as leis de oferta, as falhas de mercado permitem que certas empresas determinem os valores que pretendem cobrar. Denominam-se “*price-makers*” (literalmente “fazedores de preço”) às empresas que têm condições para definir o preço que pretendem cobrar com elevado grau de liberdade. No modelo de concorrência perfeita, o mercado (demanda) seria capaz de definir os preços. Aos empresários restaria avaliar se querem ofertar produtos nos preços definidos pelo mercado, atuando como “*price-takers*” (“tomadores de preço do mercado”).<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 27.

<sup>43</sup> GRAU, E. R. **Ordem ...**, p. 100.

<sup>44</sup> BOCKMANN MOREIRA ao explicar o monopólio permite uma melhor compreensão tanto do modelo de concorrência perfeita quanto do modelo monopolista. Destaca que “*No monopólio o poder de mercado é incontestável – o monopolista é um price maker não um price taker*”. Na seqüência, indica as origens do poder do *price maker*: “*no monopólio o preço é fabricado pelo agente como se um produto fosse. Na medida em que só existe um único vendedor, a demanda numa situação de monopólio é (ou tende a ser) toda a demanda do mercado*”. BOCKMANN MOREIRA, E. **O Direito ...**, p. 105. Na lição de LÔBO, a grande empresa, através das “*tendências monopolistas*”

Na compreensão de AVELÃS NUÑES, “os grandes operadores que os dominam são *price-makers* e não *price-takers*”. Utilizando a idéia de uma mão-visível para retratar uma interferência do Estado na atuação dos particulares, aponta que “A mão-invisível do mercado foi substituída pela *mão (muito) visível* das grandes empresas ‘monopolistas’, dos cartéis internacionais, dos poderosos conglomerados transnacionais, das grandes empresas públicas, do estado e de suas agências”.<sup>45</sup> Nesse contexto a atuação estatal revela-se imprescindível para contrapor o poder de alguns agentes econômicos.

---

exerce “*autêntico dirigismo contratual de caráter privado, em virtude de sua inquestionável supremacia*”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato** – exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24.

<sup>45</sup> AVELÃS NUÑES, A. J. **Noção ...**, p. 61.

## 2. A TEORIA CONTRATUAL À LUZ DO ESTADO SOCIAL

### 2.1 Os Princípios Contratuais Clássicos

Tradicionalmente o contrato é definido como pacto cuja finalidade é estabelecer obrigações entre as partes, criando, modificando ou extinguindo um compromisso<sup>46</sup> – criando lei entre as partes. Ressalta Darcy BESSONE,<sup>47</sup>

a verdade, porém, é que o contrato não é lei, nem mesmo entre as partes. Com a afirmação de que, para os contratantes, ele é lei, o que se quer é tão-somente dar ênfase ao *pacta sunt servanda*, afirmando-se a coercebibilidade e a inderrogabilidade unilateral como traços característicos do pactuado.

O contrato clássico é visto justamente na perspectiva a que se opõe BESSONE. Com efeito, sem traçar-se qualquer ilação sobre o Código Civil de 2002, na análise de Arnoldo Wald, o Código Civil de 1916 “é um código que reflete o espírito da época em que foi elaborado. Assim, nele, o contrato é concebido como fazendo lei entre as partes”.<sup>48</sup> A matriz ideológica do contrato clássico encontra-se no liberalismo. Os princípios contratuais clássicos, portanto, estão envoltos, por um pensamento que pugna que a atuação do Estado deve ser subsidiária ao extremo, permitida apenas na esfera pública.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. (Tradução de M. C. de las Cuevas). Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 12. Trata-se de obra originariamente publicada em 1824, sob o título “*Traité des Obligations*”.

<sup>47</sup> BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 206. Segundo Paulo Luiz Netto LÔBO, o dirigismo privado “*em sua essência, é uma forma de legislar pelo contrato*”. LÔBO, P. L. N. **Dirigismo ...**, p. 76. A expressão “dirigismo privado” refere-se ao poder da parte economicamente mais forte de determinar o conteúdo dos contratos. Difere dessa maneira do dirigismo contratual – público – ligado à intervenção do Estado nos contratos particulares.

<sup>48</sup> WALD, Arnoldo. O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLII (Nova Série), São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2003, p. 42.

<sup>49</sup> “*As intervenções do Estado Liberal limitavam-se à conjuntura, e tendiam em geral à compressão ou ampliação do crédito*”. COMPARATO, F. K. **O indispensável ...**, p. 21. “*o Estado deveria existir apenas para a preservação, através do seu poder coercitivo, dos direitos individuais*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 141. Sobre a Constituição liberal, escreve MARTINS-COSTA que: “*sua função consistia em garantir aos indivíduos uma esfera protegida contra o Estado – de maneira que as leis e a interpretação que lhes será conferida – estarão adstritas a proteger as liberdades e os direitos assegurados, seja contra a ameaça do estado, seja contra a ameaça de*

No âmbito normativo, explicita Gustavo TEPEDINO:<sup>50</sup>

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.

Enfim, rejeitava-se a ingerência do Estado no campo de atuação dos particulares, salvo na proteção da propriedade individual. No magistério de Enzo ROPPO:<sup>51</sup>

não se admitia, a princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado (...) os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.

Do ensinamento de ROPPO extrai-se também a presunção clássica de uma igualdade entre os contratantes. Desta sorte, os homens eram considerados livres e iguais no direito de contratar. A intervenção Estatal, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário, era verdadeira violação à igualdade e liberdade por invadir a esfera particular de atuação dos indivíduos. Da defesa do interesse individual decorrem os princípios clássicos do contrato, entre os quais despontam o consensualismo, a intangibilidade dos contratos, a autonomia da vontade e a relatividade dos efeitos contratuais.

Considerada como valor maior – verdadeiro dogma<sup>52</sup> –, a vontade dos contratantes era tida como livre e prevalecente.<sup>53</sup> O princípio clássico do

---

*grupos sociais poderosos, seja como matriz de instrumentos ou intervenções que viabilizem tais garantias*". MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 512.

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001, p. 201.

<sup>51</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes) Coimbra: Almedina, 1988, p. 32.

<sup>52</sup> "A teoria contratual clássica, através da aceitação total do dogma da autonomia da vontade, assegurava no campo teórico do Direito, a igualdade e a liberdade de todas as pessoas. O dogma da liberdade contratual era o reflexo mais importante da força criadora da vontade. O indivíduo estaria, assim, livre para contratar ou não contratar, para definir o conteúdo de suas futuras obrigações, para escolher o parceiro contratual que lhe interessasse". MARQUES, C. L. **Contratos** ..., p. 223.

consensualismo significa que os contratos firmados sem vícios de consentimento<sup>54</sup> (dolo, coação...) são válidos e, logo, os pactos devem ser cumpridos<sup>55</sup>. Dessa maneira, os ajustes deveriam se pautar pelo princípio da “*pacta sunt servanda*” – “cumpra-se o contratado”.<sup>56</sup> A livre manifestação de vontade, verdadeira expressão da autonomia privada, vincularia as partes – com força de lei. Daí porque, os contratos eram intangíveis, desde que não estivessem eivados por vícios de consentimento. Conforme ensina de Fernando NORONHA:<sup>57</sup>

A obrigatoriedade do contrato constituiria na vinculação das partes ao estipulado (...) a esse respeito, diz-se que o contrato é ‘lei’ entre as partes, fala-se na ‘*lex contractus*’ e invoca-se velha máxima ‘*pacta sunt servanda*’. A este princípio da obrigatoriedade, ou da vinculatividade, poder-se-ia chamar mais adequadamente de princípio da intangibilidade, porque se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão judicial.

A autonomia da vontade equivalia afirmar que os homens são iguais<sup>58</sup> e livres para definir se e o que querem contratar.<sup>59</sup> Partindo-se dessa premissa, tinha-se a

---

<sup>53</sup> Detalha NERY JUNIOR que: “O excesso de liberalismo, manifestado pela premência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública econômica e social, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade”. NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alli*. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 499. Para NALIN “o dogma da vontade jaz frio na cripta do codificador de 1916”. NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito pós-moderno**. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001, p. 254.

<sup>54</sup> “Isto porque a premissa onde se funda direito moderno dos contratos e de sua disciplina provém da leitura precedida por d’Occan e Scott ao direito natural aristotélico, a qual, em brevíssimos – e largamente temerários traços – pode ser sintetizada no seguintes termos: se o indivíduo, no Estado da Natureza, é livre, nada o pode obrigar, salvo o seu consentimento. Por consequência, a origem das regras jurídicas, por definição obrigatórias e o acordo de vontades, vale dizer, o consenso”. MARTINS-COSTA, J. **A noção ....**, p. 501.

<sup>55</sup> Ligando o contrato clássico ao liberalismo, descreve WALD: “O Código fora feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratantes não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era o mundo dos fisiocratas, do laissez-faire, laissez-passar, para o qual Clóvis fez o seu projeto. Já se disse, aliás, que o Código nasceu velho para sua época”. WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 11 ed. São Paulo: RT, 1993, p. 206.

<sup>56</sup> Para Arnoldo WALD, a tradução é: “os pactos devem ser observados”. Obra citada, p. 151.

<sup>57</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

<sup>58</sup> Essa igualdade formal se espalhava até mesmo em relação aos direitos políticos. Conforme AVELÃS NUÑES: “Aceitava-se, por outro lado, que, garantida a liberdade para todos (liberdade de empresa), qualquer um podia tornar-se burguês; por isso, excluir os que não conseguissem significava apenas a afastamento dos incapazes. Entendia-se por um lado, que só aqueles que tivessem um certo rendimento seriam capazes da independência e esclarecimentos exigidos a um

relatividade dos contratos a decretar que os contratos geram efeitos apenas entre as partes contratantes, a *contrario sensu*, os não-contratantes não são atingidos pelo contrato. Assim, entendia-se que o contrato não poderia beneficiar, nem prejudicar a terceiro que não participa da relação contratual, “obriga apenas os seus sujeitos”.<sup>60</sup> Na síntese de POTHIER: “*ese principio es que una convención no tiene efecto más que respecto a las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes*”.<sup>61</sup> O fundamento desse princípio é que, no dizer de POTHIER, dado que os contratos nascem do consenso entre as partes, não se pode admitir que gerassem efeitos além da vontade das partes (limite quanto ao objeto), nem em relação a quem dele não tomou parte (limite quanto aos sujeitos).

É possível identificar já em POTHIER que o princípio não tinha um caráter absoluto ou, ao menos, exige uma compreensão mais ampla. Assim, não é considerado alheio ao contrato o sócio que se obriga pela assinatura de outro sócio ou o marido que obriga a esposa. Haveria uma espécie de exceção legal na concorrência de credores na falência de um devedor comum assim como no direito do credor, sobre bem onerado objeto de doação inter-vivos.<sup>62</sup>

A despeito das múltiplas transformações que ocorreram no campo do Direito Privado, é incorreto afirmar que os princípios clássicos dos contratos foram extintos. Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO: “Os princípios sociais do contrato não

*sujeito político racional. Daí o afastamento do sufrágio imposto às mulheres, aos filhos e todos os economicamente dependentes, cujos interesses se supõe idênticos aos do pai de família, do patrão, só a estes cabendo representar aquele*”. AVELÃS NUÑES, António José **Os Sistemas Econômicos**. reimp. Coimbra: Almedina, 1994, p. 115.

<sup>59</sup> É a “concepção voluntarista, acolhida pelo primeiro código moderno – o Código Civil Francês de 1804, conhecido como Code de Napoleón – onde o contrato é visto como suprema metáfora da liberdade individual do cidadão e, por isto mesmo, é considerado intrinsecamente justo: ‘qui dicit contractuel dicit juste’”, rezava um axioma, com força de indiscutível verdade, colocando, aí, em primeiro plano o aspecto subjetivo do vínculo. A justiça, intrínseca, decorreria tanto da liberdade quanto da igualdade dos contratantes frente à ordem política: uma era correlata à outra”. MARTINS-COSTA, J. **A noção...**, p. 500.

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. (Atualização: Humberto Theodoro Junior). 25. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 161.

<sup>61</sup> POTHIER, R. J. **Tratado...**, p. 58. Em tradução livre “esse princípio significa que um contrato não produz efeitos além do seu objeto (das obrigações que consubstanciam seu objeto), e somente entre as partes contratantes”. No dizer de Darcy BESSONE: “o contrato, *em regra*, só produz efeitos entre as partes. Para outras pessoas é res inter alios acta”. BESSONE, D. **Do contrato...**, p. 212. Sublinhou-se. GOMES destaca que, em suma, o princípio sinaliza que não pode haver contrato que prejudique a terceiro. Assim, “se alguém vende coisa pertencente a outrem, não obriga o proprietário a entregá-la ao comprador”. GOMES, O. **Contratos...**, p. 166.

<sup>62</sup> POTHIER, R. J. **Tratado...** p. 59-60.

eliminam os princípios individuais do contrato (...), mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo”.<sup>63</sup> Para BITTAR,<sup>64</sup>

Quebra-se, então, a rigidez de certo princípios atenuam-se certos conceitos e noções, admite-se a ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual.

NALIN faz referência a “princípios novos ou redescritos”.<sup>65</sup> Antonio Junqueira de AZEVEDO consigna que “são três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade”, quais sejam, liberdade contratual *lato sensu*, obrigatoriedade dos efeitos contratuais e relatividade dos efeitos contratuais.

aos três princípios que gravitavam em volta da autonomia da vontade, e se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esse novos princípios: A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.<sup>66</sup>

Por outro lado, é imperioso notar que novas linhas se delineiam no direito privado contemporâneo e substituem a concepção de um sistema fechado e completo, de valores absolutos, do *fetichismo da lei*.<sup>67</sup> Na compreensão de Paulo

---

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: **A teoria do Contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 14.

<sup>64</sup> BITTAR, C. A. **O dirigismo...**, p. 26.

<sup>65</sup> NALIN, P. **Do contrato...**, p. 226.

<sup>66</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 750, Rio de Janeiro: RT, abr. 1998, p. 116. Em sentido similar, cuida ANDRIGHI que “O Código Civil de 1916, em matéria de contrato, estava fundado em três princípios tradicionais, também denominados princípios liberais, os quais continuam vigorando, a saber: o princípio da liberdade contratual, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI NETO, Domingos, *et. alli.*. **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 5.

<sup>67</sup> Cuidando da Escola da Exegese, TEPEDINO frisa que: “Assinale-se o fetichismo da lei e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil para as relações de direito privado”. TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 2. No dizer de HORA NETO o código civil de 1916 inseria-se numa “época de fetichismo da lei, uma vez que o Código regulava toda vida social, de maneira completa, genérica e neutra, de modo que **não havia direito fora do Código**”. HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. Ano 4, n. 14, São Paulo: RT, abr./jun. 2003, p. 39. **Grifou-se**.

NALIN: “O direito civil definitivamente deixará de ser o Código Civil, porquanto seja ele – o direito civil – composto por inúmeras fontes, principalmente a constitucional, incluindo as metajurídicas”.<sup>68</sup> A próxima seção estuda justamente a constitucionalização do Direito Civil e outras transformações nos princípios contratuais.

## 2.2 As Novas Cores dos Contratos

### 2.2.1 A Constitucionalização do Direito Civil

O Estado do Bem-Estar Social pretende ser uma superação do Estado Liberal.<sup>69</sup> No plano das atividades estatais, consoante se afirmou supra, significa o incremento da atividade estatal com o fito de garantir os direitos fundamentais. Acompanha esse processo uma evolução do ordenamento jurídico, de modo tal que, o Código Civil, antes considerado a Constituição do Direito Privado,<sup>70</sup> perde seu papel central em vista da descodificação<sup>71</sup> e da constitucionalização do Direito Civil. Assim, a Constituição Liberal representa tão somente um limite ao poder do Estado, ao passo que o constitucionalismo contemporâneo, à luz das novas idéias sociais,

---

<sup>68</sup> NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. **Revista de Direito privado**. Ano 3, n. 12, São Paulo:RT, out./dez. 2002, p. 52. Nessa toada “*a função social do contrato apresenta-se como uma cláusula geral cujo sentido e cujas possibilidades não são dadas, mas, muito pelo contrário, pretendem ser construídas mediante o ingresso de elementos jurídicos e metajurídicos no sistema de direito privado*”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**. ano 94, v. 832, São Paulo:RT, fev. 2005, p. 110.

<sup>69</sup> LATAILLADE, I. C.; RODRIGUEZ, T. Z. **Introducción...**, p. 120.

<sup>70</sup> GIORGIANNI expressa que havia um “*significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do séc. XIX*”. GIORGIANNI, M. **O Direito Privado .....**, p. 41.

<sup>71</sup> Descrevendo o processo evolutivo no âmbito da legislação civil indica Gustavo TEPEDINO que numa primeira fase houve a elaboração de leis extracodificadas, também chamadas *leis extravagantes*. Numa segunda fase, o Código Civil perde sua centralidade. Finalmente, a terceira fase é reconhecível pela existência dos estatutos, ou seja, leis que regulamentam extensivamente uma matéria, *‘veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas, e mesmo de direito penal.’* TEPEDINO, G. **Temas ...**, p. 2-4.

supõe uma Constituição que informa todo o ordenamento atingindo até mesmo as relações inter-privadas.<sup>72</sup>

Há muito escrevia Clóvis BEVILÁQUA, ainda que em tom crítico, sobre a difusão dos princípios constitucionais no Direito Privado. Embora aceite que “as Constituições são fontes primárias do direito positivo”, contrapunha-se à intromissão da Constituição de 1934 que estipulava normas que estariam a invadir o campo do Direito Civil. Anota, nesse sentido, que:

Mas a nossa Constituição vigente, urgida por circunstancias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiencias juridicas, necessarias á existencia dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente, em proveito da utilidade pratica. Por essa attitude, o Codigo Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões lógicas.<sup>73</sup>

As palavras de BEVILÁQUA a expor oposição a técnica usada na Constituição esclarecem a dicotomia público e privado que prevalecia à época. Sob esse prisma, seria não se admitia a interferência da Constituição no Código Civil. Como contraponto, colaciona-se a visão contemporânea de José Afonso da SILVA, que explicita que “a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois, como assinalamos, estabelece também o seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil, não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes”<sup>74</sup>.

Esclarecedora a leitura de Paulo Luiz Netto LÔBO<sup>75</sup> a pôr em destaque a função do Código Civil e da Constituição no Estado Liberal.

O paradigma em que se fundavam os princípios individuais do contrato era a primazia do interesse individual, corporificado no constitucionalismo liberal, que reduzia a intervenção estatal ao mínimo e na codificação civil que tutelava essencialmente o patrimônio do indivíduo.

---

<sup>72</sup> FACCHINI NETO, E. **Reflexões...**, p. 44.

<sup>73</sup> BEVILÁQUA, CLÓVIS. A Constituição e o Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 3, n. 31, Brasília: Presidência, dez. 2001, p. 1-2. O texto originalmente havia sido publicado em: A Constituição e o Código Civil. **Revista dos Tribunais**. V. 97, nº 34, São Paulo: RT, set. 1935.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 273. Nota-se assim, uma reviravolta na visão da relação entre Constituição e lei ordinária sobre o que se detalha na seqüência.

<sup>75</sup> LÔBO, P. L. N. **Princípios ...**, p. 12.

Gustavo TEPEDINO acentua que a idéia codificação evocava um direito livre de antinomias e a noção de código relaciona-se à tutela dos interesses individuais. Em consonância, a Constituição é vista principalmente como instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado Liberal. Ainda no campo normativo, descreve da seguinte maneira o caminho do silente Estado Liberal ao atuante Estado Social:<sup>76</sup>

(...) o Estado Liberal estava para o Código Civil (tido como verdadeira Constituição do direito privado, expressão monolítica de uma ordem de valores inquebrantável) assim como o Estado social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e, em particular para uma Constituição que o referenda, avocando para si – e este é um ponto fundamental para compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas – as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade.

Assumindo papel diverso, no Estado Social a Constituição orienta todo o sistema jurídico, unificando o ordenamento<sup>77</sup> e trazendo em seu bojo princípios que se espraiam pela interpretação, legislação e vinculam a atuação do Estado e dos particulares.

No magistério de Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO:

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> TEPEDINO, G. **Temas ...**, p. 202.

<sup>77</sup> No dizer de TEPEDINO: “[a] *descodificação, na experiência brasileira, reservou à Constituição o papel de unificador do sistema*”. TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed., São Paulo: Renovar, 2003, p. XVII. Nessa linha, explicita a Jurisprudência: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. ARREMATÇÃO. NULIDADE DA PENHORA. PRECLUSÃO. 1.CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. Tem ciência, este Julgador, da incidência e aplicabilidade das normas constitucionais em todos os ramos do direito. Especialmente, àquelas asseguradas no artigo 5º da CF/88, garantidoras dos direitos fundamentais (...)”. (TJRS. Apelação Cível nº 7001.537739-3. Órgão Julgador: 20ª Câmara Cível. Rel.: Des. Glênio José Wasserstein HEKMAN. Data de julgamento:14/06/2006).

<sup>78</sup> TEPEDINO, M. C. B. de M. **A caminho....**, p. 28.

Nessa linha, o Código Civil perde sua centralidade<sup>79</sup> consagrada até então no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42),<sup>80</sup> assumindo a, Constituição, o lugar central. Em consonância a tal entendimento, expressou o Des. Albino Jacomel GUERIOS:

Esse modo de conceber a realidade, principalmente a realidade jurídica, é resultado da chamada constitucionalização do direito privado, ou seja, da colocação da norma constitucional como ponto de referência do macrossistema fragmentado pela criação de microssistemas.<sup>81</sup>

PERLINGIERI defende que variados autores carecem de um entendimento correto do significado da constitucionalização do direito civil. Em primeiro, sublinha não ser possível cingi-la à subordinação da atividade legislativa ao crivo constitucional, o que corresponderia a uma Teoria da Constituição como limite.<sup>82</sup> Em segundo, nega uma função meramente interpretativa ao texto constitucional. Em

---

<sup>79</sup> Fala-se numa “Retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas”. FACHIN, Luiz Edson. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LXXIV, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 151.

<sup>80</sup> Determina a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), em seu art. 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Incorreto, para TEPEDINO, o entendimento de que, a partir da regra do art. 4º da LICC, se possa admitir que a Constituição seja inserida entre os princípios gerais de direito, e subordina-se até mesmo aos costumes. “No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo sendo retrógrados e conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais”. TEPEDINO, G. **Temas** ...., p. 18. Em sentido idêntico: “não se pode concordar com os civilistas que encaram os princípios constitucionais como princípios gerais de direito”. ARAÚJO, Eugenio Rosa de. Direito Civil Constitucional – O novo Código Civil e seu relacionamento com o microsistema do consumidor. **Revista Ibero Americana de Direito Público**. (Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins e Mauro Roberto Gomes Mattos), ano 5, v. XVIII, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2. sem. 2005, p. 128.

<sup>81</sup> TJPR. Agravo de Instrumento nº 13069050-0. Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Rel.: Des: Albino Jacomel GUERIOS. Data do Julgamento: 05/04/2005. Disponível em:

<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?sequencial=2&TotalAcordaos=9&Historico=1>

<sup>82</sup> Em oposição ferrenha, sustenta MOREIRA ALVES que “Hoje tendemos a seguir (e considero perigosíssimo) o que, na Itália, é extremamente valorizado por Perlingieri – a constitucionalização do Direito Civil. Não considero que o Direito Civil esteja constitucionalizado. O Direito Constitucional não constitucionaliza, senão ele constitucionalizou tudo, porque Processo, Direito Tributário, Direito Comercial, está tudo ali inserido. Encontramos princípio para tudo que diga respeito a essas áreas. O que entendo é isto: ele disciplina valores, que se aplicam a diferentes ramos do Direito, e se aplicam hierarquicamente, porque há muita coisa na Constituição brasileira que não é matéria de Constituição, como a impossibilidade de acionar a Justiça Comum sem antes esgotar a jurisdição desportiva”. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do novo Código Civil brasileiro. In: Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil**. Ruy Rosado de Aguiar Junior (Org.). Palestra de Abertura. Brasília: CJF, 2005, p. 13.

outras palavras, não admite que se lhe atribua a condição de mero repositório de princípios de que se socorresse o intérprete, em especial, na hipótese de haver cláusulas gerais ou uma lacuna. Em terceiro, refuta uma Aplicação Indireta da Constituição:

pela qual a norma constitucional poderia disciplinar uma relação de direito civil unicamente através da concomitante aplicação de uma norma ordinária, de maneira que, à falta de uma norma ordinária aplicável ao caso concreto, aquela norma constitucional não poderia atuar sozinha.<sup>83</sup>

Admitir o contrário, isto é, aceitar a aplicação exclusivamente em conjunto com norma ordinária, seria claramente incompatível com a natureza das normas constitucionais que é a de *direito* substancial.<sup>84</sup> Dessa maneira, Pietro PERLINGIERI atribui às normas constitucionais natureza incompatível com uma função meramente acessória. Em harmonia, Luis Roberto BARROSO explicita que “as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa”.<sup>85</sup> CANOTILHO ao referir sobre o *princípio da máxima efetividade* ou da *interpretação efetiva* exprime que: “(...) pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.<sup>86</sup>

A norma constitucional, reconhecida sua força normativa, serve de baliza à legislação ordinária, assim na sua elaboração como na sua interpretação. É dizer que a Constituição – suas regras e princípios – obrigatoriamente deve se irradiar na elaboração, interpretação e aplicação da lei; não pode ser enxergada como uma referência distante ao intérprete ou ao legislador, lembrada apenas eventualmente, como se fosse *plus*, porque ela é a norma unificadora do sistema.

Na idéia de Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO:

A relação entre norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas válidas, e,

---

<sup>83</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Renovar, 2002, p. 11.

<sup>84</sup> PERLINGIERI, P. Obra citada, p. 11.

<sup>85</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6 ed. rev. São Paulo: Renovar, 2002, p. 89.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional...**, p. 1224.

concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para 'revalidar' a ordem jurídica.<sup>87</sup>

Alinhado a esse pensamento, exprime PERLINGIERI que: “a norma constitucional pode, também sozinha, quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração, ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”.<sup>88</sup>

A Constituição, ao menos em teoria, sempre ocupou o topo da hierarquia das normas jurídicas. Não obstante, como alude extensivamente a doutrina, o Código Civil era tido como a Constituição do homem privado. É dizer que na prática não se poderia falar em supremacia do texto constitucional porque no campo do Direito Privado, a codificação civil era soberana. Outrossim, conforme já explicitado, a Constituição estava posta como instrumento de proteção do indivíduo em face do Estado e garantidora da propriedade, tão-somente. Na leitura de Ingo Wolfgang SARLET:

(...) se verifica entre as normas constitucionais e as normas de direito privado não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal sorte que, **ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria constituição.**<sup>89</sup>

O texto constitucional, no Estado Social, se torna, pois, a base do ordenamento jurídico, sob a qual estão alicerçadas as leis e os negócios jurídicos.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> TEPEDINO, M. C. B. de M. **A caminho ...**, p. 24.

<sup>88</sup> PERLINGIERI, P. **Perfis ...**, p. 11. Igualmente, por uma opção do constituinte, em determinados temas chegou-se a incluir entre as normas constitucionais, a regulação de relações habitualmente ditas de Direito Civil. Como modelo, as normas de responsabilidade civil. De acordo com DIREITO e CAVALIERI FILHO, a Constituição de 1988 acolheu a responsabilidade do Estado e dos prestadores de serviço público (art. 37, parágrafo 6º), a responsabilidade por ato judicial (art. 5º, LXXV), responsabilidade do empregador por acidente de trabalho (art. 7º, XXVIII), responsabilidade por dano nuclear (art. 21, XXIII, c), bem como por danos ao meio ambiente (art. 225, parágrafo 3º) e por via indireta, “*por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito a dignidade, que a Constituição inseriu, em seu artigo 5, V e X, a plena reparação do dano moral*”. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). v. XIII. (arts. 927 a 965), Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-34.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 376. Grifou-se.

<sup>90</sup> Como exprime ARAÚJO: “*não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional*”. ARAÚJO, E. R. de. **Direito Civil ...**, p. 115. Nas palavras de NALIN: “*entra em cena, como sugestão perspectiva, a Constitucionalização do Direito Civil e, por consequência, a do próprio contrato, que vem a ser o reconhecimento da*

Na síntese de TEPEDINO, “Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior”.<sup>91</sup> Nessa toada, leciona PERLINGIERI<sup>92</sup> que:

As disposições preliminares ao Código Civil em tema de interpretação geral das leis, não têm, portanto, valor constitucional, nem se situam acima da Constituição: elas devem harmonizar-se e adequar-se à normativa constitucional, sob pena de serem consideradas ilegítimas.

No que toca à possibilidade de aplicação da Constituição no Direito Privado, há relevante contribuição doutrinária no campo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A questão já vem sendo estudada há muito. Para Fábio Konder COMPARATO<sup>93</sup> é “sustentar o absurdo” dizer que “os direitos fundamentais inscritos na Constituição são imediatamente eficazes para os órgãos do Estado, mas não para os particulares”. No mesmo passo, afirma Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA<sup>94</sup> que “ao atribuir direitos subjetivos fundamentais aos indivíduos, a ordem jurídica fica, desde esse momento, obrigada a tudo fazer para que eles não possam ser postos em causa e isto quer nas relações com o Estado, quer nas relações inter-individuais”. Para Cláudia Lima MARQUES<sup>95</sup> “a força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o efeito horizontal, entre os privados, dos direitos fundamentais”.

A comparação é válida haja vista que “para muitos, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado”.<sup>96</sup> Útil a um aprofundamento sobre o tema, a lição de Ingo Wolfgang SARLET acerca da forma de vinculação dos particulares aos direitos

---

*relevância constitucional das relações interprivadas*”. NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: **Contrato & Sociedade**. \_\_\_\_\_. (Coord.) v. 2. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16

<sup>91</sup> TEPEDINO, G. **Temas** ..., p. 206.

<sup>92</sup> PERLINGIERI, P. **Perfis**..., p. 76

<sup>93</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXV, (nova série), n. 63, São Paulo: RT, jul./set. 1986, p. 76.

<sup>94</sup> SILVA, V. M. D. P. da. **Vinculação** ..., p. 44.

<sup>95</sup> MARQUES, C. L. **Contratos** ..., p. 211

<sup>96</sup> SARLET, I. W. **A eficácia** ....., p. 376.

fundamentais. SARLET enumera três hipóteses de aplicação do texto constitucional, sendo as duas primeiras de aplicação indireta e a terceira de aplicação direta da Constituição.<sup>97</sup>

a) poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, no sentido de uma aplicação mediada pelo legislador que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais. Por derradeiro, estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais.<sup>98</sup>

Como atesta Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA, a proposta de uma recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado, tal como declinado nos itens “a” e “b” da lição de SARLET, era “justificada pela necessidade de coordenação dos direitos fundamentais com os direitos subjetivos privados, levando em conta as especificidades das relações inter-privadas”.<sup>99</sup> Assim, a imposição da *recepção* pelo Direito Privado, caracteriza uma clara tentativa de inversão com a finalidade de colocar em um plano secundário as normas constitucionais, a qual não se pode aceitar. Defronte do posicionamento dos interesses coletivos em primeiro plano, será o Direito Privado recepcionado naquilo que for compatível com a Constituição, e, jamais, o contrário.

Atento a essas mutações aduz Paulo Luiz Netto LÔBO que “segundo o modelo do Direito Constitucional, o contrato deve ser interpretado conforme o princípio da função social do contrato”.<sup>100</sup> É posição que encontra respaldo na

---

<sup>97</sup> Conforme explica SARLET, é polêmica a questão a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Discute-se em primeiro se essa vinculação é possível, e em segundo se questiona quanto à maneira como ocorre vinculação – indireta (mediata) ou direta (imediata). Distinguem-se a maneira imediata da mediata por que essa torna necessária a “recepção pelo Direito privado”, através da lei, da interpretação. SARLET, I. W. Obra citada, p. 375.

<sup>98</sup> SARLET, I. W. **A eficácia** ....., p. 376-377.

<sup>99</sup> SILVA, V. M. D. P. da. **Vinculação** ..., p. 45.

<sup>100</sup> LÔBO, P. L. N. **Princípios** ..., p. 17. Não obstante essa posição, LÔBO indica no mesmo texto que “Com exceção da justiça social, a Constituição não se refere explicitamente à função social do contrato”. p. 16.

doutrina brasileira que tem se perfilhado no sentido de tomar como norte o texto constitucional para a interpretação do significado e extensão da lei ordinária. No campo da função social do contrato é visível a adoção dessa compreensão. Nelson NERY Junior e Rosa Maria de Andrade NERY destacando a “magnitude constitucional do princípio” expõem que “a cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa”. Frisam que a doutrina, vincula-a também à função social da propriedade (Constituição Federal, art. 5º, XXIII e 170, III), à livre iniciativa (Constituição Federal, art. 1º, IV).<sup>101</sup>

Acompanhando a constitucionalização do direito civil e seu redesenho está a personalização (ou “repersonalização”) do Direito Privado.<sup>102</sup> Segue-se do abstrato ao concreto, do indivíduo à pessoa,<sup>103</sup> do formal ao material, do “abstrato *sujeito-igual*”<sup>104</sup> ao reconhecimento das diferenças. Coloca-se, pois, em primeiro plano a

---

<sup>101</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado: e legislação extravagante**. 2 ed., São Paulo: RT, 2003, p. 336. Nessa esteira, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão CUNHA, propôs o seguinte enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “*O princípio da função social dos contratos, estampado no art. 421 do Código Civil de 2002, tem amplo assento na Constituição Federal de 1988, no título sobre a ordem econômica*”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Ruy Rosado de Aguiar (Org.). Brasília: CJP, 2005, p. 164. Em nota sobre o art. 421, Jones Figuerêdo Alves vincula-o ao princípio da dignidade da pessoa humana. In: FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 373. SOTO também faz tal ligação, indicando que por conta “*a função social do contrato, deverá atender o que determina a norma constitucional, direcionando-se sempre, em sua aplicação, para o atendimento da dignidade da pessoa humana*”. SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a racionalidade contemporânea**. Carmem Lúcia Oliveira Ramos et. alli. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261.

<sup>102</sup> Destaca FACHIN que “*essa repersonalização do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada*”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92.

<sup>103</sup> Abordando a manifestação da intervenção pondera BITTAR: “*Substitui-se, então, a idéia de ‘indivíduo’, como centro das preocupações, pela de ‘homem localizado’ na sociedade; acentua-se um predomínio do social sobre o individual, característica principal do mundo contemporâneo, e que o Estado concentra a condução*”. BITTAR, C. A. **O Dirigismo ...**, p. 24.

<sup>104</sup> A expressão é de Judith MARTINS-COSTA. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. Ano 1, v. 1, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, mai. 2005, p. 44.

pessoa humana (os valores existenciais)<sup>105</sup> ao invés do patrimônio. Sobre o tema, recorreremos ao ensinamento de Judith MARTINS-COSTA:<sup>106</sup>

afirma-se na verdade que **a civilística busca hoje descobrir a pessoa que está por detrás do sujeito de direito titular de um patrimônio**. Essa descoberta relaciona-se diretamente com os meios e as formas pelas quais as concretas relações econômicas desenvolvidas na sociedade, criadas ou impulsionadas pelos fatos, são aprendidas nos Direitos das Obrigações.

E também ao magistério de Luiz Edson FACHIN:

Quando a Constituição de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo em homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência.<sup>107</sup>

Inseridos no contexto de repersonalização estão: a valorização da concretude,<sup>108</sup> da igualdade material e da tutela da dignidade da pessoa humana.

Esclarece Gustavo TEPEDINO:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da

---

<sup>105</sup> “Os objetivos constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito”. TEPEDINO, M. C. B. de M. **A caminho ...**, p. 26.

<sup>106</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). v. V, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4. **Grifou-se**. Defende Pietro PERLINGIERI que “*não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’ é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil, não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa*”. **Perfis ...**, p. 34. **Grifou-se**.

<sup>107</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 187-188.

<sup>108</sup> “Já está o direito neste ponto, abrindo-se para o concreto, relativizando a clausura do conceito. O reconhecimento da necessidade de respeitar a diferença revela um passo além da dimensão formal do sujeito virtual – que se resume a um centro de imputação normativa – indo colher na realidade fática as diferenças que devem ser respeitadas e as situações em que a diversidade de tratamento justifica-se por caracteres particulares do sujeito para quem se aplicará um direito desigual”. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado: Direito de família e casamento**. v. XV, artigos 1.511 a 1.590. Álvaro Villaça de Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º [da Constituição], no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.<sup>109</sup>

Recuperar a pessoa é necessário não apenas em face da contratualidade clássica, porém, e talvez com maior importância, em vista da “sociedade de consumo” (e de consumidores) na qual estamos inseridos. Na descrição de Eroulths CORTIANO Junior:<sup>110</sup>

A oferta de mercadorias produz a ilusão de que temos à nossa disposição uma profusão de objetos necessários para satisfazer nossas necessidades reais, e que por isso nunca fomos tão saudáveis e felizes. Na verdade, perdemos neste mundo irreal do consumo incentivado, e nossas qualidades se diluem na presença de mercadorias. **Sujeito se torna objeto e objeto se torna sujeito.**

## 2.2.2 A Autonomia Privada À Luz da Teoria Contratual Contemporânea (e da Realidade Contemporânea)

No Estado Liberal a autonomia privada confundia-se com a liberdade plena,<sup>111</sup> consagrando a *soberania individual*.<sup>112</sup> Assim sendo, no modelo clássico de contrato prevalecia o dogma da autonomia da vontade ou *mística da vontade*,<sup>113</sup> segundo a

<sup>109</sup> TEPEDINO, G. **A parte...**, p. XXV.

<sup>110</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Oliveira *et. alli.* (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil** – construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164. Grifou-se. Nessa linha, salientam CASTRO e NALIN que “O desafio está posto: fazer com que a atividade econômica auxilie na proteção e concretização dos direitos fundamentais ao invés de reduzir o indivíduo a simples sujeito proprietário, sem identidade e direcionado exclusivamente ao consumo”. CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: **Diálogos sobre Direito Civil** – construindo a racionalidade contemporânea. RAMOS, Carmem Lucia Oliveira *et. alli.* (Org.). Rio de Janeiro: renovar, 2002, p. 101.

<sup>111</sup> “No Estado Liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada”. LÔBO, P. L. N. **Princípios** ..., p. 11.

<sup>112</sup> “A propriedade liberal é emanção das potencialidades subjetivas, constituindo instrumento da soberania individual”. BERCOVICI, G. **Constituição** ..., p. 139.

<sup>113</sup> A expressão é utilizada por ROPPO para sinalizar a importância que tinha a verdade nos contratos clássicos. Em seu magistério, naquela perspectiva, via-se a “vontade humana como fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como ‘força criadora’ dos direitos e de

qual as partes possuíam liberdade para contratar, ou não, para determinar com quem contratar e para estabelecer o conteúdo dos contratos. Consoante explicou-se acima, segundo a ótica do consensualismo, os contratos sem vícios de consentimento eram válidos. Adotava-se, destarte, um visão estritamente formal da igualdade.

De modo assertivo, para Gilberto BERCOVICI: “A liberdade e a igualdade formais foram os instrumentos para garantir a desigualdade material”.<sup>114</sup> O autor estava a abordar sobre o conceito de propriedade liberal. A idéia, contudo, é perfeitamente aplicável também no terreno contratual. Ademais, em seu entender “A autonomia privada acabou por privilegiar os detentores do poder econômico em detrimento da maioria de assalariados, repetindo o equívoco do século XIX de identificar a sociedade burguesa como a sociedade em geral”. Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO:<sup>115</sup> “ ‘liberdade’ era mais liberdade de contratar do que de pessoas”.

As novas perspectivas contratuais conduzem ao estabelecer de balizas à liberdade de contratar, e restrições à possibilidade de livre determinação do conteúdo dos contratos pelos particulares (pelas pessoas).<sup>116</sup> Comprimem ou delimitam a autonomia privada dando-lhe novos contornos.

Segundo BITTAR:

---

obrigações”. ROPPO, E. **O contrato...**, p. 49. WALD faz referência a *mística contratual*, a qual inseria-se num panorama em que era claramente demarcada a fronteira entre público e privado: “*Houve na realidade uma mística contratual, deixando-se ao arbítrio de cada um a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade*”. WALD, A. **Obrigações** ..., p. 152.

<sup>114</sup> BERCOVICI, G. **Constituição** ..., p. 139-140.

<sup>115</sup> LÔBO, P. L. N. **Dirigismo** ..., p. 66.

<sup>116</sup> Essa nova perspectiva é vislumbrada seja no Estado Social seja no Estado Regulador – cuja distinção escapa as metas desse estudo. É dizer que, embora tenha havido a ampliação da *atividade econômica em sentido lato* e redução da *atividade econômica em sentido estrito*, mantém-se presente a intervenção estatal. Na visão de LÔBO: “*O paradoxo atual, que confunde tantos espíritos, pode ser assim esquematizado: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais*”. LÔBO, P. L. N. **Princípios** ..., p. 13. Na seara contratual, assevera: “*o contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também um instrumento de política econômica. E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu predomínio*”. LÔBO, P. L. N. **O Contrato...**, p. 19.

Mostra-se, assim, bastante restrito o domínio da vontade individual. (...) Em alguns setores, essa vontade encontra-se completamente subjugada pelo complexo de normas e fórmulas preexistentes. Estilhaçam-se as concepções clássicas no domínio dos contratos, comprimindo-se, pois, a vontade individual.<sup>117</sup>

A *autonomia da vontade*, destarte é substituída pela idéia de *autonomia privada*, a significar que o contratado entre as partes vincula-as, porém, dentro dos parâmetros legalmente definidos. Alinhando-se a essa mudança, a figura do titular de direitos absolutos cede espaço à funcionalização do(s) direito(s). Não se abandona a tutela dos direitos individuais, porém, o interesse da coletividade entra em cena como elemento essencial. Nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO, o fenômeno da *funcionalização* do direito “indica a vinculação do Direito à realização de fins que transcendem à satisfação das conveniências egoísticas individuais. (...) o instituto da ‘função’, originário do direito público, vai-se difundido para os demais setores do ordenamento jurídico”.<sup>118</sup> Sobre as direções almejadas, no magistério de NALIN:<sup>119</sup>

funcionalizar na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise, história e especialmente ética, acabam, nesse prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos da análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às resposta da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa.

Retome-se o tema das limitações do Estado à livre atuação dos agentes econômicos. Sua relevância pode ser mais bem compreendida com base na crítica ao liberalismo feita por GALBRAITH através das noções de *soberania do consumidor e soberania do produtor*.

A análise a partir de uma lógica da *soberania do produtor* tem em conta “a capacidade das grandes organizações empresariais de ‘planificar’ a economia”.<sup>120</sup> É um modelo atrelado à realidade e que leva em consideração as *falhas de*

<sup>117</sup> BITTAR, C. A. **O Dirigismo ...**, p. 29.

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49-50.

<sup>119</sup> NALIN, P. **Do contrato ...**, p. 217. Essa interdisciplinariedade permite também dimensionar a dificuldade de se estabelecer a *prima facie*, o sentido da função dos institutos, assim com a função social do contrato como se verá adiante.

<sup>120</sup> AVELÃS NUÑES, A. J. **Noção...**, p. 66.

mercado.<sup>121</sup> GALBRAITH aponta AVELÃS NUÑES, sustenta a substituição da *soberania do consumidor* (suposição de que o consumidor é soberano) pela *soberania do produtor*. Os modelos que se amoldam à *soberania do consumidor*, dessa maneira, conduzem a uma leitura que “oculta a realidade”.<sup>122</sup> Defender que exista uma *soberania do consumidor* é supor que não haja diferenças – de poder, de conhecimento, de capacidade de barganha<sup>123</sup> – entre os agentes econômicos: não basta a lei afirmar a igualdade para que essa se imponha na realidade. Nessa toada alude Paulo Luiz Netto LÔBO para “nova figuras contratuais, hoje dominantes” as quais, explica, “prescindem ou ignoram o poder de escolha”.<sup>124</sup> Igualmente, é preciso reconhecer que o poder do marketing tem abalado a liberdade de escolher-contratar. Aduz LORENZETTI:

Las empresas deben modificarse constantemente: las metas alcanzadas, rápidamente pierden interés; las invenciones se copian y deben renovarse; los productos nuevos, caducan aceleradamente, la presión aumenta. Por el lado del consumidor, la situación no es distinta: la satisfacción que brindan los productos es escandalosamente breve, no satisfacen, sino crean la necesidad de estar al día, el consumo es un trabajo absurdo, semejante al mito de Sísifo.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> Ver a Introdução.

<sup>122</sup> AVELÃS NUÑES, A. J. **Noção...**, p. 66.

<sup>123</sup> PORTER refere à existência do “*Bargaining Power*” ou Poder de Barganha. É expressão técnica utilizada em sua lição sobre as cinco forças competitivas do mercado: (1) risco de novos concorrentes; (2) intensidade da rivalidade entre os concorrentes existentes; (3) poder de barganha dos fornecedores; (4) poder de barganha dos consumidores; (5) risco ou ameaça de produtos substitutos. A Ciência da Administração de Empresas há muito tem levado em consideração a força do fornecedor como critério na visualização da realidade do mercado. PORTER, Michael. **Competitive Strategy**, capítulo 1 e 2. Citado por: CERTO, Samuel, C; PETER, J. Paul. **Administração Estratégica: planejamento e implantação da estratégia**. Tradução: Flávio Deni Steffen. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 131-133. GRINOVER; VASCONSELOS e BENJAMIN analisam que “*Se antes consumidor e fornecedor encontravam-se em situação de relativo equilíbrio (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e por isso mesmo ‘dita as regras’*”. GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONSELOS; BENJAMIN, Antônio Herman. Visão Geral do Código, p. 7. In: GRINOVER *et. alli*. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Ainda que a disparidade seja mais evidente no plano do Direito do Consumidor, deve-se reconhecer que quase sempre se verificará entre as partes, sendo raras as hipóteses em que se possa falar com precisão, que as partes contratantes estão em nível igual.

<sup>124</sup> LÔBO registra ainda que “*se não há (...) autodeterminação dos seus próprios interesses, o que supõe a liberdade de determinação de cada parte; se os direitos, pretensões, ações e exceções já são prefixados pelo legislador e/ou pela empresa, não pode o negócio jurídico, com seu preciso conteúdo conceptual, ser uma explicação adequada*”. LÔBO, P. L. N. **O contrato...**, p. 20.

<sup>125</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 33, São Paulo: RT, jan./mar. 2000, p. 77. Em tradução livre: “As empresas devem modificar-se constantemente: as metas alcançadas rapidamente perdem importância, as invenções são copiadas e devem ser renovadas, os produtos novos vencem

Tendo-se em vista a *soberania do produtor*, é questionável a existência, a todo tempo, de uma autonomia privada na contratação. Está aqui a se referir sobre o grau de convencimento que as propagandas têm obtido, isto é, seu nível de *sugestionabilidade*.

Em primeiro lugar, é notório haver um elevado potencial de influência do marketing sobre a decisão de qual marca e produto comprar. Philip KOTLER, em clássica obra sobre marketing, ao abordar sobre os métodos para oferecer diferenciais de “*commodities*”,<sup>126</sup> destaca que:

muitos fumantes não saberiam reconhecer a marca de cigarro ao fumarem durante um teste de olhos vendados. **Isso sugere que a diferenciação muitas vezes existe na mente das pessoas, e não no produto físico**, o que parece ser confirmado pelo fato de que uma marca, a Marlboro, desfruta de 30 por cento da participação mundial. A principal diferença parece se basear na tradicional campanha que identifica a marca com caubóis durões. Ao sobrepor ao cigarro uma imagem universalmente apreciada, a Philip Morris fez o Marlboro marca líder da categoria no mundo.<sup>127</sup>

Em segundo lugar, e talvez como problema mais grave, está a *criação de necessidades*. A explicação desse processo deve ser buscada no comportamento do mercado. Assim, Philip KOTLER, em suas previsões para o ano de 2005, indicou que a essa época as empresas teriam melhores resultados na manutenção dos seus clientes e profetizou que, “em função disso, os concorrentes acham cada vez mais difícil conquistar novos clientes. **Conseqüentemente, a maioria das empresas desprende tempo imaginando como vender mais produtos e serviços a clientes existentes**”.<sup>128</sup>

---

rapidamente, a pressão aumenta. Do lado do consumidor, a situação não é distinta: a satisfação que os produtos brindam é escandalosamente efêmera, não satisfazem, mas criam a necessidade de se estar em dia, o consumo é um trabalho absurdo, semelhante ao mito de Sísifo” cujo castigo fora empurrar um pesada rocha montanha acima, rocha essa, cujo peso, faria com que no topo voltasse a escorregar para baixo tornando o trabalho de Sísifo inútil.

<sup>126</sup> *Commodity* significa produto cujo único diferencial entre os concorrentes é o preço. Como exemplos típicos citar: milho, soja, café, papel.

<sup>127</sup> Grifo nosso - Em igual sentido assinala que o café colombiano mantém a fama de melhor do mundo por conta de sua publicidade. Em sua visão, “(...) outros lugares provavelmente são equivalentes em qualidade. Entretanto, ainda persiste a idéia, apoiada por anúncios, de que o café colombiano é o melhor do mundo”. KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**. Como criar, conquistar e dominar mercados. Tradução: Cristina Bazán) 3 ed. São Paulo: Futura, 1999, p. 127.

<sup>128</sup> KOTLER, P. **Marketing...**, p. 28. **Grifo nosso**. Na visão de MARQUES muitas vezes, o consumidor desconhece a complexa organização dos fornecedores ou cadeias de fornecedores de serviços. “*Tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e indução através da publicidade massiva à necessidade de bens materiais e imateriais (...) vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se*

KOTLER, inclusive, utiliza-se do conceito de *marketing de criação de necessidades* para definir o que considera nível mais agressivo de marketing. Nesse nível se lançam produtos cujas necessidades não são nem existentes nem previsíveis. Exemplifica com o “walkman” oferecido pela Sony da década de 50 – destinado a atender uma *necessidade* até então inexistente. Bastante ilustrativo a esse respeito o pensamento do presidente da Sony, MORITA, ao explicar o lançamento de tal equipamento: “Não atendo mercados. Eu os crio”.<sup>129</sup>

Tais mecanismos conduzem a um cenário em que, muitas vezes, as restrições à *autonomia privada* são tão severas que fazem muitos cogitarem sua supressão por força do mercado.<sup>130</sup> Em que pese tal posição, há vasta doutrina discordando, defendendo em sentido contrário, a manutenção da autonomia privada.<sup>131</sup> Cláudia Lima MARQUES, fazendo uso do termo *autonomia da vontade*, compreende ser correto “(...) afirmar a permanência do princípio da autonomia da vontade no direito atual, ressaltando apenas a evolução ocorrida quanto a seus

---

*cliente-cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.”* MARQUES, C. L. **Contratos ...**, p. 90.

<sup>129</sup> MORITA, Akio. Made in Japan. Citado por KOTLER, P, **Marketing ...**, p. 38. Os especialistas em Marketing divergem a propósito da real existência do *marketing de necessidades*, sugerindo que o papel do Marketing é enfatizar necessidades pré-existentes, não criá-las. Partilham esse ponto de vista SCHIFMAN e KANUK descrevendo que “*As empresas não criam necessidades, apesar de que em algumas ocasiões elas possam tomar o consumidor mais consciente de necessidades não percebidas. As empresas de sucesso definem seus mercados em termos de necessidades que presumem satisfazer, em vez dos produtos que vendem*”. SCHIFMAN, Leon G; KANUK, Leslie Lazar. **Comportamento do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000, p. 59.

<sup>130</sup> MARQUES, C. L. **Contratos ...**, p. 175-176 (nota de rodapé 551). A autora não sustenta a tese, apenas aponta que tem sido levantada.

<sup>131</sup> Interessante notar que essa supressão, ou melhor, compressão da autonomia privada, revela-se de modo amplo e afetando não apenas a liberdade de contratar dos consumidores. Nessa toada, MARTINS-COSTA entende que: “*hoje, se verificam inúmeras formas de vinculação negocial, onde sequer se cogita o papel da vontade, a reclamar espaço e qualificação jurídica*”. MARTINS-COSTA, J. **Noção ...**, p. 510. Entre os exemplos, inclui a autora os contratos de adesão – em especial os firmados por empresas prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio como água e energia elétrica –, os *contratos normativos* – contrato típicos cuja “*disciplina uniforme geral e abstrata*”, vincula os contratantes, assim como os *contratos cogentes* – “*derivados de situação emergencial de conjuntura, como a venda forçada de bens de consumo*”. MARTINS-COSTA, J. Obra citada, p. 510. LÔBO entende que haver hipóteses em que o legislador “*reduz ou suprime a liberdade de escolha quando entende que deve haver predominância do interesse social*”. Exemplifica com os serviços públicos essenciais – água, luz, telefone, gás, saúde pública, transporte coletivo nos quais “*os fornecedores são obrigados a contratar com todos os usuários e adquirentes que necessitem desses serviços, em igualdade de condições (...) a recusa de contratar é insubsistente*” e com os contratos compulsórios como o seguro obrigatório dos veículos automotores. LÔBO, P. L. N. **Dirigismo ...**, p. 69-71.

conteúdos e aos seus novos limites”<sup>132</sup>. Essa tese foi acolhida também pelo Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil, conforme expressou através do Enunciado nº 23 “Art. 421: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”<sup>133</sup>. Em sentido idêntico, escreve WALD:<sup>134</sup> “não desaparecem pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e densidade, refletindo a escala de valores e o contexto que uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa ser eficiente por mandamento constitucional”.

As dificuldades de se realizar as escolhas próprias merecem a maior atenção do Direito, principalmente no âmbito contratual, pelo desnível ao qual conduzem. Nesse diapasão, pondera Calixto SALOMÃO Filho sobre o contraponto jurídico às *falhas de mercado* que: “Sendo essas imperfeições estruturais decorrentes exatamente da inexistência de processo de formação de conhecimento econômico e de escolha social próprias, o principal objetivo da teoria jurídica desenvolvimentista deve ser exatamente este”.<sup>135</sup> Para um parâmetro desse fenômeno, recorreremos ao levantamento realizado pela Fundação Instituto de Administração (FIA), ligada à Universidade de São Paulo e publicada em 2006. Segundo essa pesquisa, no Brasil, “40% das compras em supermercado são motivadas por impulso – e não por necessidade”.<sup>136</sup>

A realidade não coaduna com um contrato sempre entre iguais. O contratante igual é um tipo-ideal que não serve para solucionar os dilemas atuais do Direito Privado.

---

<sup>132</sup> MARQUES, C. L. Obra citada, p. 175-176.

<sup>133</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil...**, p. 489.

<sup>134</sup> WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**. ano 5, v. 17, Rio de Janeiro: Renovar, Instituto de Direito Civil – IDC, jan./mar. 2004, p. 5.

<sup>135</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 1, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003, p. 26.

<sup>136</sup> WEINBERG, Mônica. Compra por impulso. **Revista Veja**. Edição 1956. São Paulo: Abril. 17. mai. 2006. Disponível em: <[http://www.veja.com.br/170506/p\\_122.html](http://www.veja.com.br/170506/p_122.html)>. Acesso em: 25 jul. 2006.

Desse modo, o equilíbrio das partes contratantes implica, num primeiro momento, o reconhecimento da situação de desigualdade no caso concreto. Em seguida, em que pese as evidentes dificuldades, cumpre avaliar o desnível para, finalmente, estabelecer o modo mais adequado para atingir um (re)equilíbrio.<sup>137</sup>

O próprio ordenamento reconhece as disparidades. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) lista entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, art. 4º, I, o “reconhecimento da **vulnerabilidade do consumidor** no mercado de consumo”. De certo não é possível cogitar que se conserve o sentido e extensão da autonomia privada clássica. Na escrita de Orlando GOMES, “a interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*”.<sup>138</sup>

A vulnerabilidade é acolhida, outrossim, pela Carta Constitucional, a qual determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), bem como inclui entre os princípios da ordem econômica a defesa do consumidor (art. 170, V). Nesse sentido, em **Direito do Marketing**, escreve Fernando Gherardini SANTOS que “o reconhecimento constitucional da necessidade da proteção ao consumidor implica o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo”.<sup>139</sup>

AVELÃS NUÑES sustenta que, em Adam SMITH, já era possível perceber a compreensão do desequilíbrio entre os agentes do mercado. Ao abordar o contrato de trabalho, o teórico do liberalismo reconhece que, não obstante existam duas partes contratantes, não significa que tenham a mesma liberdade para contratar.<sup>140</sup> Fato é que o trabalhador, não possuindo os meios de produção, vê-se obrigado a disponibilizar sua *força de trabalho*. O empresário, proprietário dos meios de produção, pode eleger se deseja ou não contratar e também quantos e quais

---

<sup>137</sup> Essa afirmação não desconsidera a dificuldade seja de avaliar, seja de reduzir as desigualdades. No entanto, visa enfatizar que poderão ser necessárias medidas mais, ou menos, interventivas.

<sup>138</sup> GOMES, O. **Contratos...**, p. 7.

<sup>139</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. Biblioteca do Consumidor. v. 14, São Paulo:RT, 2000, p. 88.

<sup>140</sup> AVELÃS NUÑES, Antonio José. **Adam Smith e a Teoria da Distribuição do Rendimento**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29.

trabalhadores prefere, daí não se vislumbrar nessa relação igualdade entre as partes.

O direito focado na proteção do indivíduo aos poucos vem sendo substituído pela proteção da sociedade como coletividade de pessoas as quais são também consideradas em sua individualidade. Essa concepção **não** se limita ao Direito do Consumidor, atingindo todo o Direito Privado, quiçá, todo o Direito. Equivocada, pois, a compreensão de que a nova contratualidade está adstrita às normas de defesa do consumidor, ainda que nesse campo se revele de maneira mais evidente.

Como se viu, a vulnerabilidade do consumidor foi reconhecida expressamente pelo texto normativo do Código de Defesa do Consumidor. É dizer que no Direito do Consumidor, há uma predefinição legislativa da parte mais frágil. Daí dizer que o Código Civil não reconhece desigualdades é dar um passo com o qual não se pode concordar. Desse modo, em que pese ter se trabalhado com o conceito de *soberania do consumidor*, deve restar esclarecido que cláusulas abusivas e desequilíbrio contratual existem também fora do direito consumerista, logo, devem ser considerados para além dessa seara.

Na Jurisprudência, exemplar o seguinte entendimento expresso na sentença:<sup>141</sup>

*Observe, todavia, que o contrato em questão fora celebrado em 10-11-89 (fls. 30/36 da ação revisional), razão porque não há como serem-lhe aplicadas as disposições da legislação consumerista. Não obstante, as disposições do Direito das Obrigações e os novos princípios que o informam, consagrados pelo Código Civil de 2002, tais como a supremacia da ordem pública, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, a meu ver, autorizam ampla discussão acerca das cláusulas da avença e eventuais revisões de seus termos". (TJDF. Apelação Cível nº 2003.011.058623-8. Rel.: Des.Vasquez CRUXÊN. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/10/2005. DJU: 02/03/2006).*

Afastada a aplicação da legislação consumerista, por um fundamento de direito intertemporal, compreendeu o TJDF nesse julgado que os novos princípios do direito obrigacional permitem a discussão e revisão das cláusulas contratuais.

Comparando-se o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) e o Código Civil (lei 10.406/2002), é certo que se identifica uma aproximação<sup>142</sup> e, naturalmente,

---

<sup>141</sup> Disponível em: <<http://juris.tjdf.gov.br/docjur/236237/236959.doc>>. Em sentido similar: (TJDF. Apelação Cível nº 2003.011054799-3. Rel.: Des.Vasquez CRUXÊN. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/10/2005. DJU: 02/03/2006). Disponível em: <<http://juris.tjdf.gov.br/docjur/236237/236957.doc>>.

alguns valores em comum,<sup>143</sup> sendo a marca do Código de Defesa do Consumidor a tutela de um destinatário específico: o consumidor. Explica Paulo NALIN<sup>144</sup>, que:

o Código Civil se pauta pelo princípio da igualdade, sem se preocupar eleger, em juízo prévio, um dos sujeitos, por exemplo, da relação contratual, como merecedor de especial tutela. Portanto, desprezando a qualidade *a priori* do sujeito, remete a sua (eventual) tutela ao âmbito concreto da relação jurídica.

Não obstante, pretender que apenas o Código de Defesa do Consumidor tutela relações entre desiguais é retroceder a igualdade teórica<sup>145</sup> o que não mais se pode admitir.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Há muitos pontos em comum na concepção do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Nessa linha, o enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal exprime que: “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada** ..., p. 58. Alinha-se a esse pensamento LÔBO: “os princípios sociais aproximam, muito mais do que se imaginava, o Código Civil do Código de Defesa do Consumidor”. LÔBO, P. L. N. **Princípios** ..., p. 15.

<sup>143</sup> Para ARAÚJO: “O novo Código Civil Brasileiro traz ao direito privado geral os mesmos princípios do CDC (v.g função social dos contratos (421), a boa-fé objetiva (422) etc.). A convergência entre o CDC e o CCB é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre essas duas leis que, com igualdade e equidade, visam a harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo ou especiais”. ARAÚJO, E. R. de. **Direito Civil** ..., p. 130. A abreviatura “CDC” corresponde a Código de Defesa do Consumidor e “CCB” ou “CC/02” à Código Civil Brasileiro (de 2002). NALIN, P. **A autonomia...**, p. 19.

<sup>144</sup> NALIN, P. **A autonomia...**, p. 22.

<sup>145</sup> Conforme RIPERT “igualdade absoluta não se encontra nunca, mesmo quando é aparente; ela não pode existir entre dois seres que têm um pensamento, uma vontade e um fim diferentes” RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução: Osório de Oliveira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 89. Entretanto, para RIPERT, a “desigualdade é fatal e existe em todos os contratos”, não sendo prejudicial. A liberdade contratual, portanto, deve persistir, sendo “os abusos deste poder econômico que é necessário impedir”. (p. 115-116). Deve-se ter em conta que embora sempre haja desigualdades nos contratos, determinados níveis de desigualdade são intoleráveis.

<sup>146</sup> Em sentido diverso, para ARAÚJO: “As normas do CCB [Código Civil Brasileiro], prevalece a dimensão individual, pois **regulamentar o caso privado entre iguais** e os direitos daí resultantes é sua finalidade principal”. ARAÚJO, E. R. de. **Direito Civil** ..., p. 131. Grifou-se. Ademais, defende a: “função social do contrato como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato e por ele são atingidos”. Não obstante, entende-se que não seria coerente que a função social dos contratos vincule os contratantes externamente (em relação à sociedade), sem que, contudo, levasse em consideração se tais fins sociais foram cumpridos na relação entre os contratantes, internamente. Igualmente, imperioso ter em conta que ainda na hipótese de igualdade de poder econômico, há outros fatores que podem causar desequilíbrio. Assim, uma grande empresa monopolista, ao adquirir de outra empresa monopolista, de igual porte, determinado produto sofisticado, específico, por ter em menor informação em relação a esse produto, pode estar em situação de desequilíbrio.

LORENZETTI,<sup>147</sup> ao descrever sobre a intervenção através da ordem pública ilumina a questão das “situações de poder”. Aduz que:

O problema aqui é que as partes podem ter emitido corretamente sua declaração, e expressado o consentimento, mas há uma desigualdade socioeconômica, em virtude da qual não há discussão, negociação, mas simples adesão. Estas circunstâncias que, antes, não interessavam ao Direito, mas à sociologia, têm sido ‘jurisdicionadas’ mediante normas de ordem pública. (...) O que se pretende com esta ordem pública é proteger uma das partes, reestabelecendo o equilíbrio contratual. Entre suas características: constata-se que há uma deficiência estrutural no mercado, e se ajuda a corrigi-la; **o que interessa são as situações de poder**, e não a existência de formulários pré-redigidos.

É ilógico sustentar que a tutela de uma relação contratual ou será realizada no âmbito do consumidor, aí com parâmetros de justiça e consideração da situação concreta ou será entre iguais. A boa-fé objetiva, a função social do contrato, a resolução por onerosidade excessiva, a lesão, são todos institutos positivados no Código Civil aplicáveis às relações interprivadas em sentido amplo. Não bastassem essas considerações, se a Constituição Federal traz a igualdade como princípio norteador, não será o Código Civil a dizer que todos são iguais fora do Direito do Consumidor; afinal, não se sustenta mais uma interpretação do Direito Privado que ignore a Constituição.<sup>148</sup> Nesse diapasão, prega Judith MARTINS-COSTA que:

*A função social do contrato, é, evidentemente, e na literal dicção do art. 420 [atual art. 421] um condicionante ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base da disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual, que escapa a regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art. 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção, o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, o catálogo de casos de abusividade.<sup>149</sup>*

<sup>147</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 547-548. Grifou-se.

<sup>148</sup> Como, aliás, em que pese as considerações sobre a igualdade no Código Civil, reconhece Eugênio ARAÚJO: “a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III CF), fundamentos da República, e **adoção do princípio da igualdade substancial** (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, parágrafos 2º e 3º da CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua de valores ali estabelecida”. ARAÚJO, E. R. de. **Direito Civil ...**, p. 112. Grifou-se. “CF” é abreviatura de Constituição Federal da República.

<sup>149</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. ano 87, v. 753, São

Esposando tal compreensão o seguinte julgado do TJSC: <sup>150</sup>

A explícita abusividade de cláusula contratual implica na sua nulidade, ainda que não se trate de contrato de adesão e não seja aplicável ao caso concreto o Código de Defesa do Consumidor. É consabido, que quem assume uma obrigação a ser cumprida sujeita-se à imprevisibilidade, que pode variar em seu proveito ou prejuízo. Todavia, havendo fulgente inopinada mutação, subversiva do equilíbrio contratual pactuado entre as partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, impingindo a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, sob o fundamento do princípio da equidade que vem sido acolhido como um corolário da teoria da função contratual, a qual se contrapõe à do *pacta sunt servanda*. A ampla liberalidade contratual desmedida das partes, que lhes faculta estipularem deveres ou estabelecerem disposições mistas, ampliando ou restringindo direitos e criando, assim, entre elas a figura dos contratos atípicos, esbarra-se nas restrições impostas pela supremacia da ordem pública, conforme estipula o atual Diploma Civil, em seu artigo 421 “será exercido em razão e nos limites da função social do contrato”.

---

Paulo: RT, jul. 1998, p. 40-41. Rege o Código de Defesa do Consumidor, art. 51 as hipóteses de nulidade de pleno direito, entre as quais a “IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...) XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

<sup>150</sup> “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM RESTITUIÇÃO DE VALORES - PAGAMENTO DE 1/3 (UM TERÇO) DO VALOR TOTAL DO IMÓVEL - SURGIMENTO DE FATO SUPERVENIENTE - RESILIÇÃO DO CONTRATO NEGADA - INADIMPLEMENTO - RESCISÃO QUE SE IMPÕE - CLÁUSULA CONTRATUAL ASSENTANDO ARRAS - PERDA TOTAL DA IMPORTÂNCIA PAGA – ABUSIVIDADE DEFLAGRADA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE - EXEGESE DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE REVISÃO – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IMPREVISIBILIDADE (REBUS SIC STANTIBUS) SOBRE O DO PACTA SUNT SERVANDA - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - PRIMAZIA DO EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO CONTRATUAL - IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO EM FACE DO PROMITENTE VENDEDOR POR ENCARGOS RESULTANTES DA RESCISÃO CONTRATUAL - ARBITRAMENTO EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR EFETIVAMENTE PAGO - BENFEITORIAS - AUSÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (TJSC. Apelação Cível nº 2004.021299-2. Rel.: José Volpato. Data do Julgamento: 26.11.2004. Diário da Justiça de 14.12.04. Disponível em:

<<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/a2004/20041157400.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2006.

### 3. METAMORFOSE E ESTABILIDADE: CONFLITOS E COEXISTÊNCIA

#### 3.1 O Sentido Atual da Segurança Jurídica

A segurança jurídica não foi abandonada pelas novas interpretações dos princípios contratuais. Do mesmo modo que os princípios clássicos, a segurança jurídica coexiste com os chamados princípios contratuais contemporâneos, tais como *boa-fé objetiva*, *função social do contrato* e *igualdade substancial*. De certo, a segurança jurídica deixou de possuir um papel de prevalência sobre os demais interesses da coletividade; contudo, não foi “revogada”. A esse respeito, necessário perquirir o conteúdo e significado dos tradicionais institutos jurídicos; tema sobre o qual reflete amplamente a doutrina. Segundo COMPARATO:<sup>151</sup>

A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade.

Dizer que a segurança jurídica persiste como valor a informar o ordenamento jurídico exige referir que, contudo, não deve ser o único princípio a ser considerado nem que esteja acima dos demais. Em uma palavra, deve-se dar condições à convivência da segurança jurídica com a porosidade do ordenamento jurídico para a vida real. No magistério de Gustavo TEPEDINO:<sup>152</sup>

Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos são elementos indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento de outro representaria a perda de contato com a norma viva.

Experencia-se na passagem de uma perspectiva Liberal ao Estado Social relevante mudança no Direito, em especial com o incremento de sua atuação no campo da “*atividade econômica em sentido amplo*”.

---

<sup>151</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 106.

<sup>152</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 285.

Sobre essas transformações, FACCHINI Neto afirma que:

Se o chamado *mundo da segurança* que caracterizou a era das codificações e das constituições liberais representou, de certa forma, o primado do direito privado sobre o direito público, esta relação se inverte com o advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do *Welfare State*.<sup>153</sup>

Na lição de Pietro PERLINGIERI: “O interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante”.<sup>154</sup> A premissa de que os códigos são sistemas completos, desprovidos de antinomias, cedeu espaço às cláusulas abertas, à ponderação de princípios, à interpretação baseada na Constituição. Tornou-se imperativo considerar a realidade a abalar a certeza em prol da “concretude das circunstâncias”.<sup>155</sup> Segundo Cláudia Lima MARQUES,

as leis passam a ser mais concretas, mais funcionais, menos conceituais. É o novo ideal de concretude das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina.<sup>156</sup>

Trata-se de um olhar em que o “conteúdo das situações jurídicas volta a ganhar protagonismo para a apreciação da juridicidade”,<sup>157</sup> voltado a uma

---

<sup>153</sup> FACCHINI NETO, E. **Reflexões ...**, p. 21-22. A expressão “*mundo da segurança*”, aponta Judith MARTINS-COSTA, foi criada por Stefan ZWEIG. Sobre essa concepção, explica MARTINS-COSTA que: “*Esse mundo, onde a vida é perspectivada como ‘escolha de fins’ e onde para escolher os fins o indivíduo deve exercer o poder e assumir a responsabilidade pela escolha de iniciativas que não defere a mais ninguém é o mundo da crença no capitalismo, na empresa privada competitiva, na ciência, na tecnologia, no governo representativo, na separação entre o Direito e a Moral*”. MARTINS-COSTA, J. **Noção ...**, p. 509.

<sup>154</sup> PERLINGIERI, P. **Perfis ...**, p. 285.

<sup>155</sup> A expressão é de Judith MARTINS-COSTA. **Comentários ...**, p. 10. REALE acentua a importância da realidade fática ao direito sublinhando que “*o que se objetiva alcançar é o direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma*”. REALE, Miguel. Visão Geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**. Ano 3, n. 9, São Paulo: RT, jan./mar. 2002, p. 15. No dizer de LEONARDO, os Códigos Cíveis liberais careceram de funcionalização, de modo que “*cada legislador, a seu modo, acabou centralizando suas preocupações na determinação dos que seriam as ‘regras do jogo’ do trânsito de riquezas, consubstanciadas em critérios de averiguação da existência, validade e eficácia que pouco, ou quase nada, referiam-se à concretude da operação econômica engendrada pelos contratos*”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade de Londrina. v. II, Curitiba: Juruá, 2005, p. 145.

<sup>156</sup> MARQUES, C. L. **Contratos ...**, p. 179.

<sup>157</sup> ASCENSÃO, J. de O. **A desconstrução...**, p. 45.

concepção de que “a lei não contém todo o direito”.<sup>158</sup> Segundo o ensinamento de Judith MARTINS-COSTA a questão é “saber se sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis”.<sup>159</sup> Completa Darcy BESSONE<sup>160</sup> assinalando que:

O legislador formulando textos rígidos e universais estabelece normas esquemáticas, sem previsão exata dos atos e fatos particulares, que no futuro, cairão sobre seu domínio. Por isso mesmo, as disposições normativas nem sempre se mostram adequadas, especialmente em relação aos casos anormais.

Nesse diapasão, expõe Judith MARTINS-COSTA sobre a codificação que o objetivo era “sistematizar em um corpus unificado todo o ordenamento jurídico. O que ali não estivesse contido seria o ‘não Direito’, o vazio jurídico. A idéia de Código corresponde, portanto, a de um sistema fechado”.<sup>161</sup> A nova perspectiva, ao contrário, abre suas portas à realidade por meio das cláusulas gerais.<sup>162</sup> Ruy Rosado de AGUIAR Júnior ao analisar tais mudanças salienta que:

é a antiga bipolarização entre a segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta, de outro; do sistema fechado, imune às influências externas, e por isso mesmo estático e facilmente superável pelo evoluir das coisas de acordo com a sua natureza, em contraposição ao sistema aberto.<sup>163</sup>

Essa técnica importa em indeterminação não num sentido que contrapõe a segurança jurídica, mas no sentido de comportar um conteúdo dinâmico, de permitir sua atualização e ajuste constante.

<sup>158</sup> MARTINS-COSTA, J. **Noção** ..., p. 504.

<sup>159</sup> MARTINS-COSTA, J. **O Direito** ..., p. 25.

<sup>160</sup> BESSONE, D. **Do Contrato**..., p. 293.

<sup>161</sup> MARTINS-COSTA, J. **Noção** ..., p. 504.

<sup>162</sup> Explicita PERLINGIERI que: “*legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar as normas às situações de fato*”. PERLINGIERI, P. **Perfis** ..., p. 27. Na visão de REALE, “*são previstas, em suma, hipóteses, por assim dizer, de ‘indeterminação do preceito’ cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias ocorrentes*”. REALE, M. **Visão Geral** ..., p. 14. Descrevendo as mudanças no Direito aduz FACHIN que “*a semântica conceitual explode o monismo das definições*”. FACHIN, L. E. **Estatuto**..., p. 271.

<sup>163</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. **Revista CEJ**. v.3, n. 9 set./dez. 1999, p. 5.

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, antes a sua inevitável indeterminação de conteúdo 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 de justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante mais vulnerável, constituem ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.<sup>164</sup>

Em que pese, reconheça, traz alguma instabilidade nessa nova sistemática, ressalta Paulo NALIN, a finalidade da segurança jurídica – estabilidade e previsibilidade das relações – continua a ser buscada, porém, por novos caminhos<sup>165</sup>. Afinado a esse pensamento, afirma que:

Um novo perfil da segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio das relações reciprocamente consideradas<sup>166</sup>.

Na consagrada lição de Judith MARTINS-COSTA:<sup>167</sup>

as cláusulas gerais, mais do que um ‘caso da teoria do direito – pois **revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis**. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de

<sup>164</sup> LÔBO, P. L. N. **Princípios ...**, p. 15.

<sup>165</sup> NALIN, P. **Do Contrato....**, p. 213. Perfilha-se a posição de NALIN, de modo que o princípio da *pacta sunt servanda*, sofre um detalhamento para especificar que sua tutela exige consonância com o ordenamento jurídico como um todo, é dizer, não mais predomina. De todo modo, seria grave equívoco pensar que os contratos não devessem mais ser cumpridos, sob pena de impedir o desenvolvimento das atividades da sociedade. Nesse passo, refere BRITO que “*Embora a obrigatoriedade do contrato deva persistir, tendo em vista a segurança das relações, não se pode afastar de outro princípio, qual seja, o de que os contratantes não possam tirar vantagem de um contrato abusivo, por ser obrigatório*”. BRITO, Rodrigo Toscano de. Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 370. Exprime ARRUDA ALVIM “*não nos devemos esquecer que os contratos existem para vincular às pessoas e que devem fundamentalmente, ser cumpridos*”. ARRUDA ALVIM. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. ano 92, v. 815. São Paulo: RT, set. 2003, p. 13. Atento as transformações, todavia, ressalta que “*se o grande princípio que vigorou no século passado e que modelou os ordenamentos até a II Guerra Mundial era exatamente esse princípio da pacta sunt servanda, consagrando um regime jurídico protetivo do princípio, há de se reconhecer que ocorreu alguma minimização desse princípio no Código Civil de 2002*”. ARRUDA ALVIM, p. 24.

<sup>166</sup> NALIN, P. **Do Contrato....**, p. 213.

<sup>167</sup> MARTINS-COSTA, J. **O Direito....**, p. 26-27.

comportamento, deveres de conduta, não previstos legislativamente (e, por vezes, casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

A aplicação de novas teorias, tais como a Teoria Imprevisão e a Teoria da Onerosidade Excessiva,<sup>168</sup> distancia o caráter absoluto da segurança jurídica, tal qual ocorreu em relação aos demais princípios contratuais clássicos. De modo análogo apura-se a dificuldade de determinar um nível ótimo de intervenção do Estado na Economia, a fazer nascer no Direito Privado a necessidade de compor a segurança jurídica, a dinamicidade do mercado, os valores sociais e interesses individuais. Correta, pois, a percepção de que “(...) é árdua a tarefa do legislador: flexibilizar o código sem abrir mão da segurança jurídica”.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Retratando a evolução nessa seara, BITTAR explica que “*têm sido admitidas as excusas naturais: a) ditames de forças maior e b) de caso fortuito. Mas os desequilíbrios econômicos ditados por fenômenos de vária ordem e inclusive pela própria política adotada pelos governantes, em épocas diferentes, geraram a concepção de que devem ser revistos os contratos sempre que fatores exógenos rompam o equilíbrio e desnivalem as partes (...) aceita-se então a teoria da revisão dos contratos, em conformidade com a qual deve haver a intervenção do juiz para o reestabelecimento do equilíbrio rompido por circunstâncias externas e imprevisíveis, ao tempo da contratação (teoria da imprevisão, ou ainda, da cláusula ‘rebus sic stantibus’)*”. BITTAR, C. A. **O Dirigismo...**, p. 27. Em sua concepção medieval, registra ARRUDA ALVIM, a cláusula determinava: “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, ou seja, em tradução livre, “*nos contratos que dependem do futuro porque se devem cumprir ao longo do tempo, devem ser entendidos subsistentes se as coisas [as realidades presentes quando de sua feitura permanecem]*”. **A função...**, p. 16-17. Tal concepção é bastante útil para compreensão do desenvolvimento nesse campo. Atente-se para que a revisão contratual dependia de relacionamento de trato sucessivo e alteração na correspondência das obrigações. A revisão a dependia de fatores exógenos que abalasse o equilíbrio – o qual, por conseguinte, se supunha haver. Ainda em institutos mais recentes há requisitos adicionais, um *plus*. Nessa esteira, no Estado de perigo deve o contratante estar “*premidado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano.*” (Código Civil, art. 156). Na lesão deve haver premente necessidade ou inexperiência (Código Civil, art. 157). Na onerosidade excessiva ou exige-se “*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*” (Código Civil, art. 478) ou que se trate de situação em que “*as obrigações couberem a apenas uma das partes*” (Código Civil, art. 480). Nenhum desses institutos é suficiente para se opor a contratos que, firmados por agente plenamente capaz e experiente, desde o início são excessivamente onerosos apresentando vantagem excessiva de uma das partes.

<sup>169</sup> MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. ano 91, v. 801, São Paulo:RT, jul. 2000, p. 12.

### 3.2 A Busca por uma Igualdade Substancial

O Estado Liberal respeita a propriedade e a “liberdade”, todavia, esbarra numa igualdade meramente formal.<sup>170</sup> Novas cores foram trazidas com a Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Privado. No dizer de TEPEDINO, a atual constituição representou uma passagem de um Estado Liberal ao Estado Social.<sup>171</sup> Observa-se nesse diapasão que: “Foi necessária a intervenção estatal para garantir a proteção dos direitos fundamentais do homem quando se percebia o ocaso do *laissez-faire*. Isto se processou de várias formas, seja pelo dirigismo contratual, seja pelas limitações ao direito de propriedade”.<sup>172</sup>

Em harmonia com essa concepção, exprime Eros Roberto GRAU que são “as imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, que conduziram à atribuição de nova função ao Estado”.<sup>173</sup> É nesse contexto que surge, por conseguinte, o Estado Social, o qual denota uma revisão do Estado Liberal, marcado pelo individualismo, desigualdade social e econômica e absentismo estatal.<sup>174</sup> Distanciando-se da igualdade formal do liberalismo, o que se pretende no Estado Social é uma igualdade real,<sup>175</sup> substancial,

---

<sup>170</sup> Sobre a igualdade no liberalismo colaciona GRAU que “A igualdade, de outra parte, alcançava concreção exclusivamente no nível formal. Cuidava-se de igualdade à moda do porco de Orwell, no bojo do qual havia – como há – os ‘iguais’ e os ‘mais iguais’”. GRAU, E. R. **Ordem...**, p. 18.

<sup>171</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 203.

<sup>172</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 123. No mesmo diapasão, nas palavras de ANDRIGHI: “A substituição, no Direito Civil, da ótica individual pela ótica social possui como substrato histórico as disfunções econômicas geradas pela concentração do capital e pelas guerras mundiais da primeira metade do século XX, de um lado, e a disseminação do sufrágio universal, de outro. Houve, assim, a transformação do Estado Gendarme, mero garantidor do direito de propriedade e da autonomia da vontade exercida através dos contratos, em um Estado Intervencionista, detentor de instrumentos capazes de influenciar as esferas privadas de decisão econômica, com vistas ao atendimento dos interesses gerais da coletividade”. ANDRIGHI, F. N. **Do contrato ...**, p. 6.

<sup>173</sup> GRAU, E. R. **Ordem...**, p. 17.

<sup>174</sup> LATAILLADE, I. C.. RODRIGUEZ, T. Z. **Introducción...**, p. 131. Não se pode dizer, infelizmente, que não é característica do Estado Social a desigualdade social e econômica. Entretanto, em vista a atividade estatal volta-se a melhoria desse quadro.

<sup>175</sup> Ao examinar as normas de ordem pública, em relação ao equilíbrio contratual, expressa LORENZETTI que: “pretende-se assegurar a igualdade não real, mas de oportunidades, para que as partes possam expressar seu consentimento, suprimindo as distâncias socioeconômicas”. LORENZETTI, R. L. **Fundamentos ...**, p. 548.

material,<sup>176</sup> é uma “igualdade niveladora”, na expressão de Paulo BONAVIDES,<sup>177</sup> ou um “equilíbrio sistêmico”, como refere Alexandre Ditzel FARACO.<sup>178</sup> Com efeito, diferenciando igualdade formal e substancial lecionam Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK que:

*a igualdade formal esgota-se na igualdade perante a lei. A igualdade substancial implica o respeito à diferença, em uma igualdade de sentido negativo – que sob esse aspecto, guarda grande proximidade com o sentido formal da igualdade -, não se reduzindo, entretanto, a esse aspecto: a igualdade material implica também a busca de igualdade através da lei.*<sup>179</sup>

No Estado Liberal a igualdade – exclusivamente formal – servia de instrumento para a liberdade absoluta. Em coerência a essa visão, explica Hugh COLLINS, o sistema contratual prestava-se a tutelar a vontade e garantir os acordos, razão pela qual seria considerada injusta a intervenção estatal. Em “The Law of Contracts”<sup>180</sup> explica que:

The unity and simple analytical framework of the law of contract, which was provided by the cardinal principle of respecting and enforcing voluntary choices, established a closed system of thought which necessarily excluded inconsistent rules and doctrines. There could be no place, for example, for a rule which insisted upon the fairness of the exchange between parties, because that would contradict the fundamental assumption of this system of doctrinal thought that it was designed to facilitate and enforce the voluntary choices of individuals, regardless of the wisdom or prudence of such choices.

---

<sup>176</sup> FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. **Código Civil** ..., p. 27.

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 379.

<sup>178</sup> FARACO, A. D.. **Regulação** ..., p. 45. Em sua compreensão “O *paradigma do Estado Social desenvolve-se procurando explicar uma organização econômica na qual o Estado passa a atuar como agente necessário à manutenção de um equilíbrio sistêmico*”.

<sup>179</sup> FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. **Código Civil** ..., p. 27.

<sup>180</sup> De acordo com COLLINS, Em tradução livre, “A unidade e a simples moldura analítica da lei que rege os contratos, fundada no princípio cardinal de respeito e tutela da vontade, constituía um sistema fechado, infenso a regras e teorias incompatíveis. Não haveria espaço, por exemplo, para uma regra que visasse à justiça da troca realizada entre os contratantes, visto que seria contraditório com a premissa desse pensamento desenvolvido para facilitar e fazer cumprir a vontade realizada pelos indivíduos segundo sua vontade, independente da sabedoria ou prudência de suas escolhas”. COLLINS, Hugh. *The Law of Contracts*. p. 7. Observe-se que o termo “*fairness*” é polissêmico, podendo significar “justiça, honestidade, imparcialidade ou equidade”. Verbetes *fairness*. In: MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico – Law Dictionary**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elos, 1998, p. 324. O vocábulo “*enforce*”, significa “fazer cumprir”, “impor”, “compelir”. **Oxford Spanish Dictionary**. 3 ed. Nova Iorque: Oxford Press, 2003, p. 1193.

No Estado Social a liberdade é harmonizada e se direciona para a igualdade substancial, concreta.<sup>181</sup> A igualdade formal determinada pela lei é superada pela materialidade a considerar as diferenças. Em discurso publicado em 1.914, assim pronunciou-se RUI BARBOSA<sup>182</sup> sobre a igualdade formal:

Todos são iguais perante a lei. Assim no-lo afirma, no parágrafo seguinte, esse artigo constitucional. (Art. 72, § 2º, da Constituição de 1891). Vêde, porém, como os fatos respondem à Constituição. Na Grã-Bretanha, sob a coroa de Jorge V, o arquiduque herdeiro da coroa d' Áustria é detido na rua e conduzido à polícia como contraventor da lei, por haver o seu automóvel excedido à velocidade regulamentar. As mesmas normas se observavam no Brasil, sob o cetro de D. Pedro II, quando o carro do imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguais ante a lei. Mas no Brasil destes dias, debaixo do bastão do Marechal Hermes, o seu secretário, por duas vêzes, quando um guarda-civil lhe acena ao motorista com o sinal de aguardar, enquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e imediatamente o manda punir com a demissão. Noutra ocasião é um general do Exército, que salta, iracundo e decomposto, do veículo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automóvel menor celeridade na carreira. Êsses exemplos, da mais alta procedência, verificados e registrados pelos jornais, na metrópole brasileira, desmascaram a impostura da igualdade entre nós, e mostram que valor tem, para os homens da mais eminente categoria, entre as influências atuais, como para os que mais perto estão do chefe do Estado, as promessas da Constituição.

Sobre o tema, leciona Joaquim de Sousa RIBEIRO<sup>183</sup> que:

retirada a máscara abstractizante da 'pessoa', que a todos iguala, se ponderem interesses de categorias de sujeitos, definidas e diferenciadas por uma determinada posição e papel no âmbito do económico-social (os trabalhadores, os inquilinos, os consumidores, os investidores, os segurados, os turistas etc.).

---

<sup>181</sup> Nessa esteira, observa TALAVERA “[a] *compatibilização do princípio da liberdade com a igualdade, vez que, para o liberal, o principal é expansão da liberdade individual, para o igualitário, é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto*”. TALAVERA, Glauber Moreno. *Função social do contrato no novo Código Civil*. **Revista CEJ**. n. 19, Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, out./dez. 2002, p. 96.

<sup>182</sup> RUI BARBOSA. Igualdade perante a lei. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 4, n. 46, Brasília: Presidência, mar. 2003. Sobre o tema, pondera GRAU: “*o próprio enunciado do princípio – ‘todos são iguais perante a lei’ – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais*”. GRAU, E. R. **Ordem....**, p. 18.

<sup>183</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé**. Transcrição da Palestra proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil, organizado pela Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR. Curitiba. 15 a 17. set. 2005, p. 9.

Alia-se a esse pensamento Enzo ROPPO<sup>184</sup>, assinalando que:

A ideologia que exalta a liberdade contratual como pilar de uma forma de organização das relações sociais mais progressiva contém elementos de verdade. Mas como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade, mais precisamente, cala e oculta a realidade jurídica que se esconde por detrás da 'máscara' da igualdade jurídica dos contratantes, cala e oculta as funções reais que o regime do laissez-faire contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio prosseguem.

Diante da nova conformação dos princípios contratuais, consigna José João SADY que: “o contrato deixa de ser um negócio jurídico que concerne apenas aos contratantes, mas uma atividade humana que concerne ao conjunto da sociedade”.<sup>185</sup> No âmbito do direito do consumidor apresentam-se importantes evoluções, em especial no que se refere à tutela das situações de hipossuficiência, admitindo-se, inclusive, a hipótese de inversão do ônus da prova em determinadas hipóteses. A questão do desequilíbrio entre as partes e do reequilíbrio do contratual, todavia, desponta como tema fundamental no Direito Privado como um todo. Nessa toada assevera FACHIN que: “Nos contratos, o sentido da comutatividade e da igualdade marca, cada vez mais, a repressão das cláusulas abusivas e a tentativa de impedir as desproporções, permitindo a revisão das equações econômicas e financeiras dos contratos”.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> ROPPO, E. **O contrato...**, p. 37. A respeito da ideologia, ressalta COLLINS que a liberdade de contratar prestava-se também à legitimação do Poder Estatal, limitando-a sob a bandeira de proteção a liberdade dos cidadãos. COLLINS, H. **The Law ...**, p. 6.

<sup>185</sup> SADY, José João. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho: a função social do contrato. **Revista de Legislação do Trabalho**. Ano 67, n. 07, São Paulo: LTR, jul. 2003, p. 819.

<sup>186</sup> FACHIN, L. E. **Teoria Crítica ...**, p. 230. Na dicção de MARTINS-COSTA: “*visualizando o sistema jurídico não mais como um sistema fechado que se auto-referência de modo absoluto, mas como um sistema relativamente ‘aberto’ às intersecções de valores éticos, e de elementos históricos e sociais, tradicionalmente tidos como meta-jurídicos, se legitima a intervenção estatal no vínculo que, por séculos, esteve fundado no espaço sacralizado da vontade individual. A relação entre contrato e comutatividade, de onde provém, inclusive um dos critérios aristotélicos de justiça, poderá, talvez, assim ser retomada*”. MARTINS-COSTA, J. **Noção ...**, p. 513. Para Ricardo Luis LORENZETTI: “*La noción de ‘reciprocidad’, o ‘comutatividad’ es comprendida como una ecuación que surge en el momento que el contrato se celebra. Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original*”. Em tradução livre: “A noção de ‘reciprocidade’ ou ‘comutatividade’ pode ser compreendida como uma equação que surge no momento da celebração do contrato. Este conceito pode ser mantido em um vínculo extenso: os contratos reformulam-se quanto seu conteúdo na medida da evolução tecnológica, dos preços, dos serviços e seria insensato obrigar as partes a cumprir ponto a ponto o que foi pactuado no sinalagma original”.

Transcorre, pois, verdadeira revolução na contratualidade que se traduz na existência de uma série de conflitos (tensões), ou melhor, na necessidade de diversos diálogos – entre a autonomia privada e desequilíbrio entre as partes contratantes, função econômica e a função social, os interesses econômicos e sociedade, entre Estado e pessoa, público e privado. Compreende Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO<sup>187</sup> a antiga divisão fundamental entre Público e Privado:

se transforma em distinção ‘meramente quantitativa’: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

### **3.3 Harmonização entre o Público e Privado – Subsistência do Conteúdo Econômico e a Função Social do Contrato**

Sob o ponto de vista do Direito Econômico, em sua essência, a função social do contrato se traduz numa forma de ação do Estado na esfera privada na determinação e aplicação de parâmetros – *standards* – para a atuação dos particulares. Joaquim de Sousa RIBEIRO<sup>188</sup> estabelece um elo entre intervenção estatal e *materialização* como denomina a consideração das circunstâncias do caso concreto. A atuação estatal está em função do reconhecimento da realidade dos fatos de desigualdades. Em sua leitura,

o que há de qualitativamente novo, nesta tendência, é, sobretudo, o facto de o acto contratual deixar de ser visionado isoladamente, para passar a ser visto como integrando uma dada actividade, cujos dados estruturais são tidos em conta. Deste modo, a disciplina do acto é pensada como instrumento de regulação de um determinado sector da actividade jurídico-económica, muito especialmente na área da contratação final das empresas com os consumidores.

---

<sup>187</sup> TEPEDINO, M. C. B. de M. **A caminho** ....., p. 26.

<sup>188</sup> RIBEIRO, J. de S. **O Controlo** .... p. 8-9

A imposição de tais limites, não pode ser confundida com uma guinada para o sistema econômico socialista, conforme se demonstra a seguir. A função social insere-se, por conseguinte, num contexto de economia capitalista, como uma forma de lhe estabelecer certas limitações, sem eliminar o lucro, a propriedade privada, a autonomia privada<sup>189</sup> ou a livre iniciativa.

Em primeiro, conforme assinala CANOTILHO, “O Estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito dos direitos sociais”.<sup>190</sup> Em segundo, por força da lógica, tal como a função social da propriedade implica em haver propriedade privada,<sup>191</sup> a função social do contrato pressupõe a tutela dos contratos, da livre iniciativa, do lucro obtido por meios lícitos bem como a propriedade privada. Os contratos, portanto, não deixam de existir no Estado Social, todavia, seria contraditório que em sua atividade de defesa dos interesses da sociedade, o Estado protegesse um contrato que afeta de modo prejudicial à comunidade.<sup>192</sup>

Assim sendo, a liberdade de iniciativa e presença estatal na *atividade econômica em sentido amplo* não são duas forças antagônicas, ao revés, são mecanismos que atuam em um mesmo sistema. Não é um paradoxo, portanto, falar-se em planejamento estatal e liberdade de iniciativa. Como explica Fabio Konder COMPARATO, “a partir da segunda guerra mundial, a planificação deixa de ser um

---

<sup>189</sup> “No Código Civil de 2002 a função social do contrato surge relacionada à ‘liberdade de contratar’, como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou a autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, pretendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica”. LÓBO, P. L. N. **Princípios** ..., p. 17.

<sup>190</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional** ..., p. 341-342.

<sup>191</sup> Como repara GRAU, “*embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada*”. GRAU, E. R. **Ordem** ..., p. 211. Logo, a função social pressupõe a propriedade, e, portanto, não se choca com a propriedade privada. Nessa toada, afirma BERCOVICI que “*a função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a*”. BERCOVICI, G. **Constituição** ..., p. 147.

<sup>192</sup> Como se nota, condicionar a eficácia do contrato e sua tutela pelo Estado ao cumprimento da função social é harmonizar as atividades estatais e torná-las mais eficientes. Em outras palavras, seria incoerente que o Estado simultaneamente, defendesse os interesses coletivos e tutelasse contratos que são prejudiciais à sociedade num nível intolerável. A esse respeito, cuida AGUIAR Junior que “*O contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força — pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia*”. AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. **As obrigações** ..., p. 3.

instituto exclusivo das economias socialistas para tornar-se a expressão mais freqüente da política econômica do Estado”.<sup>193</sup> Em harmonia com esse pensamento, consignam J. J. Gomes CANOTILHO e VITAL MOREIRA,<sup>194</sup> em “Fundamentos da Constituição”:

Se houvesse de classificar o sistema econômico constitucional de acordo com uma dicotomia corrente – ‘economia de mercado’/‘economia planificada’ – claramente teria de ser integrado na primeira família. Trata-se, todavia, de uma economia de mercado corrigida pela regulação pública, variando a relevância desta consoante a dimensão do sector público e com a extensão vinculativa dos planos e das medidas de intervenção pública.

A lição, apesar de tomar por base a Constituição Portuguesa, aplica-se inteiramente à realidade brasileira. Em consonância com esse raciocínio, AVELÃS NUÑES destaca que planificação não é exclusividade das economias socialistas. É visível, aliás, nas economias capitalistas (economias de mercado) em graus variados.<sup>195</sup> Da mesma maneira que não há um contra-senso entre a proteção constitucional da propriedade e a previsão de sua função social, a tutela da função social do contrato não se opõe à contratualidade – antes a **reafirma** – porque ao se atribuir uma função social, sublinha-se o contrato como um meio de concretização dos ideais do Estado e se reconhece o **dever** de tutelá-lo.

Dirá Luís Roberto BARROSO que: “a disciplina é forma de intervenção que se dá não contra o mercado, mas a seu favor”.<sup>196</sup> No âmbito dos contratos, significa que ao invés de eliminar a autonomia privada se determina parâmetros para seu exercício. Sua nova feição, desprovida do caráter absoluto – típico da autonomia da vontade – concilia interesses individuais e coletivos, de modo que nenhum deles precise ser completamente eliminado. Nas palavras de Eros GRAU: “é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas”.<sup>197</sup> Nem

---

<sup>193</sup> COMPARATO, F. K. **O indispensável ...**, p. 22.

<sup>194</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 167.

<sup>195</sup> AVELÃS NUÑES, criticando um segundo o critério de coordenação da Economia, exprime que a “*coordenação é compatível com sistemas económicos diversos (...) como mostra hoje a tendência para o ser – através da planificação pública – o capitalismo dos países industrializados, que se vem afastando de sua forma clássica de economia de mercado*”. AVELÃS NUÑES, A. J. **Os Sistemas...**, p. 18-19.

<sup>196</sup> BARROSO, L. R. **Temas de Direito .....**, p. 72.

<sup>197</sup> GRAU, E. R. **Ordem...**, p. 49-50.

“economia do mercado”, nem “economia sem mercado”, a função social do contrato visa atender os interesses da sociedade sem “sair” de um ambiente capitalista – sem sinalizar a socialização da economia. Muito além de mero jogo de palavras, o que pretende marcar é que a função social do contrato não pode comprimir o direito de contratar de tal forma que retire sua essência que é a de **negócio** jurídico. No ensinamento de Enzo ROPPO, seu substrato é representado pela *operação econômica*<sup>198</sup> sem a qual é desprovido de conteúdo,<sup>199</sup> em suma **“onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”**.<sup>200</sup>

O princípio da função social do contrato, se de um lado define fronteiras aos particulares, em outro viés protege-os ao assegurar sua liberdade de contratar. Daí porque se distancia seja de uma economia *sem* mercado, seja de uma economia *do* mercado – em que as pessoas contratavam o que bem entendessem.

Esclarecidas essas premissas, evidencia-se o desafio de definir a intensidade ideal da atividade estatal. Entre os critérios, o atendimento da igualdade material, da dignidade da pessoa humana, assim como a coexistência dos interesses particulares e coletivos.

---

<sup>198</sup> Assim define o conceito de *operação econômica* como sendo “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato”, em consonância ao exposto, completa que “*de facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente, para a idéia de operação econômica*”. ROPPO, E. **O contrato...**, p. 8. É natural, de outra banda, haver contrato (negócio) sem que haja a respectiva regulamentação; essa consideração conduz o legislador a estabelecer no art. 425 do Código Civil que: “*é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”, é possível, portanto, e natural, que haja contratos (em sentido econômico) sem forma jurídica. A esse respeito, salienta FACHIN que “*Nas modalidades recentes dos contratos, vieram primeiro os fatos e os sucederam a regulamentação jurídica*”. FACHIN, L. E. **Teoria Crítica ...**, p. 111.

<sup>199</sup> Na expressão de ROPPO, “*a formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiaridades) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa por assim dizer, o invólucro, ou veste exterior, e prescindindo do qual resultaria vazia, abstracta, e conseqüentemente incompreensível*”. ROPPO, E, **O contrato...**, p. 9.

<sup>200</sup> ROPPO, E. Obra citada, p. 11. Grifou-se. Com idêntico sentido, sustenta PERLINGIERI que “*se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade em si mesma, do produtivismo, antes, do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial, o momento econômico como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável*”. PERLINGIERI, P. **Perfis ...**, p. 33. Grifou-se. Ainda, nessa ótica, recorde-se as palavras de WALD “*ponderamos que a função social do contrato não deve, nem pode, afastar o seu conteúdo econômico*”. WALD, A. **A dupla função econômica ...**, p. 3.

A respeito do tema, ponderam Carlos Alberto Farracha CASTRO e Paulo NALIN<sup>201</sup> que:

Se por um lado o Estado contemporâneo, vale dizer o dirigismo estatal do direito nas relações contratuais relevantes, interfere, em demasia, na atividade econômica, o lucro sai prejudicado, se por outro lado ele se ausenta do mercado o seu operador tem a sua dignidade certamente abalada.

Em outras palavras, explicitar que é preciso regular o mercado é diferente de adotar um regime socialista em que não há lucro nem propriedade. Se as regras são para o mercado, imprescindível que haja mercado: deve ser fixadas aos “*player*” (agentes econômicos) regras do jogo, mas não podem ser tão restritivas que os impeçam de “jogar”. Num paralelo com o Direito Administrativo, temos que as chamadas limitações administrativas – restrição às faculdades de usar e fruir de bem imóvel<sup>202</sup> – não podem pôr fim completo ao conteúdo econômico do bem imóvel sobre o qual recaem.<sup>203</sup> Assim também, ocorre com a função social da propriedade a qual não tem por fundamento a eliminação da propriedade, porém, condiciona a legitimidade da propriedade ao modo como se dá seu uso.

A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual no regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização (...) Tal princípio não chega a afirmar que o trabalho se constitui no único modo para ter a propriedade: afirma somente que o trabalho do homem sobre a terra é que legitima a sua propriedade.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> CASTRO, C. A. F. de.; NALIN, P. **Economia** ....., p. 100.

<sup>202</sup> “*Limitação administrativa à propriedade consiste numa alteração do regime jurídico privatístico da propriedade, produzida por ato administrativo unilateral de cunho geral, impondo restrição das faculdades de usar e fruir do bem imóvel, aplicável a todos os bens de uma mesma espécie, que usualmente não gera direito de indenização a particular*”. JUSTEN FILHO, M. **Curso** ....., p. 405.

<sup>203</sup> JUSTEN FILHO anota sobre as limitações administrativas que “*não se admite que a limitação produza a extinção das faculdades de usar e fruir do bem, retirando seu conteúdo econômico (...) Se a providência administrativa impuser vedação absoluta à fruição da coisa ou retirar o seu conteúdo econômico, haverá desnaturação da limitação*”. JUSTEN FILHO, obra citada, p. 406-407. Registra SILVA que “*limitações ao direito de propriedade consistem nos condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como absoluto, exclusivo e perpétuo (...)*”. Completa anotando que “*as limitações constituem gênero*”, sendo restrições, servidões e desapropriação, de modo que “*as restrições limitam o caráter absoluto da propriedade, as servidões o caráter exclusivo e; e a desapropriação o caráter perpétuo*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 279.

<sup>204</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse a propriedade contemporânea**. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 18. Dito de modo

Temos presente, pois, que a função social do contrato visa garantir, fortalecer e incrementar a economia de mercado dentro de limites ao mesmo tempo interessantes aos particulares e adequados/úteis à sociedade.

## 4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

### 4.1 Institutos Correlatos

#### 4.1.1 Primeiras Considerações

Muito antes do Código Civil atual, a Lei de Introdução ao Código Civil, o Decreto-lei 4.567/41, já estipulava em seu art. 5º que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O Estatuto da Terra, lei 4.504/64, estabelecendo de modo mais abrangente o conteúdo da função social, determinava deveres positivos aos proprietários, assim como, a vinculação da proteção da propriedade pelo ordenamento ao cumprimento da função social, dispondo que: “Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua **função social**, na forma prevista nesta Lei”.<sup>205</sup>

A função social do contrato ainda que tenha pontos em comum com a função social da propriedade e com a função social dos bens de produção, não se confunde com esses institutos. A breve apresentação de institutos correlatos, a seguir delineados, por conseguinte, serve de referência – jamais de resposta definitiva – a questão da determinação do conteúdo da função social do contrato.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> Pela definição de parâmetros, positivada, para (tentar) esclarecer a respeito do cumprimento da função social no Estatuto da Terra, cabe reproduzir a continuação do art. 2º, da lei 4.504/64: “§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”.

<sup>206</sup> Parte da doutrina visualiza que a função social do contrato existia antes do Código Civil atual, inserida na função social da propriedade. Assim, DINIZ pontua que “esse dispositivo é mero colorário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça (CF, art. 5º) norteador da ordem econômica”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 21 ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38. Igualmente, segundo WALD “trata-se, no fundo, de aplicação do princípio constitucional, que, após assegurar o direito de propriedade privada (art. 5º, XXII), determina que a mesma deverá cumprir a sua função social (art. 5º, XIII)”. WALD, A. **O Novo ...**, p. 48.

É válido dizer que “percebe-se no art. 421 do CC nítida influência do art. 5º, XXIII, da CF”.<sup>207</sup> Entretanto, isso não é o mesmo que afirmar que a função social do contrato e da propriedade sejam equivalentes. Nesse diapasão, aduz Paulo Neves SOTO que: “posteriormente a doutrina nacional retificou a posição inicial, distinguindo a função social do contrato da que se exigia para a propriedade, destacando que cada princípio trataria de categoria específica, com funções razões próprias”.<sup>208</sup> Anos antes, todavia, advertiu Giselda M. Fernandes Novaes HIRONAKA, com base nas lições de DUGUIT que “a qualidade de função social, não a possui apenas a propriedade, senão também projeta-se ela sobre outros institutos do Direito Privado”.<sup>209</sup> Em sua construção, tanto seria possível a identificação de uma função social dos contratos, quanto à utilização dos contratos agrários, para a efetivação da função social da propriedade. Nessa toada, descreve que “não podem resultar controvérsias quando se declara que os contratos agrários, assim como a propriedade agricultável devem ambos responder a uma função social”. Completa, assinalando que “sendo a propriedade objeto de contrato agrário, poderá ela, através dele, desempenhar e atende à função social que, em si, está contida”.<sup>210</sup> No âmbito da função social da empresa, da qual se trata a seguir:

O grupo dos contratos que instrumentalizam a propriedade de bens de produção tem uma interface direta com o princípio da função social da empresa e com o princípio da função social da propriedade. Em ambos os campos a nota dominante é a da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais.<sup>211</sup>

#### 4.1.2 Função Social da Propriedade

Preleciona Calixto SALOMÃO Filho que a função social surge na Constituição de Weimar, a qual determinou utilizou a famosa expressão: “a propriedade

---

<sup>207</sup> WAMBIER, T. A. A. **Uma reflexão ....**, p. 64

<sup>208</sup> SOTO, P. N. **Novos perfis ....**, p. 255-256.

<sup>209</sup> HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 12, São Paulo:RT, jul./set. 1988, p. 145.

<sup>210</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. Obra citada, p. 147-148.

<sup>211</sup> MARTINS-COSTA, J. **Reflexões ....** p. 50-51

obriga”.<sup>212</sup> De acordo com Fábio Konder COMPARATO, trata-se da norma do art. 153 da Constituição de 1919 que expressa: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*” cuja tradução, assinala COMPARATO, é: “a propriedade obriga, Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”.<sup>213</sup> A redação dessa norma serve como ponto de partida para compreensão da natureza da função social.

No Brasil, a presença dessa doutrina se faz notar a partir da Constituição de 1934<sup>214</sup> a qual trazia estabelecida limite negativo ao exercício da propriedade, sem impor dever de conduta positiva. Estipulava seu art. 13 que: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Clóvis BEVILÁQUA<sup>215</sup> ao comentar esse dispositivo assevera que:

A Constituição, porém, fixou a verdadeira doutrina social da propriedade - e completa - É uma fórmula feliz, porque atende na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; do elemento social, que é a razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças, que a evolução cultural impõe à ordem jurídica.

A Constituição de 1946 foi a primeira a consagrar o princípio,<sup>216</sup> esquecido em 1967 e recuperado na Emenda Constitucional de 1969. Na Constituição vigente a função social da propriedade, está inserida em seu art. 5º, XIII.<sup>217</sup> Sobre seu conteúdo, na visão de Luiz Edson FACHIN, como contraponto ao individualismo e ao

---

<sup>212</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLII, (nova série), n. 132. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2003, p. 7. Em sentido idêntico, aduz FACHIN que “*somente a Constituição de Weimar elevou a idéia de função social da propriedade a categoria de princípio jurídico*”. FACHIN, L. E. **A função ...**, p. 17.

<sup>213</sup> COMPARATO, F. K. **Função social ...**, p. 75. Para BERCOVICI, a norma extrai da propriedade o caráter de “*direito inviolável e sagrado*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 147.

<sup>214</sup> Comentando sobre a evolução da função social nas Constituições brasileiras, esclarece HIRONAKA “*a partir de 1934 é que a doutrina começou a ter seus primeiros contornos*”. HIRONAKA, G. M. F. N. **A função social....**, p. 145.

<sup>215</sup> BEVILÁQUA, C. **A Constituição ...**, p. 4.

<sup>216</sup> “*A norma constitucional de 1946 introduziu pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade*”. TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 269.

<sup>217</sup> Constituição Federal, art. 5º, XXIII – “*a propriedade atenderá a sua função social*”.

caráter absoluto e atribuído à propriedade,<sup>218</sup> “se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade”.<sup>219</sup> O princípio envolve, destarte, limitações e deveres em relação ao exercício do direito de propriedade. Sinteticamente determina “o modo pelo qual são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito de propriedade”.<sup>220</sup>

Anota Gustavo TEPEDINO que “o preceito, como se vê, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários”.<sup>221</sup> Atento à diversidade de “situações de proprietárias”,<sup>222</sup> o texto constitucional assinala os requisitos pelos quais se considerada atendida a função social da propriedade, tanto da propriedade rural (art. 186)<sup>223</sup> quanto da propriedade urbana (art. 182, § 2º).<sup>224</sup>

---

<sup>218</sup> “A exacerbação do individualismo acentou na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo”. FACHIN, L. E. **A função ...**, p. 17. Assim também BERCOVICI: “A conotação de absolutividade que lhe dá o ordenamento liberal, subtrai a sua relatividade, faz com que o instituto da propriedade se converta em modelo supremo para validade do ordenamento jurídico”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 117.

<sup>219</sup> FACHIN, L. E. **A função ...**, p. 17. Na mesma ótica, cuida TEPEDINO que “A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo (...) a determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”. TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 280.

<sup>220</sup> FACHIN, L. E. **A função .....**, p. 17.

<sup>221</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 272.

<sup>222</sup> TEPEDINO, G. Obra citada, p. 271

<sup>223</sup> Constituição Federal, art. 186. “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Na síntese de TEPEDINO sobre esse dispositivo, anota que visa ao “atendimento de múltiplos interesses não proprietários”. TEPEDINO, G. Obra citada, p. 272.

<sup>224</sup> Constituição Federal, art. 182. “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - **A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada

A Constituição estabeleceu, portanto, vários estatutos para as diversas 'situações proprietárias', segundo a destinação do bem – rural ou urbano –; a potencialidade econômica – produtiva ou improdutiva –; e a titularidade, isto é, levando-se em conta se a aquisição de dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro.<sup>225</sup>

O princípio da função social da propriedade, na construção de Fábio Konder COMPARATO, atribui “um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, e inconfundível como tal, com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios”.<sup>226</sup> Em vista desse duplo caráter, nega-se tutela jurídica à propriedade que não cumpre sua função social. “Com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende a sua função social”.<sup>227</sup> No mesmo diapasão, TEPEDINO aduz que a propriedade, “Utilizada para fins especulativos, mesmo que produtora de alguma riqueza, não atenderá sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica”.<sup>228</sup> Apenas a propriedade útil socialmente é protegida.<sup>229</sup> Nas palavras de TEPEDINO: “não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, deve também realizar a sua função social”.<sup>230</sup>

---

*pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.*

<sup>225</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 271. Em passagem posterior, no mesmo texto, consigna acerca da propriedade haver uma “*configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento jurídico, cada estatuto proprietário*”. p. 279.

<sup>226</sup> COMPARATO, F. K. **Função ...**, p. 79.

<sup>227</sup> SILVA, J. A. da. **Curso de Direito ...**, p. 283.

<sup>228</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 274. Reafirma essa posição indicando que “*quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico*”. (TEPEDINO, p. 280). Igualmente entende BERCOVICI que “*A Constituição garante o direito de propriedade, mas só garante se a propriedade cumprir a sua função social (art. 5º XII e XIII, e art. 170, II e III), princípio constitucional que é auto-aplicável*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 147. Enfim, deve-se ter em conta que “*A propriedade é ineficaz sem o ordenamento jurídico à sua volta, sendo conformada pelas disposições de direito público*”. (p. 146).

<sup>229</sup> “*A autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis*”. BERCOVICI, G. Obra citada, p. 143. À época do *Code*, assinala MARTINS-COSTA justamente que vigia a “*concepção do contrato como manifestação da vontade em si e por si mesma considerada*”. MARTINS-COSTA, J. **Noção ...**, p. 505.

<sup>230</sup> TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 274.

A desapropriação é uma das sanções aplicáveis à propriedade que infringe a sua função social.<sup>231</sup> É acompanhada de indenização, em dinheiro, via de regra prévia, mas nas hipóteses de desapropriação por descumprimento da função social, é posterior. Portanto, a desapropriação de bem imóvel sempre envolve o pagamento da respectiva reparação.<sup>232</sup> Na seara contratual, todavia, não parece correto sustentar que seja devida indenização ao contratante cuja avença tenha a tutela jurídica negada porque não atende à sua função social. É uma questão tanto de lógica quanto de atender a finalidade do instituto, que é coibir a infração à função social; e não beneficiar, através de pagamento por prejuízos, ao contrato que não seja eficaz porque incompatível com o art. 421, do Código Civil.

Em comum a função social da propriedade e a função social contratual, abrangem a determinação de condutas tanto negativas (vedações), quanto positivas (deveres).

Com efeito, resume-se o princípio da função social do contrato não apenas à adoção de comportamento positivo de atuação, preocupando-se apenas com o dever de não causar prejuízo a outrem, mas também de se operar no sentido de minorar as desigualdades de chances da parte contratante.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> Em primeiro, a desapropriação não é a única modalidade de sanção imposta ao descumprimento da função social da propriedade. Em segundo, é um equívoco considerar que a totalidade das desapropriações tenha por fundamento o descumprimento da função social do contrato. Nesse diapasão, leciona JUSTEN FILHO que a Carta Constitucional descreve que “o art. 5º, XXIV estabelece duas espécies básicas de desapropriação”. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública “*destina-se a ser utilizada sempre que o cumprimento das funções estatais exigir a aquisição do domínio de bens alheios*”. Outra modalidade é a desapropriação por interesse social a qual, de acordo com JUSTEN FILHO, “*se funda na ausência do cumprimento da função social da propriedade, o que justifica a extinção do vínculo do domínio privado*”. JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito ...**, p. 424. Complementa BERCOVICI recordando um terceiro tipo de desapropriação, cuja previsão está no art. 184 da Constituição Federal, trata-se da desapropriação para fins de reforma agrária. Essa modalidade, “*atinge os imóveis rurais que não cumprem sua função social*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 166. Em resumo, há três modalidades de desapropriação. Não envolve consideração sobre o cumprimento da função social a desapropriação por interesse social ou por utilidade pública (art. 5º. XXIV e art. 182, §3º). Têm por base a violação da função social a desapropriação pelo não cumprimento da função social da propriedade urbana (art. 182, §4º) e a desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184).

<sup>232</sup> Há muito COMPARATO se posicionava contrariamente a essa sistemática asseverando que “*é, na verdade, logicamente insustentável que a desapropriação, como sanção do abuso do particular, tenha, legalmente, o mesmo tratamento que a expropriação por utilidade pública sem o abuso do proprietário*”. O próprio autor registra o fundamento, “*a garantia constitucional da propriedade*”; a seu ver, no entanto, foi caso “*arrancada a constituintes timoratos ou cúmplices, pela pressão dos interesses ou cúmplices, pela pressão dos interesses proprietários*”. COMPARATO, F. K.. **Função social ...**, p. 77.

<sup>233</sup> ANDRIGHI, F. N.. **Do contrato ...**, p. 7.

Diante da função social, tanto a propriedade quanto os contratos, assumem a qualidade de poder-dever. Dessa forma, não se pode admitir que o direito de contratar seja comprimido de tal modo que perca seu sentido – sua parcela poder –, nem o tornar um poder absoluto – sua face dever.<sup>234</sup> Outro aspecto relevante a que se chama atenção é ao fato de que, tal como transcorre em relação à propriedade – conforme demonstrou-se supra –, o contrato que descumpre sua função social não receberá proteção jurídica.<sup>235</sup>

#### 4.1.3 Função Social da Empresa ou Função Social dos Bens de Produção<sup>236</sup>

Há diversas formas de classificar os bens. Adotando-se como critério a sua destinação imediata, é possível distinguir entre os bens de produção – recursos a serem utilizados na elaboração de bens e oferta de serviços, e bens de consumo – cuja característica fundamental é a não inclusão na cadeia produtiva.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> BERCOVICI, com fundamento nas lições de COMPARATO e SALOMÃO FILHO, declara que a função social é um poder dever. “*Desta maneira, há um condicionamento do poder a uma finalidade. A função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-la, atuando como fonte de comportamentos positivos*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 147.

<sup>235</sup> Na seqüência do presente texto se oferece maior detalhamento a respeito do descumprimento da função social do contrato.

<sup>236</sup> “*Tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico*”. SILVA, J. A. **Curso de Direito ...**, p. 814. Em consonância, adverte-se “*a propriedade dinâmica dos bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa*”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder de controle ...**, p. 130.

<sup>237</sup> Ao explicar essa distinção, cuida COMPARATO que “*os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida na análise econômica, não pela criação de coisas matérias, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias somente se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam a uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo. Neste último conceito, incluem-se tantos bens cuja utilidade é obtida pela sua concomitante extinção, quanto aqueles que se destinam ao uso, sem destruição necessária*”. COMPARATO, F. K. **Função ...**, p. 72. Sobre a última observação de COMPARATO, notar que afirma não ser possível ligar o conceito de bens de consumo a bens consumíveis, cujo oposto seriam os bens não-consumíveis, isto é, que não se extinguem após (um único) uso.

Tomando por base a noção de bens de produção, em vista de sua mobilidade,<sup>238</sup> Fábio Konder COMPARATO e Calixto SALOMÃO Filho entendem ser possível diferenciar a *propriedade estática* da *propriedade dinâmica*.<sup>239</sup> De igual sorte, é possível identificar aos bens de produção uma função social peculiar.<sup>240</sup> Em seu magistério, a regulação da *propriedade dinâmica* se aparta das normas sobre a *propriedade estática*, as quais não tratam de seu uso, porém dirimir “conflitos de pretensões sobre a titularidade do bem”.<sup>241</sup>

Os bens imóveis não são os únicos passíveis de apropriação. Por essa razão, também é detentor de poder o titular dos bens de produção.<sup>242</sup> Esse poder privado é contraposto pelo poder estatal através da função social da empresa de modo que “da convicção da influência da empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa”.<sup>243</sup> Se antes a sociedade havia limitado o Estado, passa a ser o Estado, através da intervenção a regular à atividade privada. Em ambas as situações, inicialmente prevaleceram vedações para, em uma etapa posterior haver a imposição de deveres positivos.<sup>244</sup>

---

<sup>238</sup> “A criação dos títulos de crédito e o desenvolvimento do sistema bancário, o lançamento de valores mobiliários e a fundação de sociedades por ações tornaram anacrônico o adágio *res mobilis, res villis*”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder** ..., p. 127.

<sup>239</sup> “A *propriedade dinâmica*, ou o controle sobre os bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 130.

<sup>240</sup> Segundo MARTINS-COSTA: “embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular o Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional e sistemática”. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões** ..., p. 41.

<sup>241</sup> “a *propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial*” COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O poder** ..., p. 130.

<sup>242</sup> COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 130.

<sup>243</sup> SALOMÃO FILHO, C. **Função social** ..., p. 8. Esse posicionamento é reproduzido, exatamente nos mesmos termos, em obra mais recente. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O Poder** ..., p. 133. O que está a demonstrar tanto a atualidade quanto a aceitação desse raciocínio.

<sup>244</sup> Para MARQUES “a *limitação a liberdade contratual vai possibilitar, assim que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, mostrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção do contrato*”. MARQUES, C. L. **Contratos** ..., p. 225.

Aduzem COMPARATO e SALOMÃO Filho<sup>245</sup>, em relação aos deveres positivos das empresas que:

a idéia de repressão ao abuso de preços (art. 21 da lei 8.884/94) transformou-se em verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos. No direito do consumidor, a verdadeira revolução causada pela nova disciplina da responsabilidade pelos vícios do produto (art. 18 da lei 8.078/90) significou nada mais nada menos que estabelecer garantia legal adicional á garantia contratual em benefício do consumidor.

Com efeito, primeiramente agiu-se segunda uma lógica de ressarcir os danos causados – com base no *neminem laedere* –, posteriormente, evoluiu-se para a responsabilização estatal (do ponto de vista público) e aplicação do princípio da função social (no terreno privado).<sup>246</sup>

A lei 6.404/76, a chamada lei das Sociedades por Ações, impôs aos acionistas das sociedades anônimas, em seu art. 166<sup>247</sup>, o dever de pautar seu agir no sentido de materializar a função social da empresa. Os bens de produção, cujo sentido afasta-se da noção típica de propriedade para se alinhar com a noção de poder,<sup>248</sup> de modo que “a proteção de interesses externos (e não internos) parece

<sup>245</sup> COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O Poder...**, p. 133.

<sup>246</sup> Refletindo sobre o poder da empresa, expõe COMPARATO e SALOMÃO FILHO que “*Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característicos, a distingui-la da aplicação do princípio geral neminem laedere. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais*”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O Poder ...**, p. 133. Com igual redação: COMPARATO, F. K. **Função social ....**, p. 8.

<sup>247</sup> Lei 6.404/76, art. 116 – “*Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*”. Grifou-se.

<sup>248</sup> “*Mas a partir do momento em que a empresa é criada, como organização do trabalho alheio, já não há confundir o direito absoluto sobre o capital com o poder de organização e comando das forças produtivas. A constituição de empresas sob a forma de pessoas jurídicas, aliás, separa nitidamente o acervo empresarial do patrimônio individual dos sócios. Estes, de proprietários passam a posição jurídica de participantes dos resultados de uma exploração patrimonial autônoma*”. COMPARATO, F. K. **Função social ...**, p. 74. Assim é que em relação aos bens de produção o poder-dever decorrente de sua função social será do “*titular do controle de dirigir a empresa*”. Obra citada, p. 76. Em afinidade com esse pensamento, Stephen KANITZ identifica a inserção de valores sociais nas empresas com a sua abertura no mercado. A presença milhares de pequenos acionistas somada a gradativa substituição, desde o início do séc. XX, do “famoso ‘empresário’ todo-poderoso” na gestão das empresas por gestores profissionais, sustenta KANITZ, permitiu verdadeira humanização das empresas. Esse pensamento, muito embora não sinalize a realidade de todas as empresas do país, auxilia-nos a compreender entre o poder de controle dos bens de produção e sua titularidade. A partir da diferenciação do proprietário do gerente, para KANITZ houve uma humanização da empresa representada pela de visão: “objetivo da empresa passou a ser servir à sociedade em geral, e não servir aos interesses de uma única família ou Estado, a todo custo”. KANITZ, Stephen. O administrador como político. **Revista Veja**. ed. 1963, ano 39, n. 26. São Paulo: Editora Abril, 05. jul. 2006, p. 22.

*ser, portanto, o grande objetivo da disciplina da função social da empresa é dessa maneira*”,<sup>249</sup> consubstanciando, fundamentalmente, a disciplina do poder sobre os bens de produção.<sup>250</sup> Por essa razão, na caracterização de Fábio KONDER COMPARATO com a qual se perfilha Calixto SALOMÃO Filho, a função social dos bens de produção tem a natureza de poder-dever.<sup>251</sup>

Com base na função social da empresa pode-se definir os seguintes traços sobre a função social do contrato. Em primeiro, a natureza de poder-dever, sendo que a face dever, envolve tanto as relações dos contratantes entre si, quanto em os efeitos à sociedade – como se verá adiante. Em segundo, têm em comum a atribuição de deveres positivos, constituindo a função social do contrato, não apenas limite negativo ao exercício da autonomia privada, mas fonte de deveres. Em terceiro, como decorrência das duas afirmações anteriores, põe-se em relevo a coexistência de interesses através da proteção de “interesses externos”.

## 4.2 Conteúdo da Função Social

### 4.2.1 Contexto em que se insere a Função Social do Contrato

A função social do contrato deve ser compreendida de modo contextualizado. Sob o prisma estatal, harmoniza-se com Estado Social<sup>252</sup> – com a expansão das atividades estatais que interferem na Ordem Econômica, inclusive através do

---

<sup>249</sup> COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. **O Poder ...**, p. 134.

<sup>250</sup> “A propriedade dinâmica dos bens de produção”, ensinam de COMPARATO e SALOMÃO Filho, “uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é de proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a de fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de se evitar o abuso ou o desvio de poder”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 130.

<sup>251</sup> “A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre *jus* e o *munus*”. COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 131. Mais adiante constroem que “Exatamente por ser um poder dever (ou uma função social), os bens que instrumentalizam o controle devem estar aptos a desempenhá-la”. (p. 305).

<sup>252</sup> “Enquanto houver ordem econômica e social, haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato”. LÔBO, P. L. N. **Princípios .....**, p. 16.

dirigismo contratual. Na ótica do Direito, coaduna com a mutação que transcorre no Direito Privado representada por uma miríade de transformações interligadas, entre as quais, menciona-se por sua relevância a repersonalização do Direito Civil, a irradiação das regras e princípios constitucionais no Direito infraconstitucional, a valorização da *concretude das circunstâncias* e a primazia da dignidade da pessoa humana. Estabelecendo essa ligação entre a intervenção do Estado e a contratualidade, pugna Paulo Luiz Netto LÔBO:<sup>253</sup>

a intervenção do Estado no contrato se processou historicamente desta forma: em uma primeira fase, tem uma função protetiva, favorecendo os economicamente mais fracos, adotando uma atitude de retaguarda. Em uma segunda fase, o Estado põe-se à vanguarda, passando a determinar previamente as regras do jogo, de acordo não mais com os interesses dos particulares, mas com o interesse social. Agora não apenas intervém: dirige.

Na lição de Luiz Edson FACHIN.<sup>254</sup>

a Constituição do Estado Social incorpora outra função, que identificará: *a de reguladora da ordem econômica e social*. A regulação da atividade econômica afeta diretamente o contrato que, por sua vez, se delimita pela função social.

Penetram no mundo jurídico uma série de valores, no que ARRUDA ALVIM identificou como a “transição do *individualismo para socialidade*”.<sup>255</sup> Tais valores colocam em choque a estabilidade – sem extingui-la – em prol da mobilidade do Direito, com vistas a atender à dinâmica da vida. Através das cláusulas gerais e conceitos jurídicos permite-se aos magistrados uma atividade interpretativa com vistas à adequação da lei às peculiaridades do caso concreto.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> LÔBO, P. L. N. **O Contrato** ....., p. 25.

<sup>254</sup> FACHIN, L. E. **Estatuto**..., p. 171.

<sup>255</sup> ARRUDA ALVIM. **A Função** ....., p. 19.

<sup>256</sup> “(...) tendo o juiz deixado de ser visto como um ‘aparelho de subsunção’, sendo a jurisdição colocada paulatinamente em pé de igualdade com a administração, e se passou a admitir que o juiz decidisse de acordo com as peculiaridades de cada caso, dada à incidência cada vez maior com que casos ‘peculiares’ passaram a ocorrer”. WAMBIER, T. A. A. **Uma reflexão** ..., p. 65. Complementa-se por afirmar que ao lado de um possível aumento em casos peculiares, houve um movimento no sentido de reconhecer as peculiaridades que se reflete na valorização da pessoa humana (repersonalização do Direito Civil), prevalência de uma igualdade substancial e a limitação da autonomia privada.

Assinala TEPEDINO:<sup>257</sup>

Todas essas circunstâncias, ao corroborarem definitivamente, o ocaso da chamada era da segurança, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado das fontes normativas; e pela necessidade daí decorrente de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos.

Diverge a doutrina sobre a caracterização de um Estado Social. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que a função social se insere num panorama em que houve um abandono do Estado Social em prol do Estado Regulador.<sup>258</sup> Em resumo, argumentasse que a hipertrofia das atividades estatais conduziu a um considerável déficit que pôs o Estado Social a beira de um colapso econômico.<sup>259</sup> O Estado então, ao invés de atuar como agente do mercado, ocupa-se fundamentalmente de sua regulação - *atividade econômica em sentido amplo*.<sup>260</sup>

A função social, ainda que se visualize um Estado Regulador,<sup>261</sup> mantém plenamente sua eficácia, atingindo os contratos entre particulares assim como os celebrados entre particulares e o Estado. A respeito dessa última consideração, observe-se que a lei, ao não restringir, obriga a aplicação do princípio da função

---

<sup>257</sup> TEPEDINO, G. **Problemas** ....., p. 6.

<sup>258</sup> O Estado Regulador nasce na esteira de uma crise do Estado Social frente à incapacidade de concretizar todos os direitos e garantias que pretende. O Estado Liberal marca uma intervenção mínima que se mostrou insuficiente. No extremo oposto o Estado Social representa(ou) a tentativa de uma centralização na atividade estatal como garantidora de direitos. Frente ao déficit orçamentário do Estado do Bem-Estar Social, será preciso a adoção de medidas como reduzir ou eliminar a prestação de serviços. Assim há uma diminuição quantitativa e qualitativa da atividade estatal. Outra providência é a privatização dos serviços. É nessa conjuntura que cresce em importância a função reguladora a fiscalizar e coordenar a prestação de serviços (antes serviços públicos prestados pelo Estado) pelos particulares.

<sup>259</sup> “O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com a qualidade e a custos que possam se cobertos sem o sacrifício de toda sociedade”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2002, p. 31-32.

<sup>260</sup> No Estado Regulador o Poder Público não se omite nem desaparece. O que ocorre, é que a responsabilidade do Estado se transfere ao âmbito da regulação. A esse respeito, CANOTILHO afirma: “Mais concretamente: o Estado não tem de construir e manter *infraestruturas* rodoviárias, de energia, de telecomunicações, de tratamento de resíduos, mas deve assumir a *responsabilidade regulativa* dos serviços de interesse geral (...). Neste sentido se diz que o *Estado Social* assume hoje a moderna forma de Estado Regulador de serviços públicos essenciais. De uma forma crescente, cresce a própria regulação e supervisão é confiada a *entidades administrativas independentes*.”

<sup>261</sup> Extrapolaria os objetivos da presente pesquisa estabelecer se o Brasil é hoje Estado Regulador, Estado Social ou mesmo Estado Liberal – mesmo porque essa determinação varia de acordo com a definição de tais conceitos.

social do contrato inclusive no âmbito dos contratos celebrados pelo Estado.<sup>262</sup> Essa é a posição de FACHIN, que esclarece: “Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público, em razão de já não existir espaço, no campo jurídico atual, para a separação absoluta entre o público e o privado”.<sup>263</sup> Com efeito, se muitos pugnam por uma invasão pública na esfera privada, salienta Michele GIORGIANNI, o inverso também ocorre.<sup>264</sup> Assinala a esse respeito Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO<sup>265</sup> que:

com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supraindividuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição da função social da propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.

Fixa-se aos particulares deveres em relação à sociedade, de modo que colaborem com a atuação estatal na consecução dos fins sociais. De certo modo, em parte pela discussão quanto à caracterização de um Estado Regulador, em parte pelo fortalecimento do chamado terceiro setor, pode-se falar em uma transferência

<sup>262</sup> Justificativa de enunciado proposto na III Jornada de Direito Civil. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil** ..., p. 168.

<sup>263</sup> Oportuno frisar que embora se admita a aplicação da função social do contrato no Direito Público, o conceito da função social do contrato – do qual se trata em diversas vezes ao longo desse estudo –, não se confunde necessariamente com a noção de interesse público que rege os contratos celebrados pela Administração Pública. Em primeiro, dizer interesse público não é o mesmo que se falar em interesse estatal, muito menos em interesse da administração pública. Na orientação de JUSTEN FILHO: “*Não é possível definir interesse público a partir da identidade com seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado*”. JUSTEN FILHO, M. **Curso** ..., p. 37. Complemente-se com as palavras de MARTINS-COSTA: “*Não vejo, portanto, como subsumir na expressão ‘função social’ alusões à ‘função estatal’ ou à ‘função coletiva’, a não ser mediatamente, na medida em que haverá por intermédio de uma ou de todas as ‘funções estatais’ (função judicante, função legislativa e função executiva) o dever de assegurar, nos seus respectivos âmbitos de competência, a função social dos contratos*”. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões**..., p. 61. Nota de rodapé nº 41.

<sup>264</sup> “(...) os mais recentes cultores do Direito Administrativo, têm extraído observações interessantes das conseqüências que se verificam do uso cada vez mais importante dos instrumentos do Direito Privado por parte dos poderes públicos. Desse modo é da doutrina publicista que, frequentemente provém a advertência de que o Direito Privado ampliou suas fronteiras em direção ao Direito Administrativo e que a distinção entre Direito Administrativo e Direito Civil perdeu seu significado”. GIORGIANNI, M. **O Direito** ....., p. 37.

<sup>265</sup> TEPEDINO, M. C. B. de M. **A caminho** ....., p. 25.

de responsabilidades do Estado à sociedade. Perfilhando esse pensamento, adverte Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO<sup>266</sup> que:

Com efeito, para se desincumbir da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, consistente em ‘superar as desigualdades regionais e instaurar um regime democrático que realiza a justiça social’, o Poder Público utiliza, como instrumento privilegiado, a intervenção na ordem econômica.

Eugênio FACCHINI Neto<sup>267</sup> afirma que:

percebe-se claramente que o público e privado tendem a convergir, - frisa que - tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de instrumentos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos.

Para Michele GIORGIANNI, há um “obscurcimento da ‘finalidade’ como elemento de distinção entre o que é público e o que é privado”.<sup>268</sup> Não se adota essa posição, mas um passo atrás. Entende-se, pois, que os particulares buscam seus interesses restringidos pelos limites e obrigados pelos deveres de conduta impostos pelo Poder Público. Compreende-se que não se pode esvaziar-eliminar o interesse particular sem o que não haveria esfera privada. Ainda assim, o ordenamento jurídico, por força da função social do contrato, não confere tutela às avenças que prejudicam desproporcionalmente à sociedade.<sup>269</sup> Resta saber o que é prejuízo desproporcional e quais condutas e limites podem ser impostas, por força de lei e por decisão judicial, aos contratantes, com fulcro na função social do contrato. Vê-se logo que, os conceitos do direito privado estão gradativamente sendo reescritos.

---

<sup>266</sup> TEPEDINO, M. C. B. M. **A caminho** ....., p. 25..

<sup>267</sup> FACCHINI NETO, E. In: SARLET, I. W. **A eficácia**..., p. 26. SILVA utiliza o conceito de *Estado Pós Social* que pretende trazer mais próximo ao Estado, a sociedade, aumentando sua autonomia frente ao poder do Estado, ou como descreve SILVA a partir de HABERMAS, “pretende-se corrigir os ‘déficits de participação e legitimidade’ (Habermas) que o Estado Social começava a apresentar”. SILVA, V. M. D. P. da. **Vinculação** ....., p. 44

<sup>268</sup> GIORGIANNI, M. **O Direito** ....., p. 52.

<sup>269</sup> “(...) trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor), quanto os que prejudiquem ilicitamente determinadas pessoas”. AZEVEDO, A. J. de. **Princípios** ....., p. 116.

#### 4.2.2 Conteúdo da Função Social ou Sobre a Função Social do Contrato *in Abstracto*

Para Miguel REALE a função social do contrato consagra o princípio da *socialidade* cujo objetivo, segundo propõe, é “superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente”.<sup>270</sup> Paulo Luiz Neto LOBO propugna que a função social abrange considerar as repercussões do contrato na sociedade, ao que denomina “limite negativo ou externo”, assim como o conteúdo do contrato, a que chama “limite negativo ou interno”. Envolve ademais atribuir-lhe um duplo caráter – “não deve ser meio para alcançar o interesse das partes apenas, mas deve ser visto como um instrumento de convívio social e preservação dos interesses da coletividade”<sup>271</sup>. Em consonância, Paulo NALIN exprime haver na função social um sentido dúplice: função social do contato *intrínseca* e *extrínseca*. O perfil *intrínseco* envolve os contratantes, impondo-lhes o dever de respeitar os princípios contratuais – boa fé objetiva, igualdade material. A face *extrínseca* tem destinatários diversos, para além daqueles que participam, “explicitamente”, por assim dizer, da relação contratual. Afirmar o princípio da função social do contrato em seu perfil *extrínseco* é reconhecer que os efeitos contratuais reverberam na sociedade e, logo, podem lhe ser nocivos. Salientar-se a respeito que seria certamente abusivo e até ilógico, exigir que à sociedade garantisse a tutela jurídica a um contrato que lhe trouxesse graves prejuízos.<sup>272</sup>

A posição de Calixto SALOMÃO Filho é peculiar. Compreende o autor que os interesses a serem tutelados pela função social se aproximam da noção de garantias institucionais.<sup>273</sup> Essa teoria, originária da doutrina alemã, estabelece que, em determinados casos, o descumprimento da lei em prejuízo da coletividade

---

<sup>270</sup> REALE, M. **Visão Geral**...., p. 12-13.

<sup>271</sup> Assim explicita em nota sobre o art. 421 do Código Civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 197. Em passagem similar, destacam NERY JUNIOR e NERY que “o contrato tem que ser entendido não apenas como as pretensões individuais do contratante, mas como verdadeiro instrumento de preservação dos interesses da coletividade”. NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código Civil** ...., p. 336.

<sup>272</sup> No ensinamento de NALIN: “Seu perfil *extrínseco* (*fim coletividade*), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito”. NALIN, P. **Do contrato**..., p. 226.

<sup>273</sup> SALOMÃO FILHO, C. **A função** ...., p. 10-11.

representa igualmente um dano a um indivíduo identificado, com a respectiva responsabilidade objetiva de reparação.<sup>274</sup> Essas garantias, ensina: “são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não. Mais ainda, em todas elas o interesse institucional e jurídica e economicamente destacável”.<sup>275</sup>

Para SALOMÃO Filho a proteção dada pela função social tem por objeto justamente as garantias institucionais. Logo, a seu ver, “pouco importa a relação jurídica entre titulares do interesse ou sua relação com a parte contrária. Importa, isso sim, a existência de interesse individual”.<sup>276</sup> Em suma “toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato. É no destaque por esse proporcionado entre interesse individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual”.<sup>277</sup> Se está, portanto, num âmbito de:

tutela de interesse individual que só tem sentido em um plano individual enquanto componente de um centro de interesses coletivos (imagina-se a tutela ambiental, por exemplo), características típicas do interesse institucional, que se caracteriza por essa transcendência qualitativa dos interesses individuais<sup>278</sup>.

Diverge, Judith MARTINS-COSTA frisando que “A função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo da função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual*”.<sup>279</sup> Desde logo se nota a dificuldade em determinar mesmo o conteúdo abstrato da função social do contrato. Isso se dois a alguns fatores. Em primeiro, ao pouco tempo de vigência do instituto, que ainda não completou quatro anos. Em segundo, o preceito visa a solução de casos práticos, não abstrações teóricas.

---

<sup>274</sup> SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 12.

<sup>275</sup> “Juridicamente, na medida em que a lei, ou a doutrina, se encarregam de estabelecer instrumentos protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (demandas voltadas à proteção do interesse ‘difuso’). Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar um utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública”. SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 17.

<sup>276</sup> SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 20.

<sup>277</sup> SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 21.

<sup>278</sup> SALOMÃO FILHO, C. Obra citada, p. 21.

<sup>279</sup> MARTINS-COSTA assinala duas dimensões do princípio da função social do contrato, uma externa a que denomina *transubjetiva* e outra a envolver os contratantes, chamada de *intersubjetiva*. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões...**, p. 50.

Indo adiante, muito embora aí encontre seu espírito,<sup>280</sup> a função social do contrato não deve ser confundida com um ideal de justiça, sob pena de perder seu sentido.<sup>281</sup> Igualmente, tal como a boa-fé, não se reduz a mero dever ético abstrato.<sup>282</sup> Ademais, a função social não deve ser vislumbrada apenas como limitação.<sup>283</sup> Aprofundando sobre o conceito, para COMPARATO, por função, deve-se entender a vinculação a certo objetivo, enquanto “o adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro”.<sup>284</sup>

Determina, o art. 421, do Código Civil, que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Para Clóvis BEVILÁQUA, sob o prisma individualista que marcou Código Civil de 1916, a função social do contrato primeira era a de “conciliador de interesses colidentes” dos

---

<sup>280</sup> “O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo direito”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. ano 84, v. 722, São Paulo: RT, dez. 1995, p. 44. Abstratamente, a função social do contrato relaciona-se à noção de justiça e ao princípio da igualdade substancial. Com essa concepção aduz ANDRIGHI que: “Compreende-se por função social do contrato a visão interdisciplinar dos fatos sociais pelos juristas em busca de uma ordem econômica e social mais justa, estabelecendo diretrizes contratuais de modo a minorar as desigualdades sociais entre as partes contratantes”. ANDRIGHI, F. N. **Do contrato ...**, p. 6.

<sup>281</sup> Analogamente, em relação a função social da propriedade indica COMPARATO que “no contexto de amplo debate político e ideológico da atualidade, defender a função social da propriedade, sem especificações maiores, pode ser e tem sido um argumento valioso para a sustentação do status quo social em matéria de regime agrário e exploração empresarial capitalista”. COMPARATO, F. K. **Função ...**, p. 76.

<sup>282</sup> Nessa linha, assevera REALE: “Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências”. REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos.htm>

<sup>283</sup> “Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições de uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário”. COMPARATO, F. K.. **Função ...**, p. 75. Igualmente, “A função social é mais do que limitação”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 147. TEIZEN JÚNIOR refere a noção de “poder-função”, de modo que “Quando a vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular, no novo modelo, passa a assumir um poder-função, uma função social”. TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 164.

<sup>284</sup> COMPARATO, F. K. **Função ...**, p. 75. Na seqüência expõe que “mas, de qualquer modo, se se está diante de um poder coletivo, essa função social da propriedade corresponder a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”. No dizer de LEONARDO “a crítica ao pensamento liberal ampliou as vertentes críticas que procuravam enxergar no contrato um instituto inserido em um determinado contexto político-econômico e, portanto, dotado de função”. LEONARDO, R. X. **A função social ...**, p. 147.

particulares.<sup>285</sup> Contemporaneamente, a função social do contrato assume nova dimensão. Destarte, o cumprimento da função social do contrato não terá como critério apurar se “os egoísmos entraram em acordo”,<sup>286</sup> mas conciliar os interesses privados e interesses coletivos. Em suma, **a tutela jurídica estende-se apenas aos contratos que cumprem a sua função social**, isto é, os contratos socialmente úteis. No magistério de Orlando GOMES:

Em larga generalização pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se, então, que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes.<sup>287</sup>

Para Paulo Luiz Netto LÔBO o princípio encontra seu sentido na “tutela da parte mais fraca do contrato, ainda que não configure contrato de adesão”.<sup>288</sup> Sustenta Arnaldo WALD,<sup>289</sup> ao revés, que:

a função social do contrato não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Significa a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem não coincidir com os do contratante que aderiu ao contrato e que não exerceu plenamente a sua liberdade contratual.

Em que pese o fato de ambos concordarem quanto à distinção entre a função social do contrato e o regime aplicado ao direito do consumidor,<sup>290</sup> divergem sobre a

---

<sup>285</sup> BEVILÁQUA, C. **Direito...**, p. 130. Outra função do contrato assinalada por BEVILÁQUA era ser “*um dos modos de afirmar a individualidade humana, Quanto mais variam os contratos, quanto maior é o número de bens sobre o que eles versam, tanto mais forte e extensa é a personalidade individual, tanto mais vasto é o granel de utilidades ao seu dispor*”.

<sup>286</sup> BEVILÁQUA, C. Obra citada, p. 131.

<sup>287</sup> GOMES, O. **Contratos .....**, p. 24.

<sup>288</sup> LÔBO, P. L. N. **Princípios .....**, p. 17.

<sup>289</sup> WALD, A. **A dupla função .....**, p. 6.

<sup>290</sup> Para WALD, a proteção oferecida pela função social do contrato “*não se confunde com a adotada seja pelo direito do trabalho, seja pelo direito do consumidor*”. WALD, A. Obra citada, p. 6. Concorda LÔBO indicando que “*os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão*”. LÔBO, P. L. N. **Princípios .....**, p. 16. Nessa esteira ainda ARRUDA ALVIM para quem “*a proteção que é deferida ao consumidor é necessariamente maior do que aquela que possa ter sido reconhecida àquele que seja havido como contratante fraco, dentro do sistema do Código Civil*”. ARRUDA ALVIM. **A Função Social ...**, p. 12.

obrigatoriedade da tutela da parte economicamente mais frágil. Álvaro Villaça de AZEVEDO, acompanhando a tese de Paulo Luiz Netto LÔBO, assinala que “esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficis de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa”.<sup>291</sup> A doutrina é unânime, no entanto, em considerar a relevância do equilíbrio das prestações.<sup>292</sup> A solução parece caminhar no sentido de que a função social do contrato tutela ambas as partes, porém, a disparidade de forças, faz presumir haver uma tendência maior de violação ao princípio pela parte economicamente mais poderosa da relação contratual.

Essas linhas trazem à baila o debate acerca dos efeitos da violação da função social do contrato pela parte economicamente mais frágil. Considerado o *perfil extrínseco*<sup>293</sup> da função social do contrato, há de se concluir que, nem sempre, aplicar o princípio da função social do contrato será algo, individualmente, benéfico à parte economicamente mais frágil.<sup>294</sup> A doutrina já se deparou com questão similar no estudo dos direitos fundamentais, ressaltando a dificuldade de sua aplicação na

---

<sup>291</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça de. O novo Código Civil brasileiro: Tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial onerosidade excessiva. **Cadernos de Direito**. Curso de Mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba. v.4, n. 6. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, jul. 2004, p. 13. Essa parece ser também a posição de DELGADO, para quem “O hipossuficiente, nesse novo diploma civil, aparece sendo protegido em qualquer tipo de negócio jurídico que celebre. Esse ideário sobressai quando examinamos, de modo sistêmico, os dispositivos que regulam as relações contratuais, especialmente, a determinação de que o negócio jurídico bilateral terá como base principal a sua função social, refletindo na impossibilidade da prestação por ele gerada tornar-se onerosamente excessiva e ser desconstituído, no prazo de 4 (quatro) anos, quando consumado em estado de lesão ou de perigo” DELGADO, José Augusto. **Hipossuficiência de uma das partes na relação de consumo com pessoas jurídicas**. Texto básico da Palestra proferida em Amparo, São Paulo, no mês de novembro de 2004, no Fórum Jurídico das Atividades Seguradoras. Realização da Associação Paulista dos Magistrados. p. 23-24. Disponível em:

[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/exibe\\_documento.php?ano=2006&codigo=465417](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=465417)

<sup>292</sup> Para LÔBO “talvez uma das maiores características do contrato na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Este princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças pudessem ser previsíveis”. LÔBO, P. L. N. **Contrato** ..., p. 44.

<sup>293</sup> Esse debate resta é carente de sentido se negada aos que negam a existência do perfil *intrínseco* da função social (segundo a denominação de NALIN) ou *limite negativo ou externo* (como prefere Paulo Luiz Netto LOBO).

<sup>294</sup> Usou-se propositalmente o termo individualmente para acentuar a dimensão social da função social dos contratos.

esfera privada, quando se trata de relações igualitárias. Nas palavras de Ingo SARLET:<sup>295</sup>

*Constata-se relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e o poder público. Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores do poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais. **Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nessa seara.***

Outra discussão relevante versa sobre a possibilidade do juiz alterar o conteúdo do contrato. Necessário perquirir acerca dos limites e possibilidades para essa atuação do Poder Judiciário.<sup>296</sup> Igualmente, forçoso reconhecer que a maior abertura poderá levar a resultados em oposição ao sentido pretendido. Esse percalço, todavia, faz parte de todas as evoluções. Nessa esteira, pondera José de Oliveira ASCENSÃO que: “o *pacta sunt servanda* ou o mero apelo à autonomia da vontade perderam a sua suficiência. O conteúdo das situações jurídicas volta a ganhar protagonismo para a apreciação da juridicidade”.<sup>297</sup>

Por fim, aponta-se ser incorreto, em relação aos contratos, identificar em sua função econômica a sua função social. Enquanto a primeira refere-se à operação instrumentalizada pelo contrato, a função social, é quase óbvio dizê-lo, está ligada aos interesses coletivos. Em cotejo com a função social da propriedade: “considerar que a propriedade é uma função social toma-se um passo, ao que nos parece, insustentável”.<sup>298</sup> No mesmo diapasão, em texto publicado em 1988, afirma HIRONAKA:

Poderíamos afirmar, sem medo de erro, que hoje se entende que a propriedade não é, uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens, um destino

---

<sup>295</sup> SARLET, I. W. **A eficácia** ..., p. 377. Grifou-se.

<sup>296</sup> O presente trabalho não versa sobre essa temática.

<sup>297</sup> Palestra de encerramento da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. ASCENSÃO, J. de O. **A desconstrução** ..., p. 48. SOTO, sobre o tema aduz que: “o controle judicial dos negócios jurídicos vai além do controle superficial das ‘regras do jogo’, e passa a colocar em julgamento a própria validade social do ato, se o mesmo merece tutela jurídica”. SOTO, P. N. **Novos perfis** ..., p. 251.

<sup>298</sup> FACHIN, L. E. **A função** ..., p. 19..

social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizado o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social.<sup>299</sup>

#### 4.2.3 As Chamadas Redes Contratuais<sup>300</sup>

A teoria contratual contemporânea toma com abrandamento o sentido do princípio da relatividade contratual. Reconhece-se que, na prática, os contratos atingem e interferem no que se costuma denominar “terceiros não contratantes”, a marcar um dos reflexos da consideração dos efeitos dos contratos em relação à sociedade:<sup>301</sup> **os contratantes não estão a sós.**<sup>302</sup>

A teoria das redes contratuais procura demonstrar a existência de relações entre contratos pactuados por partes diversas e com objetos distintos.<sup>303</sup> **os**

---

<sup>299</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. **A função ...**, p. 144

<sup>300</sup> O conceito não encontra “unidade na doutrina”. LEONARDO, R. X. **Redes contratuais ...**, p. 231.

<sup>301</sup> “A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas envolvidas ganha em importância”. MARQUES, C. L. **Contratos ...**, p. 175. Ressalva-se MARQUES que a referência à condição social e econômica – alude tanto à proteção do trabalhador nos últimos séculos, quanto à nova proteção contratual dos consumidores. Discutiu-se supra sobre a abrangência da concepção social e consideração das circunstâncias concretas para além do direito do consumidor.

<sup>302</sup> LORENZETTI divide em três níveis a análise dos efeitos dos contratos. A perspectiva interna estuda o consentimento, a vinculação, forma, interpretação, deveres laterais e inadimplemento. A perspectiva temporal, seguindo uma visão do contrato como processo, analisa o redimensionamento no tempo, responsabilidade pré e pós-contratual e os contratos de duração diferida. Na perspectiva externa, estuda-se o contrato como relação jurídica: “No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y usufruir sus efectos, lo cual da lugar a novedosos campos: la protección extracontratual del contrato, el redimensionamiento del efecto relativo para apreciarlo como un supuesto de oponibilidad de diverso rango. El objeto de estudio nos el acto jurídico bilateral, ni reglas institucionales, sino posiciones jurídicas”. LORENZETTI, R. L. **Esquema ...**, p. 55. Em tradução livre: “não se enfoca a relação obrigacional entre dois sujeitos, mas a partir da perspectiva dos terceiros que devem respeitar e usufruir de seus efeitos, o que dá abertura a campos inéditos tais como: a proteção extracontratual do contrato, o redimensionamento do efeito relativo para considerá-lo como uma hipótese de oponibilidade de classe diversa”.

<sup>303</sup> A figura se aproxima bastante dos *contratos coligados*. GOMES aponta que nos *contratos coligados*, por estipulação legal ou convencional, há dependência unilateral ou recíproca entre dois ou mais contratos. Havendo dependência unilateral “*um só dos contratos é que depende do outro, tal coligação requer a subordinação de um contrato a outro, na sua existência e validade. Os contratos permanecem, no entanto, individualizados*”. Na hipótese de dependência recíproca “*embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é causa do outro, formando uma unidade econômica*”. Por fim, deve-se ter em conta que a união externa que é

**contratos não estão a sós.**<sup>304</sup> Entre “contratos aparentemente diversos”, pontua Rodrigo Xavier LEONARDO, pode existir “um vínculo funcional, um nexos objetivo que justifique a percepção de uma rede [contratual]”.<sup>305</sup> A conexidade<sup>306</sup> faz com que se reconheça entre contratos diversos uma rede, a qual não se confunde com a vinculação societária.<sup>307</sup> Nas palavras de Antonio Junqueira de AZEVEDO: “o contrato não pode ser considerado como um ato que diz respeito somente às partes”.<sup>308</sup> No magistério de Ricardo Luis LORENZETTI:<sup>309</sup>

*la contratación ha renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente solo, sino vinculado a otros contratos, formando redes, ‘paquetes’ de productos o servicios, surgiendo la noción de operación económica que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización, lo que nos lleva al estudio de las “redes contractuales”.*

Na Jurisprudência colhe-se o seguinte exemplo:

*Ressalto os fundamentos do bem lançado parecer do ilustre representante do Ministério Público com assento neste Órgão Fracionário, quando destacado o viés a respeito da finalidade econômico-social perseguida pelas empresas demandadas sob a moderna visão jurídica da colaboração associativa em rede. (...) Na hipótese vertida nos autos, a CarHouse, revendedora/distribuidora exclusiva de veículos da marca Toyota, trava relações negociais com o fabricante dos veículos (ou com seu representante no Brasil), e, dentro das estratégias pré-definidas de escoamento da produção e maximização das vendas, não apenas ofereceu o plano consorcial ao consumidor ora recorrido, como também visava o benefício com o mesmo, visto que teria lucro com a venda dos seus automóveis ao grupo de consórcio. Para tanto, contava com a colaboração da empresa Sopoupe, que apesar de juridicamente independente, possuía uma relação de dependência/parceria com a concessionária, porquanto*

---

mera reunião no mesmo instrumento. Taxativamente, “a união externa é simplesmente instrumental”, não se confunde com os contratos coligados. GOMES, O. **Contratos** ..., p. 104.

<sup>304</sup> AZEVEDO, A. J. de. **Princípios** ..., p. 119.

<sup>305</sup> LEONARDO, R. X. **A teoria das redes** ..., p. 102-103.

<sup>306</sup> Segundo MARQUES “na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las”. MARQUES, C. L. **Contratos** ..., p. 92.

<sup>307</sup> LORENZETTI, R. L. **Esquema** ....., p. 71.

<sup>308</sup> AZEVEDO, A. J. de, **Princípios** ..., p. 119.

<sup>309</sup> LORENZETTI, R. L. **Esquema** ....., p. 53. Em tradução livre: “a contratação renunciou a seu isolamento: não é habitual que se apresente sozinha, senão vinculada a outros contratos, formando redes, ‘pacotes’ de produtos ou serviços, surgindo uma noção de operação econômica que se vale de vários contratos como instrumentos para sua realização, o que nos conduz ao estudo das redes contratuais”. Notar que em espanhol, “aislamiento” pode significar tanto isolamento como o que está ilhado. Esse segundo sentido, talvez esteja mais próximo ao caráter absoluto que se costumava atribuir aos contratos e aos contratantes.

*mantendo inclusive posto de vendas dentro do ponto comercial da apelante, onde eram realizadas as assembléias dos grupos de consórcio, sem qualquer ônus ou encargos atinentes à relação locatícia, com vistas a facilitar a aquisição dos veículos por consumidores.*<sup>310</sup>

Diante do reconhecimento desse sistema de contratos ou *rede contratual* ocorre a atribuição de efeitos jurídicos a um conjunto de contratos antes considerados autônomos. Impõe-se aos integrantes da rede contratual, ainda que nunca tenham contratado todos entre si “*de modo tal que*”, aduz LORENZETTI, “*las partes tienen entre si obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y además, deberes referidos al sistema que integram*”.<sup>311</sup> No ensinamento de Rodrigo Xavier LEONARDO:<sup>312</sup>

Verifica-se, deste modo, um conjunto de direitos e deveres próprios à manutenção da rede, conforme os princípios de honestidade e probidade que iluminam todo o direito das obrigações (arts. 113, 187 e 422 do CC Brasileiro). Uma vez que esse plexo de direitos e deveres é voltado para o regramento da conduta devida pelas partes (não destinado propriamente, portanto, ao adimplemento da prestação principal), convencionou-se utilizar a expressão ‘dever lateral.

Com efeito, o descumprimento de tais deveres abalaria todo o sistema visto que “pode-se sustentar a propagação das invalidades e ineficácias dos contratos unidos no todo negocial”.<sup>313</sup> Outra consideração importante diz respeito às regras aplicáveis.<sup>314</sup> O que sempre se fez foi aplicar aos contratos típicos sua disciplina

---

<sup>310</sup> TJRS. Apelação Cível nº 7001.429800-4. Decisão Monocrática. Rel.: Des. Angela Terezinha de Oliveira BRITO. Data do julgamento: 12/07/2006. Disponível em:

<http://juris.tjdf.gov.br/docjur/232233/233321.doc>

<sup>311</sup> LORENZETTI, R. L. **Esquema** ..., p. 71.

<sup>312</sup> LEONARDO, R. X. **A teoria das redes** ..., p. 104. “*Uma rede de contratos, entretanto, não pode ser confundida com um simples conjunto de contratos ou uma pluralidade de contratos. É necessário que entre dois ou mais contratos que forma o sistema exista um vínculo funcional, um nexu objetivo que justifique a percepção de uma rede: a ligação entre os diversos contratos deve refletir uma mesma operação econômica que é propiciada ou potencializada pela união referida*”. (p. 103).

<sup>313</sup> LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 105.

<sup>314</sup> “*É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o art. 421 terá projeções também no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos “contratos em rede”, servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua unidade finalista*”. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões**..., p. 58.

própria e aos contratos atípicos as regras gerais dos contratos.<sup>315</sup> A partir das redes contratuais, no entanto, as disciplinas podem sofrer influências de modo que um dos contratos da rede “afeta” aos demais. Conforme Cláudia Lima MARQUES:<sup>316</sup>

*Se uma das atividades (ou fins) é de consumo, acaba por ‘contaminar’, por determinar a natureza acessória de consumo da relação ou do contrato comercial... Há que se dar destaque a essa nova conexão de consumo, pois é esta determinante da interpretação (do regime e dos efeitos) que se dará aos contratos e relações acessórias (talvez não de consumo stricto sensu).*

#### 4.2.4 A Função Social do Contrato *in Concreto*

Por ser um conceito jurídico indeterminado, o conteúdo da função social do contrato somente é estabelecido de modo definitivo no caso concreto. Sobre a atribuição de significado, conforme se explicitou supra, vêm ocorrendo um processo de construção gradual.

No campo da função social do contrato, as transformações trazem um momento de incerteza ou de maior flexibilidade, a exigir o mais que houver da prudência dos magistrados e um esforço da doutrina em delinear o significado da função social.

---

<sup>315</sup> “Os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos que disciplinam as obrigações. Têm irrecusável aplicação nos contratos atípicos, mas evidentemente, não bastam. Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procurá-las.” GOMES, O. **Contratos**, p. 107.

<sup>316</sup> MARQUES, C. L. **Contratos ...**, p. 93. Talvez aí se encontre a distinção entre contratos coligados e as redes contratuais. Assim, nas redes há uma influência e uma conexão maior entre os contratos ao passo que, de acordo com GOMES: “em qualquer das suas formas, a coligação dos contratos não enseja as dificuldades que os contratos mistos provocam quanto ao direito aplicável, porque os contratos coligados não perdem a individualidade”. GOMES, O. **Contratos**, p. 105. Nas redes contratuais os contratos não perdem sua individualidade, mas inserem-se num sistema ao qual se devem adequar. Vale mencionar a distinção proposta por MARQUES. O *grupo de contratos* é conjunto de contratos com escopo comum. É o caso do contrato de conta corrente e de cartão de um mesmo correntista. As *redes de contratos* têm como modelo as cadeias de produção. Nesse ambiente, determinado contratante-integrante da rede não é parte contratante em avenças que lhe interessam diretamente porque interferem em sua atividade. Por fim, os contratos denominados *conexos stricto sensu* têm por nota a autonomia acompanhada do “nexo funcional”. MARQUES, C. L. Obra citada, p. 93-94. A conexão que se está a discutir é justamente aquela encontrada nas redes de contratos.

Na expressão de Darcy BESSONE:<sup>317</sup>

Por certo é inegável que o dirigismo deve ser conduzido com critério alto e seguro. Convém, não obstante, não perder de vista que, nos dias que correm, a sua extensão resulta de nos acharmos em momento de transição, entre o milenar estágio individualista e uma nova era, ainda indefinida, mas por todos pressentida, na qual as idéias sociais, sem os exageros por muitos pretendidos, vão conquistar terreno e firmar bases sólidas. Passada esta hora confusa e indecisa, aclarados os horizontes, tornar-se-á possível a revisão da teoria dos contratos e dos seus princípios fundamentais.

A primeira vista, essa ausência de um conteúdo determinado pode gerar um “temor” de instabilidade no sistema. É um falso problema, entretanto, a ausência de uma predefinição do que seja função social do contrato. Não se pode pretender dar espaço à atuação do intérprete, sem dar-lhe algum poder, ainda que dentro de parâmetros (legais e constitucionais). Além disso, a função social do contrato não deve ser interpretada de modo isolado, porém concomitantemente em relação as demais regras do sistema, inclusive as que cuidam da tutela da propriedade e da livre iniciativa, sendo inverídico dizer que a segurança jurídica foi esquecida.<sup>318</sup>

A divergência acerca do conteúdo, aspectos, extensão e efeitos da função social do contrato é visível quer na doutrina quer na Jurisprudência. Diferentes concepções e ideologias importam em conclusões diferenciadas e por vezes divergentes sobre o tema em seus variados aspectos, como se extrai nas linhas e nas entrelinhas dos posicionamentos doutrinários e fundamentações jurisprudências. Há certo embaraço ainda em exemplificar a aplicação prática da função social do contrato por se tratar de um conceito dinâmico. Desse modo, o que se mostra bastante para preencher o fim social, futuramente poderá ser tido como insuficiente. Isso não significa que não há certezas ou que não seja possível delinear a feição da função social. Mostra, por outro lado, justamente a abertura que o princípio permite e sua utilidade como canal de atualização do ordenamento jurídico.

Em que pese essas considerações, colaciona a doutrina exemplos de aplicação dessa norma. Nelson NERY Junior e Rosa Maria de Andrade NERY<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> BESSONE, D. **Do Contrato** ..., p. 45.

<sup>318</sup> “(...) Ainda que se admita que tenha o juiz padrões mais flexíveis, quer-se a continuidade do método de que haja padrões para decidir porque se valorizam a segurança jurídica e a previsibilidade, apesar de todas as dificuldades decorrentes da inegável flexibilização dos padrões que hoje se constata por toada parte”. WAMBIER, T. A. A. **Uma reflexão** ..., p. 66.

<sup>319</sup> NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código Civil** ..., p. 336.

listam três hipóteses em que consideram haver descumprimento da função social do contrato. Todas segundo o aspecto interno (entre os contratantes):

- a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a área normal do contrato;
- b) quando houver vantagem exagerada a uma das partes;
- c) quando se quebra a base objetiva ou subjetiva do contrato.

Observa-se desse modo, essencialmente, a valorização do equilíbrio contratual, garantindo a comutatividade<sup>320</sup> das avenças. De acordo com breve<sup>321</sup> e relevante estudo de Rodrigo Xavier LEONARDO,<sup>322</sup> na Jurisprudência brasileira, é possível identificar quatro orientações a respeito da função social do contrato:

- a) relativização dos princípios clássicos dos contratos;
- b) controle de cláusulas iníquas e abusivas;
- c) controle da conduta das partes contratantes;
- d) ponderação entre os valores econômicos e a justiça dos contratos.

O ponto “a” retrata uma das metamorfoses dos princípios contratuais tradicionais. Segundo escreveu-se na seção anterior (As chamadas redes contratuais), os contratantes não estão a sós e os contratos não estão a sós. Nas palavras de Antonio Junqueira de AZEVEDO “o antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou *re-lido*, conforme a Constituição”.<sup>323</sup> Trata-se de reconhecer os efeitos dos contratos em relação a terceiros os quais, por assim dizer, não assinaram o contrato, ao invés de se insistir em afirmar, contra a realidade, que os contratos não ecoam para além da relação contratual. Mitiga-se a regra da relatividade em prol da consideração da repercussão dos efeitos das avenças na sociedade.<sup>324</sup>

---

<sup>320</sup> Segundo ARRUDA ALVIM, comutatividade é “*equivalência de prestações, quando da feitura do contrato*”. **A Função Social** ....., p. 16.

<sup>321</sup> Com o adjetivo breve, jamais se pretendeu desprestigiar o levantamento jurisprudencial realizado. Presta apenas a ressaltar, como faz o próprio autor, que uma quantidade limitada de acórdãos, de um número restrito de Tribunais (Tribunais de São Paulo, Paraná e Distrito Federal, além do Superior Tribunal de Justiça) foi objeto de exame.

<sup>322</sup> LEONARDO, R. X. **A função social** ....., p. 152.

<sup>323</sup> AZEVEDO, A. J. **Princípios** ..., p. 116.

<sup>324</sup> Na dicção de FACHIN: “*Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual*

AZEVEDO, em parecer, descreve um caso paradigmático. Em poucas linhas, uma distribuidora de combustíveis – Oil – firmou contrato de fornecimento com cláusula de exclusividade. Não obstante, a cláusula e a utilização da bandeira (identificação comercial) pelo posto, esse adquiriu combustível junto a outro distribuidor. Em vista da cláusula de exclusividade, notório o inadimplemento por parte do posto de combustíveis. Mas, questiona-se acerca da responsabilidade da segunda distribuidora a qual, embora não faça parte do contrato de fornecimento entre o posto de combustíveis e a Oil, tem conhecimento desse contrato.

Bastante esclarecedor, o caso traz à tona hipótese de estipulação de terceiro que ofende contrato do qual não participou. A essência do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos permaneceu intacta: o contrato não obriga a terceiros. Ainda assim, interfere na sociedade devendo ser considerados seus efeitos externos. Em síntese, embora “não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são *partes* no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os *terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse*”.<sup>325</sup>

Do direito comparado, Antonio Junqueira de AZEVEDO toma como norte a distinção trazida pela doutrina francesa entre responsabilidade e oponibilidade e a noção de *Private of Contract* do direito inglês. Segundo esse princípio, explica que há um dever dos terceiros de respeitarem o contrato. Com fulcro nesse fundamento, o terceiro que induz a quebra de um contrato comete ato ilícito. Logo, o terceiro que interfere no contrato, tem responsabilidade aquiliana (extracontratual). A regra, ressalva, é de mão dupla: tanto os contratantes podem se opôr a terceiros como terceiros podem se opor a execução do contrato.<sup>326</sup>

A partir dessas premissas, Antonio Junqueira de AZEVEDO conclui que as distribuidoras que fornecem combustíveis ao posto, ao quebrar a exclusividade: a) cometem ato ilícito conforme art. 159 do Código Civil de 1.916;<sup>327</sup> b) Com base na responsabilidade aquiliana, o posto de combustível e a distribuidora que violou a

---

*contemporânea, para a solidariedade social*”. Justificativa de enunciado proposto por ocasião da III Jornada de Direito Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**, p. 168.

<sup>325</sup> AZEVEDO, A. J. **Princípios** ..., p. 116-117.

<sup>326</sup> AZEVEDO, A. J. Obra citada, p. 119.

<sup>327</sup> Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916) “Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

exclusividade são *solidariamente* responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual.<sup>328</sup>

Enfatize-se dois pontos relevantes sobre o caso ora apresentado. Em primeiro, demonstra bem as releituras necessárias dos princípios contratuais clássicos (e talvez do próprio contrato). Em segundo, permite constatar que a função social do contrato é um conceito jurídico indeterminado, porém determinável, sendo bastante evidente a feição que tomou nessa situação. Por essa razão, reafirma-se o que se disse antes no sentido de que não se pode negar a eficácia a esse princípio sob a alegação de que não restou claro seu significado. Não que agora haja uma definição de seu conteúdo, mas, ao menos, seus traços gerais são conhecidos. Em terceiro, esse caso refuta a frágil tese de que a função social tem natureza socialista e que sua tutela orienta-se em afronta à propriedade privada e a livre iniciativa. Afinal, a tutela foi ao contratante de boa-fé e pela manutenção do contrato que estava cumprindo sua função social.

Seguindo no exame das compreensões jurisprudenciais, identificadas por Rodrigo Xavier LEONARDO, tem-se que o entendimento expresso no item “b” dá conta da função social como ferramenta indispensável para a garantia de um equilíbrio nos contratos e afastamento de cláusulas abusivas. Mister observar que outros dispositivos que se costuma relacionar à revisão contratual dependem de um *plus*,<sup>329</sup> ao passo que a tutela possível a partir da função social do contrato exige apenas o desequilíbrio contratual, dentro de um critério de razoabilidade. Não obstante possa-se atribuir à função social do contrato natureza distinta da tutela estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), terá em relação às cláusulas abusivas função análoga.<sup>330</sup>

Em relação ao item “c”, é recorrente a aproximação do princípio com a tutela da boa-fé objetiva.<sup>331</sup> Finalmente, o significado retratado no item “d” destoa dos

---

<sup>328</sup> AZEVEDO, A. J. **Princípios** ..., p. 116.

<sup>329</sup> A aplicação do Estado de perigo e da lesão, conforme já se consignou, requer premente necessidade – Estado de Perigo e lesão –, ou inexperiência no caso da lesão (Código Civil, art. 156 e 157). A onerosidade excessiva exige “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (Código Civil, art. 478).

<sup>330</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito**..., p. 40-41. Exemplifica LEONARDO com “o repúdio as cláusulas que determinam a perda das prestações adimplidas por um mutuário nos contratos de financiamento, a revisão de cláusulas penais que impõe ônus desproporcionais para uma das partes”. LEONARDO, R. X. **A função social** ..., p. 153.

<sup>331</sup> LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 156.

demais ao revelar um conteúdo autônomo da função social do contrato que envolve “ponderação entre os interesses e expectativas contratuais”,<sup>332</sup> relacionando-se diretamente com a consideração das “circunstâncias concretas”.<sup>333</sup>

Um exemplo interessante sobre a ponderação de valores foi julgado pelo TJDF. Empresa intermediadora de vendas de bilhetes para o Poder Público, opôs-se ao corte do sinal do sistema Sabre pela Varig. O Desembargador Waldir Leôncio Junior, mantendo a liminar proferida em medida cautelar, entendeu por manter o dever da Varig se abster de cortar o sinal. Decidiu no seguinte sentido:

Nesse passo, atendo-se precisamente ao fato de que corte do sinal do sistema SABRE prejudicará terceiros, tem razão a agravada em sua irresignação, eis que a medida pretendida pela VARIG, mostra-se em descompasso com o princípio da razoabilidade. À evidência, mesmo ante o princípio da liberdade de contratar, devem ser respeitados os interesses dos órgãos públicos, terceiros de boa-fé.<sup>334</sup>

Com base no perfil extrínseco da função social do contrato, na razoabilidade e no dever de boa-fé objetiva entendeu-se por impor a Varig o dever de se abster de cortar o sinal do Sabre. Notar uma particularidade do caso em vista de que os terceiros prejudicados eram órgãos públicos, e de que o serviço de aviação comercial é concessão de serviço público.

A aproximação da função social com outros princípios, tais como boa-fé objetiva, equidade e igualdade substancial é muito recorrente, seja na Doutrina, seja na Jurisprudência. Por essa razão, talvez se cogitaria que é norma sem valor, a qual vem apenas repetir o que já estava dito e nada acrescentar. Duas razões nos levam a discordar. Em primeiro, ainda que não assumisse uma significação própria, o desempenho de uma função integrativa com os demais princípios já comprovaria a relevância da função social do contrato. Em segundo, forçoso advertir que a doutrina e Jurisprudência, paulatinamente, traçam linhas que permitem visualizar um sentido

---

<sup>332</sup> LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 156.

<sup>333</sup> LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 156.

<sup>334</sup> TJDF. Agravo de Instrumento nº 2005.002.0075263. Rel.: Des. Waldir LEÔNIO Junior. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 21/11/2005. Publicação no DJU: 24/01/2006. Disponível em: <<http://juris.tjdf.gov.br/docjur/232233/233321.doc>>. Acesso em 23 ago. 2006.

peculiar da função social. Igualmente, há de se reconhecer que está apenas em “fase inicial de construção” ainda que já se possam enxergar suas linhas gerais<sup>335</sup>.

### 4.3 Aplicação da Função Social dos Contratos

#### 4.3.1 Conceito jurídico indeterminado, mas determinável

A regra do art. 421 do Código Civil exige profunda meditação sobre os efeitos jurídicos de sua violação. Em primeiro porque não há referência imediata de sanção em face do descumprimento, em segundo porque seu conteúdo não é definido *a priori* pela norma, mas, tal como a boa-fé, diante do caso concreto conforme a técnica das cláusulas gerais.<sup>336</sup>

A fragmentação dos conceitos, portanto, é acompanhada de técnica legislativa que se utiliza das cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de que, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem em como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Ao explicar sobre as normas jurídicas indeterminadas, WAMBIER, exprime que os conceitos são dotados de “*um círculo de certeza de tamanho pequeno, um círculo maior que este que seria a zona de penumbra (‘Bergriffshof’), e um ainda maior que seria uma outra zona de certeza, agora negativa*”. WAMBIER, T. A. A. **Uma reflexão ...**, p. 62. Partindo-se dessa lição, pode-se cogitar que no centro do círculo menor do conceito de função social está a idéia de justiça. Dizê-lo, todavia, é pouco porque, a justiça – espera-se – está no centro de todos os conceitos jurídicos. Arriscada a tentativa de definir seu círculo menor. Em que pese seu caráter aberto – vago segundo alguns – pode-se imaginar nesse círculo a harmonização de interesses públicos e privados. Assim, é muito mais visível (concreto) do que o ideal de justiça. A zona de penumbra é necessária para a adequação à realidade, buscando uma porosidade aos fatos futuros; os quais conquanto se saiba que virão, desconhece-se quais serão. Por fim, sua zona negativa tem como parâmetros os preceitos constitucionais e também infraconstitucionais porque a interpretação do ordenamento não se faz de modo isolado, mas sistemático.

<sup>336</sup> Sobre o caráter indeterminado do princípio contratual da boa-fé, imperativo conhecer a posição de RIBEIRO: “*Tanto mais que os critérios de valoração que do princípio de inferem e a sua metódica aplicativa parecem rejeitar, em absoluto, uma tal dimensão funcional. Na verdade, o que a boa fé impõe não é possível enunciar pré-determinadamente, de modo acabado e fixo, em abstracto. Só depois de impregnarmos as suas directrizes de base com o concretofactual a que elas se vão aplicar é possível entrever, de modo minimamente preciso, as exigências que do princípio promanam*” RIBEIRO, J. de S. **O Controle ...**, p. 7. É um modo do direito se adequar não somente ao presente, mas se predispor as necessidades futuras.

<sup>337</sup> TEPEDINO, G. **Temas ...**, p. 207.

Ilustrativo, a esse respeito, o teor do seguinte julgado:<sup>338</sup>

Ementa - DIREITO DO CONSUMIDOR - DESINTERESSE DA SEGURADORA EM RENOVAR CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA IMOTIVADA - SEGURADO EM IDADE AVANÇADA QUE POSTULA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA O FIM DE RESTABELECEM A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL ENTRE AS PARTES - OFERECIMENTO DE NOVA PROPOSTA SECURITÁRIA - POLICITAÇÃO QUE SUGERE CLÁUSULAS QUE DENOTAM DESVANTAGEM MANIFESTA AO CONSUMIDOR - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC DEMONSTRADOS - MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA - INSURGÊNCIA À APRESENTAÇÃO DE TODOS OS CONTRATOS FIRMADOS ULTERIORMENTE - QUESTÃO PRECLUSA - RECURSO DESPROVIDO.

Discute-se acerca da rescisão de contrato de seguro de vida. Celebrado inicialmente em 1971, foi renovado automaticamente desde então, isto é, por 32 anos. Transcorrido esse tempo, contando a segurada com a idade de 75 anos, opta a seguradora por exercer o direito de rescisão unilateral, de acordo com disposição contratual. Nos termos da avença, faz notificação por escrito de sua intenção, sem qualquer indicação do motivo, em face do que se insurge a segurada. Do relatório extrai-se que:

Liberty Paulista Seguros S/A interpôs agravo de instrumento contra a decisão judicial que, nos autos da "ação ordinária com pedido de tutela antecipada" que lhe move André Biaobock e Super Transportes Rodoviários A. B., deferiu pedido de antecipação de tutela para "determinar o imediato restabelecimento do contrato de seguro celebrado entre as partes, destarte, autorizando o depósito judicial dos valores das parcelas vencidas, assim como daquelas que se vencerem no curso da ação.

O julgamento versa sobre os limites do acordo de vontade entre as partes bem como a correspondente possibilidade do Judiciário impor o dever de contratar e obrigações não contratadas. Às vistas do contrato clássico, seria um total absurdo o pleito. Segundo aquela visão, o que se estaria a demandar é, não apenas o descumprimento de uma cláusula contratual, mas a imposição a outra parte de

---

<sup>338</sup> TJSC. Agravo de Instrumento nº 2005.007812-5. Rel.: Des. Marcus Tulio SARTORATO. Data do Julgamento: 26/08/2005. Disponível em:

<[http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/lmpressao.do?corH=FFOOOO&p\\_id=AAAG5%2FAAHAACT%2FABs&p\\_query=%28%7B20050078125%7D%29](http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/lmpressao.do?corH=FFOOOO&p_id=AAAG5%2FAAHAACT%2FABs&p_query=%28%7B20050078125%7D%29)>. Acesso em 07 set. 2006.

dever que, por escrito, não consta no instrumento devidamente assinado pelas partes.

Após referir a precedentes, afirma-se no voto que:

Não se olvidam os diversos julgados que convergem no intuito de que as seguradoras não estão obrigadas a renovar *ad perpetuam* seus contratos. Tal premissa, contudo, não confere a elas o direito de, depois de sucessivas renovações em patamares razoáveis, simplesmente condicionar a conservação das avenças à colocação dos segurados em desvantagem manifesta sem motivação plausível, sob pena de se ter desrespeitado o princípio da segurança das relações jurídicas, entre outros preceitos basilares de direito.

Saliente-se desse excerto a consideração das peculiaridades do caso. Aprofundando-se num juízo até mesmo aritmético para apurar a desproporcionalidade da proposta apresentada pela seguradora. Expôs a decisão que:

É certo que, ante o inconformismo dos agravados, a seguradora veio a emitir nova proposta securitária. Contudo, dos seus termos se infere, *an passant*, a alteração drástica das condições a fim de colocar o segurado em posição de extrema desvantagem: constou da policitação um aumento do prêmio mensal de R\$ 228,28 para R\$ 585,92, enquanto houve uma redução significativa do valor das coberturas - de R\$ 324.644,00 e R\$ 69.430,00 para R\$ 81.154,00 e R\$ 15.610,00, respectivamente (fls. 53 e 99).

Sobre esse trecho, em primeiro, notar-se o foco na análise do caso concreto. Vale dizer, em vista da natureza do contrato celebrado e das relações estabelecidas entre as partes, entendeu-se por negar a eficácia de determinada cláusula contratual. Em segundo, ao invés de se garantir a intangibilidade do contrato, considerou-se que não deveria prevalecer a rescisão contratual desacompanhada de motivação. Adequou-se dessa forma o contrato a sua função social, bem como a outros princípios tais como a boa-fé objetiva e a justiça contratual. Em terceiro, ressalta-se a tutela do equilíbrio contratual, estabelecendo-se limites razoáveis ao prêmio mensal de modo que fosse adequado ao segurado e lucrativo ao segurador. Nessa linha, retira-se ainda do julgado:

Neste norte, aparenta-se possível, em tese, que a análise judicial da questão absorva a mens legis posta nos artigos 14 e 15 da Lei n.º 9.656/98, que trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde, no sentido de garantir ao segurado, como alternativa ao contrato anterior, a disponibilização de propostas viáveis e razoáveis, mesmo que estas não venham a desprezar a sua idade avançada.

Frise-se a partir dessa passagem a preocupação em proteger também o interesse econômico envolvido no contrato, ao ressaltar-se que a proposta poderia considerar a idade do segurado como fator para apreciação dos custos. Claramente, a decisão teve em vista a convivência do lucro e da função social do contrato. Por fim, igualmente cabe assinalar que não houve violação de dispositivo legal, mas adequação de um instrumento celebrado entre particulares.

Por sua própria natureza de princípio, a função social é dotada de certo grau de abstração que, todavia, não lhe retira a eficácia nem suprime sua efetividade. Demandará, entretanto, certo esforço do intérprete. A respeito de sua infração, são diversas as implicações jurídicas que se pode cogitar: anulabilidade, nulidade, ineficácia ou inexistência.<sup>339</sup> Especialmente relevantes sobre o tema os artigos 166, 186, 187, 422, 927 e 2.035 do Código Civil.

#### 4.3.2 Nenhuma Convenção Prevalecerá se Contrariar Preceitos de Ordem Pública (Código Civil, art. 2.035)

A simples leitura, isolada, do art. 421, do Código Civil, não permite conclusões imediatas sobre os efeitos jurídicos atinentes à infração da função social do contrato. Uma interpretação possível alia o art. 421 com a previsão do art. 2.035, desse código, que dispõe:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. **Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este**

---

<sup>339</sup> Parte da doutrina nega o efeito de inexistência, de um modo geral. Para ARRUDA ALVIM, o Código Civil não previu hipótese de inexistência, “mas manteve o sistema de validade dos atos jurídicos tal como se encontra no Código de 1916, no sentido de que os atos valem ou não valem e quando valem, eles são anuláveis ou são nulos, sendo a anulabilidade detonada a partir de vícios da vontade e por iniciativa da parte ao passo que a nulidade por preceitos expressos e cogentes em lei”. ARRUDA ALVIM, **A Função ...**, p. 13.

**Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.**  
(Grifou-se).

A opção pelo termo “prevalecerá” pode gerar certa dúvida entre as possibilidades de ineficácia e nulidade. Para Nelson NERY Junior e Rosa Maria de Andrade NERY, a consequência jurídica será variável de acordo com a situação.<sup>340</sup> Calixto SALOMÃO Filho pugna que o resultado da violação das garantias institucionais violaria a função social do contrato ensejando ineficácia.<sup>341</sup> Gilberto BERCOVICI compreende que o descumprimento da função social dos contratos implica em sua invalidade.<sup>342</sup> A respeito dessas consequências, vale recordar a lição de Orlando GOMES de que “O *contrato anulável*, ao contrário do contrato nulo, subsiste enquanto não decretada sua invalidade por sentença judicial proferida na ação proposta pela parte a quem protege. O *contrato nulo* não produz qualquer efeito”.<sup>343</sup> Ressalva-se apenas que tem se reconhecido a produção de certos efeitos pelos contratos nulos. Embora não seja objeto da presente pesquisa, faz-se breve incursão no tema por sua utilidade a esse estudo.

A produção de efeitos por contratos declarados nulos é visualizada freqüentemente nos casos em que a Administração contrata sem concurso público e discutem-se os efeitos do contrato após determinado funcionário não concursado ter trabalhado por algum período. Nessa esteira, exemplares são as seguintes ementas:

*CONTRATO NULO. EFEITOS. Ainda quando nulo o contrato de trabalho por inobservância ao disposto no inciso II do art. 37 da CF/88, gera efeitos não só no que se refere ao salário stricto sensu (Enunciado nº 363 do TST), como também aos depósitos do FGTS, de acordo com o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/90. Recurso ordinário do Município a que se nega*

---

<sup>340</sup> “Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto (CC 116, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC 2.035 par. un); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato”. NERY JUNIOR, N. NERY, R. M. de A. **Código Civil** ..., p. 336.

<sup>341</sup> SALOMÃO FILHO, C. **Função**..., p. 23.

<sup>342</sup> “Embora o Código Civil de 1.916 (...) não tenha sequer cogitado sobre o tema, o CC de 2002 prevê a função social da propriedade em seu art. 1.228 e a função social do contrato no art. 421, garantindo inclusive no parágrafo único do art. 2.035, que a observância da função social da propriedade e do contrato nos negócios jurídicos é obrigatória, sob pena de serem considerados inválidos”. BERCOVICI, G. **Constituição** ..., p. 148-149.

<sup>343</sup> GOMES, O. **Contratos** ..., p. 193.

*provimento*”. (TRT 6ª Região, Recurso Ordinário nº 42/2004, Órgão Julgador: 3ª Turma, DJ/PE 14/01/2005).

CONTRATO NULO. EFEITOS. Nula de pleno direito qualquer contratação efetuada pela administração pública, em afronta à norma constitucional e ao princípio da legalidade. Nenhum deve ser o efeito por ela gerado, além da remuneração pactuada, correspondente ao período laborado, ante a irreversibilidade da energia despendida pelo demandante, ao longo do contrato nulo”. (TRT 13ª Região, Recurso Ordinário nº 1253/99, DJ/PB 18/06/2000)<sup>344</sup>

É mais rara essa discussão no âmbito da Jurisprudência brasileira nos contratos celebrados entre particulares, de sorte que colaciona-se o seguinte entendimento exarado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

II - Tendo, aliás, as partes efectuado prestações com fundamento no contrato nulo ou posto em execução uma relação obrigacional duradoura, **deve o contrato nulo ser valorado, no tocante à ulterior composição das relações entre os contraentes**, como «relação contratual de facto», susceptível de enquadrar os efeitos em causa, encarados agora não como efeitos jurídico-negociais de contrato inválido, mas na dimensão de efeitos (ex lege) do acto na realidade praticado; (...) Poder-se-ia argumentar que pela eficácia retroactiva da declaração de nulidade (artigo 289º, nº 1) tudo se passa como se o contrato não tivesse sido celebrado, ou produzido quaisquer efeitos, nessa medida se impondo inelutavelmente a restituição das aludidas importâncias solvidas em sua execução. Todavia, **a nulidade, conquanto tipicizada pelos mais drásticos predicados de neutralização do negócio operando interactivos ex tunc, nem assim pode autorizar a ilação de que o negócio jurídico seja equivalente a um nada, tal como se pura e simplesmente não tivesse acontecido**. A celebração do negócio revela-o existente como evento e por isso não está ao alcance da ordem jurídica tratar o acto realizado como se este não houvesse realmente ocorrido, mas apenas recusar-lhe a produção de efeitos jurídicos que lhe vão implicados. Não é, por conseguinte, exacta a ideia de que, mercê da nulidade, tudo se passa como se o contrato não tivesse sido celebrado ou produzido quaisquer efeitos. Bem ao invés porque o contrato é algo que na realidade aconteceu, daí precisamente a sua repercussão no subsequente

---

<sup>344</sup> No mesmo sentido: “**CONTRATO NULO. EFEITOS. ARTIGO 37, INCISO II, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 363, DO TST. Após a Constituição Federal de 1988, é nulo o contrato de trabalho sem prévia aprovação em concurso público, consoante normas insertas no inciso II e § 2º do artigo 37. Na hipótese, ao obreiro somente é conferido direito ao pagamento da contraprestação pactuada, consoante orientação consubstanciada na Súmula nº 363, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho**”. (TRT 14ª Região, Recurso Ordinário nº 00133.2005.091.14.00-4/2005, DJ/RO 03/08/05). Pela proximidade, não esquecer da chamada “conversão” do ato nulo, delineada no Código Civil, “**Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade**”. Destarte, deve-se considerar que embora não produza os efeitos esperados, o contrato nulo pode gerar efeitos. Complemente-se ainda com os dois julgados extraídos do Direito Comparado. MENEZES CORDEIRO havia referido a caso com proximidade ao apresentado delineando que “**Uma pessoa induz outra a celebrar, com ela, uma venda nula por falta de forma; quando lhe convier, vem, depois, argüir a nulidade, há abuso, directamente não se pode, como se viu, validar através da boa fé, tal 'negócio', verificados, contudo, os pressupostos, deve o vendedor, ao comprador, uma indemnização em espécie que reconstitua a situação que haveria se não fosse o abuso**”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997, p. 856.

relacionamento jurídico das partes. Pode na verdade suceder que os contraentes tenham efectuado prestações com fundamento no contrato nulo, ou posto em execução uma relação obrigacional duradoura, dando lugar à abertura de uma vocacionada composição inter-relacional dos interesses respectivos - v. g., a sociedade desenvolveu normalmente as suas actividades comerciais, agindo e comportando-se os fundadores como sócios por determinado período de tempo, não obstante a nulidade do contrato social; sendo nulo o contrato de trabalho, todavia o trabalhador prestara efectivamente os seus serviços à entidade patronal.<sup>345</sup>

Quanto ao fundamento para nulidade, na ótica de Paulo NALIN, a questão se soluciona segundo a técnica da nulidade virtual: “cuja eficácia, mesmo sem um texto que torne expressa, mas por força da gravidade da lesão que consigo traz, implique a nulidade absoluta”.<sup>346</sup> Dessa forma, aplica-se o art. 166, VII do Código Civil que impõe: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Portanto, a partir da interpretação, os contratos que descumprem a sua função social seriam nulos. Rodrigo Xavier LEONARDO<sup>347</sup> inclui essa interpretação entre os “caminhos” possíveis alertando

*para a adoção pelo Código Civil de 2002, da chamada nulidade virtual. Na medida em que o art. 421 do Código Civil é norma jurídica cogente que não define uma específica sanção para sua transgressão, pode-se dizer que uma das sanções possíveis é a nulidade, nos termos do art. 166, inc. VII.*

Retomando a análise do art. 2.035, por conta da redação do seu *caput*, tem-se uma norma de direito intertemporal a atingir os negócios jurídicos celebrados

---

<sup>345</sup> (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Revista nº 03B484. Relator: Lucas Coelho. Data do acórdão: 16/10/2003). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/558062bb4e4163f380256deb003ef029?OpenDocument>>.

Acesso em 22 ago. 2006. Na Jurisprudência Belga: “No processo C-439/04, a Cour de cassation recorda que a cour d’appel de Liège declarou que um contrato nulo não pode produzir efeitos jurídicos, como a dedução do IVA, quando o fim ilícito consista numa fraude ao próprio imposto, e que A. Kittel afirma, em apoio do seu fundamento de recurso, que o IVA facturado por um sujeito passivo numa entrega de bens pode ser deduzido, mesmo que essa entrega de bens provenha de um contrato ferido, no direito interno, de nulidade absoluta e que o direito à dedução se mantém mesmo que o fim ilícito consista numa fraude ao próprio IVA” (Acórdão do Tribunal de Justiça, Terceira Secção) de 6 de Julho de 2006, Axel Kittel contra Estado Belga, C-439/04). Site do Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. Disponível em:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:DKEY=429315:PT:NOT>>.

Acesso em: 22 ago. 2006.

<sup>346</sup> NALIN, P. **A função social...**, p. 58.

<sup>347</sup> LEONARDO, R. X. **A função social ...**, p. 152. Na nulidade virtual falta a previsão textual a cominar tal sanção, daí porque é “virtual ou implícita”. GOMES, O. **Contratos ...**, p. 191. “Não sendo expressa, é dedutível das normas ou princípios do sistema jurídico”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 517.

anteriormente à vigência do Código, mas que não produziram efeitos jurídicos – ou não chegaram a terminar de produzi-los. Tais negócios, embora válidos segundo as regras antes vigentes, serão ineficazes, conforme textualmente prevê a lei, se afrontarem à função social.<sup>348</sup> Ou, pode-se dizer que, apenas se tutelará os negócios que cumprirem sua função social.<sup>349</sup> No magistério de Luiz Edson FACHIN, ao justificar o enunciado nº 260 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Somente as condições de validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do novo Código obedecem ao disposto nas leis anteriores, conforme expressamente determina a regra de direito intertemporal do caput do art. 2.035 do CCB. É aplicação do princípio que resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (nos termos da segunda parte do art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil) Não obstante, segundo o mesmo preceito (caput do art. 2.035), os efeitos produzidos após a vigência do novo Código Civil subordinam-se às normas deste.

Acerca do fundamento jurídico, útil a lição de Paulo Luiz Netto LÔBO:<sup>350</sup>

O dirigismo legislativo não se satisfaz com situações futuras, podendo atingir contratos em curso de execução ou de execução sucessiva, sob o calor do predomínio da ordem pública que afasta, quando expressamente previsto, a garantia constitucional de irretroatividade das leis e do direito adquirido. Essa tendência é típica do Estado Social. Nestes casos podem ocorrer formas de enxerto ou de amputação de condições contratuais em curso de execução. Esta é uma área de difícil compatibilidade: a garantia do ato jurídico perfeito diante da lei nova, de retroatividade expressa considerada de ordem pública, a que se devem render os interesses sociais.

Não bastasse a regra do *caput*, o parágrafo único do art. 2.035 alçou textualmente a função social dos contratos à condição de preceito de ordem pública – em face dos quais não prevalece nenhuma convenção. Essa disposição traz importantes reflexos práticos.

---

<sup>348</sup> FACHIN, L. E. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**, p. 364. Adota posição idêntica Maria Helena DINIZ em nota sobre o art. 2.035. In: FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.829.

<sup>349</sup> Por tutela compreenda-se que somente haverá suporte do Judiciário para cumprimento de obrigações ajustadas se tais obrigações estiverem de acordo com sua função social. Embora, em tese, fosse possível falar-se em ineficácia de tais negócios – em vez de negativa de tutela –, na prática a ineficácia será apenas jurídica haja vista a grande possibilidade de negócios em divergência com o princípio do art. 421 que não venham a ser trazidos ao Judiciário sejam cumpridos indiferentes à nova realidade contratual.

<sup>350</sup> LÔBO, P. L. N. **Dirigismo ...**, p. 70.

Em primeiro, em vista da discussão sobre os efeitos do dispositivo em relação aos contratos celebrados antes da vigência do Código Civil (10 de janeiro de 2003), observe-se que a ordem pública sempre se impôs sobre a liberdade de contratar. É a lição de Orlando GOMES:<sup>351</sup>

a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes. (...) mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com precisão.

Em segundo, observar que a contrariedade à ordem pública implica em nulidade.<sup>352</sup> Em terceiro, tem-se que a ordem pública predomina também sobre contratos celebrados fora do país. A ordem pública é exceção típica do princípio da *lex loci celebrationes*, de modo que não predomina sobre a ordem pública sequer a avença celebrada fora do país. É o que decorre da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), art. 17: “*As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”. Com base em Nadia de ARAÚJO, é possível concluir que a norma de ordem pública, por seu *efeito negativo* afastará a aplicação do ordenamento jurídico que estiver em desacordo com a norma de ordem pública; por seu *efeito positivo* implicará na escolha de um ordenamento que nem sempre será o da lei do foro. Em outras palavras, numa discussão no Judiciário Brasileiro sobre a lei aplicável a determinado contrato, alegar a incompatibilidade da aplicação de determinado ordenamento em relação à função social do contrato, a caracterizar exceção de ordem pública, não implicará, necessariamente, na aplicação da lei brasileira. Nessa esteira, vale mencionar o ensinamento de Nadia de ARAÚJO: “a intervenção da exceção de ordem pública internacional consiste no afastamento da lei designada, ocasionando um efeito negativo, pois sua utilização importaria num resultado incompatível com a ordem pública do foro”. Desse modo, ao invés de se aplicar a lei do foro determinado pelo elemento de conexão (domicílio, nacionalidade, residência, celebração do contrato,

---

<sup>351</sup> GOMES, O. **Contratos ...**, p. 24.

<sup>352</sup> “*Os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos*”. GOMES, O. Obra citada, p. 25. Com maior força, assevera que “*a nulidade é sanção que se comina a quem viola preceito de ordem pública ou simplesmente coativo, mas neste último caso, quanto tutela interesse de ordem geral*”. Obra citada, p. 193.

prestação do serviço), aplicar-se-á a regra de outro ordenamento. Assim completa Nadia de ARAÚJO: “ao efeito negativo sucede um efeito positivo: a utilização da regra [ordenamento jurídico] mais adequada à situação”.<sup>353</sup>

Em quarto, importante notar que por ser regra de ordem pública, lecionam Luiz Edson FACHIN<sup>354</sup> e José de Oliveira ASCENSÃO, o descumprimento da função social, em que pese entendimentos contrários,<sup>355</sup> deverá ser analisada de ofício. A examinar o Direito Brasileiro, registra José de Oliveira ASCENSÃO que:

Exercício contrário ao fim econômico ou social – essa categoria envolve uma boa dose de ambigüidade. Temos, porém um apoio no art. 2.035, parágrafo único, CC/02, que qualifica como regras de ordem pública as referentes à função social da propriedade e do contrato. O preceito é relativo às convenções, mas dele retira-se facilmente a extensão da qualificação da ordem pública também para o próprio exercício. Daqui resulta que a contrariedade do exercício à função social deve ser oficiosamente apreciada em juízo. (...) Quanto a outros atos que possam estar compreendidos na categoria ‘fim econômico ou social’, haverá que pesquisar. O princípio será o de suscitem apreciação oficiosa, para se salvaguardar o interesse coletivo, mas não está excluído que em certas categorias esse fim não tenha tal relevância que imponha a apreciação oficiosa. Seria porém necessária uma distinção das vastas categorias de

<sup>353</sup> Para ARAÚJO: “o parágrafo único do art. 2.3035 revigora a tese de que há de prevalecer na ordem pública a nova definição de abuso. Assim, contratos internacionais que contenham abusos, desrespeitam a boa-fé e a função social dos contratos podem não prevalecer, em face do CCB/02”. ARAÚJO, E. R. de. **Direito Civil ...**, p. 139. Apenas retoca-se para indicar não prevalecer deve ser tomado como não obter tutela jurídica. ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e prática brasileira de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96-97.

<sup>354</sup> Esse raciocínio foi extraído do teor do enunciado proposto, por Luiz Edson FACHIN, por ocasião da III Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, “A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública no parágrafo único do art. 2.035 do mesmo Diploma legal, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral, cujo cumprimento pode ser averiguado ex officio pelo juiz”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**, p. 167.

<sup>355</sup> Em que pese tratar-se de questão de ordem pública, entendeu o TJPR pela impossibilidade de analisar a função social do contrato porque não foi alegada pela parte. “AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - MATÉRIAS NÃO ALEGADAS ATÉ O MOMENTO DA SENTENÇA, INOBTANTE A OPORTUNIDADE CONCEDIDA À CONTESTAÇÃO DA AÇÃO - DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 515, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DO CONTRADITÓRIO - RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE TÓPICO - RECURSO MANIFESTADO EM PARTE COM REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS COM A CONTESTAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DESTA PARTE DA SÚPLICA RECURSAL - OFENSA AO ARTIGO 514, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECRETO-LEI 911/69 - CONSTITUCIONALIDADE - APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE, DESPROVIDA”. (TJPR. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível (Extinto TA). Apelação Cível nº: 0272008-9. Rel.: Costa BARROS. Data do Julgamento: 20/10/2004). Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=272008900&Fase=&Cod=641392&Linha=15&Texto=Ac%C3%B3rd%C3%A3o>>. Acesso em 25 jun. 2006.

atos implicados, que só poderia resultar de uma investigação específica, para permitir uma conclusão neste domínio”.<sup>356</sup>

A respeito da apreciação de ofício, conheça-se o seguinte julgado do TJPR:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. RECURSO. NÃO-CONHECIMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. I – O apelante, em suas razões recursais, não ataca os fundamentos da r. sentença, razão pela qual não se conhece do recurso, por ausência de pressuposto objetivo de admissibilidade, a teor do inc. II do art. 514 do CPC. II – Diante dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, é possível a decretação de nulidade de ofício pelo magistrado, dessa forma, a r. sentença não é ultra petita por declarar nulidade de cláusula contratual que coloca em extrema desvantagem uma parte em detrimento da outra. III – Apelação do autor não conhecida. Apelação dos réus conhecida e improvida. Unânime.<sup>357</sup>

Colhe-se na fundamentação do acórdão desse caso seguinte posicionamento: “a r. sentença seguiu diretrizes de ordem pública, que dispõe que, nos casos de cláusulas abusivas, deve o magistrado se pronunciar de ofício”.

#### 4.3.3 Abuso de Direito (Código Civil, art. 187)

Em relação ao dever de exercer a liberdade de contratar “*em razão e nos limites da função social do contrato*”, deve-se ter em conta ainda o disposto no art. 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>356</sup> ASCENSÃO, J. de O. **A desconstrução ...**, p. 43. Caminhando-se no sentido de que o descumprimento da função social do contrato é hipótese de nulidade virtual, resulta igualmente que a função social do contrato deva ser apreciada de ofício porque, de acordo com GOMES “*para a nulidade ser reconhecida, não é preciso provocação. Ao juiz cabe pronunciá-la de ofício*”. GOMES, O. **Contratos ...**, p. 193.

<sup>357</sup> TJDF. Apelação Cível nº 2002.091.004.9423. Rel.: Des. Vera ANDRIGHI. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Data de Julgamento: 29/08/2005. Publicação no DJU: 04/10/2005. Disponível em: <<http://juris.tjdf.gov.br/docjur/226227/226043.doc>>. Em igual sentido, o seguinte trecho de acórdão do TJPR: “Por outro lado, não se deve olvidar que o caso envolve relação de consumo e, em razão das normas de ordem pública constantes nos preceitos da Lei 8.078/90, o julgador poderia reconhecer, mesmo de ofício, abusividades ou nulidades de cláusulas contratuais, porque tem o dever de observá-las, independentemente de provocação”. TJPR. Apelação Cível nº 0272938-2. Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível. Rel.: Des. Leonel Cunha. Data de Julgamento: 03/05/2005. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=8&TotalAcordaos=24&Historico=2>>. Acesso em 8 set. 2006.

Com fundamento nessa regra, é possível sustentar que o descumprimento **manifesto** da função social – fim social – caracteriza abuso de direito<sup>358</sup>. Filia-se a essa corrente Arnaldo WALD, explicando sobre a inserção da função social do contrato no Código Civil de 2002 que:

Na realidade, o contrato não deixou de exercer sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-lhe a função social, de modo a evitar que houvesse uma atividade contrária ao interesse da sociedade, que passou, assim, a constituir um verdadeiro abuso de direito ou um desvio de poder, já condenados de modo implícito na legislação anterior.<sup>359</sup>

Partindo da premissa de que o não atendimento da função social do contrato possa caracterizar abuso de direito,<sup>360</sup> abre-se a possibilidade<sup>361</sup> de que tal violação consubstancie ato ilícito,<sup>362</sup> impondo o respectivo dever de reparar.<sup>363</sup> A respeito do abuso de direito, nota José de Oliveira ASCENSÃO, que nos termos de sua

---

<sup>358</sup> No entender de ASCENSÃO: “A lei brasileira não menciona a figura do abuso do direito”. ASCENSÃO, J. de O. **A desconstrução** ..., p. 36. Para MENEZES CORDEIRO, o abuso de direito, mesmo na ausência de outros limites, sempre condicionou o exercício dos direitos. Assim afirma que: “A propriedade, direito subjetivo por excelência, nunca foi ilimitada”, visto que por conta do abuso de direito, “ainda na ausência de limitações normativas, o direito não poder ser exercido de qualquer forma”.<sup>358</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da Boa Fé** ..., p. 862.

<sup>359</sup> WALD, A. **A dupla função** ..., p. 4.

<sup>360</sup> Para ASCENSÃO, “todas as categorias previstas no art. 187 não se confundem, afinal, com o clássico abuso do direito”. ASCENSÃO, J. de O. **A desconstrução** .... ..., p. 39. Em seu entender, melhor seria referir exercício irregular do direito porque o núcleo do abuso de direito – os atos chicaneiros – não encontram previsão no art. 187. “Mas o art. 187 não fala nem em atos emulativos nem em atos chicaneiros. Recorre a categorias diferentes. Curiosamente, os atos emulativos surgem previstos noutra lugar do CC/02: o art. 1.228 § 2º, no domínio do Direito das Coisas”. Obra citada, p. 32. O dispositivo mencionado por ASCENSÃO tem a seguinte redação: “Código Civil, art. 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...) § 2º São desfeitos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

<sup>361</sup> Essa proposição não nega a possibilidade de verificar como ilícito ato que descumpra a função social do contrato por outros fundamentos.

<sup>362</sup> Discorda desse posicionamento ASCENSÃO. A seu ver, referindo sobre a diversidade de situações que foram amalgamadas no art. 187, do Código Civil Brasileiro, “a qualificação do ato abusivo como ilícito não melhora, antes perturba, porque esconde a especificidade de cada situação implicada”. ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 48. Referindo ao ordenamento lusitano, MENEZES CORDEIRO “o termo ‘abuso’ manifesta estar em jogo um fenômeno que, não sendo permitido, também não cai na ilicitude por transcender os limites formais, portanto externos dos direitos”. MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa fé**..., p. 863.

<sup>363</sup> Assim SALLES: “o abuso de direito pode ensejar indenização a ser satisfeita pela empresa [causadora do dano]”. SALLES, Andréia Salgueiro Schenfelder. O abuso de direito e suas consequências ao empresário. **Gazeta do Povo**. Caderno Economia. Coluna Cenário Empresarial. (Geroldo Augusto Hauer) Curitiba: Gazeta do Povo, 28. ago. 2006, p. 16.

redação, o abuso de direito somente se caracterizará quando a violação “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social*”, com vistas, claramente a dar maior estabilidade ao sistema.<sup>364</sup> Tal requisito não existe no art. 421 do Código Civil. Indo mais além, como o caráter manifesto não é elemento indispensável da função social do contrato, pode-se pensar em outros caminhos<sup>365</sup> para que se observe a ilicitude do contrato que não atende a função social do contrato. Entre as interpretações possíveis, está a combinação dos artigos 421 e 186 do Código Civil.<sup>366</sup> Nesse caso seria necessário comprovar o dano, enquanto o abuso de direito pode ser oposto antes mesmo de haver prejuízos, servindo como tutela preventiva.

Vale dizer, são múltiplas as possibilidades que se apresentam tanto sobre o conteúdo quanto sobre o efeito do descumprimento da função social do contrato. Dois motivos levam a essa circunstância. Em primeiro, é necessário maior amadurecimento dos estudos sobre o tema. Em segundo, há uma pluralidade de vias<sup>367</sup> e de sentidos<sup>368</sup> que podem ser relacionados à função social do contrato. Na visão de Judith MARTINS-COSTA:<sup>369</sup>

Percebe-se quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca de seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com

---

<sup>364</sup> “O exercício em causa deve exceder **manifestamente** os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social. É bom que assim aconteça. Seria muito inconveniente, e mesmo socialmente insuportável, que todo o exercício jurídico pudesse ser objeto de um controle social exaustivo, para verificar se haveria nele abuso ou não. Criaria uma litigiosidade sem fim, ainda que o recurso a juízo fosse deixado na disponibilidade dos interessados. Só os casos de exercício **manifestamente** excessivo, por abusivo, poderão ser atingidos”. ASCENSÃO, J. de O. **A Desconstrução ...**, p. 36.

<sup>365</sup> Não se olvida que o direito brasileiro admite também a responsabilidade sem considerar culpa a conforme dispõe o parágrafo único do art. 972 do Código Civil: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

<sup>366</sup> Código Civil, art. 186. “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

<sup>367</sup> Alude-se tanto à pluralidade de efeitos cogitados pela doutrina quanto às vias pelas quais possam ser atingidos.

<sup>368</sup> MARTINS-COSTA, J. **O Direito Privado ...**, p. 28.

<sup>369</sup> MARTINS-COSTA, J. Obra citada, p. 40.

seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da casuística, que seu perfil poderá ser traçado.

De modo mais próximo ao presente estudo, na dicção da autora: “*a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional*”, o que se revela, ao menos parcialmente, por sua dupla utilidade: na restrição das liberdades e na regulação dos casos não previstos em lei.

Relativamente à eficácia da função social dos contratos, Rodrigo Xavier LEONARDO ventila três possíveis direções. Em primeiro, prestaria como princípio interpretativo,<sup>370</sup> sendo útil ferramenta para a revisão de contratos.<sup>371</sup> Uma segunda possibilidade se alinha com a concepção de que o descumprir da função social do contrato ensejaria nulidade, por via da nulidade virtual, sobre a qual se discorreu supra.<sup>372</sup> A terceira possibilidade aventada por LEONARDO diz respeito na reparação de danos. Nesse passo, explana que:<sup>373</sup>

outro possível efeito da função social do contrato seria o dever de indenizar (...) mediante um simples raciocínio silogístico, pode-se dizer que aquele que viola a função social do contrato comete um ato ilícito (contrário ao direito) e, na medida em que esse ato resulta um dano, submete-se ao dever de indenizar conforme previstos pelo art. 927, caput.

A partir dessa discussão, ganha muita importância o debate entre os efeitos do descumprimento da função social do contrato, entre inexistência e nulidade. O ato inexistente não pode ensejar a reparação de danos porque, simplesmente, não existe. O ato nulo causador de danos poderá ensejar a reparação. Unindo as pontas, considerar o ato que descumpra a função social do contrato como inexistente (sanção à primeira vista mais grave) será menos oneroso ao infrator. Isso porque do ato nulo poderá ocorrer o dever de reparar o que não apenas inibe a prática de nova

---

<sup>370</sup> De acordo com MARTINS-COSTA: “Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete”. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões...**, p. 42.

<sup>371</sup> Em sua dicção, “o art. 421 representa um fundamento normativo para o já assentado entendimento de que o princípio da intangibilidade dos contratos cede frente ao poder de revisão e integração das cláusulas contratuais abusivas”. LEONARDO, R. X. **A função social ...**, p. 151. Em harmonia, guiando-se pelas lições de Serpa LOPES, infirma DELGADO que “quando em um contrato houver termos em sentido duplo, devem ser eles entendidos naquilo em que mais convier à natureza do contrato, observando sempre a sua função social”. DELGADO, J. A. **Hipossuficiência ...**, p. 55.

<sup>372</sup> Vide seção 4.3.2.

<sup>373</sup> LEONARDO, R. X. **A função social ...**, p. 151.

violação, de fato poderá atingir o fim de reparar o dano – ao menos nos casos em que o prejuízo for de caráter pecuniário.

A questão exige definir então se o dever de reparar fixado no *caput* do art. 927 do Código Civil requer que haja culpa – ou seja, se pode haver ilícito sem culpa. Defende José de Oliveira ASCENSÃO que a ilicitude está vinculada à presença de culpa. Apressada seria, pois, a construção segundo a qual a violação manifesta da função social do contrato é sempre ato ilícito (art. 187), impondo o dever de reparar.<sup>374</sup>

Com respeito à tese de José de Oliveira ASCENSÃO, entende-se de modo diverso, filiando-se ao pensamento de Rodrigo Xavier LEONARDO. Tem-se presente, pois, que o art. 186 do Código Civil dispõe sobre situações que envolvem culpa. A sua vez, o art. 187, com a seguinte escrita: “também comete ato ilícito(..)”<sup>375</sup> (remetendo ao art. 186) traz hipótese de ilicitude sem culpa. Esse entendimento não é isolado. Assim, segundo Georges RIPERT:<sup>376</sup>

é verdade que a jurisprudência admite a responsabilidade do proprietário, ainda quando este não tenha violado nenhuma regra legal, nem cometido nenhum imprudência ou negligência, o até quando tenha feito a exploração com autorização ou sob vigilância administrativa, unicamente, pela razão de que causou aos proprietários vizinhos da sua exploração prejuízos que excedem os que normalmente resultam da vizinhança.

Chame-se atenção para o fato de que tal dever de indenizar poderia ser tanto oposto por um dos contratantes em face do outro (perfil intrínseco da função social do contrato), quanto na proteção da sociedade (perfil extrínseco da função social do contrato). A segunda situação, a sua vez, parece se dividir na oponibilidade por terceiro e na tutela de direitos difusos. No primeiro caso (oponibilidade por terceiro),

---

<sup>374</sup> “é o próprio art. 927, no parágrafo único, que delimita as hipóteses em que há dever de reparar o dano, independentemente de culpa. O que significa que, quando se fala no proêmio em ato ilícito, tem-se em vista o ato para o qual o agente concorreu com culpa. Se não houver culpa, a responsabilidade só poderá relevar nos casos especificados no art. 927, parágrafo único, que são justamente os de responsabilidade sem culpa. Esses casos são: 1) Os especificados em lei – mas o art. 187 não determina a sujeição à responsabilidade, logo, não terá automaticamente essa consequência. 2) Os que implicarem, por sua natureza, risco aos direitos de outrem – não é o caso do art. 187: nada permite afirmar que os exercícios previstos impliquem, por natureza, risco para outrem”. ASCENSÃO, J. de O. **A Desconstrução** ..., p. 44. Sublinhou-se.

<sup>375</sup> Adota esse posicionamento MARTINS-COSTA que expressa sinteticamente: “art. 927, *caput*, c/c o art. 187, que versa hipótese de ilicitude objetiva”. MARTINS-COSTA, J. **Reflexões...**, p. 44.

<sup>376</sup> RIPERT, G. **A regra moral**,... p. 171. Ainda que “os tribunais não empregam habitualmente a expressão abuso de direito para designar este uso anormal”. (p. 172).

quem não participa do contrato, com base na função social do contrato exigiria cessação parcial ou integral dos efeitos que lhe prejudicam de modo relevante,<sup>377</sup> bem como a reparação por danos. No segundo caso (direitos difusos), seria a sociedade a prejudicada, o que exige uma maior reflexão sobre os legitimados para exigir a reparação, as formas de compensação e o destinatário de uma reparação quando for pecuniária.

Do exposto, evidencia-se a ligação entre a função social do contrato e o abuso de direito. Sem se tratar de relação de gênero e espécie, há situações em que a violação da função social sinaliza abuso de direito. A hipótese é trazida na lei: quando for manifesta a infração ao princípio da função social do contrato. Em todo caso, parece útil o exame do abuso de direito, principalmente pela afinidade de conteúdo que apresenta em relação a uma das faces da função social do contrato. Igualmente, o abuso de direito importa mais do que afirmar a ilicitude do ato e o respectivo dever de reparar pode servir de fundamento para cessação de determinada atividade prejudicial a alguém.<sup>378</sup>

Na compreensão de José de Oliveira ASCENSÃO, “Um exercício rejeitado pelo Direito é um exercício inadmissível, mas nem todo exercício inadmissível deve ser qualificado como abuso do direito”.<sup>379</sup> Logo, o negócio indireto, ou seja, aquele praticado com fim diverso do previsto em lei, ressalva José de Oliveira ASCENSÃO, é hipótese de *disfuncionalização* que não deveria ser necessariamente rechaçada pela ordem jurídica.<sup>380</sup> Essa ótica é perfeitamente aplicável à função social do contrato, de tal modo que, não se viola a função social do contrato apenas por utilizar determinado tipo contratual de maneira diversa à usual.

---

<sup>377</sup> A função social do contrato poderá, portanto, evitar a produção de danos ao negar eficácia a cláusulas que fossem prejudiciais. Nessa toada, anota ASCENSÃO que “*Suponhamos um ato contrário à função social que não seja caracterizado por dolo ou negligência. O ato tem por si conseqüências desde logo porque permite que seja imposta a cessação desse ato*”. ASCENSÃO, J. de O. **A Desconstrução ...**, p. 45.

<sup>378</sup> “*Ter-se-á tido em vista, a nosso ver, que as conseqüências do exercício abusivo podem ser muito variadas, não consistindo apenas na responsabilidade civil que estaria ligada à afirmação da ilicitude. Pode fundar tão-só a pretensão de cessação da conduta, a reconstituição natural e outras conseqüências ainda, nelas incluída a responsabilidade civil, se acrescerem os elementos normais do dolo ou negligência*”. ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 41.

<sup>379</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 37.

<sup>380</sup> ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 37. Na mesma linha, assevera COMPARATO que “*para os negócios jurídicos, em muitos casos a lei lhes fixa um objetivo ou função determinada – a sua causa típica –, sem proibir o emprego da mesma técnica negocial para a consecução de outras finalidades. É o fenômeno dos chamados negócios indiretos*”. COMPARATO, F. K. **Função social ...**, p. 73.

Somente haverá abuso de direito quando houver exercício irregular do direito.<sup>381</sup> Essa diferença toma em conta uma necessária separação entre o aspecto estrutural e o aspecto funcional dos institutos.<sup>382</sup> A utilização com fim diverso em relação ao aspecto estrutural é *disfuncionalização*, em relação ao aspecto funcional é violação de sua função social.<sup>383</sup>

Nas palavras de Fernando NORONHA: “perdida a ilusão dos benefícios da *invisible hand* [mão-invisível] de Adam SMITH, a função social tinha necessariamente de ser repensada”.<sup>384</sup> Ao obrigar os contratos a cumprirem sua função social, certamente, não foi a intenção fixar apenas que devem cumprir sua finalidade em sentido estrutural, exemplificativamente, determinar que o contrato de compra e venda visa a que o adquirente pague o preço e que o vendedor entregue a mercadoria.

NORONHA sustenta ainda que os contratos sempre tiveram uma função social. A compreensão dessa afirmação exige atenção. Examinando a função social do contrato, ao tempo do Projeto do atual Código Civil, cuida NORONHA que

nem a função social do contrato é descoberta pelo Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social que dispensa referência expressa (...) repara-se que, em rigor, mesmo no tempo do individualismo não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas

---

<sup>381</sup> ASCENSÃO, J. de O. **A Desconstrução ...**, p. 40.

<sup>382</sup> O foco funcional é justamente o “*enfoque sobre o qual o art. 421 do CC acaba por chamar a atenção*”. LEONARDO, R. X. **A teoria das redes ...**, p. 100. Segundo TEIZEN Júnior “*a propriedade pode ser estudada em dois aspectos, o estrutural e o funcional. A dogmática tradicional preocupa-se somente com a estrutura do direito subjetivo proprietário – em seu aspecto estático – ou seja, os poderes do titular do domínio quais sejam 1. Aspecto externo – cujo conteúdo é o econômico que é pelas faculdades de usar, fruir e dispor. 2. Aspecto interno – o jurídico que se traduz na faculdade de exclusão das ingerências alheias. Já, diga-se, em seu aspecto dinâmico, mais polêmico, alvo de disputa ideológica pode-se analisar qual a função que a propriedade desempenha no mundo jurídico econômico, a chamada função social da propriedade*”. TEIZEN JÚNIOR, A. G. **A Função ...**, p. 139-140.

<sup>383</sup> Sobre a diferenciação entre aspecto estrutural e funcional, adverte TEPEDINO sobre os poderes proprietários retratados no art. 524 do Código Civil de 1916 – gozar e dispor dos bens e reavê-los – “*tais poderes, expressão do elemento interno ou econômico do domínio (faculdade de gozar e dispor) e do elemento externo ou jurídico (ações de tutela do domínio), compõe o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto*”. TEPEDINO, G. **Temas...**, p. 269. Em consonância, BERCOVICI cuida que “*O direito de propriedade constante do Código Civil Brasileiro de 1916 não poderia deixar de ser o elaborado pela corrente doutrinária liberal. A propriedade, portanto, é conceituada através de seu aspecto estrutural, ou seja, enquanto direito subjetivo do proprietário*”. BERCOVICI, G. **Constituição ...**, p. 140. Igualmente, “*as codificações liberais do século XX procuraram esfumegar a perspectiva funcional*”. LEONARDO, R. X. **A teoria das redes ...**, p. 108.

<sup>384</sup> Noronha, F. **O Direito ...**, p. 85.

acreditar que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos<sup>385</sup>.

Pouco profícua a discussão sobre a existência de uma função social dos contratos já no Código Civil de 1916 – se houvesse confundia-se com a função estrutural. Relevante é saber o sentido atual da função social do contrato a qual deve ser entendida em sentido complementar à função estrutural, não em sentido equivalente a essa função. Vale recordar a lição de Paulo NALIN<sup>386</sup> segundo a qual:

O contrato, por sua vez, nos modelos codicísticos, influenciados pelo Code, não escapa de realizar uma certa função, vinculada ao princípio da autonomia da vontade, sendo então o instrumento pelo qual a atribuição da propriedade se consagra. Sua função é translativa-circulatoria, realizando o princípio fundamental da liberdade econômica.

Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, discorrendo sobre o desequilíbrio no exercício jurídico, atribui-lhe sentido mais abrangente do que a categoria do abuso de direito.<sup>387</sup> Identifica como núcleo do instituto do desequilíbrio “o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados”.<sup>388</sup> Três são as hipóteses de desequilíbrio segundo sua tipologia: “o exercício inútil ou danoso, a conjugação de situações implicada no brocardo *dolo agit quit petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”.<sup>389</sup>

Na primeira categoria estão os atos chicaneiros, os quais, em tese, exercidos dentro dos limites legais, na realidade, não visam senão causar dano. A segunda categoria abrange os atos de pedir o que se terá logo que restituir. Para corrigir esse abuso, leciona Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, o prejudicado poderá tanto fazer uso da responsabilidade civil quanto impor a obrigação de “manter a situação que não existiria se não fosse o abuso”. Desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto a outro constitui a

---

<sup>385</sup> Noronha, F. Obra citada, p. 83-85.

<sup>386</sup> NALIN, P. **Do contrato...**, p. 216.

<sup>387</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da Boa Fé ...**, p. 859.

<sup>388</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 853.

<sup>389</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 853.

terceira, e no dizer do autor, mais promissora, das categorias. Como exemplo, a alegação de exceção do contrato não cumprido por infração insignificante.<sup>390</sup>

A expressão *licitude formal*<sup>391</sup> dá uma boa noção do sentido do desequilíbrio no exercício jurídico. Sua essência, como se aduziu acima é uma desconexão ou desproporção entre exercício e efeitos.<sup>392</sup> Entre suas espécies está o abuso de direito, no qual está em causa o fim social e econômico, conforme as redações semelhantes dos artigos 187 do Código Civil Brasileiro e 334º do Código Civil Português.<sup>393</sup>

Para Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO a função social de que trata o art. 334º quer dizer função social econômica.<sup>394</sup> Contrariamente ao que se vê sustentando, esse princípio teria alguma utilidade como “factor de política legislativa”,<sup>395</sup> não como norma cogente ou princípio autônomo.<sup>396</sup> Enfim, a seu ver, o desvio da finalidade conduziria a um exercício irregular do direito, a ser combatido pela boa-fé.<sup>397</sup>

---

<sup>390</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 858.

<sup>391</sup> “A actuação de direitos, com lesão intolerável de outras pessoas (...) os exemplos paradigmáticos de actuação deste tipo surgem em *Direitos Reais*; assim, o proprietário que, com **licitude formal**, exerce o conteúdo do seu direito, provocando, contudo, danos desconformes aos vizinhos”. MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da Boa Fé ...**, p. 853.

<sup>392</sup> Um caso exemplar foi a insistência na cobrança de um saldo residual de R\$ 0,01 (um centavo de real). O credor evidentemente teve um dispêndio maior para cobrar do que o valor a ser recebido. Ademais, o custo para que o devedor pagasse, superaria em muito o valor devido. Não obstante, contabilmente se pudesse falar que havia uma dívida pendente. (TJRS, Apelação Cível Nº 70004797841, Décima Terceira Câmara Cível, Rel.: Des. Lúcia de Castro Boller, Julgado em 18/09/2003).

<sup>393</sup> Código Civil Português, artigo 334º: “(Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

<sup>394</sup> Essa diferenciação foi descrita ao longo desse trabalho. Como referência, a posição de MARTINS-COSTA de que “*Em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é instrumental, isto é, para assegurar o exercício de atividade econômica, garantem-se os meios necessários àquele exercício. Como todo meio, a liberdade de contratar não existe ‘em si’, mas ‘para algo’, isto é, está permanentemente polarizada e conformada para os fins a que se destina. Esses fins não são apenas concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes do art. 1.º, as diretrizes ou “normas objetivo”<sup>34</sup> traçadas no art. 3.º e no art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5.º e 7.º, todos da Constituição*”. MARTINS-COSTA. J. **Reflexões...**, p. 45. Grifou-se.

<sup>395</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da Boa Fé ...**, p. 1232.

<sup>396</sup> “*Não se pode negar a existência, sociologicamente determinada, de linhas funcionais de actuação; torna-las vinculativas, iria transformar em dado singular um dado normal, ligado aos grandes números, com a supressão radical das liberdades pessoais*”. MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 1231.

<sup>397</sup> Para MENEZES CORDEIRO, mesmo a tutela do meio ambiente estaria abarcada pela boa-fé. Sustenta nessa esteira que “*Outra aplicação da igualdade, assim entendida, aflorou na*

O posicionamento de Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO simplesmente desconsidera a função social do contrato, tal como inscrita no Código Civil Brasileiro. Para MENEZES CORDEIRO:<sup>398</sup>

Por *pacta sunt servanda* pode entender-se a adstrição formal à palavra dada, no respeito pelo teor expresso pelo contrato. Está é, aliás, a utilização comum da locução em causa. Mas pode usar-se essa mesma regra, para documentar a ligação entre um certo equilíbrio – uma base de valoração – contratual, correspondente ao projecto inicial das partes e que perduraria como ‘justiça contratual imanente’. Na primeira acepção, a alteração das circunstâncias, a ser eficaz, contunde, de facto com os *pacta sunt servanda*; na segunda, exprime-os. Só que, na segunda acepção, a fórmula latina tradicional é inadequada. Desfeitas as miragens comunitaristas dos anos trinta, há que assentar na conformação de interesses habitual de todos os contratos. Cada parte prossegue objectivos próprios e desconhece os da contraparte; cada parte sabe, o mais das vezes, que a sua mais-valia é a perda da contraparte. As declarações contratuais são formuladas nessa base e representam um equilíbrio momentâneo que todos sabem não ser durável e que, por isso mesmo, é atraente. Uma ‘justiça contratual imanente’, a existir, deriva do exterior e é imposta pelo Direito: não é, pois contratual nem, muito menos, imanente. As afirmações tendentes a descobrir sentidos mais profundos do que a contratação em si, e, em especial aquelas que pretendem descobrir um equilíbrio especial, reportando a valores transcendentais e tudo isto ancorado no contrato, como instituto dimanado da autonomia privada revelam um jusromantismo ou de uma utopia social. Elas podem ter um certo interesse cultural no sentido de uma potencialidade educativa. Mas são inaptas para o assentar de construções científicas.

Em sentido contrário, Antonio Junqueira AZEVEDO, reconhece até mesmo o “*status* constitucional da função social do contrato”.<sup>399</sup> Na seara do desvio de finalidade, a função social, ao que parece, engloba o âmbito de protecção conferido pela boa-fé. Essa diferença decorre da pluralidade (e correspondente maior amplitude) de significação do princípio da função social. Logo, a função social do contrato não se confunde com a tutela das relações entre os contratantes – lealdade, honestidade, dever de informação. Atua também em campo diverso, a influenciar a relação do contrato com outros contratos, nem sempre com os mesmos contratantes, assim como a consideração dos efeitos do contrato na sociedade. A desproporção, o despropósito, o exagero dão alguma pista de uma face da função

---

*alteração das circunstâncias: o modificar das conjunções ambientais relevantes para um contrato, exige, em contradição com a autonomia privada, e, daí, em fractura intra-sistemática, o alterar da regulação pactuada, sob pena de desigualdade. Tudo isso assenta numa vivência jurídica possibilitada pela boa fé e com ela justificada”.* MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 1277.

<sup>398</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. Obra citada, p. 1075.

<sup>399</sup> AZEVEDO, A. J. **Princípios** ..., p. 117.

social; não esgotam, entretanto, seu conteúdo. Reforçando essa tese, recordar que, o Código Civil Brasileiro estipula através do art. 421 que a liberdade de contratar é exercida não apenas em *função*, mas em *razão* da função social do contrato. Portanto, a função social não é atributo ou adorno da liberdade de contratar; na lição de Judith MARTINS-COSTA, é seu **fundamento**.<sup>400</sup>

Seguindo a perspectiva estrutural e funcional, constataremos de imediato que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em *caráter geral*, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como *limite* da liberdade de contratar; e c) **situa a função social como fundamento da mesma liberdade**.

Vale ressaltar que, em desprestígio a posição de Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO – infensa, à função social do contrato – doutrina e Jurisprudência, como amplamente destacado no percurso desse trabalho, têm celebrado a importância do princípio da função social do contrato.

Tomado em conta que se trata de norma infra-constitucional, considerada a necessidade de interpretar em harmonia com o ordenamento jurídico, segundo a Constituição, e em vista até mesmo de sua expressão literal, imprescindível que a função social não seja interpretada como “jusromantismo” ou “utopia social”, para usar as expressões de Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. Com efeito, a interpretação desse princípio deve ser realizada de forma a atribuir-lhe a máxima eficácia. Nesse passo, recorde-se o ensinamento de Carlos MAXIMILIANO:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo.<sup>401</sup>

Em tempos em que se retoma o interesse social e o direito volta-se aos destinatários das normas – as pessoas, as inconveniências devem ser impostas quando necessárias, toleradas quando preciso, afastadas quando abusivas. A inconsistência e impossibilidade coadunam com a razoabilidade e com a

<sup>400</sup> MARTINS-COSTA, J. **Reflexões ...**, p. 42. Grifou-se.

<sup>401</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 166.

coexistência harmônica entre interesses sociais e privados, ao invés da prevalência do individualismo do contratante indivíduo “à sós na sociedade”.

À guisa de concluir esse capítulo, vale dizer que a expressão “razão” no art. 421, do Código Civil, não está a designar apenas precisão de raciocínio técnico. Ao contrário, traz a sensibilidade e a difícil missão, dos doutos magistrados e doutrinadores, de estabelecer se, no caso concreto, atendeu-se ou descumpriu-se a função social. Entre a rigidez e a exatidão da lei-moldura e a concretude vibrante conferida pelas cláusulas gerais o Direito Civil fez sua opção.<sup>402</sup>

Como sabiamente percebeu Judith MARTINS-COSTA “Na interpretação da expressão ‘função social’ o problema não está no substantivo, mas no adjetivo”.<sup>403</sup> Social é termo, para muitos, incômodo, razão pela qual muitas construções teóricas dele decorrem, a tentar impedir a sua efetividade. Cláusula geral, a função social do contrato será ainda objeto de longa discussão e, certamente, novos debates diante de casos concretos hoje em pauta, ou ainda não cogitados. De outro lado, aos que durante anos opuseram-se a uma interpretação atenta à vida por força das palavras escritas nos códigos, também restará um grande desafio: deverão buscar novos argumentos porque a função social do contrato é lei – cogente; caso seja necessário frisar.

---

<sup>402</sup> Não é assim apenas em relação à função social, porém, a interpretação e a prudência é a base de toda a atividade jurisdicional.

<sup>403</sup> MARTINS-COSTA, J. **Reflexões ...**, p. 47.

## CONCLUSÃO: METAMORFOSE(S) E DESAFIOS

As mutações transcorridas no Direito Privado são significativas, alcançando até mesmo seus fundamentos. Desse modo, sua mutação não deve ser vislumbrada como mero modismo ou simples alteração pontual. Postos em pauta novos problemas, diante de uma nova realidade, – ou talvez, de uma realidade que sempre houve, contudo, torna-se pouco a pouco, (re)conhecida pelo direito –, novas respostas são demandadas a corresponder com a necessidade de releitura dos institutos clássicos.

Do Estado Liberal, absenteísta, focado na proteção da propriedade e na observância dos contratos, passa-se ao Estado Social, o qual assume uma série de deveres. Sem confundir-se com um amontoado de promessas, significa que o Estado torna-se responsável não apenas pelo que faz, mas pelo que deixa de fazer. Os direitos subjetivos, por sua vez, perdem o caráter absoluto que possuíam no período liberal, exemplarmente, a propriedade é garantida desde que cumprida sua função social.

As avenças, no período liberal, podem ter sua essência descrita da seguinte forma: as partes contratam o que lhes parece bem, nos termos que desejam, desde que não descumpram a lei. Não havendo coação ou dolo, entendia-se que a vontade expressa no instrumento de contrato haveria de prevalecer. Evidencia-se um egocentrismo a assinalar que bastam aos contratantes seus interesses, uma espécie de “narcisismo contratual”. Frise-se que os interesses da sociedade são desconhecidos ou ignorados, de modo que simplesmente não importam à relação contratual inter-privada.

Do contrato clássico atinge-se o contrato contemporâneo, da igualdade formal passa-se a busca da efetividade. Relevante mutação transcorre ou, consoante alerta o título, um conjunto de metamorfoses a serem compreendidas em suas inter-relações.

Os princípios contratuais sofrem igualmente uma série de modificações. A intangibilidade dos contratos traduzida no consagrado brocardo *pacta sunt servanda* coexiste com hipóteses de revisão contratual, prevalência da igualdade material e da autonomia privada constitucionalizada adequada à legalidade constitucional. Igualmente, sem extinguir o princípio da relatividade contratual, reconhece-se a teia

de relações estabelecidas na sociedade, a inserir a relação dita singular em um contexto, de modo tal que, consoante se afirmou, os contratantes não estão a sós.

Em harmonia com esse ambiente, incrementa-se a atividade interpretativa, graças à abertura conferida pelas cláusulas gerais, pelos conceitos jurídicos indeterminados e pelos princípios. Os fatos sociais penetram no mundo jurídico, irradiam-se as regras e os valores constitucionais, informando a atividade de cunho privado. Não se elimina a importância nem a proteção do interesse privado, porém, resgata-se a tutela do interesse da comunidade, atribuindo-se uma função social aos institutos de direito privado, clara expressão do Estado Social.

Esmaecida a fronteira entre o público e o privado, essas esferas se interpenetram e edifica-se um novo sentido da autonomia privada. O Direito Civil, ainda sem desconhecer a vontade, passa a contemplá-la de modo distinto. Assim, tem-se em conta que nem sempre o contratante diz o que quis dizer ou expressar-se-ia como fez se tivesse mais informações do que tem. Os contratos devem ser cumpridos, mas em coerência com o ordenamento jurídico – uno –, portanto, devem atender à sua função social. Destarte, também no âmbito da autonomia da vontade, faz-se possível notar um enfoque na pessoa.<sup>404</sup>

Igualmente, deve se ter em conta que nem sempre o contratante exerce ao contratar, de fato, uma opção. A vontade deixa de ser fundamento suficiente para o contrato e a tradicional fórmula “livremente contratado pelas partes” perde seu sentido. Por questões fáticas, por decorrência de norma legal ou ainda seduzido por publicidades persuasivas, muitas vezes se contrata o que não se desejaria, com quem não se quis, ou ambos.

A partir da norma do art. 421 do Código Civil, estabelece-se que as avenças devem ser socialmente úteis. Tal como a propriedade, o contrato assume a natureza de poder-dever. Deteriora-se o dogma da autonomia da vontade em prol de uma liberdade regulada. Divergindo a doutrina e a Jurisprudência sobre os efeitos do descumprimento da função social do contrato, é certo que não será tutelado pelo direito o contrato que não cumprir sua função social. Igualmente, por ser norma de ordem pública, deve ser apreciada de ofício.

---

<sup>404</sup> Segundo NALIN “*Em que pese parcela da doutrina ainda encarar a autonomia da vontade como espaço de resistência do indivíduo a intromissão do Estado, o entendimento predominante indica o sentido do Estado Social comprometido com a realização do interesse da pessoa*”. NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: **Contrato e Sociedade**. \_\_\_\_\_. (Coord.) v. II. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

De outro giro, a iniciativa privada, o lucro e o capitalismo, não são aniquilados pela função social. Ao contrário, são reafirmados visto que, são colocados em sintonia com o ordenamento jurídico. A esse respeito, resta claro que seria pouco lógico pretender que a sociedade tutelasse um contrato que lhe seja nocivo.

A determinação do conteúdo da função social do contrato revela-se, por sua vez, tarefa das mais difíceis. Encontrando seu espírito na justiça, não se confunde, contudo com justiça social nem é sinônimo para boa-fé. O princípio assume uma pluralidade de sentidos, sem, contudo, ser um “coringa” aplicável de modo banal. Alguns de seus sentidos restam mais claros: a) Pode designar a existência de relações entre partes não contratantes a afetar a relação contratual; b) Por vezes, aproxima-se do abuso de direito no sentido de um exercício irregular ou uma “licitude formal”, na dicção de MENEZES CORDEIRO; c) É fundamento para que afastar cláusulas abusivas, ainda que estabelecidas desde o início do contrato; d) Presta-se ainda, com grande relevância, de via pela qual se pode (deve) transportar as normas e valores constitucionais às relações privadas.

Fala-se em metamorfose do Direito Privado para designar, portanto, uma miríade de transformações inter-conexas e de influência recíproca: a constitucionalização e unificação do ordenamento jurídico, a busca de uma igualdade substancial e de efetividade, a repersonalização a colocar a pessoa como centro do sistema jurídico, bem como a funcionalização a atribuir novo significado os institutos tradicionais, conformando-os à nova contratualidade.

Acompanhando o novo horizonte da esfera privada, sofre mutação a seara contratual. Explica-se: o contrato não deixa de existir, todavia, incorpora novo significado. Para dizê-lo de modo singelo: “já não se fazem mais contratos como antigamente”. Nessa toada, temos presente a relevância do exame do princípio da função social do contrato, o qual coaduna com os novos contornos que assume o direito privado. De outro giro, o exame do princípio da função social do contrato, objeto do presente trabalho, revela-se empreitada difícil, por uma série de razões, ou melhor, desafios, sobre os quais cabe detalhar.

Em primeiro, está o **desafio da concretude**, a exigir um olhar voltado e atento à realidade, à vida concreta<sup>405</sup>. Orienta-se, pois o direito, em vista da pessoa

---

<sup>405</sup> No alerta de Antonio Junqueira de AZEVEDO, dado em 1975, “realmente, na medida em que se sai dos conceitos mais abstratos, das grandes classificações, ou dos primeiros princípios (Teoria Geral do Direito Civil), e se passa aos institutos em espécie, isto é, na medida em que se

real e de suas dificuldades diárias. Certamente, com a devida licença, “não se trata de um direito de Caios e Tícios, mas para Marias e Josés”. Sem ignorar teorias e teses consagradas, porém evoluindo a partir delas, busca-se construir um direito que, embora abstrato nas formas, é concreto e justo nas soluções. Daí porque a pessoa humana e a efetividade da tutela de sua dignidade assumem o lugar central.<sup>406</sup>

Em segundo, imediatamente ligado ao anterior, está o **desafio da substancialidade**. Não que o direito prescindia de formas ou formalidades. Não basta às pessoas, no entanto, fórmulas jurídicas e uma igualdade formal – em que todos são iguais perante a lei –, devem sê-lo perante a vida. É um direito que luta para ser menos hipócrita,<sup>407</sup> revalidando o princípio da legalidade segundo uma perspectiva de “legalidade constitucional”.<sup>408</sup>

Em terceiro, está a complexidade do tratamento jurídico, “propriamente dito”, em vista da pluralidade de fontes jurídicas e do conseqüente **desafio do “diálogo das fontes”**, conforme denominou balizada doutrina.<sup>409</sup> Impende a coordenação das normas do ordenamento, sob pena de uma resposta fragmentada e logo, insuficiente e incoerente. Saliente-se, pela pertinência a esse trabalho, a coexistência entre as regras do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil tratada nessa pesquisa.

Busca-se a coerência de valores e fundamentos a refletir uma visão holística que se traduz na (re)leitura das normas ordinárias à luz do constitucional. Considera-se, pois, o ordenamento jurídico de modo, ao mesmo tempo complexo e monolítico,

---

mergulha mais próximo concreto, sente-se a existência de uma certa desatualização”. AZEVEDO, A. J. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**. Ano 64, v. 472. São Paulo: RT, fev. 2005, p. 15.

<sup>406</sup> Na lição de FACHIN: “*Evoca-se, pois, um mundo real, composto de pessoas concretas, que têm anseios, necessidades e direitos*”. FACHIN, L. E. **Estatuto...**, p. 23.

<sup>407</sup> Segundo Luis Roberto BARROSO: “*a doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente ao enfrentamento da **insinceridade normativa** e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição*”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64. Grifou-se.

<sup>408</sup> A expressão é de Pietro PIERLINGIERI em “**La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**”. Conferência Magna proferida por ocasião do Congresso de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 21. set. 2006.

<sup>409</sup> No Brasil essa terminologia é adotada por Cláudia Lima MARQUES. Explica a autora que a expressão é de Erik JAYME, originalmente “*dialogue des sources*”. MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. In: \_\_\_\_\_. BENJAMIM, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. ver. atual. São Paulo: RT, 2006, p. 26.

unificado pelo texto Constitucional,<sup>410</sup> ao qual se reconhece o caráter normativo.<sup>411</sup> Não se trata de atribuir uma validade incontestada às normas infraconstitucionais, mas ao contrário, impor que, nas palavras de Luís Roberto BARROSO: “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”<sup>412</sup>. É dizer que a eficácia da norma ordinária depende de sua constitucionalidade, porque além da unidade há no ordenamento jurídico hierarquia, e no topo, a Constituição. Enfim, atribui-se a todo o direito, e ao direito como um todo, uma essência constitucional.

Em quarto, o **desafio da atribuição de sentidos**, percorrendo o caminho do enunciado normativo, isto é, o texto tal como escrito, até a norma-aplicada, cujo significado, já se tornou lugar comum dizer, é construída diante do caso concreto<sup>413</sup>. As cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios agregam certo grau de porosidade ao sistema, a demandar uma interpretação-construção, ao invés da simples identificação da norma aplicável à determinada situação fática. Ademais, diante da Constitucionalização o significado das normas ordinárias deve ser coerente às regras e princípios constitucionais, sob pena de carecerem de eficácia. Forja-se assim uma função do Judiciário que não é criadora de novas normas, mas criadora do Direito.

Em quinto, o **desafio da harmonização** das tensões entre interesses privados e da sociedade, pessoa e mercado, dignidade da pessoa humana e

---

<sup>410</sup> Na dicção de STRECK: a Constituição é “o fundamento de validade de todo o sistema jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso: (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**. Ano XXXII, n. 97. Porto Alegre: Associações dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS, mar. 2005, p. 173.

<sup>411</sup> Salienta BARROSO que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos”. BARROSO, L. R. **A doutrina ...**, p. 68.

<sup>412</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. **Revista Consultor Jurídico**. Jornal Estado de São Paulo. São Paulo: Estado de São Paulo. 26 abr. 2006, p. 4. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43852,2>>. Acesso em 03 set. 2006.

<sup>413</sup> Alerta STRECK que “o déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre *vigência* e *validade* (o que equivale hermeneuticamente a equipar *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*”. Com isto, a *Constituição fica relegada a um segundo plano porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade do texto*”. STRECK, L. L. Atualidade do debate da crise paradigmática do direito a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: Direto, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. I, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 229.

relações privadas. Convivem no sistema a busca por estabilidade e abertura, contrato e função social.

Esses desafios não podem levar ao descuido ou até mesmo o abandono da função social do contrato. Ao contrário, servem de advertência da necessidade de um esforço mais intenso na compreensão e efetivação desse instituto. Não são sonhos, mas projetos a serem concretizados.

Com efeito, é possível identificar como fio condutor desses desafios, a necessidade de temperamento em face do absoluto, conciliando o novo com que o já havia sido construído. As relações interprivadas sofrem o influxo dos direitos fundamentais, destituem-se os direitos subjetivos de um caráter absoluto, sendo exercidos segundo sua função, assim, entre outros, a liberdade de contratar. Torna-se claro que o dispositivo no texto não é norma com um significado terminado, que se possa dizer pronto, definitivo quando ainda está no papel, porém a ser captado-identificado iluminado pela realidade.

Por fim, expostos os múltiplos desafios, ainda que de modo insuficiente, descritos os conceitos, ainda que não de maneira perfeita, compreendidas as teses, ainda que não completamente, expostas as teorias mesmo com imprecisões, declinadas as orientações jurisprudenciais, recordados os brocardos, a grande questão que se coloca, ou quiçá, o grande desafio, não é estabelecer a função social do contrato, seu sentido ou seu alcance, mas definir a própria função do direito: manter ou aprimorar, estabilizar ou edificar, ignorar ou ir em busca, ocultar ou combater, ideologia ou construção, riqueza ou dignidade, indivíduo ou coletivo, hipocrisia ou justiça, mercado ou pessoa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, p. 31-39, set./dez. 1999. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/726/1/As\\_Obriga%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_os\\_Contratos.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/726/1/As_Obriga%C3%A7%C3%B5es_e_os_Contratos.pdf)> Acesso em: 20. jun. 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003, p. 565-579. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/615/1/Do\\_Contrato\\_de\\_Dep%C3%B3sito.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/615/1/Do_Contrato_de_Dep%C3%B3sito.pdf)>. Acesso em: 25. jun. 2006.

ARAÚJO, Eugenio Rosa de. Direito Civil Constitucional – O novo Código Civil e seu relacionamento com o microsistema do consumidor. **Revista Ibero Americana de Direito Público**. (Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Mauro Roberto Gomes Mattos). Ano 5, v. XVIII, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2º sem. 2005, p. 106-141.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. De acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARRUDA ALVIM. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. Ano 92, v. 815. São Paulo: RT, set. 2003, p. 11-31.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de. Palestra de encerramento. Brasília: CJF, 2005, p. 31-51.

AVELÃS NUÑES, António José. **Adam Smith e a Teoria da Distribuição do Rendimento**. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Noção e Objecto da Economia Política**. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. **Os Fisiocratas ou o Início da Ciência Económica**. Boletim Comemorativo da Faculdade de Direito. Tomo 75, volume Comemorativo. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_. **Os Sistemas Económicos**. Reimp. Coimbra: Almedina, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, Teoria da Imprevisão e em especial onerosidade

excessiva. **Cadernos de Direito**. Curso de Mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba. v. 4, n. 6. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, jul.2004, p. 9-21.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**. Ano 64, v. 472. São Paulo: RT, fev. 2005, p. 15-21.

\_\_\_\_\_. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contractual. **Revista dos Tribunais**, Ano 87, v. 750, Rio de Janeiro: RT, abr. 1998, p. 113-120.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61-77.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: Estado de São Paulo. 26 abr. 2006. Disponível em

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43852>>. Acesso em 03 set. de 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. São Paulo: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Constituição de 1988 e seus problemas**. São Paulo: LTr, [s.d].

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato - Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILAQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. **Revista dos Tribunais**. Revista Jurídica da Presidência. v. 3, n. 31. Brasília: Presidência, dez. 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_31/Rev31.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_31/Rev31.htm)  
Acesso em: 07. jul. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. 8. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o Direito Contratual. **Revista dos Tribunais**. v. 526. São Paulo: RT, ago. 1979.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 2, n. 6, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004, p. 67-96.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba, 2004, Tese (Doutorado) – Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Rodrigo Toscano. Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueredo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 369-382.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 167.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: **Diálogos sobre Direito Civil - Construindo a Racionalidade Contemporânea**. RAMOS, Carmem Lúcia Oliveira et alli (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99-125.

CERTO, Samuel C.; PETER, J. Paul. **Administração estratégica**. planejamento e implantação da estratégia. (Trad. Flavio Deni Steffen). São Paulo: Makron Books, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito concorrencial. In: SUNFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXV (nova série), n. 63. São Paulo: RT, jul./set. 1986, p. 71-79.

\_\_\_\_\_. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**, Ano. 54, v. 353. São Paulo: RT, mar. 1965, p. 14-26.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO Filho, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Oliveira et alli (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil** - construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, p. 155-165.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR, Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJP, 2005. Disponível em: [http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf) acesso em: 20. mai. 2006.

DELGADO, José Augusto. **Hipossuficiência de uma das partes na relação de consumo com pessoas jurídicas**. Texto básico da palestra proferida em Amparo, São Paulo, no mês de novembro de 2004, no Fórum Jurídico das Atividades Seguradoras, realização da Associação Paulista dos Magistrados. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/435/1/Hipossufici%C3%Aancia\\_de\\_um\\_a\\_das\\_Partes\\_na+Rela%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/435/1/Hipossufici%C3%Aancia_de_um_a_das_Partes_na+Rela%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 15 jul. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. da responsabilidade civil. das preferências e privilégios creditórios. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). v. XIII. (Arts. 927 a 965), Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13-62.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. A Reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado**. direito de família e casamento. v. XV. Artigos 1.511 a 1.590. (Coord. Álvaro Villaça de Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**. As telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIORGIANI, Michele. O Direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 747. São Paulo: RT, jan. 1998, p. 35-55.

GOMES, Orlando. **Contratos**. (Atualização: Humberto Theodoro Júnior). 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. (Atualização: Edvaldo Brito). 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. (interpretação e crítica). 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, prenome *et. alli*. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do Contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 12. São Paulo: RT, jul./set. 1988, p. 141-152.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. Ano 4, n. 14. São Paulo: RT, abr./jun. 2003, p. 38-47.

JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KANITZ, Stephen. O administrador como político. **Revista Veja**. ed. 1963, ano 39, n. 26. São Paulo: Editora Abril, 05. jul. 2006, p. 22.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**. Como criar, conquistar e dominar mercados. (Trad. Cristina Bazán). 3. ed. São Paulo: Futura, 1999.

LATAILLADE, Iñigo Caverro; RODRIGUEZ, Tomas Zamorra. **Introducción al Derecho Constitucional**. [s.l]: Universitas, [s.d].

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. MOREIRA, Vital. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra: Almedina, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade de Londrina. v. II. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**. Ano 94. v. 832. São Paulo: RT, fev. 2005, p. 100-111.

\_\_\_\_\_. Redes contratuais: uma contextualização entre a empresa e o mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 2, n. 7. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2004, p. 1-255.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. Ano 84, v. 722, São Paulo: RT, dez. 1995, p. 40-45.

\_\_\_\_\_. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 14, v. 52. São Paulo: RT, abr./jun. 1990, p. 64-78.

\_\_\_\_\_. **O Contrato**. Exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. Princípios contratuais. In: \_\_\_\_\_. **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa livraria, 2003, p. 9-23.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 33. São Paulo: RT, jan./mar. 2000, p. 51-77.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. Novos temas na Teoria dos Contratos: confiança e conjunto contratual. **Revista da Ajuris**. Ano XXXII, n. 100. Porto Alegre: Associações dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS, dez. 2005, p. 73-97.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. In: \_\_\_\_\_. BENJAMIM, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. ver. atual. São Paulo: RT, 2006

MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 497-513.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). v. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. O Direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 753. São Paulo: RT, jul. 1998, p. 24-48.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. Ano 1, v. 1. Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, maio de 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, v. 801. São Paulo: RT, jul. 2000, p. 11-29.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico – Law Dictionary**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MENEZES CORDEIRO. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005, p. 13-28.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. Ano 3, n. 12. São Paulo: RT, out./dez. 2002, p. 50-60.

\_\_\_\_\_. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Contrato e Sociedade**. v. II. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13-45.

\_\_\_\_\_. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. E legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Da proteção contratual, p. 476-512. In: GRINOVER, Ada Pelegrini *et. alli*. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NOHLEN, Dieter; FERNANDEZ, B. Mario. Economy, State, and Social Policy in Latin America. **Law and State**. v. 41. Tübingen (Alemanha): Institute for Scientific Co-operation, 1990, p. 73-98.

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

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1995.

**Oxford Spanish Dictionary**. 3. ed. Nova Iorque: Oxford Press, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**. Conferência Magna proferida por ocasião do Congresso de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 21. set. 2006.

\_\_\_\_\_. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. (Trad. M. C. de las Cuevas). Buenos Aires: Heliasta, 1993.

RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. (Trad. ao espanhol por María Dolores Gonzáles). 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997.

REALE, Miguel. **Boa-fé no Código Civil**. Disponível em:  
<[http://www.miguel\\_reale.com.br/artigos.htm](http://www.miguel_reale.com.br/artigos.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2006.

\_\_\_\_\_. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**. Ano 3, n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002, p. 9-17.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O controlo do conteúdo dos contratos**: uma nova dimensão da boa fé. Transcrição da palestra proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil, organizado pela Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR. Curitiba, 15 a 17 de Setembro de 2005. Disponível em:

<<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/5184/3899>>.

Acesso em: 14 mai. 2006.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. (Tradução Osório de Oliveira). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. (Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988.

RUI BARBOSA. Igualdade perante a lei. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 4, n. 46. Brasília: Presidência, mar. 2003. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev46/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev46/index.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2006.

SADY, José João. O novo código civil e o direito do trabalho: a função social do contrato. **Revista de Legislação do Trabalho**. Ano 67, n. 07. São Paulo: LTR, Jul. 2003, p. 819-824.

SALLES, Andréia Salgueiro Schenfelder. O abuso de direito e suas conseqüências ao empresário. **Gazeta do Povo**. Caderno Economia. Coluna Cenário Empresarial. (Geroldo Augusto Hauer). Curitiba: Gazeta do Povo, 28. ago. 2006, p. 16.

SALOMÃO Filho, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. **Revista de Direito Público da Economia**. Ano 1, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003, p. 15-44.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial**. As estruturas. São Paulo: Malheiros, [s.d].

\_\_\_\_\_. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XLII (Nova série). n. 132. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2003, p. 7-24.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. Biblioteca do Consumidor. v. 14. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIFMAN, Leon G; KANUK, Leslie Lazar. **Comportamento do consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

SCHWABE, Jürgen. (Comp.) **Cinquenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. (Trad. ao espanhol – Marcela Anzola Gil). Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**. Ano XX, n. 82. São Paulo: RT, abr./jun. 1987, p. 41-52.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: **Diálogos sobre Direito Civil** - Construindo a Racionalidade Contemporânea. RAMOS, Carmem Lúcia Oliveira *et alli* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247-265.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumenjruis, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso: (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**. Ano XXXII, n. 97. Porto Alegre: Associações dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS, mar. 2005, p. 171-202.

\_\_\_\_\_. Atualidade do debate da crise paradigmática do direito à resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: Direto, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. I, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 223-262.

STUART MILL, John. **Princípios de economia política**. (Trad. Luiz João Baraúna). v. II. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SUNSTEIN, Cass. R. As Funções das Normas Reguladoras. (Trad. Vera Scarpinella) **Revista de Direito Público e Economia**. Belo Horizonte: Fórum. Ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003.

TALAVERA, Glauber Moreno. Função social do contrato no novo Código Civil. **Revista CEJ**, nº 19. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, out./dez. 2002, p. 94-96.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Problemas e Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 17, v. 65. São Paulo: RT, jul./set. 1993, p. 21-32.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 5, v. 17. Rio de Janeiro: Renovar – Instituto de Direito Civil - IDC, jan./mar. 2004, p. 3-11.

\_\_\_\_\_. **Obrigações e contratos**. 11. ed. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLII (nova série). São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2003, p. 39-55.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “Cláusulas Gerais do Código Civil de 2002” – A função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, v. 831 São Paulo: RT, jan. 2005, p. 59-79.

WEINBERG, Monica. Compra por impulso. **Revista Veja**. Edição 1956. São Paulo: Abril, 17 de maio de 2006. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/170506/p\\_122.html](http://veja.abril.com.br/170506/p_122.html)>. Acesso em 25 jul. 2006.

## SITES CONSULTADOS

**Ministério da Justiça de Portugal** - Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>

**Portal de Direito da União Européia** - Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>

**Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>

**Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em <<http://www.tjdf.gov.br/>>

**Tribunal de Justiça do Paraná**. Disponível em: <<http://www.tjpr.gov.br/>>

**Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. DUAS FORMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Estado Liberal – O primado do <i>Laissez-Faire</i>.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Estado Social.....</b>	<b>6</b>
1.2.1 <i>Welfare State</i> (O Estado do Bem Estar Social) .....	6
1.2.2 Formas de Intervenção do Estado na Economia .....	10
<b>2. A TEORIA CONTRATUAL À LUZ DO ESTADO SOCIAL .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Os Princípios Contratuais Clássicos.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2 As Novas Cores dos Contratos.....</b>	<b>19</b>
2.2.1 Constitucionalização do Direito Civil.....	19
2.2.2 A Autonomia Privada à Luz da Teoria Contratual Contemporânea (e da Realidade Contemporânea).....	29
<b>3. METAMORFOSE E ESTABILIDADE: CONFLITOS E COEXISTÊNCIA .....</b>	<b>41</b>
<b>3.1 O Sentido Atual da Segurança Jurídica .....</b>	<b>41</b>
<b>3.2 A Busca por uma Igualdade Substancial .....</b>	<b>46</b>
<b>3.3 Harmonização entre o Público e o Privado – Subsistência do         Conteúdo Econômico e a Função Social do Contrato .....</b>	<b>50</b>
<b>4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....</b>	<b>56</b>
<b>4.1 Institutos Correlatos .....</b>	<b>56</b>
4.1.1 Primeiras Considerações.....	56
4.1.2 Função Social da Propriedade.....	57
4.1.3 Função Social da Empresa ou Função Social dos Bens de Produção .....	62

<b>4.2 Conteúdo da Função Social</b> .....	65
4.2.1 Contexto em que se insere a Função Social do Contrato.....	65
4.2.2 Conteúdo da Função Social ou sobre a Função Social do Contrato <i>in Abstracto</i> .....	70
4.2.3 As Chamadas Redes Contratuais.....	76
4.2.4 A Função Social do Contrato <i>in Concreto</i> .....	79
<b>4.3 Aplicação da Função Social dos Contratos</b> .....	85
4.3.1 Conceito jurídico indeterminado, mas determinável.....	85
4.3.2 Nenhuma Convenção Prevalecerá se Contrariar Preceitos de Ordem Pública (Código Civil, art. 2.035) .....	88
4.3.3 Abuso de Direito (Código Civil, art. 187).....	95
 <b>CONCLUSÃO: CONCLUSÃO: METAMORFOSE(S) E DESAFIOS</b> .....	107
 <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	113