

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objeto³ a Função Social do Contrato, expressamente reconhecida no artigo 421 do Código Civil Brasileiro⁴, a partir de uma visão histórica do direito contratual.

O objetivo é apresentar uma caracterização da Função Social do Contrato no contexto jurídico e identificar alguns de seus reflexos na Liberdade de Contratar.

O trabalho é desenvolvido em três capítulos. Principia-se tratando da noção de Contrato e apresentando uma notícia histórica da evolução do Direito contratual; destaca-se a passagem da concepção clássica do individualismo ao entendimento moderno da Função Social do Contrato como fundamento de validade e Limite da Liberdade de Contratar. É o reconhecimento da superação dos dogmas da Autonomia da Vontade e da Força Obrigatória dos Contratos.

O primeiro capítulo encerra-se com uma síntese do exposto, na tentativa de consolidar o ponto de vista de que o Contrato modificou-se ao longo do tempo, seja no conteúdo, na forma ou nas funções, em razão da própria transformação social, econômica e política da Sociedade, sendo notória a passagem da teoria geral do Contrato, da concepção individualista para uma concepção marcada pela supremacia do social, no qual o interesse geral e a justiça predominam sobre a Liberdade individual.

³ Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p.170-181.

⁴ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil: legislação em vigor*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104. Art. 421 – *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

O segundo capítulo tematiza a Função Social do Contrato e inicia-se pela observação da Função Social da propriedade e pela influência da chamada Doutrina Social da Igreja na definição de seu conteúdo. Procura-se chamar atenção para a dificuldade de se traduzir o sentido e o alcance da Função Social do Contrato, assim como para a alteração substancial dos elementos constitutivos do ato jurídico perfeito, a partir do reconhecimento desta como fundamento inafastável de validade do Negócio Jurídico. Em seguida, alerta-se para o fato de que não se deve romper com a segurança jurídica - porque esta também é uma necessidade social - não deixando, porém, de perceber que, na prática, pode haver certa perplexidade e alguma insegurança sobre o exercício da Liberdade de Contratar.

O capítulo encerra-se com o reconhecimento da impossibilidade de se reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que se constitui o conteúdo ou o âmbito de incidência da Função Social do Contrato; o que não significa, é evidente, que não se deva buscar traçar-lhe os seus contornos, para dar-lhe sentido e operacionalidade, em face do caso concreto, principalmente quanto aos Limites à Liberdade de Contratar, frente ao interesse público e sua tutela.

O terceiro capítulo tem como finalidade dar ênfase a algumas das aplicações concretas da Função Social do Contrato como Limite da Liberdade de Contratar.

Ressalta-se a possibilidade de imposição de Limites à Liberdade de Contratar, nos termos da Constituição Brasileira vigente, fundada na Justiça Social, pressuposto para a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária. Em seguida, procura-se destacar alguns dos Limites impostos aos contratantes para o cumprimento da Função

Social do Contrato, em conseqüência da socialização e publicização do Direito privado, com referência, também, aos demais deveres dela decorrentes, em especial, a boa-fé e a solidariedade com que devem se pautar os integrantes da relação contratual e o equilíbrio necessário para que o Contrato atinja uma finalidade, socialmente legítima.

Por fim, discorre-se a respeito da intervenção estatal nas relações contratuais e da possibilidade de revisão judicial dos Contratos, partindo-se do chamado dirigismo contratual, visto que é através da intervenção dos poderes do Estado que os Limites impostos pela Função Social do Contrato se concretizam.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, procurando estimular à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Função Social do Contrato Privado, com ênfase para os limites da Liberdade de Contratar.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo; na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e que o Relatório dos Resultados está composto na base lógica Indutiva⁵, com o apoio das Técnicas do Referente, das Categorias, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica.⁶

Como categorias, foram selecionadas as seguintes: Contrato, Negócio Jurídico, Função Social, Justiça Social, Autonomia da

⁵ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*, p. 99-125.

⁶ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*, especialmente p. 61-71, 31-41, 45-58 e 99-125, nesta ordem.

Vontade, Força Obrigatória, Limite, Liberdade de Contratar, Solidariedade Social, Dirigismo Contratual, todas conceituadas ao longo e no momento próprio da dissertação.

É conveniente ressaltar, enfim, que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho, as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula.

Capítulo 1

ASPECTO TEÓRICO E NOTÍCIA HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na exposição deste capítulo, objetiva-se demonstrar, ainda que de forma breve e contextualizada no tempo, a evolução do direito contratual.

Procura-se, num primeiro momento, apresentar uma noção de Contrato e uma notícia histórica, com especial destaque à passagem da concepção clássica do individualismo para o entendimento moderno da Função Social do Contrato como fundamento de validade e Limite da Liberdade de Contratar⁷.

Também, aborda-se, descrevendo e acentuando, no processo histórico, o reconhecimento da existência de limitações à Autonomia da Vontade na formação do Contrato, concretizada, em suas múltiplas formas, pela intervenção legislativa, judiciária ou administrativa.

Ainda, destaca-se a flexibilização da força obrigatória do Contrato para permitir a revisão ou a própria resolução do Contrato, a partir do reconhecimento de que a situação ou disposição dos contratantes, no momento da contratação, ou circunstâncias ou efeitos não previstos pelos mesmos, no momento de sua execução, podem

⁷ A Liberdade de Contratar, no presente trabalho, é entendida não apenas no sentido de realizar materialmente o Contrato, isto é, de realizar ou não determinado Contrato, mas em sentido amplo, abrangendo a denominada Liberdade Contratual, ou seja, a possibilidade de pactuar, discutir, alterar as condições do Contrato, resolvê-lo, prorrogá-lo, enfim, de fixar-lhe o conteúdo.

provocar uma onerosidade excessiva para um ou o enriquecimento ilícito para o outro.

A justificativa, para o seu desenvolvimento, nasce da necessidade de uma investigação sobre as razões e motivos determinantes da inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da Função Social como Limite da Liberdade de Contratar, que se constitui no objeto central do presente trabalho.

1.2 NOÇÃO DE CONTRATO

Derivado do latim *contractus*, de *contrahere*, o termo Contrato possui o sentido de ajuste, convenção, pacto, transação. Expressa, assim, a idéia do ajuste, da convenção, do pacto ou da transação firmada ou acordada entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Traz o vocábulo, por vezes, o sentido de expressar o próprio instrumento em que se elabora o Contrato, isto é, o documento escrito em que o Contrato se materializou e pelo qual se prova a sua existência⁸.

Monteiro⁹, reportando-se a Aristóteles, diz que Contrato era uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio.

O Contrato é uma espécie do gênero Negócio Jurídico¹⁰ que pressupõe, necessariamente, intervenção de duas ou mais

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 2. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001. CD-ROM.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1987-1989. v. 5-6, p. 5.

¹⁰ Negócios jurídicos são declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. ed. eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1-6, p. 92.

pessoas que se põem de acordo a respeito de determinada coisa¹¹ e por meio dos quais combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo algum vínculo jurídico¹² de forma legitimamente tutelada pelo ordenamento jurídico.

Para Pereira¹³, Contrato

é um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. (...). Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações.

A opção acadêmica, quanto à definição, para esta pesquisa é, por entender que melhor atende a finalidade proposta: Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, constituir, modificar, resguardar, regular ou extinguir relações jurídicas patrimoniais, em que estas se sujeitam à observância da conduta idônea, à plena satisfação dos seus interesses e da Sociedade onde ele se concretiza.

1.3 NOTÍCIA HISTÓRICA

Se bem é certo que o conceito de Contrato sofreu

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5-6, p. 4.

¹² BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. ed. histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1982. p. 157.

¹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1-6, p. 3.

alteração significativa ao longo do tempo, principalmente à vista da intervenção do Estado¹⁴ na economia. Não menos certo é que as formas contratuais como se conhece hoje e que se renovam e se ampliam a cada instante, não existiam nas Sociedades primitivas.

A doutrina civilista, baseada no liberalismo¹⁵, conceitua o Contrato como um acordo de vontades gerador de efeitos obrigacionais¹⁶. Dentre os pressupostos do Contrato destacam-se: a Autonomia da Vontade - direito de poder, validamente, por um ato de vontade própria e sob certas circunstâncias, criar uma relação contratual; o consensualismo - aquele pelo qual o acordo de vontades manifestado pelos contraentes é suficiente à perfeição do Contrato; a Força Obrigatória dos pactos - o Contrato faz lei entre as partes; e a relatividade de seus efeitos - os efeitos do Contrato vinculam apenas os contratantes.

Por outro vértice, a dogmática jurídica¹⁷, na análise do processo de evolução do conceito de Contrato, reconhece, no entanto, que a determinação do seu conteúdo ou de alguns elementos deixou de ser livre; uma das partes perdeu a Liberdade de escolha da outra; para formação de alguns tipos de Contrato passou a ser imprescindível a

¹⁴ Numa estrita visão jus-positiva, a instituição que detém o poder de coerção incidente sobre a conduta dos cidadãos, determinando-lhes, através de um sistema normativo respaldado na força, o que podem e não podem fazer. MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 38.

¹⁵ Liberalismo, segundo Cruz, é a corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizada por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. CRUZ, Paulo Márcio. Política, poder, ideologia e estado contemporâneo, p. 89.

¹⁶ Neste sentido, GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 34.

¹⁷ Dogmática jurídica é o sistema que articula princípios, conceitos, normas e regras técnicas, construído com apoio na Ciência do Direito e aplicado na esfera judicial, com vista à decidibilidade dos conflitos. MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica, p. 33.

autorização ou a aprovação da autoridade pública; há uma tendência à padronização das condições gerais.

Deve-se notar que na Sociedade contemporânea é patente a intervenção do Estado na vida do Contrato, fenômeno que marca a passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Intervencionista¹⁸.

Souza¹⁹ destaca que as profundas contradições e desigualdades verificadas no seio da sociedade capitalista deram origem, já nos princípios do século XIX, a uma poderosa reação às concepções liberais. As idéias contrárias ao absentismo estatal viriam a se cristalizar no intervencionismo, fenômeno que assinala a atuação do Poder Público sobre o processo econômico-social.

No que tange à teoria geral do Contrato, verifica-se uma completa renovação das matrizes filosóficas do direito privado, com a superação do individualismo, baseado em uma igualdade meramente formal, em busca de uma concepção mais solidária, fundada no caráter social do direito e nas obrigações sociais do indivíduo.

Ewald²⁰ explica que as relações sociais são reduzidas a formas contratuais que de Contrato, no conceito liberal, só têm a denominação; as relações sociais tendem a uma infinidade de

¹⁸ Sobre a mudança de paradigmas relativa à passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Intervencionista, ver VENANCIO FILHO, Alberto. Aspectos gerais da intervenção do Estado no domínio econômico. In: *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 e SOUZA, Nemesio José de. A ação estatal e as atividades econômicas. In: *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

¹⁹ SOUZA, Nemesio José de. *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*, p. 14 et seq.

²⁰ EWALD, François. In: TEUBNER, Gunther (Coord.) *Dilemmas of law in welfare state*. Berlim: Walter de Gruyter, 1986. p. 50 et seq.

necessidades interdependentes entre os atores sociais. O aumento progressivo dessas relações de solidariedade (*solidarity relationships*) outorga aos contratos tamanha flexibilidade que não seria mais apropriado falar-se no termo Contrato, mas sim em uma ordem contratual (*contractual order*) na qual a moral e a filosofia dos contratos são substituídas por uma doutrina baseada na sociologia, através da distribuição eqüitativa dos prejuízos e lucros entre os diversos atores sociais.

Ultrapassados os tempos da barbárie, em que os bens da vida e os interesses eram obtidos ou satisfeitos pelo emprego da força ou da violência, e instaurada a convivência pacífica entre os homens, o Contrato se fez presente e foi fundamental para a circulação dos bens necessários à sobrevivência e ao desenvolvimento do indivíduo, como conseqüência inegável da vontade e do consenso.

Para Engels²¹,

a domesticação de animais e a criação do gado abriram mananciais de riqueza até então desconhecidos, criando relações sociais inteiramente novas. A aparição da propriedade privada dos rebanhos e dos objetos de luxo trouxe o comércio individual e a transformação dos produtos em mercadorias.

Assim, na medida em que se ampliaram os grupamentos civilizados e mais volumosos se tornaram os negócios e a circulação das riquezas, mais constante e decisiva se mostrou a utilização do Contrato, em todos os níveis da Sociedade.

O Contrato, no direito romano, inicialmente, era típico e concebido como um vínculo jurídico – *vinculum juris* – cuja obrigação

²¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 57 e 124. Título original: *Der Ursprung der familie, des privateigentaums und des staats*.

dele decorrente – *obligatio* – carecia, necessariamente, da prática de ato solene – *nexum*. A forma constituía elemento essencial do Contrato, fosse ele *verbis, re* ou *litteris*, porém, aos poucos, transformou-se num instrumento válido pelo simples fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes²².

Em algumas das mais destacadas codificações do século XIX, o Contrato era a própria expressão da autonomia da vontade, reconhecendo às partes a Liberdade de estipularem o que lhes conviesse, servindo, portanto, como instrumento eficaz da expansão capitalista. Observa-se tal premissa desde o Código Civil Francês, de 1804; sucedido pelo italiano, de 1865; o português, de 1867; e o espanhol, de 1889, que influenciaram decididamente o ocidente, com destaque para o Código Civil Alemão, o BGB²³, de 1896, o mesmo ocorrendo com o Código Civil Brasileiro, de 1916.

Dantas²⁴ entende que:

O grande progresso econômico do mundo ocidental, ocorrido no século XIX, se assentou sobre as bases do direito contratual, que soube fornecer à sociedade democrática libertada das amarras do feudalismo os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que

²² CRETELLA JÚNIOR, *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983. p. 245-250.

²³ Bürgerliches Gesetzbuch.

²⁴

□ DANTAS, Santiago. Evolução contemporânea do direito contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 41, v. 195, p. 144, jan. 1952.

deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.

Hoje, qualquer indivíduo - sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do Contrato - enfatiza Pereira²⁵.

E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O homo aeconomicus estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.

Para Wald²⁶

poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou as sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na antigüidade, na idade média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

Nem mesmo os mais exacerbados regimes ditos socialistas, como o soviético, conseguiram abolir o Contrato ²⁷. Mas, é

²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos - declaração unilateral de vontade - responsabilidade civil*, v. 3-6, p. 4.

²⁶ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça - Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 8, p. 43-49, 1º sem. 2000.

²⁷ DAVID, René *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos - declaração unilateral de vontade - responsabilidade civil*, v. 3-6, p. 10. *Mesmo nos regimes socialistas não foi possível abolir o contrato. Na URSS, onde se distinguem os*

sobretudo nos regimes liberais que mais se avulta a Função do Contrato, pois, não é possível compreender a ideologia de tais regimes sem a valorização da propriedade e não se concebe o natural exercício da propriedade sem a presença instrumental do Contrato.

Por longo tempo, conforme relata Pereira²⁸, se entendeu que os pactos deviam ser respeitados - *pacta sunt servanda* - a qualquer custo e em todas as circunstâncias, pois refletiam um ato de Liberdade individual. O Contrato, por sua própria natureza, devia ser considerado justo, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, ressalvados, tão somente, os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

Parece oportuno ressaltar que esse sistema, adotado pelo Código Civil Brasileiro, de 1916, estava amparado no liberalismo marcante de um período de estabilidade social, política e econômica. O Contrato, inegavelmente, foi, nessa época, fundamental ao grande processo de desenvolvimento econômico mundial.

Entretanto, este Negócio Jurídico nem sempre vinculava as partes de forma equânime, justa e ética. Constatou-se, então, que tal modelo de Contrato não mais atendia às aspirações da Sociedade contemporânea, haja vista que não se pode considerar válida uma relação contratual sem equilíbrio, iníqua, celebrada com ausência

dois setores, público e privado, da economia, os contratos sobreviviam. Neste, a função social do contrato é aproximadamente igual à que o acompanha nos regimes capitalistas. No setor da economia pública, não obstante pertencerem ao Estado os órgãos de produção, adotava-se o contrato como fator psicológico e moral. Quando a mina de carvão contratava com a usina siderúrgica, e esta com a fábrica de vagões, todas sabiam que tinham de cumprir os itens impostos pela lei que aprovara o plano quinquenal. Mas assim mesmo contratavam, como que para se sentirem diretamente vinculadas, empenhando sua palavra no sentido da realização daqueles objetivos.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos - declaração unilateral de vontade - responsabilidade civil*, v. 3-6, p. 117.

de boa-fé, sob o mero argumento da Autonomia da Vontade²⁹, isto é, de que as partes são livres para contratar.

Aos poucos, surgiram as limitações tanto à Liberdade de Contratar, ou não contratar, quanto à Liberdade Contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do Contrato. O legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da Autonomia da Vontade. A Liberdade Contratual passou a sofrer restrições em virtude da ordem pública³⁰, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais.

A própria Força Obrigatória do Contrato foi sendo mitigada, passando a admitir-se, em face de modificações substanciais no ambiente objetivo existente, ao tempo da formação do contrato, a revisão³¹ ou a resolução³² da relação contratual. Pode-se afirmar, a partir da sua evolução histórica, que a Força Obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem estar social, ou seja, o Contrato possui uma Função Social³³ e sendo veículo de circulação de riquezas é

²⁹ Entendida como auto-regramento da vontade, que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum* que a vincule, conforme definida por MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte especial*. 3. ed., Rio de Janeiro: Barsa, 1970. t. 38. p. 39.

³⁰ Entendida como a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

³¹ No sentido de exame ou o estudo de alguma coisa para expurgar dela o que não estiver de acordo ou em harmonia com o Direito ou a verdade. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

³² No sentido de *modo ou o meio de dissolver, de anular ou de extinguir os contratos*. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

³³ O conceito operacional da categoria Função Social será desenvolvido no próximo capítulo.

propulsor do desenvolvimento econômico e social e não de opressão econômica³⁴.

Vê-se, portanto, que o Contrato modificou-se, ao longo do tempo, seja no seu conteúdo, seja nas suas funções, em razão da própria transformação social, econômica e política da Sociedade. Além disso, a partir da Revolução Industrial³⁵, houve o que se chamou de massificação da Sociedade, criando-se novas formas de contratação (contratos de adesão, padronizados, eletrônicos), tornando ineficaz o tratamento clássico para as relações contratuais.

Neste contexto, o que ocorreu foi uma transformação do Contrato, especialmente pela interferência direta do direito público sobre o privado, com a intervenção do Estado, através da criação de normas cogentes, tais como o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, para orientar, estimular, regular e fiscalizar avenças entre sujeitos de direito privado, tanto na sua formação, como na determinação de seu conteúdo e na sua execução, visando a proteção dos setores mais fracos, dentre eles, os trabalhadores, os locatários, os consumidores e quantos se achem expostos aos abusos do poder econômico, seja em face da situação de necessidade em que se encontrem, seja como consequência de sua inexperiência.

Gomes³⁶ destaca que

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento n.º 99.005576-0, de Lages, da Terceira Câmara Cível, Relator: Desembargador Silveira Lenzi. *Base de Jurisprudência*, Florianópolis, v. 5, dez. 2003. 1 CD-ROM.

³⁵ Período que se estendeu do Século XVIII ao XIX, marcado pelas profundas transformações econômicas e técnicas ocorrido da Grã-Bretanha e caracterizado pela passagem da oficina artesanal ou da manufatura para a fábrica, propiciando o surgimento da grande indústria moderna.

³⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 2-3.

orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico. Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.

Por outro lado, orienta-se a jurisprudência, embora fonte secundária de pesquisa, no sentido de preservar o Contrato sempre que sua invalidade não seja decorrência de grave defeito, preferindo-se a adequação da cláusula que infringe proibição legal ou atenta contra os bons costumes aos preceitos legais.

Hodiernamente, depreende-se que o Contrato deixou de ser concebido como manifestação ilimitada da Liberdade individual para ser conceituado como um consenso entre as partes, em que não é lícito a qualquer uma delas tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento da sua celebração ou durante sua execução, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para realizar a sua finalidade social e fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitadas, evidentemente, as garantias individuais.

O Contrato, segundo Wald³⁷, transformou-se num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu

³⁷ WALD, Arnoldo. Um novo direito para economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, jul/ago 2001, p. 49.

equilíbrio inicial, e num vínculo ou até mesmo numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

Marques³⁸ salienta que

a nova concepção de 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 nele envolvidas ganha em importância.

Assim, em vez do Contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, passa-se a ter um Contrato dinâmico e flexível, ao qual os contratantes devem se adaptar para que ele possa sobreviver e encontrar seu fundamento de validade, ou seja, o cumprimento de sua Função Social, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses individuais, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência.

É notória, portanto, a evolução da teoria geral do Contrato, na passagem da concepção clássica do individualismo para o entendimento moderno da Função Social do Contrato, em que pode ser notado, no Contrato moderno, um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria Sociedade.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

1.4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DA VONTADE

Vontade, segundo Silva³⁹, do latim *voluntas* (consentimento, vontade, ato de querer), *de velle* (querer, consentir), genericamente, exprime a faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder desta ou qualquer forma.

Ainda, o mesmo autor⁴⁰ entende que

juridicamente, a vontade revela a própria intenção, ou o desejo de se fazer alguma coisa. Correspondente, pois, à deliberação, ou à resolução, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como consentido na prática, ou na execução de um ato jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. Assim, a vontade identifica-se com o próprio consentimento, sendo o ato de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico, de que necessitam para serem legítimas e produzem os efeitos desejados.

Se bem é certo que somente a livre vontade, manifestada por agente com capacidade de discernimento que a legitime tem eficácia legal para produzir os efeitos jurídicos desejados. Não menos certo é que a vontade, além de consciente, deve estar livre dos vícios, ou defeitos, que a possam anular, ou seja, deve ser isenta de constrangimento, coação ou enganos.

Por outro lado, etimologicamente, autonomia significa direito de se reger por suas próprias leis, ou capacidade de agir espontaneamente. Outrossim, a autonomia pode ser entendida num

³⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

⁴⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

sentido mais amplo, como a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de qualquer ordem.

O surgimento do homem coincide com o da Autonomia da Vontade, garantida pela característica exclusivamente humana de raciocinar com coerência e criatividade e de se comunicar, o que o distingue dos demais seres vivos⁴¹.

Na visão de Rao⁴²

a vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.

A Autonomia da Vontade, segundo Gomes⁴³, se particulariza na Liberdade de Contratar⁴⁴ e se enuncia, conforme Caio Mario⁴⁵, por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua

⁴¹ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 13.

⁴² RAO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anot. rev. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Ed. Max Limonad, 1.997. p. 23.

⁴³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Ed. Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 16.

⁴⁴ Para Gomes a Liberdade de Contratar significa a faculdade concedida aos sujeitos de direito de celebrar os contratos idôneos à satisfação dos próprios interesses, determinando, de comum acordo, as respectivas cláusulas, e substituindo, se houver conveniência, por diverso regime voluntário, as normas de direito supletivo. GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 31.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1-6, p. 92.

própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações.

A concepção clássica do Contrato tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações exigindo, por isto, para seu implemento, um Estado ausente, ou seja, apenas garantidor das regras do jogo, que seriam estipuladas pelos contratantes na livre manifestação de vontade – *pacta sunt servanda* – em sua mais pura idealização.

O Contrato, segundo a doutrina clássica, seria sempre justo, porque, se foi querido pelos contratantes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, o que teoricamente levaria à presunção de equilíbrio das prestações. Sendo justo o Contrato, segue-se que aos contratantes deveria ser reconhecida ampla Liberdade de Contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes.

Isto porque são as leis de ordem pública que fixam, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a moral da Sociedade. Com efeito, toda a vez que os interesses individuais colidirem com os da Sociedade, os interesses da Sociedade prevalecerão – *ius publicum privatorum pactis derogare non potest* – porquanto, conforme se sabe, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre particulares.

Da mesma forma, os bons costumes – hábitos baseados na tradição - sempre se impuseram como barreiras éticas, independentemente de prévia e expressa previsão em textos de lei, na medida em que inibem práticas não condizentes com a moral social e que, por conseqüência, afrontam a opinião pública. Bons costumes,

segundo Pereira⁴⁶, se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e época.

Nestes termos, observados esses limites, os contratantes poderiam contratar ou não contratar, convencionar aquilo que lhes aprouvesse, escolher o parceiro contratual que lhes interessasse, o que, de resto, constituiria um aspecto da Liberdade do homem, na programação de seus interesses, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido.

A maioria dos autores clássicos consultados via na consagração da vontade das partes e no direcionamento de seus efeitos a essência do Negócio Jurídico como gênero, e, especialmente, do Contrato, como espécie⁴⁷. Todavia, é inegável que apenas no plano teórico a Autonomia da Vontade assegurava a igualdade e a Liberdade dos contratantes.

A decadência do voluntarismo jurídico⁴⁸, por sua vez, determinou, a princípio, a substituição do dogma da Autonomia da Vontade pelo conceito de Autonomia Privada, designada como a esfera de Liberdade do indivíduo para o exercício dos seus direitos e, na acepção restrita, o poder atribuído à pessoa para criar, modificar e extinguir, na forma da lei, relações jurídicas⁴⁹.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos - declaração unilateral de vontade - responsabilidade civil*, v. 3-6, p. 5.

⁴⁷ A diferença entre o negócio jurídico genérico e o contrato é o cunho sempre patrimonial deste último.

⁴⁸ Doutrina que atribui ao Estado o poder de legislar sob puro arbítrio, unicamente de acordo com sua vontade. Todas as teorias críticas do Direito e, em especial, a Política Jurídica se opõem a esse entendimento, que é responsável por muitas leis iníquas e desprovidas de utilidade social. MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de política jurídica*, p. 98.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*, p. 30-31.

Para Betti, *apud* Marques⁵⁰

a autonomia da vontade não seria a fonte única da obrigação. Na sua famosa definição, a autonomia da vontade deveria ser entendida como auto-regulação dos interesses particulares. O contrato seria um ato de auto-regulação dos interesses das partes, e, portanto, por excelência, um ato de autonomia privada, mas este ato deveria ser realizado nas condições permitidas pelo direito, pois só assim a lei dotaria de eficácia jurídica o contrato. A posição dominante, portanto, é da lei.

Contudo, sublinha Miranda⁵¹ que não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é a alusão ao que se pode querer dentro desses limites.

No direito, como no processo social de adaptação, o regramento jurídico veda alguns atos humanos (atos ilícitos absolutos ou relativos) ou estabelece que não pode a vontade de prestar afastar-se de algumas proposições positivas ou negativas (= cogentes = imperativas, *stricto sensu* + proibitivas), no tocante à forma, ao conteúdo ou a objeto, ou que, na falta de expressão, da vontade, se tenha por proposição assente a que a lei aponte (*ius dispositivum*), ou que, em caso de dúvida, algo se entenda ter querido.

Pode se entender então que a Autonomia Privada consiste na faculdade que os contratantes ou indivíduos têm - dentro dos limites da lei - de escolher com quem contratar, de fixar, de acordo com sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, de estabelecer as

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 177.

⁵¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado: parte especial*, p. 6-7.

cláusulas que lhes convierem e de formalizar contratos diversos dos previstos expressamente em lei.

Marques⁵² observa que

no campo prático dos fatos, porém, a concentração das empresas e os monopólios, estatais ou privados, reduziram a liberdade de escolha do parceiro. Em casos de serviços imprescindíveis, como água, luz, transporte, fala-se mesmo em obrigação de contratar, assim também, no caso de seguros tornados obrigatórios, pois permanece a liberdade de escolha do parceiro, mas não a de redigir ou não o contrato.

O avanço do capitalismo⁵³, a concentração de riquezas de poucos e de grandes grupos econômicos, que passaram a decidir o que e como contratar, através da fixação de cláusulas contratuais gerais, ou condições gerais dos contratos⁵⁴, e da imposição de contratos de adesão⁵⁵, provocaram uma crise no postulado da Autonomia

⁵² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 223.

⁵³ É a denominação dada ao sistema econômico que tem o capital como um dos fatores da produção, mostrando-se o mesmo como um dos elementos predominantes em toda vida econômica em que predomina o capital entre os fatores de produção. É o denominado sistema da livre empresa, em que à iniciativa privada cabe, preferencialmente, a produção econômica. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

⁵⁴ É aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 67.

⁵⁵ Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, p. 3.

da Vontade e a conseqüente intervenção estatal, visando a proteção dos mais débeis em face dos mais fortes⁵⁶.

O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador e o reconhecimento da supremacia dos interesses sociais sobre os individuais, no âmbito do direito privado, a partir de revolução industrial e, com mais vigor, a partir das duas guerras mundiais, dera início a uma transformação na qual, normas de ordem pública passaram a regular com maior freqüência e amplitude algumas avenças, especialmente nas contratações massiva e nos contratos de consumo.

Surgiu o dirigismo contratual⁵⁷ e com a intervenção estatal, por razões de ordem pública econômica ou de ordem pública social, a Autonomia da Vontade perdeu a primazia, sendo substituída por valores como boa-fé objetiva, probidade, confiança, equilíbrio contratual, etc, embora ainda se coloque como valor fundamental da ordem jurídica privada.

É necessário destacar que o amparo do mais fraco contra o forte tem os mesmos fundamentos morais que estão na origem do direito do trabalho e que foram expressos na encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, em 1890, em que se afirma que o consentimento das partes, se estão em situações demasiadamente desiguais, não basta para garantir a justiça do Contrato; e a regra do livre consentimento fica subordinada às exigências do direito natural⁵⁸.

⁵⁶ Beviláqua reconhecia que a lei deveria intervir em favor dos fracos, mais diretamente do que outrora, e que o direito obrigacional deveria inspirar-se na eqüidade, seus preceitos deveriam ser suficientemente flexíveis, abeberando-se mais e mais do elemento ético, sem prejuízo da segurança indispensável às relações jurídicas. BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*, p. 156.

⁵⁷ Dirigismo contratual é a intervenção estatal na ordem contratual, seja pela via legislativa, jurisdicional ou administrativa.

⁵⁸ ÁVILA, Fernando Bastos. *Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993. p. 402-406.

Santos⁵⁹ lembra que

agora, o diálogo entre o forte e o débil, se não é possível na contratação massiva, pois ao interessado somente resta aceitar ou rejeitar o que lhe é posto, é feito pelo direito positivo que consagra a boa-fé, o efeito relativo do contrato, pune o abuso do direito e reafirma que a interpretação deve ser feita favor *debilis*.

Necessário frisar que o contratante mais fraco é aquele que se observa no caso concreto ou que a lei que trate da situação específica assim o presumir, pois, o rico que pega um produto no supermercado que pode lesar sua saúde também está na mesma situação de hipossuficiência do pobre, que comprou o mesmo produto.

Esta atitude do legislador abriu espaço para uma nova concepção doutrinária, criando um novo horizonte para o direito das obrigações, uma nova ordem contratual, a partir da limitação da Autonomia da Vontade e da flexibilização da Força Obrigatória dos contratos, impulsionada pela necessidade e pela supremacia do social, em que, por vezes, a própria vontade é substituída pelo interesse social.

Reale⁶⁰, comentando o projeto do Código Civil Brasileiro vigente, entendera que,

se o contrato é o produto da autonomia da vontade, não quer dizer que essa vontade deva ser incontrolada: a medida de seu querer nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o indivíduo e o valor da

⁵⁹ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 58.

⁶⁰ REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 10.

coletividade. O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que cria; mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida.

Neste sentido, o interesse geral e a justiça predominam sobre a Liberdade individual, mas o direito objetivo continua respeitando as garantias individuais, pois sua superioridade não é incompatível com o reconhecimento da Autonomia da Vontade particular ⁶¹.

A limitação da Autonomia da Vontade, na formação do Contrato, se concretiza pela intervenção legislativa, judiciária ou administrativa e se verifica em suas múltiplas formas, seja pela necessidade de autorização de um órgão para realização do Contrato; pela imposição da escolha do contratante; pela obrigatoriedade de contratar, seja pela retirada do Contrato de cláusulas reputadas como não escritas, pela inclusão de obrigações como se foram previamente convencionadas ou, ainda, pela alteração imperativa de seu conteúdo.

Acrescenta-se, contudo, um novo elemento como fundamento de validade do Contrato e da limitação da Autonomia da Vontade: a Função Social do Contrato que passa a ser encarado, não apenas como um instrumento de circulação de riquezas, mas como fonte de prosperidade social, pois só assim têm um valor social relevante e, por isto, seus legítimos efeitos deverão ser assegurados e protegidos.

Deste modo, qualquer Contrato que tenha objeto ilícito ou por objetivo a fraude à lei, ou, ainda, que contrarie o interesse geral, a ordem pública ou que não cumpra uma Função Social, deve ter

⁶¹ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 40.

sua nulidade reconhecida em razão da ausência de seu fundamento de validade.

No direito brasileiro, é imperativo reconhecer que não se pode mais admitir que contratos sejam celebrados sem o respeito à dignidade da pessoa humana⁶², fundamento da República Federativa do Brasil, e em desconformidade com os ditames da Justiça Social⁶³, ambos consagrados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁴, cujos conceitos, em verdade, deverão ser

⁶² Sarlet reconhece a dificuldade de obter uma definição consensual, precisa e, acima de tudo, universalmente válida do que seja, afinal de contas, a dignidade humana, a não ser a circunstância – ainda assim resultado de sua opção racional – de que se cuida da própria condição humana (e, portanto, valor intrínseco) do ser humano e que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 147.

⁶³ Na concepção do que seja justo para todos. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*, p. 57. Porém, também, para PASOLD a noção de justiça social não pode ser presa a esquemas fixados a priori e com rigidez indiscutível; a conduta do Estado não pode ser paternalista para os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados; e a responsabilidade pela consecução da justiça social na sua condição de destinação da Função Social deve ser partilhada por todos os componentes da sociedade. PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: OAB-SC, 2003. p. 98.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político; Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: 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; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 06/95). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de

forjados em cada momento pela mediação concretizadora do julgador, que seja capaz de traduzir os valores da Sociedade em seu tempo.

1.5 FLEXIBILIZAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

A Força Obrigatória do Contrato, traduzida na expressão *o Contrato faz lei entre as partes, ou pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser cumpridos, independentemente de qualquer fator ou circunstância porventura superveniente, sempre se constituiu na garantia e segurança do Negócio Jurídico.

Todavia é forçoso reconhecer que, de certa forma⁶⁵, esta Força Obrigatória vem sendo flexibilizada, permitindo a revisão ou a própria resolução do Contrato, a partir do reconhecimento de que a situação ou disposição dos contratantes, no momento da contratação, ou circunstâncias ou efeitos não previstos pelos mesmos, no momento de sua execução, pode provocar uma onerosidade excessiva para um ou o enriquecimento ilícito para o outro.

Rodrigues⁶⁶ entende que a Força Obrigatória do Contrato

consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, se torna obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à

autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁶⁵ O Contrato não deixou de ser obrigatório, na medida que pode ser executado coercitivamente, apenas a sua força encontra-se restrita aquilo que é lícito e socialmente legítimo.

⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. v. 3-6, p. 18.

do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta sunt servanda*.

Já para Gomes⁶⁷ a Força Obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico, acrescentando que,

estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo acordo de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Porém, o autor⁶⁸, reconhece que

o princípio da força obrigatória dos contratos não mais ostenta o caráter absoluto de outros tempos, de modo que a intangibilidade do conteúdo dos contratos é abandonada em certas circunstâncias, atribuindo-se ao Juiz o poder de revisão para restaurar o equilíbrio rompido, ou para libertar o devedor.

Adiante, conclui, o mesmo,

quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 22.

⁶⁸ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 7.

do contrato, acarretando conseqüências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações⁶⁹.

Discorrendo a respeito do aparente desequilíbrio que a primeira grande guerra mundial teria trazido para as relações contratuais, Pereira⁷⁰ destaca que

A I Guerra Mundial (1914-1918) trouxe completo desequilíbrio para os contratos a longo prazo. Franqueou benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro. Afetou a economia contratual, com prejuízo para a economia geral. Procurando coibi-lo, votou a França a Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, sobre os contratos de fornecimento de carvão, concluídos antes da guerra e alcançados por ela; ao mesmo tempo imaginou-se na Inglaterra a doutrina da *Frustration of Adventure*; retomou-se na Itália a cláusula *rebus sic stantibus*; reconstituiu-se por toda parte o mecanismo da proteção do contratante contra a excessiva onerosidade superveniente.

Esta situação de desigualdade merecera posicionamento de destaque para Reale⁷¹, advertindo que

a grave injustiça decorrente da irreversibilidade dos contratos, quaisquer que sejam as condições

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 23.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito Civil: contratos - declaração unilateral de vontade - responsabilidade civil*, v. 3-6, p. 36.

⁷¹ REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, p. 30.

supervenientes, rompendo a paridade ou equivalência que deve haver entre as prestações e contraprestações estipuladas, sendo os contraentes surpreendidos por alterações operadas nos parâmetros econômicos por fatores inteiramente alheios ao acordo de vontade.

Não menos importante, o aspecto axiológico da teoria da imprevisão, merecera de Donnini⁷² o seguinte comentário:

o fundamento da teoria da imprevisão repousa tanto na noção de moral quanto na de jurídico, visto que ambas repelem o excessivo rigor no cumprimento de uma obrigação, caso exista desequilíbrio na avença em virtude de fatos imprevisos que venham a causar a uma das partes grande prejuízo e, por via de consequência, uma relação injusta e iníqua.

Ainda, em relação ao mesmo tema, para Fonseca⁷³ a teoria da imprevisão possui requisitos essenciais e concomitantes para autorizar a sua aplicabilidade.

Tratar-se-ia, entretanto, de norma absolutamente excepcional, que somente estaria destinada a operar em benefício do devedor e quando concorressem esses três elementos: a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevisas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

⁷² DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41.

⁷³ FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 244.

A flexibilização da Força Obrigatória do Contrato, fundada na teoria da imprevisão, assim, só tem lugar quando, em virtude de acontecimentos extraordinários que determinam radical alteração no estado de fato, contemporâneo à celebração da avença, se torne extremamente difícil e oneroso a uma das partes o cumprimento da obrigação assumida.

Ao lado da teoria da imprevisão, entre outras, destacamos a teoria da base do negócio jurídico, lançada por Paul Oertmann, segundo a qual a vontade constituída de um negócio jurídico pode ser encaminhada a que o resultado do mesmo negócio não se obtenha em todo caso, senão somente se ocorrerem determinadas circunstâncias especiais⁷⁴.

Fundada na justiça comutativa, essa teoria propala que o Negócio Jurídico pressupõe a presença de determinadas circunstâncias econômicas sem as quais ele se descaracterizaria. Devem-se averiguar, pois, as condições em que houve a convenção, assumindo posição secundária a imprevisibilidade do fato (elemento caro à teoria da imprevisão), bastando que não seja esperado. Se a discrepância entre elas (as condições) e a situação existente no momento da execução for grande o suficiente para romper o equilíbrio contratual, isto é, a equivalência entre as prestações, quebrada estará a base do negócio.

Para Casado⁷⁵

rompe-se a base negocial sempre que a modificação das

⁷⁴ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Revisão judicial dos contratos*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 135.

⁷⁵ CASADO, Márcio Mello. O Leasing e a Variação Cambial: a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 763, mai. 1999, p. 91.

circunstâncias presentes na formação do contrato inviabilizar a sua finalidade. Em última análise, a base negocial é o conjunto de circunstâncias existentes na formação do contrato e que permite às partes contratantes terem presente a sua viabilidade econômica.

Por outras palavras, surgirá o direito à resolução do Contrato ou à revisão do que fora pactuado para fins de ajustamento à realidade, quando a mudança fática sobrevinda refuja ao razoável, revelando-se iníquo exigir o cumprimento da prestação avultada.

Em tais casos, segundo Larenz⁷⁶, a revisão torna-se um imperativo decorrente do princípio da boa-fé, pois, é contrário a boa-fé sujeitar uma pessoa ao cumprimento de um Contrato e derivar deste direitos, quando as conseqüências do insucesso imprevisto, que escapam a influência da outra parte ou não pertencem ao risco assumido por nenhum dos contratantes, desaparece de tal forma a base do Contrato que está conforme a intenção das partes, não pode subsistir.

Fachin⁷⁷ pontifica:

mais que noção ética, é princípio da confiança, que conduz, dentro da relação jurídica, à igualação das cargas e, externamente, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro coerente com as condições existentes à época da contratação. Se o contrato faz lei entre as partes, o equilíbrio do início da contratação deve ser mantido. É um postulado da justiça comutativa que vincula os

⁷⁶ LARENZ, KARL. *La base Del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. trad. Carlos Fernandez Rodrigues. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 151. (Tradução livre do autor deste trabalho). No original: *es contrario a la buena fe sujetar a una persona al cumplimiento de un contrato y derivar de éste derechos cuando, a consecuencia de sucesos imprevistos que escapan a la influencia de la otra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes, desaparece de tal forma la base del contrato que éste conforme a la intención de las partes, no puede subsistir.*

⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. Quebra da confiança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 fev. 1999.

contratantes e o próprio Estado.

O Código Civil Brasileiro avança neste sentido para, com base na Função Social do Contrato, superar os umbrais da teoria da imprevisão e reconhecer que a desproporcionalidade ou a onerosidade excessiva legitima a revisão ou resolução do Contrato, podendo ser invocada pela parte prejudicada na relação contratual como fundamento hábil para revisar o seu conteúdo, restabelecendo o equilíbrio ou sua adequação econômica e social, seja ela o fornecedor ou o consumidor, o locador ou locatário, o construtor ou adquirente do imóvel, etc.

Reale⁷⁸ entende que,

desde 1942, o Código Italiano consagra o princípio da onerosidade excessiva, segundo o qual, quando por motivos imprevisíveis ou por mutações de ordem técnica o contrato se torna excessivamente gravoso para uma das partes, ela tem o direito de pedir uma revisão das cláusulas contratuais, sob pena de, não sendo aceita pela parte contrária, tornar-se um contrato resolvido, ou seja, sem eficácia. Eis aí um exemplo em que, de um lado, se preserva o direito de contratar e, de outro lado, se previne o abuso que o contratante pode exercer, tirando proveito para si de circunstâncias que estão alheias à vontade de ambos naquele momento em que as vontades se uniram pelo laço contratual.

No Brasil, há pelo menos dez anos se reconhece por lei que o princípio da intangibilidade contratual não é absoluto, tendo o art. 6.º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor⁷⁹ garantido o direito à

⁷⁸ REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, p. 47.

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial: legislação complementar anotados*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 725. Art. 6 –São direitos básicos do consumidor: [...]; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais

revisão quando houver modificação das cláusulas, em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Na vigência do Código Civil Brasileiro, entende Reale⁸⁰ que

o princípio do equilíbrio econômico dos contratos é posto como base ética de todo o direito obrigacional. Neste contexto, abre-se campo a uma nova figura, que é a resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual. Hoje em dia, praticamente só se poder rescindir um contrato em razão de atos ilícitos. O direito de resolução obedece a uma concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa.

Reale⁸¹ adverte que, em mais de uma passagem, está prevista no Código Civil Brasileiro vigente a possibilidade de resolução do Contrato, toda vez que ele redundar em excessiva onerosidade para uma das partes. Basta que se comprove a onerosidade excessiva para que a parte lesada possa pedir o reajuste do Contrato, ou sua resolução, sem pagar perdas e danos. Não se trata, pois, de mera aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, porque se vai além, proibindo-se todas as formas de locupletamento ilícito.

ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...].

⁸⁰ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

⁸¹ REALE: Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, p. 18.

O Código Civil Brasileiro retoma o instituto da lesão⁸², como defeito do negócio jurídico, no propósito de fazer com que impere o princípio da justiça comutativa⁸³, nos contratos onerosos⁸⁴. A lesão ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação, manifestadamente desproporcional, ao valor da prestação oposta, provocando a esta um lucro patrimonial exagerado ou exorbitante da normalidade.

Ao lado da lesão, encontra-se a possibilidade de resolução dos contratos celebrados em estado de perigo, que se configura, quando um dos contraentes, premido da necessidade de se salvar, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pelo outro, assume obrigação excessivamente onerosa.

Necessário frisar, porém, que a flexibilização da Força Obrigatória dos contratos, determinante da resolução do Contrato, ou da alteração do seu conteúdo, somente se faz legitimamente quando acontecimentos extraordinários, devidamente comprovados, provoquem uma substancial modificação na situação fática, existente no momento da celebração da avença ou no curso de sua execução, a ponto de transferir uma excessiva onerosidade para o cumprimento da obrigação ou o locupletamento ilícito da outra parte.

A flexibilização da Força Obrigatória dos contratos, portanto, não pode servir para justificar a imoralidade representada pela inadimplência injustificada ou para atender pretensões de contratantes

⁸² NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 63. Art. 157 – Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestadamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

⁸³ Justiça comutativa significa que ao dar temos o direito de receber algo equivalente.

⁸⁴ Contratos onerosos são aqueles em que as expansões do patrimônio são obtidas por correspondentes limitações. BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações, p. 188.

relapsos, nem sempre inocentes, em situações fáticas em que parem dúvidas, por isto, se é certo que o Juiz não está mais preso a fórmulas rígidas e inalteráveis, não menos certo é que deve agir de modo a não atender interesses de quem age contra a lei ou Contrato e ainda busca a impunidade junto ao judiciário.

1.6 SÍNTESE DO EXPOSTO

Pode-se assentar, como núcleo do que foi analisado neste capítulo, que o Contrato modificou-se ao longo do tempo, seja no seu conteúdo, na sua forma ou nas suas funções, em razão da própria transformação social, econômica e política da Sociedade, sendo notória a passagem da teoria geral do Contrato da concepção individualista para uma concepção marcada pela supremacia do social, onde o interesse geral e a justiça predominam sobre a Liberdade individual.

Todas estas modificações no Direito Contratual e, em especial, a inserção de forma expressa no art. 421, do Código Civil Brasileiro que a Liberdade de Contratar será exercida em razão e nos limites da Função Social do Contrato - objeto do próximo capítulo - vão desafiar a atualização dos operadores do Direito quanto à modificação do ambiente – determinada pela superação da autonomia da vontade e pela necessidade de flexibilização da força obrigatória do Contrato – para atuarem de forma a dar ao instituto toda a sua potencialidade.

Capítulo 2

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: noção e âmbito de incidência

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo aborda o objeto central desta dissertação: a Função Social do Contrato⁸⁵.

Pesquisando fontes bibliográficas procurou-se identificar a noção e atributos da Função Social do Contrato, com o escopo de mapear, tanto quanto fora possível, os Limites da Liberdade de Contratar, adotando como ponto de partida a Função Social da propriedade e a influência da chamada *Doutrina Social da Igreja*, na definição de seu conteúdo.

Desde logo, chama-se a atenção para o desencontro de entendimentos, entre os diferentes autores pesquisados, em relação a alguns aspectos do tema proposto, o que dificulta, sobremaneira, a definição do sentido e do alcance da Função Social do Contrato, assim como para a alteração substancial dos elementos constitutivos do ato jurídico perfeito, a partir do reconhecimento desta como fundamento inafastável de validade do Negócio Jurídico.

⁸⁵ Não se pretende, evidentemente, esgotar o tema. A Função Social no estudo do direito civil, notadamente no âmbito contratual, não é tema novo na doutrina. Silva, a título de exemplificação cita Enrico Cimbali que, em 1884, publicou, na Itália, o texto *A função social dos contratos e a causa jurídica da respectiva força obrigatória*; o livro de Karl Renner, publicado em 1929, na Alemanha, sob o título de *Os institutos de direito privado e a sua função social*; no Brasil, Alvino Lima que, em 1939, ministrou aula inaugural da Faculdade de direito da USP, sob o tema *Da influência no direito civil, do movimento socializador do Direito*; e Clóvis Bevilacqua que, no seu *Direito das Obrigações*, inicia a análise do Contrato pelo parágrafo intitulado *Função Social do Contrato*. SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.108.

O trabalho realizado aponta no sentido de alertar de que não se deve romper com a segurança jurídica, porque esta também é uma necessidade social. Não se deixa, porém, de indagar, se a aplicação prática da Função Social do Contrato não causará certa perplexidade e alguma insegurança no exercício da Liberdade de Contratar.

Cumpre, pois, caracterizar, ainda que parcialmente, o conteúdo da Função Social do Contrato, para possibilitar a investigação dos Limites impostos por ela à Liberdade de Contratar.

2.2 NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

Função vem do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar)⁸⁶ e pode ser entendida, também, como atribuição ou dever de agir, necessário ao cumprimento ou desempenho de uma finalidade.

Segundo Pasold⁸⁷, o termo *Função* apresenta-se com muitos significados. Neste sentido, aponta que Dahrendorf refere-se à variação de significados apontados por Merton, para evidenciar que em Antropologia e Sociologia, a palavra *Função* designa 'sempre a referência de uma parte a um todo, ou mais exatamente: as conseqüências de uma instituição ou valorização para o funcionamento de um conjunto de uma associação ou comunidade, conceituado como sistema'.

⁸⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

⁸⁷ PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do estado contemporâneo*.

Para Ferreira⁸⁸, Função, no sentido jurídico, é o conjunto dos direitos, obrigações e atribuições duma pessoa em sua atividade profissional específica e, no sentido sociológico, Função é a contribuição objetiva de uma instituição à realização de certos processos sociais como adaptação, integração ou continuidade das formas de organização de uma Sociedade ou a relação de interdependência relativa entre os fatos sociais.

Passos⁸⁹ entende que Função é um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa. Já para o direito, nos dizeres de Sundfeld⁹⁰, Função é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente.

Assim, no sentido do termo Função, numa primeira análise, nota-se a presença de dois elementos fundamentais: o dever agir e a finalidade, ou seja, o agir para realização de uma finalidade, o que leva a pensar que Função Social é o dever de agir imposto a todos os membros da Sociedade para a realização do bem-estar social⁹¹.

Duguit⁹², partindo do fato de que o homem vive em Sociedade, sempre viveu e só pode viver em Sociedade e de que a

⁸⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio: Século XXI*. ed. eletrônica. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

⁸⁹ PASSOS, J. J. Calmon. A função social do processo. *Doutrina Jurídica Brasileira*, Caxias do Sul: Plenun, 2004. 1 CD-ROM.

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163.

⁹¹

□ No sentido de sentimento de conforto (prazer, felicidade) experimentado pela coletividade por metas desenvolvimento sócio-econômico. MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de política jurídica*, p. 16.

⁹² DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996. p. 21-29.

Sociedade é um fato primitivo e humano e não produto da vontade humana, conclui que todo homem, desde o seu nascimento, integra um agrupamento humano e adquire consciência de uma sociabilidade que sempre esteve presente, enquanto dependência do homem em relação à comunidade, dimensionada conforme o momento da história humana, cujos laços de interdependência com os demais caracteriza a solidariedade social.

Logo, por mais diversas que as formas sociais tenham sido no passado e possam vir a sê-lo no futuro, por mais variados que, conforme tempo e país, sejam os laços de solidariedade unindo os membros de um mesmo grupo social, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra, segundo Duguit, pode ser definida da forma que segue: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, de par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente.

Destarte, é possível reconhecer que a existência da Sociedade pressupõe a solidariedade social e que as regras de conduta dos homens que vivem em Sociedade devem se pautar pela concretização da solidariedade social.

Neste sentido, a noção de Função Social, segundo Duguit⁹³, decorre do fato de que todo indivíduo tem, na Sociedade, uma

⁹³ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001. p. 181. (Tradução livre do autor do presente trabalho). No original: Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizasse contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario a la función que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantidos. Importante anotar que, para DUGUIT, dentro de sua visão realista do direito, onde a Função Social se impõe aos indivíduos e aos grupos, o homem não têm direitos, a coletividade tampouco os têm.

certa Função a preencher, uma determinada tarefa a executar. Não pode deixar de cumprir esta Função, de executar esta tarefa, em virtude de que sua abstenção daria como resultado uma desordem ou, no mínimo, um prejuízo social.

Deste modo, todos os atos realizados, contrários à Função que lhe corresponde, serão socialmente reprimidos; ao contrário, todos os atos que realizados, a fim de cumprir com aquela Função que lhe corresponde, em razão do lugar que ocupa na Sociedade, devem ser socialmente protegidos e garantidos.

A Função Social, segundo Passos⁹⁴, pode ser entendida, também, como atividade do indivíduo ou de suas organizações, desenvolvida no sentido de atender a interesses ou obter resultados que ultrapassam os do agente, pouco importando traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência, pois a natureza da atividade e o modo pelo qual se cumpre, para ele, são irrelevantes e não definem a Função, apenas a qualificam.

Por sua vez Pasold⁹⁵ aponta que

a função social pressupõe uma conveniente administração da oposição entre a 'atividade livre' e a 'atividade 'atividade social' no Estado. A Função Social destina-se a realizar a Justiça Social. Esta guarda relação com o fenômeno da socialização, ou seja, a 'multiplicação progressiva das relações dentro da convivência social, e comporta a associação de várias formas de vida e de atividade, e a criação de instituições jurídicas, efeito e

⁹⁴ PASSOS, J. J. Calmon. A função social do processo.

⁹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do estado contemporâneo, p. 58-59.

causa duma crescente intervenção dos poderes públicos' e de uma 'tendência natural, quase irremediável dos seres humanos, qual seja a de se agregarem para atingir objetivos que exigem capacidades e meios que ultrapassam o que o indivíduo isolado possa dispor.

Com efeito, para Duguit⁹⁶, a regra jurídica, que é imposta aos homens, não tem por fundamento o respeito e a proteção de direitos individuais que não existem, mas, na verdade, se apóia no fundamento da estrutura social, na necessidade de manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais pelo cumprimento da Função Social que cabe a cada indivíduo, a cada grupo. E assim é como realmente uma concepção socialista do Direito que substitui a concepção individualista tradicional.

Todavia, é necessário frisar que, não obstante os fundamentos apresentados, qualquer tentativa de se reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da Função Social, ou definir o seu âmbito de incidência, considerando-se sua condição de norma jurídica, não parece possível, o que não significa que não se possa ou deva buscar uma definição para dar-lhe sentido e operacionalidade em face do caso concreto.

É inegável que o conteúdo da noção de Função Social, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de outros tantos conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação através da análise do caso

⁹⁶ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado, p. 181. (Tradução livre do autor do presente trabalho). No original: La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual que por si misma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre sí los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional.

concreto, nas múltiplas situações verificadas, em uma Sociedade em constante evolução e mudança.

Não obstante, percebe-se, claramente, no Código Civil Brasileiro vigente, o sentido social como uma de suas características mais marcantes, conforme destaca Reale⁹⁷, em contraste com o sentido individualista que condicionava o Código Civil Brasileiro de 1916. 'Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade', fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.

Vale lembrar que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação⁹⁸.

Já se não vê na Sociedade, completa Rui Barbosa, apud Farias um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana⁹⁹.

Portanto, a Função Social, enquanto dever de agir na busca do bem-estar social, se torna, cada vez mais, inarredável referencial

⁹⁷ REALE, Miguel. *O projeto de novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

⁹⁸ REALE, Miguel. *O projeto de código civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*, p. 73.

⁹⁹ BARBOSA, Rui apud FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p. 192.

para o processo hermenêutico-sistemático e relevante fundamento para solução das controvérsias de natureza pública ou privada, a despeito de sua aplicação ainda tímida e, praticamente, restrita ao âmbito do direito de propriedade.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para o estudo da Função Social do Contrato é necessária a análise da Função Social da propriedade, pois esta é o elemento estático da atividade econômica, enquanto o Contrato é seu elemento dinâmico. Assim, sendo o Contrato instrumento de circulação das riquezas, inexistindo riquezas (propriedades), estas não poderiam circular e, por conseqüência, o Contrato careceria totalmente de qualquer Função prática.

Reale¹⁰⁰ entende que a Função Social do Contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à Função Social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica.

Por outra parte, Wald¹⁰¹ explica que a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma Função Social (art. 5.º, XXIII), tendo a palavra propriedade conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. O projeto de novo código civil, p. 32.

¹⁰¹ WALD, Arnoldo. *Um novo direito para economia: a evolução dos contratos e o código civil*, p. 51.

A investigação acerca da Função Social da propriedade, segundo Tepedino¹⁰² remonta, pelo menos, à doutrina cristã da Idade Média, com a preocupação da utilização da propriedade para o bem comum, presença constante na Suma Teológica de São Tomás de Aquino. As coisas disponíveis na terra pertenceriam a todos, sendo destinados, provisoriamente, à apropriação individual.

Desta feita, o jusnaturalismo¹⁰³, inspirado em critérios de eqüidade e de justiça supralegislativa, proclamaria, posteriormente, a Função Social da propriedade traduzida na necessidade de utilização dos bens enquanto instrumentos de realização da justiça divina.

A doutrina católica, chamada *Doutrina Social da Igreja*¹⁰⁴, a partir da tomada de consciência da condição de instrumento da realização da justiça divina, deu imensa contribuição ao reconhecimento da Função Social da propriedade, como qualidade que lhe é intrínseca, cujo fundamento reside na destinação universal dos bens, ao sustentar que quem desfruta de tal direito deve, necessariamente, ter a compreensão de que ela, ao mesmo tempo, é um direito e uma responsabilidade social.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73.

¹⁰³ O jusnaturalismo é uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural, estabelecido pela vontade de Deus ou ditado pela razão ou pela própria natureza das coisas. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

¹⁰⁴ A história oficial da Doutrina Social da Igreja se inaugura com a Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII – 1891. Esta história foi marcada por outros documentos pontifícios, muitos deles, comemorando aniversário da primeira grande Encíclica social, tal foi o caso da *Quadragesimo anno* de Pio XI – 1931; das radio-mensagens de Pio XII, 1941-1951; da *Mater et Magistra* de João XXIII – 1961; da *Popolorum Progressio*, de Paulo VI – 1967; da Carta Apostólica *Octagesima Adveniens* – 1971; da *Laborem Excercens*, 1981; e da *Centesimus Annus* de João Paulo II - 1991.

O Papa Leão XIII, em 1890, profundamente marcado pela realidade social de sua época, em especial da situação de infortúnio e de miséria da classe operária, publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, destinada a ser uma importante contribuição na formação do direito do trabalho, e acabou por abrir caminho para as idéias socializantes do século XX, e por servir de base para a imposição pelo Estado dos Limites à Autonomia da Vontade.

No documento acima citado, o Pontífice apregoa que o proprietário que tenha recebido bens em abundância não é possuidor absoluto, mas, simplesmente, um administrador da Providência Divina que lhe assegurou bens para o próprio proveito e também para o benefício de todos os demais. Se a propriedade é um direito natural, decorrente da própria primazia do homem sobre a coisa, é um dever da Sociedade criar condições concretas de acesso à propriedade àqueles que merecem pelo seu trabalho e não somente àqueles que a compram com seu capital¹⁰⁵.

Com a publicação da Encíclica *Quadragesimo anno*, em 1931, o Papa Pio XI advertira sobre a necessidade de se harmonizar a intervenção estatal, conforme os casos e a necessidade a requeiram, com a finalidade de, efetivamente, fazer valer a sua Função Social, sujeitando e subordinando a economia a um princípio diretivo, seguro e eficaz, posicionando-se contra a prepotência econômica que sucedeu à livre concorrência, por entender que para ser útil à humanidade, deveria ser energicamente refreada e governada com prudência¹⁰⁶.

¹⁰⁵ ÁVILA, Fernando Bastos. Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja, p. 402-406.

¹⁰⁶ ÁVILA, Fernando Bastos. Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja, p. 470.

Também, demonstrando intensa preocupação com o tema, na Encíclica *Mater et Magistra*, de 15 de maio de 1961, o Papa João XXIII, no capítulo 24, destinado à Função Social da propriedade, no mesmo rumo que seus antecessores, apontara que

o direito da propriedade privada sobre os bens possui intrinsecamente uma função social. No plano da criação, os bens da terra são primordialmente destinados à subsistência de todos os seres humanos. O Estado como as entidades de direito público vão estendendo continuamente o campo de sua presença e iniciativa; mas nem por isto desapareceu a função social da propriedade privada¹⁰⁷.

Em igual sentido, porém enfatizando o aspecto da Função Social da propriedade aplicável, também, aos lucros das empresas, na Encíclica *Centesimus annus*, o Papa João Paulo II sublinha que o real sentido daquela é extensível aos contratos por considerar que

o objetivo da empresa não é simplesmente a produção de lucro, mas sim a própria existência da empresa como comunidade de homens que, de diversos modos procuram a satisfação de suas necessidades fundamentais e constituem um grupo particular ao serviço da sociedade inteira. O lucro é um elemento regulador da vida da empresa, mas não é único; a ele se deve associar a consideração de outros fatores humanos morais que, a longo prazo são igualmente essenciais para a vida da empresa¹⁰⁸.

Já no plano normativo, a Constituição Alemã de Weimar, em 1919, em seu art. 113, item 17, garantia o direito de

¹⁰⁷ COSTA, Lourenço (Org.). *Documentos de João XXIII*. Tradução da Tipografia Poliglota Vaticana. São Paulo: Paulus, 1998. p. 178-179.

¹⁰⁸ COSTA, Lourenço (Org.). *Documentos de João Paulo II*. Tradução da Tipografia Poliglota Vaticana. São Paulo: Paulus, 1997. p. 704-705.

propriedade estabelecendo, porém, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. Neste sentido, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública poderia ser feita, nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização podendo, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exigisse, ressalvado o direito à indenização ulterior¹⁰⁹.

No Brasil, apenas a partir de 1934 é que a Função Social da propriedade passou a ter os seus primeiros contornos fixados na ordem constitucional¹¹⁰. A Constituição de 1937 silenciou a respeito do assunto, porém, a Constituição de 1946 foi expressa ao condicionar a utilização da propriedade ao bem-estar social¹¹¹. A Carta de 1967¹¹² e a Emenda Constitucional de 1969 ampliaram o princípio ao dispor que a ordem econômica e social têm por fim realizar o desenvolvimento nacional e a Justiça Social, com base nos princípios que enuncia, onde se destaca o da Função Social da propriedade.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 334. ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. Tradução do Governo Federal, Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1983. Art. 14, 2: *A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir o bem estar geral*. (p. 21).

¹¹⁰ BRASIL. *Constituições Brasileiras: Império e República*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978. p. 479-482.

¹¹¹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, em seu art. 147, estabelecia que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. No art. 141, parágrafo 16, da mesma carta, constava: É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. BRASIL. *Constituições brasileiras: Império e República*, p. 309-312.

¹¹² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 em seu art. 157, inciso III, afirmava que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]; III – função social da propriedade; [...]. BRASIL. *Constituições Brasileiras: Império e República*, p. 207.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil¹¹³ estabelece que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5, inciso XXIII); que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade (art. 170, inciso III); que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, parágrafo 2.º); e que 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 (art. 186).

Função Social da propriedade, segundo Pereira¹¹⁴, é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a Função Social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria, necessariamente, sua Função Social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: posse – propriedade - direitos reais de fruição - garantia e aquisição*, v. 4-6, p. 19.

Duguit¹¹⁵, no início do século XX, sustentava que a propriedade não é um direito; é uma Função Social. O proprietário de uma riqueza tem, pelo fato de possuir esta riqueza, uma Função Social a cumprir; enquanto cumpre esta missão, seus atos de proprietário encontram-se protegidos.

Se não cumpre ou a cumpre deficientemente, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa que se estrague sua moradia, a intervenção dos governantes é legítima, a fim de obrigar-lhe a cumprir sua Função Social de proprietário, consistente em segurar o emprego das riquezas que possui de conformidade ao seu destino.

Mais adiante, continua o mesmo autor, enfatizando que todo indivíduo tem uma obrigação a cumprir na Sociedade, uma certa Função em razão direta do lugar que nela ocupa. Assim o proprietário da riqueza, ou mesmo o que possui a riqueza, deve realizar um certo trabalho que só ele pode realizar. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que possui.

Está, pois, obrigado, socialmente a realizar esta tarefa, e não será protegido socialmente, mas sim se a cumprir e na medida em que cumpri-la. A propriedade não é, pois, um direito subjetivo do proprietário; é a Função Social do possuidor da riqueza¹¹⁶.

¹¹⁵ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho público y privado, p. 179. (Traduzido pelo autor do presente trabalho). No original: La propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino.

¹¹⁶ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho público y privado, p. 240. (Tradução livre pelo Autor deste trabalho). No original: Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza

Percebe-se, assim, que a Função Social, como atributo da propriedade, na evolução de seu conceito, visa a adequação deste direito aos interesses maiores da coletividade, superando os limites individuais da figura do proprietário, razão pela qual pode ser compreendida dentro de um complexo de imposições e limitações ao direito dominial, polarizadas na tutela de conveniências, por vezes diversas dos direitos do dono, sob a inspiração do interesse público.

2.4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A primeira e mais elevada Função Social do Contrato, segundo Beviláqua¹¹⁷, é a Função de conciliação de interesses colidentes, surgida para salvar a sociabilidade, condição essencial para a vida humana, ou seja, a co-existência social, a partir da necessidade de superar-se o período de lutas contínuas, onde os grupos primitivos preferiam tomar aquilo de que necessitavam, a obtê-lo pela troca.

Beviláqua¹¹⁸ entende que, individualizado, o Contrato obteve outra Função que se veio colocar ao lado da primeira. Passou a ser um modo de afirmar a individualidade humana, pois, quanto mais variam os contratos, quanto maior é o número de bens sobre os quais eles versam, tanto mais forte e extensa é a personalidade individual, tanto mais vasto é o granel de utilidades que ela tem a seu dispor.

general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.

¹¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, p. 154.

¹¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, p. 155.

É consabido, também, que o Contrato exerce a importante Função de circulação de riquezas para a realização dos vários interesses suscetíveis de regulação pela vontade individual e, por isto, constitui-se um dos mais importantes instrumentos jurídicos de consecução de interesses econômicos e de cooperação entre as pessoas, no plano dos valores a que o direito deve servir¹¹⁹.

O Código Civil Brasileiro estabelece, em seu artigo 421, que a Liberdade de Contratar será exercida em razão e nos Limites da Função Social do Contrato. Trata-se, é certo, de Cláusula Geral¹²⁰ cujo conteúdo deverá ser construído pela atividade social, em uma Sociedade em permanente mudança e evolução, o que permitirá ao legislador e ao magistrado, segundo Reale¹²¹, uma Função mais criadora, em consonância com o princípio da eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores.

O que se tem em vista, continua o autor acima citado, é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao Juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal

¹¹⁹ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 67

¹²⁰ A noção de cláusula geral pode ser entendida também como a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, tornar possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 228-229.

¹²¹ REALE, Miguel. *O Projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 84.

como os de boa-fé, eqüidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A exigência de concreção surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*.

Para Azevedo¹²² a idéia de Função Social do Contrato

está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro.

O reconhecimento expresso da existência de uma Função Social desempenhada pelo Contrato e que lhe é inerente e que não pode ser deixada de ser observada, representa, sem dúvida, um dos maiores avanços na teoria geral dos contratos introduzidos pelo Código Civil Brasileiro em vigor, pois representa uma clara reação anti-individualista que impõe uma completa alteração da forma de sua interpretação.

Isto porque, deixa-se de considerar apenas a intenção das partes e a satisfação de seus interesses meramente individuais e passa-se a reconhecer o Contrato como um instrumento de convívio social e de preservação de interesses da coletividade, no que encontra a

¹²² 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 o inadimplemento contratual*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 116.

sua razão de ser e de onde extrai a sua força, porquanto é a ordem estatal que lhe confere eficácia.

Emerge a doutrina da Função Social em busca da recuperação do equilíbrio social nas relações contratuais e, de certo modo, do refazimento das próprias matrizes filosóficas do Direito, a partir da limitação de institutos de conformatação nitidamente individualista, para atender aos ditames do interesse coletivo, acima dos interesses particulares, o que inclui particularmente a tutela da parte mais frágil da relação contratual.

Referente ao tema, Noronha¹²³ observa que:

o interesse fundamental da questão da função social das obrigações está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual (ou mais amplamente, a autonomia privada) não se justifica, e deve cessar, quando afetar valores maiores da sociedade, supra-contratuais, e, além disso e agora no âmbito estritamente contratual, também deve sofrer restrições quando conduzir a graves desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de valores de justiça, que também têm peso social. É isto que se pretende significar quando se diz que nos contratos o interesse do credor tem de ser legítimo, para ser digno de tutela jurídica.

Neste sentido, a importância do Contrato como instrumento de política econômica e social é reconhecida, justificando a intervenção do Estado na regulamentação do Negócio Jurídico, visando à justa distribuição de riquezas e à realização de Justiça Social.

Todavia, definir o sentido e o alcance da Função

¹²³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 28.

Social do Contrato é tarefa assaz difícil, pois se trata evidentemente de conceito aberto, cujo preenchimento está intimamente ligado aos valores morais, sociais, culturais e ideológicos de cada momento histórico da Sociedade humana, dos quais deverá lançar mão o hermeneuta, levando em consideração todas as peculiaridades do caso e os elementos acima que, por outra parte, lhe são inerentes.

Em que pese à dificuldade aludida, pode-se admitir que a Função Social do Contrato é um princípio geral de direito¹²⁴, flexível, que impõe a adaptação do direito contratual aos interesses maiores da coletividade e se concretiza pela atuação jurídica, através de criação de medidas e mecanismos capazes de coibir qualquer desigualdade, dentro da relação contratual, e de veicular as imposições do interesse público, tendo como fundamento a promoção do bem estar social e a implantação da Justiça Social.

Assim, a Função Social do Contrato implica na promoção da igualdade substancial e, ao mesmo tempo, na defesa dos interesses difusos da Sociedade¹²⁵, isto é, se de lado visa a assegurar o desenvolvimento das atividades econômicas, através da livre iniciativa e da livre concorrência, visando o desenvolvimento e a repartição mais equilibrada das riquezas; de outro, busca restringir ao mínimo as liberdades individuais, para repressão ao abuso do poder econômico.

¹²⁴ Princípios gerais do direito são princípios ainda não "positivados", mas que podem ser formulados ou (re)formulados pela jurisprudência. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 96.

¹²⁵

□ Interesses ou direitos difusos, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - são entendidos com os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Neste sentido, a Função Social do Contrato se funda na harmonia entre a Autonomia da Vontade e a Solidariedade Social e pode ser entendida como finalidade a ser alcançada pelas partes através do Negócio Jurídico, mediante a conciliação dos seus interesses com os interesses da Sociedade, tendo por fim o bem-estar social.

Donini¹²⁶ lembra que

a função social do contrato, que não autoriza que se pactue contrariamente aos ideais de justiça, hoje é enaltecida, mas que sempre deveria ter existido nas relações contratuais, pois está intimamente ligada à idéia de comutatividade ou justiça comutativa. Na realidade, a função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual. Só não foi utilizada porque se acreditava que ela seria obtida pela simples atuação dos contraentes, o que não aconteceu satisfatoriamente.

Por isso, a Função Social deve ser a razão do Contrato e seus limites devem ser estabelecidos, segundo critérios que favoreçam o desenvolvimento e a repartição mais equilibrada das riquezas, bem como que coibam qualquer desigualdade dentro da relação contratual, desde o momento de sua formação até sua completa execução, a partir de certas vedações para que o seu uso não se converta em abuso, mas, também, de certas imposições, para que sua utilização possa se converter na satisfação dos interesses coletivos.

2.5 FUNÇÃO SOCIAL E ATO JURÍDICO PERFEITO

Ato jurídico perfeito, segundo Bastos¹²⁷, é aquele que se

¹²⁶ DONINI, Rogério Ferraz. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e Rosa Maria de Andrade Nery (Org.). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 73-74.

¹²⁷ BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43.

aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 6º, parágrafo 1º, com a redação da Lei n. 3.238/57, embora não defina, diz o que se entende por ato jurídico perfeito, ou seja, é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou¹²⁸.

Theodoro Júnior¹²⁹ infere que o Contrato

é ato jurídico perfeito, que se aperfeiçoa no momento do acordo de vontades definitivamente assentado entre as partes, e não o da execução da prestação nele prevista, cuja força, no direito brasileiro, é protegida por garantia constitucional ficando, assim, imune à modificações, seja pela vontade unilateral de qualquer dos contratantes, seja do juiz e até mesmo do legislador, ressalvados os casos previstos em lei, em que poderia ocorrer o seu rompimento, fora do mútuo dissenso, a saber: resolução por inadimplemento, rescisão por denúncia, ou por força maior, anulação por vício de consentimento etc.

Entretanto, apesar de a proteção ao ato jurídico perfeito encontrar-se entre os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Brasileira vigente que, em seu art. 5º, inciso XXXVI, assegura que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico

¹²⁸ ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Código Civil: coleção de leis Rideel*. 8. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2002. p. 1.

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos. Doutrina Jurídica Brasileira*, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

perfeito e a coisa julgada¹³⁰, e, por isto, se constituir em inegável e importante cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais, esta garantia não pode ser encarada de forma simplista ou absoluta.

Ocorre que, para o Contrato se constituir em um ato jurídico perfeito, não basta apenas ter sido firmado por agente capaz, ter um objeto lícito, possível, determinado ou determinável e obedecer à forma prescrita ou não defesa em lei, ou não conter algum dos vícios previstos em lei, é necessário que cumpra a Função Social que lhe é inerente, sob pena de não ser reputado como perfeito e não merecer a garantia constitucional.

A Função Social, como requisito de validade do Negócio Jurídico¹³¹, é elemento inafastável que deve ser reconhecido, protegido e promovido pela ordem jurídica, por ser indispensável para que este possa ser tido como legítimo.

Também, a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, ainda que fundada no princípio da livre iniciativa, não se concretiza diante da violação à Justiça Social, pois, observado o princípio da proporcionalidade, diante do conflito entre garantias constitucionais e princípios fundamentais, impõe-se o sacrifício das garantias, quando sua aplicação no caso concreto importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado ou importar em resultados desproporcionais e injustos.

¹³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹³¹ Para validade do Contrato, a doutrina tradicional aponta como necessária a presença dos seus pressupostos de constituição, ou elementos extrínsecos, e de seus requisitos de validade, ou elementos intrínsecos. Para Gomes pressupostos de constituição são os elementos extrínsecos do negócio, ou seja, capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo. Os requisitos de validade são os elementos intrínsecos, indispensáveis à validade do ajuste e consistem no acordo e na forma, isto é, o consentimento, a causa, o objeto e a forma, os quais, por simplificação, se resumem na capacidade dos contratantes, na possibilidade do objeto e na forma prescrita ou não defesa em lei. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 26.

Da mesma forma, é inegável que a Sociedade, onde o Contrato se concretiza e encontra o seu fundamento de validade, não o legitima quando em conflito com os princípios da probidade e da boa fé, de modo que somente se afirma como ato jurídico perfeito e merece a proteção constitucional, quando cumpre a sua Função Social e é realizado dentro do círculo da legalidade, da probidade e da boa-fé.

Há, portanto, princípios fundamentais que devem ser observados e que superam e se impõem frente à garantia do ato jurídico perfeito ou mesmo do valor segurança jurídica, os quais cedem, quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados através do Contrato.

Valendo-se do entendimento de Gomes¹³², na sua análise crítica ao chamado Direito Alternativo, pode-se aventar que para negar ao Contrato a sua condição de ato jurídico perfeito, garantido constitucionalmente, em primeiro lugar, o Juiz pode valer-se dos critérios metodológicos interpretativos racionais e razoáveis conquistados pela Ciência do Direito.

Essa é a tradicional metodologia empregada pelos Juízes e Tribunais para realizar a justiça contratual ou aplicar com eqüidade uma lei injusta.

Em segundo lugar, e esse parece ser um método pouquíssimo utilizado, embora seja o mais eficiente, pode o juiz, sempre que possível, invocar o preceito constitucional diretamente violado, porquanto nunca uma lei, um Contrato ou uma cláusula contratual injusta,

¹³² GOMES, Luiz Flávio. Modelo de atuação judicial: rumo à constitucionalização do juiz do terceiro milênio. *Doutrina Jurídica Brasileira*, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

íniqua ou abusiva deixará de contrariar uma norma ou um princípio ou um valor constitucional.

Assim, aplicando-se diretamente a Constituição, que ocupa o ponto mais alto na pirâmide jurídica, automaticamente, se retirará a eficácia e a proteção do ato jurídico firmado pelas partes, e o juiz ficará livre da censura de estar valendo-se de critérios pessoais.

Não é admissível mais que, em nome da garantia do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, o Contrato viole princípios fundamentais e seja veículo de injustiça ou que provoque ilegalmente a ruína de uma das partes, razão pela qual pode e deve ser revisto, em qualquer tempo, quando, eivado de vícios graves, produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas ou estipule obrigações que não sejam reconhecidamente legítimas, não apenas sobre a ótica da legalidade estrita, mas dentro de uma ordem realista do direito, sem esquecer que o direito é muito menos a obra do legislador que o produto constante e espontâneo dos fatos¹³³.

2.6 FUNÇÃO SOCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Segurança, segundo Silva¹³⁴, deriva de segurar e exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança tem sentido equivalente a estabilidade. Segurança, qualquer que seja a sua

¹³³ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*, p. 171. (Tradução livre do autor deste trabalho). No original: (...) el derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos.

¹³⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*.

aplicação, veicula o sentido de tornar a coisa livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal.

Mello¹³⁵ entende que

a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a segurança em si mesma, a certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar conseqüentemente, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Essa é a normalidade das coisas.

Nesse sentido, sustenta o autor acima que o princípio da segurança jurídica é da essência do próprio direito, notadamente do Estado Democrático de Direito¹³⁶, e por isso faz parte do sistema constitucional como um todo, enquadrando-se, portanto, entre os princípios gerais do direito.

Em relação à ordem jurídica, continua o mesmo autor¹³⁷, esta

corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois de antemão o que devem ou o que podem

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 93.

¹³⁶ O Estado Democrático de Direito, segundo lição de Canotilho, possui como significação a idéia de uma ordem de paz garantida através da ordem constitucional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 345.

¹³⁷ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 93.

fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imutáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes. Tanto mais porque inúmeras das relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações. Assim, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Canotilho¹³⁸ entende que

o Homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.

Radbruch¹³⁹ considera que os três lados da idéia de direito – Justiça, Fim e Segurança – dominam a este ao mesmo tempo, sob qualquer dos aspectos da vida jurídica que se considere, embora entre eles por vezes surjam e não possam deixar de surgir contradições.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 250.

¹³⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 167.

Há, por vezes, continua o mesmo autor,

épocas históricas que pretendem atribuir maior importância a um só desses lados do que aos outros. Acontece isso, por exemplo, com a época do chamado 'Estado-polícia' o qual, como se sabe, procurou subordinar tudo ao princípio finalista, pondo inteiramente de parte, nas decisões da sua 'justiça de gabinete', as preocupações da justiça e da segurança. Assim também aconteceu com a época do 'direito natural'. Esta procurou extrair do princípio formal do justo todos os conteúdos do direito, fazendo derivar daí a própria validade deste. E coisa análoga aconteceu, por último, com a época do positivismo jurídico, durante a qual, com o desolador exclusivismo que se conhece, se teimou em ver apenas no direito a sua positividade e a sua função de segurança, fazendo calar durante muito tempo, por dezenas de anos, não só todas as preocupações relativas ao fim e à justiça do direito positivo como todo o interesse pela filosofia e pela política do direito¹⁴⁰.

Mas, precisamente, concluiu Radbruch¹⁴¹: nada melhor do que este exclusivismo de visão no espírito das diferentes épocas para nos mostrar a multiplicidade dos aspectos que se descobrem na idéia de direito e ao mesmo tempo as suas íntimas contradições.

A entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, com suas cláusulas gerais, certamente, obrigará os operadores jurídicos a repensar o direito contratual visando adequá-lo à nova realidade e proporcionar à Sociedade relações, ao mesmo tempo, mais justas e suficientemente seguras, capazes de sustentar o progresso econômico, num período de globalização da economia, e progresso social, num país que reclama o atendimento de direitos básicos dos cidadãos.

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 167-168.

¹⁴¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 168.

E, sob essa ótica, parece inegável que a mudança das matrizes do direito contratual introduzidas pelo novel diploma, acarretará, num primeiro momento, perplexidade e alguma insegurança sobre os limites e contornos dos fatos e condutas na nova ordem contratual, porém o tempo e o amadurecimento das idéias na doutrina e na jurisprudência acerca das novas questões desse tempo, deverão se encarregar de trazer a estabilidade e a segurança necessárias aos negócios jurídicos.

Neste sentido, Passos¹⁴² lembra que o direito irá na direção em que for a Sociedade. E a Sociedade evoluirá para onde levarem as relações sociais que, por sua vez, serão determinadas pelos interesses que mobilizarem os homens em suas interações.

Por outra parte, Grau¹⁴³ frisa que

o vínculo contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de certeza e segurança jurídica para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente certeza e a segurança que desse vínculo defluir, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença.

Fonseca¹⁴⁴ destaca que

acima das vontades particulares, ou das representações psíquicas dos estipulantes, é preciso colocar no dizer de BONNACASE, os princípios superiores da segurança social, entre os quais se encontra, no primeiro plano, o caráter

¹⁴² PASSOS, J. J. Calmon. Perspectivas para o processo civil brasileiro. *Informativo INCIJUR*, Joinville, ano IV, n. 39, out. 2002, p. 1.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 5, jan-mar. 2001, p. 73.

¹⁴⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 233-234.

definitivo de um contrato, uma vez celebrado, e das obrigações que deles derivam. Admitir como regra, a revisão dos contratos pela superveniência imprevista, simplesmente pelo fato de acarretar para o devedor uma onerosidade não esperada, seria, em verdade, privar o contrato de sua utilidade, que consiste em garantir o credor contra o imprevisto.

Quem firma um Contrato, é certo, confia na palavra empenhada, por ele e pelo outro contratante, e na segurança decorrente da relação contratual. Mas, confia, sobretudo, no ordenamento jurídico que atribui ao Contrato a força de lei entre as partes e o protege com sanções, para a eventualidade de inadimplemento, que se equiparam às aplicáveis aos próprios infratores das normas legais.

Entretanto, Melo¹⁴⁵ observa que

no Estado Moderno costuma-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então se confundem com os do próprio Estado. (...). O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos 'garantidos' pela ordem jurídica, sejam efetivos.

Portanto, a Segurança nas relações jurídicas é uma necessidade social, de forma que o cumprimento das obrigações assumidas, no Negócio Jurídico, não podem ser desconsideradas, tampouco o Poder Judiciário poderá se tornar o refúgio dos inadimplentes, pois esta modalidade de quebra contratual, a

¹⁴⁵ MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1998. p. 38.

inadimplência, assim, como a impunidade, com o passar do tempo, acabariam por desestabilizar as mais diversas relações da sociedade moderna.

Contudo, nada mais justifica que, sob o manto da Segurança Jurídica e do resguardo da Autonomia da Vontade, imponha-se o cumprimento de obrigações iníquas ou abusivas, que proporcionem vantagens desarrazoadas a uma das partes em detrimento da outra, não se importando com os fins do Contrato ou o sacrifício ou mesmo a ruína do obrigado.

Por outro lado, é importante ressaltar que a segurança nas relações contratuais não decorre somente da manifestação da vontade ou do vínculo firmado pelas partes, mas de sua validade, sob os critérios de justiça e utilidade social, onde não há espaço para o abuso da confiança, para que o mais forte se aproveite do mais fraco, enfim, para imposição de cláusulas leoninas ou abusivas.

Neste sentido, a obrigatoriedade do Contrato só deve ceder em face da verificação objetiva da existência de vício na sua formação ou execução, ou, ainda, para eliminação de elementos que desequilibrem a sua comutatividade ou para impor condições que assegurem o equilíbrio da relação contratual e o desenvolvimento social e, por conseguinte, a sua própria validade.

De outra forma, a paz social, a estabilidade das operações econômicas, o livre comércio ficarão sujeitos a uma insegurança incompatível com a Sociedade livre, justa e solidária que se pretende, porquanto toda sujeição da obrigatoriedade do Contrato da execução ou não de seus comandos à vontade e desígnio de uma das

partes, seja ela fraca ou forte, é condição potestativa, que impede o desenvolvimento seguro, estável e sustentável da comunidade¹⁴⁶.

A Função Social do Contrato, em seus caracteres básicos, não romperá com os princípios da segurança, porque, segundo Gusmão¹⁴⁷,

a segurança e a justiça disputam a prioridade entre os fins do direito. Mas, na verdade, mesmo que a segurança seja eleita, não conflita com a justiça, porque sem ordem e sem segurança, não há justiça. Consideramos que a ordem deve prevalecer sobre a anarquia, sem contudo tornar-se instrumento desumano e desigualitário, e que consideramos ser a justiça o fundamento do direito, capaz de julgá-lo e de guiá-lo na produção de bons efeitos sociais.

Neste sentido pondera Wald¹⁴⁸ que, se o Direito tem dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência. E adverte

não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais.

¹⁴⁶ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 16, mar-abr. 2002, p. 157.

¹⁴⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 405-406.

¹⁴⁸ WALD, Arnoldo. *Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil*, p. 54.

Entre princípios antagônicos, em um mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com prevalência da ética mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

Por tudo isto, parece razoável reconhecer que, se a Função Social do Contrato impõe a proteção do contratante economicamente mais fraco e leva a mitigar a Autonomia da Vontade e a Força Obrigatória dos Contratos, a Segurança e a estabilidade das convenções impõem, ao contrário, o seu respeito, pois a Sociedade em que estas forças se chocam também as protege como valores relevantes e fundamentais ao bem estar social.

2.7 SÍNTESE DO EXPOSTO

A partir do exposto neste capítulo e sem perder de vista a evolução do direito contratual, não é possível se reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que se constitui o conteúdo ou o âmbito de incidência da Função Social do Contrato.

Isso não significa que não se deva buscar traçar-lhe os contornos para lhe conferir sentido e operacionalidade, em face do caso concreto, principalmente quanto aos Limites à Liberdade de Contratar, levando-se em consideração o interesse público na sua tutela.

Da mesma forma, pode-se entender que o reconhecimento expresso da existência de uma Função Social, desempenhada pelo Contrato, acrescenta aos requisitos do ato jurídico perfeito um novo fundamento de validade, sem qualquer prejuízo à segurança jurídica, mesmo que sua aplicação no caso concreto possa

causar certa perplexidade e alguma insegurança.

Capítulo 3

NOVO SENTIDO DA LIBERDADE DE CONTRATAR

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O último capítulo deste trabalho destina-se à investigação dos limites impostos pela Função Social do Contrato à Liberdade de Contratar, em que se procura dar ênfase a algumas das aplicações concretas do novo preceito que passa a reger as relações contratuais.

Por entender oportuno, inicia-se oferecendo os conceitos operacionais das categorias: Limite, Liberdade e Liberdade de Contratar, que foram adotados no trabalho, bem como procura-se ressaltar a possibilidade de imposição de Limites à Liberdade de Contratar, garantida na Constituição Brasileira vigente, com fundamento na Justiça Social, pressuposto para a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária objetivada pela República Federativa do Brasil.

Em seguida, sublinharam-se alguns dos Limites impostos aos contratantes para o cumprimento da Função Social do Contrato, em consequência da socialização e publicização do Direito privado. Limites que decorrem, também, dos demais deveres que lhe são inerentes, em especial: a boa-fé e a solidariedade, que se espera pautem as condutas dos integrantes da relação contratual, buscando o equilíbrio necessário para que o Contrato atinja uma finalidade socialmente legítima.

Por fim, discorrera-se a respeito da intervenção estatal nas relações contratuais, bem como sobre a possibilidade de revisão judicial dos Contratos, a partir do chamado dirigismo contratual, por

entender que é através da intervenção dos poderes do Estado que os Limites impostos pela Função Social do Contrato se concretizam.

Tal investigação se justifica pelo próprio objetivo deste trabalho, ou seja, de apresentar uma contribuição ao meio acadêmico e aos operadores do Direito acerca da Função Social do Contrato e de seus reflexos na Liberdade de Contratar.

3.2 LIMITES À LIBERDADE DE CONTRATAR

Para Silva¹⁴⁹, Limites, do latim *limes*, *limitis* (divisas, extremas), é o vocábulo empregado para designar a linha demarcatória das coisas, em virtude da qual elas devam ser consideradas e compreendidas, não somente quanto à extensão e grandeza material, mas também quanto ao próprio conceito e definição dos fatos.

Limites são, na verdade, os pontos de referência em que se assenta qualquer limitação, isto é, são marcos determinadores de toda limitação, os quais são traçados para fixação de tudo o que deve ser limitado ou restrito, de modo que não se possa ir além daquilo que é regularmente estabelecido.

Liberdade, como estrito conceito jurídico, segundo Ferreira de Melo é o poder de agir dentro dos limites da lei e com respeito à liberdade alheia¹⁵⁰.

Pasold¹⁵¹ propõe como conceito jurídico e político que

¹⁴⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.

¹⁵⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*, p. 61.

¹⁵¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*, p. 72.

Liberdade é a condição de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade exercida pelo homem quanto a alternativas. Fundamentalmente, a liberdade é uma condição exercida frente a alternativas. Nesta linha, vê-se que seu pressuposto interno é a possibilidade do exercício das potências sensitivas e intelectiva e o seu pressuposto externo é a possibilidade do exercício efetivo da acessibilidade frente às alternativas existentes, e, precipuamente, à alternativa escolhida pelo homem. Assim, o estímulo extrínseco capaz de viabilizá-la é a existência real, factível, de alternativas, que possam ser escolhidas e cumpridas.

Cosentini, *apud* Bessone¹⁵² observa que:

um conceito mais justo e mais exato de Liberdade, extraído das tendências sociais mais avançadas, pretende que ela não seja o capricho, nem o exercício da força individual, nem a faculdade ilimitada de satisfazer suas próprias utilidades e de fazer do homem um espoliado, mas que, ao contrário, se subordine sempre aos interesses sociais, às relações da vida em comum e reconheça um valor absoluto à personalidade humana.

Lourenço¹⁵³ destaca que a Liberdade de Contratar envolve duas idéias diferentes:

por um lado, com o termo liberdade, exprime-se a faculdade de formular sem limitações as propostas e de decidir, sem nenhuma espécie de coação externa, quanto à adesão ou não as propostas apresentadas. Por outro lado, é a faculdade de criar sem constrangimento um instrumento de direito objetivo, que faz lei entre as partes; um pacto que, uma vez concluído, retira de cada uma das partes a possibilidade de se afastar dele unilateralmente.

¹⁵² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

¹⁵³ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 78-79.

Assim, pode-se supor que Liberdade de Contratar consiste na faculdade reconhecida às pessoas de criarem entre si, guiadas pela sua própria razão, acordos destinados a regular interesses recíprocos que, no entanto, devem cumprir uma Função Social compatível com os interesses da Sociedade.

Nesta investigação, considerou-se a Liberdade de Contratar em seus quatro aspectos, ou seja, como liberdade de contratar ou não contratar (faculdade de estabelecer a relação contratual), de escolher o tipo contratual (faculdade de definir como contratar: a forma do contrato), de escolher o outro contratante (faculdade de definir com quem contratar) e de escolher o conteúdo do contrato (faculdade de escolher o que contratar).

Barros¹⁵⁴ entende que:

a Liberdade de Contratar é princípio constitucional decorrente do regime, dos princípios adotados e das liberdades públicas expressas na Constituição Brasileira vigente, como por exemplo, a livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e art. 170, caput), a livre concorrência (art. 170, inciso IV), a livre atividade econômica (art. 170, parágrafo único), o livre trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII), a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), a livre consciência (art. 5º, inciso VI), a livre expressão e comunicação (art. 5º, inciso IX), a livre associação (art. 5º., incisos XVII e XX) que não estariam plenamente garantidas se não se garantisse também a liberdade de contratar.

Todavia, Radbruch¹⁵⁵ adverte que a liberdade contratual do direito converteu-se em escravidão da sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade volveu-se, na ordem dos feitos sociais, em

¹⁵⁴ BARROS, Sergio Resende. *Liberdade de contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999. p. 117-118.

¹⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 288.

servidão. Daí, para o direito atual, a missão de ter de inverter de novo as coisas, e por meio de limitações em partes à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar.

Bessone¹⁵⁶ aponta que, em muitas oportunidades, a Liberdade de Contratar é apenas teórica, ou seja, de apenas um dos contratantes e facilmente se transformará em tirania. Neste sentido, exemplifica:

nas relações entre o empregador e o empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas conseqüências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo, o mutuário normalmente deixar-se-á explorar, premido por invencíveis dificuldades no momento. Nos contratos com poderosas organizações de transportes e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas.

Por isso, a Liberdade de Contratar, mesmo na Constituição Brasileira vigente, não é absoluta, encontrando limite nos ditames da Justiça Social, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme se extrai do seu art. 170, *caput*.

Consagra-se, deste modo, o predomínio do social sobre o individual sem, no entanto, deixar de incentivar a liberdade de iniciativa, pois, se é certo que optamos pela livre iniciativa, não menos certo é que elegemos a Justiça Social como fim.

¹⁵⁶ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, p. 34.

Lourenço¹⁵⁷, discorrendo a respeito do art. 170 da Constituição Brasileira vigente, entende que este indica um novo caminho – não mais preocupado somente com o equilíbrio das relações entre os indivíduos, do ponto de vista da justiça formal, mas também como busca da justiça material e a garantia de uma vida digna a todos, segundo os valores e fatos do nosso tempo.

Nestes termos, a idéia de Limites à Liberdade de Contratar pode ser atribuída à socialização e à publicização do Direito privado, decorrente da intervenção do Estado nas relações entre particulares, em atenção à supremacia do interesse público sobre o privado e às exigências do bem-estar social.

Reportando-se a Messineo, Lourenço¹⁵⁸ sustenta que a Limitação da Liberdade de Contratar ocorre em quatro situações, a saber:

a) nos casos em que o conteúdo do contrato está previamente preparado, em todo ou em parte, por apenas um dos contratantes, de tal forma que ao outro está impedido de discutir seu conteúdo – exemplo típico são os contratos de adesão; b) as hipóteses em que a liberdade de determinar o conteúdo do contrato estão restritas em virtude do respeito devido às normas jurídicas imperativas, às normas jurídicas corporativas e à política econômica planejada, as quais restringem o número de normas jurídicas dispositivas ou supletivas; c) as situações em que se limita a liberdade em contratos que pretendam realizar interesses não merecedores de tutela jurídica, como os de objeto ilícito, de objeto impossível ou em flagrante fraude à lei; e d) os casos dos contratos que disciplinam contrariamente às normas de ordem pública.

¹⁵⁷ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 89.

¹⁵⁸ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 82.

De outra parte, em razão das imprevisíveis mudanças na vida de relação, resultante de fatores tecnológicos ou de transformações legislativas, Reale¹⁵⁹ entende que se impõe o estabelecimento de uma norma de ordem geral, que serve de fundamento à Justiça para interpretação e aplicação das avenças, superando-se a tese individualista de que o *contrato faz lei entre as partes*, quaisquer que sejam as circunstâncias. Daí o disposto no art. 421, no sentido de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Hoje não parece haver mais dúvidas no sentido de que à Liberdade de Contratar se impõe um conjunto de limitações, condicionamentos e induzimentos formais como consequência da necessidade do direito adequar-se às exigências econômicas e sociais, compatíveis com a Sociedade moderna de economia de escala, produção em série, consumo em massa e com a rapidez na formalização das transações civis e comerciais.

Desnecessário frisar que, sob essa ótica, a circulação de bens, a prestação de serviços, a associação de forças, o empréstimo ou investimento de capitais, entre tantas outras atividades ou relações pelas quais as pessoas buscam a satisfação de suas necessidades ou realização de seus interesses, nem sempre coincidentes, requerem o estabelecimento de limites, em nome da convivência social harmônica, da defesa dos incautos ou dos menos favorecidos, assim como à proteção ao abuso do direito em todas as suas formas¹⁶⁰.

¹⁵⁹ REALE, Miguel. O projeto do novo código civil, p. 32.

¹⁶⁰ O abuso do direito, inicialmente, definido como o uso desviado de sua finalidade, de forma consciente, com o fim de causar prejuízo ou fazer o mal, no atual Código Civil Brasileiro, artigo 187, passou a ser considerado como todo o exercício de direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil: legislação em vigor*, p. 68. 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.*

Neste sentido, em nível macro-econômico, a Função Social justifica e coloca-se como limite ao domínio dos mercados¹⁶¹, à eliminação da concorrência¹⁶² e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁶³, pelas mais diversas práticas comerciais e societárias, visto que, no mais das vezes, provocam a concentração ilegítima de capitais e rendas, com a eliminação de grande número de postos de trabalho, causando, em nome da Liberdade Contratual, enormes desequilíbrios e prejuízos sociais inestimáveis.

De outra parte, em nível micro-econômico, via Contrato, a Função Social, enquanto Limite da Liberdade de Contratar, se constitui numa garantia contra a exploração de um contratante pelo outro, tanto no plano social, como no plano econômico, porque o agravamento das desigualdades demonstrou que a concepção de um indivíduo, em tese, senhor de seus próprios interesses nos negócios jurídicos, que aparenta convencionar livremente, não raramente, mostrou-se falsa, pois: a) o indivíduo age por vezes irracionalmente; b) é impossível prever-se o futuro, cada vez mais aleatório do que em tempos passados; c) o negócio jurídico estabelece-se, freqüentemente, sob o império da necessidade, entre pactuantes de força econômica incomensurável¹⁶⁴.

¹⁶¹ O domínio dos mercados se dá quando uma ou mais empresas através de meios arditos, susta o advento de novas estruturas econômicas, ou bloqueia a expansão de outras existentes, o que se liga, por outro lado, ao chamado processo de concentração de poder (monopólios, oligopólios, trusts, cartéis etc.).

¹⁶² A eliminação da concorrência, que não se reduz ao fato anterior, mas que com ele intimamente se correlaciona, visando pôr termo à economia de mercado, baseada na livre iniciativa e na livre fixação dos preços, em função da oferta e da procura, quer controlando aquela, quer recorrendo a acordos e convênios destinados a impor soluções artificiais ao sabor dos interesses de um grupo, inclusive retendo mercadorias ou adquirindo-as em excesso para provocar escassez ou alta, com a ruína dos concorrentes (*dumping*).

¹⁶³ O aumento arbitrário dos lucros é a obtenção, por todos os meios, de resultados e vantagens desproporcionais ao valor do investimento efetivamente realizado.

¹⁶⁴ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 75.

Por esse vértice, parece inegável também que na Sociedade de massa em que se vive, percebe-se, com notória freqüência, que os indivíduos ingressam em relações negociais, conscientes ou inconscientemente, para a satisfação de necessidades e desejos ou simplesmente para adquirir e utilizar bens e serviços que são colocados à disposição deles por fortes campanhas publicitárias.

Apesar disto, também é inegável que a Liberdade de Contratar continua sendo um dos princípios da Sociedade brasileira, que, em regra, não pode ser restringido na prática, senão de forma fundada, responsável e excepcional, com base em pressupostos legítimos de interesse social, ou seja, a partir do interesse direto da Sociedade na concretização da Justiça Social, para a qual o Contrato se apresenta como importante instrumento de desenvolvimento sócio-econômico.

A Função Social do Contrato, expressamente colocada como Limite da Liberdade de Contratar no art. 421 do Código Civil Brasileiro¹⁶⁵, pode ser compreendida como princípio restritivo da autonomia da vontade e deliberação dos homens nas suas relações contratuais e, ao mesmo tempo, princípio positivo de criação de iguais oportunidades de acesso aos bens e serviços disponíveis, de modo que tudo que com ela seja incompatível não encontra apoio legal e tudo o que com ela seja compatível deve ser considerado legítimo.

Assim, a Função Social do Contrato não seria, simplesmente, um limite externo e negativo, mas também interno e positivo que vai além da mera restrição à Liberdade de Contratar, sendo determinante, por vezes, na escolha do contratante, da forma do

¹⁶⁵ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 104. Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

contrato e do seu próprio conteúdo, a partir dos interesses sociais, legitimamente, reputados como relevantes.

Com isto, impede-se que o ato de contratar se converta em abuso do direito ou de instrumento para o aproveitamento do estado inferior da outra parte e se induz o desenvolvimento social e econômico do País. Em razão da Função Social do Contrato, a Liberdade de Contratar somente pode ser exercida, observando-se os fins da justiça e da utilidade social, transpondo, desta forma, interesses meramente individuais em que a fragilização do débil se acentua e a dominação do mais forte é freqüente.

Reale¹⁶⁶ destaca como um dos pontos fundamentais, para conferir aos contratos estrutura e finalidade social, é tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a Liberdade de Contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do Contrato, envolvendo os valores primordiais da boa-fé e da probidade.

Trata-se, para o mesmo autor, de preceito fundamental que talvez pudesse ser dispensável sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do direito, mas que se torna essencial para adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

Há, sem dúvida, uma alteração fundamental na ordem jurídica com a colocação da prioridade social sobre o interesse individual. A Liberdade de Contratar, antes intocável na visão individualista, como faculdade do contratante, passa agora a ser dirigida

¹⁶⁶ REALE, Miguel. O projeto do novo código civil, p. 71.

por uma Função Social, objetivamente considerada, constituindo-se, na verdade, em um dever social de quem possui maior riqueza.

Neste contexto, os bons costumes, padrões de comportamento social, profissional ou moral aferíveis na Sociedade em que está inserido o Contrato, assim como os interesses difusos e coletivos e as regras pertinentes ao comércio, à economia de mercado e ao meio ambiente, passam a assumir fundamental relevância para a definição do que seja ou não contrário à Função Social do Contrato, na medida em que determinam práticas não condizentes com a moralidade social e que, por conseqüência, afrontam a opinião pública.

Importante destacar que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, ainda que constituídos antes da entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro, ficam subordinados aos preceitos nele estabelecido, sendo expresso que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos para assegurar a Função Social da propriedade e dos Contratos¹⁶⁷.

Por outro lado, a Liberdade de Contratar, exercida dentro dos limites da Função Social do Contrato, tende a ser inserida em uma visão inspirada na solidariedade social, na qual deve haver uma colaboração recíproca entre os contratantes, fundada na idéia de justa distribuição dos ônus, lucros e riscos, que possibilite, no final, a realização dos fins sociais e econômicos almejados na relação contratual, ainda que implique sacrifícios mútuos.

¹⁶⁷ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 342-343. 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 Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

3.3 LIMITES IMPOSTOS AOS CONTRATANTES

A Função Social como Limite da Liberdade de Contratar imposta às partes subordina a realização e a execução de Contratos ao cumprimento e à obtenção de fins compatíveis com os interesses da Sociedade.

Neste sentido, atinge a própria liberdade de escolha ou eleição do contratante, como também a liberdade de escolha da forma de contratação e, ainda, a liberdade de definição ou estipulação do conteúdo do contrato.

Não se deixa, porém, de considerar a obrigatoriedade do agente ser capaz, do objeto ser lícito e possível, da forma ser a prescrita ou não defesa em lei, e do consentimento ser válido, ou seja, livre dos vícios de consentimento ou sociais.

Para o cumprimento da Função Social do Contrato, em determinados casos, pode-se até impor o dever jurídico de contratar, seja como consequência da prévia promessa negocial de contratar, da lei, do monopólio dos serviços públicos ou do exercício de atividade profissional ou comercial.

Nas convenções em que as partes assumiram a obrigação de contratar por meio de um compromisso prévio, cujo exemplo mais significativo é o compromisso de compra e venda, o promitente vendedor deixa de ser livre para contratar ou não contratar, passando a ter a obrigação de fazê-lo, podendo o promitente vendedor exigir, judicialmente, o cumprimento da promessa.

Da mesma forma, o comerciante ou prestador de bens e serviços, que exerce atividade lícita e regular, torna-se obrigado a contratar com qualquer interessado, em igualdade de condições com os demais, ou a manter o vínculo contratual, anteriormente firmado pelo interesse social que dela decorra, sendo vedado qualquer forma de recusa de contratar sem relevante razão de direito.

Não pode, por exemplo, uma instituição financeira, cuja intermediação financeira se constitui na sua principal Função Social, deixar de conceder um empréstimo ou financiamento, ou o fornecedor de produtos essenciais se recusar a vender por motivos egoísticos.

Tal obrigação de contratar se estende aos profissionais liberais, médicos, advogados, que também não podem se recusar a contratar, sem relevante razão de direito, como decorrência do interesse social na preservação da integridade física, da liberdade e da propriedade de todos os membros da Sociedade.

Registrem-se, ainda, as obrigações de contratar impostas pela lei, tais como, o contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil, exigido dos proprietários de veículos, cuja Função Social é imanente, em razão do dever de amparo mínimo às inúmeras vítimas de acidentes de trânsito.

Também, a Função Social do Contrato retira do Estado e das concessionárias, cessionárias ou autorizadas de serviços públicos, especialmente os explorados sob forma de monopólio, a Liberdade de Contratar, *lato sensu*, ou seja, de escolher com quem contratar, de modo que, todos que preencham os pressupostos de utilização dos serviços públicos, devem ser atendidos, sem qualquer forma de discriminação.

Quanto à liberdade de formalização, ainda que, em regra, a forma seja livre, de acordo com o interesse social decorrente do contrato, seja em razão da qualidade dos contratantes ou do seu objeto, para o cumprimento de sua Função Social é imposta a forma solene ou pública da celebração. É o caso, por exemplo, dos contratos firmados pelo Poder Público, cuja publicidade é requisito de validade, ou dos contratos translativos de direitos reais sobre bens imóveis, cuja validade depende de escritura pública.

Todavia, é no campo da Liberdade de estipulação do seu conteúdo que a Função Social do Contrato, como Limite da Liberdade de Contratar, se impõe de forma mais acentuada e impositiva, a fim de que o arbítrio individual dos contratantes não se afaste dos fins sociais a que se destina, acarretando prejuízos à Sociedade.

Por isto, os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé¹⁶⁸, cometendo ato ilícito o contratante que, no exercício de seus direitos, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁶⁹.

Observa-se, então que o princípio contratual da probidade está ligado à honestidade, lealdade e retidão com que devem proceder os contratantes ou à maneira criteriosa com que devem cumprir todos os deveres que lhes são atribuídos pelo Contrato.

¹⁶⁸ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 104. Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁶⁹ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 68. 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.

Nestes termos, é possível afirmar que a probidade nada mais é que um dos aspectos objetivos da boa-fé, o que leva a supor que a sua inserção no artigo 422, do Código Civil Brasileiro, revela a clara intenção do legislador de fortalecer a idéia do dever dos contratantes agirem com boa-fé nas suas relações contratuais, pois só assim poderá ser cumprida a Função Social do Contrato.

O princípio contratual da boa-fé, ainda que de conceito indeterminado¹⁷⁰, pode ser observado sob o aspecto subjetivo ou objetivo. A boa-fé subjetiva, que se refere aos aspectos internos dos sujeitos, caracteriza-se como atitude de consciência por parte do agente, no sentido de atuar ele com o conhecimento de que não viola a lei ou qualquer direito da outra pessoa, ou convencido de que o faz, devidamente amparado pelo direito.

A boa-fé objetiva, por outro lado, estabelece um padrão de comportamento externo e caracteriza-se pelo dever de cada parte agir de acordo com os padrões mínimos socialmente reconhecidos, de lealdade, correção, lisura, em cooperação com a contraparte, para que não sejam frustradas as expectativas desde que sejam legítimas, ou, por outras palavras, para que seja protegida a confiança gerada numa das partes para atuação da outra¹⁷¹.

¹⁷⁰ Bierwagen assevera que é difícil definir, num só conceito, o que vem a ser o princípio da boa-fé, não só porque apresenta múltiplos sentidos, ora se relacionando à idéia de justiça que deve imperar sobre todo o ordenamento ou sobre determinados ramos, auxiliando a interpretação ou a integração de suas normas, ora como regra de conduta (boa-fé objetiva) ou estado de espírito do sujeito (boa-fé subjetiva), mas principalmente porque em cada um desses sentidos a sua noção deve ser construída a partir de critérios próprios, que não permitem a sua unificação num único conceito. Desse modo, adverte, embora desejável definir boa-fé, dada a sua amplitude e generalidade, certamente qualquer tentativa nesse sentido constituiria uma diminuição injustificável da riqueza de seu conteúdo. BIERWAGEN, Monica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

¹⁷¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. p. 81-82.

O princípio da boa-fé no âmbito dos Limites da Liberdade de Contratar tem o poder de impor condutas ou restringir a auto-imposição de direitos e obrigações, funcionando ora como regra de interpretação do contrato ou das declarações de vontade, ora como fonte de deveres instrumentais ou secundários.

Nesta perspectiva, como regra de interpretação do contrato ou das declarações de vontade, o artigo 113, do Código Civil Brasileiro traz expressa previsão, no sentido de estabelecer que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração¹⁷².

Como fonte de deveres instrumentais ou secundários¹⁷³ que compõem a relação contratual, com o objetivo de satisfazer os legítimos e razoáveis interesses dos contraentes e da Sociedade, todas as condutas indispensáveis ao alcance desta finalidade, independente de não terem sido expressamente impostas pela lei ou pela vontade das partes¹⁷⁴, tornam-se obrigações dos contratantes.

Por outro lado, a Função Social como Limite da Liberdade de Contratar impõe a tutela da confiança depositada no vínculo contratual e, por conseqüência, a estabilidade, a celeridade e o

¹⁷² NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil: legislação em vigor, p. 58. Art. 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração.

¹⁷³ Tais como os deveres de cooperação, cuidado, previdência e segurança, o dever de comunicação e esclarecimento, o dever de informação, de prestação de contas, o respeito pelo nome do contratante, o dever de sigilo entre outros encontrados na doutrina e na jurisprudência.

¹⁷⁴ Mello lembra que a vontade declarada, ou mesmo a lei nem sempre conseguem justificar diversos deveres acometidos às partes antes mesmo da formação do contrato, ou após a sua extinção, que se mostram indispensáveis para a manutenção da justiça comutativa do vínculo. MELLO, Adriana Mandim Theodoro. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro*, p. 150.

dinamismo das operações econômicas, validamente constituídas para a realização de um fim, socialmente útil e justo, que se estabelece por meio do Contrato.

A Função Social do Contrato também limita a Liberdade de Contratar ao perseguir o justo equilíbrio das obrigações, dos lucros e riscos assumidos no Contrato¹⁷⁵, antes, durante e após sua execução.

Desta forma, harmoniza os interesses individuais dos contratantes e, principalmente, os interesses sociais na Sociedade em que está inserido, bem como legítima a correção dos desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis, desde que os seus efeitos sejam além do previsível.

O que interessa a Sociedade não é mais a exigência incondicional do cumprimento do Contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária¹⁷⁶.

¹⁷⁵ O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nos contratos de *leasing*, com cláusula de reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, cujo aumento repentino e substancialmente elevado do dólar durante a execução do contrato onerou excessivamente os arrendatários, reconheceu o dever de solidariedade, no risco, e a necessidade de assegurar-se o justo equilíbrio do Contrato, determinando a divisão dos ônus respectivos entre os contratantes, ainda que as Arrendadoras não tivessem obtido qualquer vantagem com tal fato superveniente a formalização do Contrato. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 472.594, de São Paulo, da Terceira Turma, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 dez. 2003. p. 217.

¹⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 722, dez. 1995, p. 44.



Importante ressaltar que abusividade, onerosidade excessiva ou justo equilíbrio são conceitos que podem ser definidos, socialmente, a partir de critérios de normalidade e razoabilidade, aferíveis no contexto social em que está inserida a relação contratual.

O pressuposto de confiança recíproca, boa fé, que se integra no moderno conceito de obrigação, encontra correspondência na Função Social implícita no novo direito contratual, no sentido de consideração à solidariedade social, compreendendo os direitos dos contratantes e, ao mesmo, tempo, os deveres de cooperação para que o Contrato atinja sua finalidade.

A descoberta da solidariedade como valor jurídico de primeira magnitude, afirma Iturraspe ¹⁷⁷, não tem sido fácil nem simples. Foi necessário superar a concepção de pessoa humana como elemento isolado, dotado de plenos poderes, premunida de direitos absolutos e ilimitados, prescindindo do interesse comunitário, abstração do contexto social no qual está imersa.

A pessoa, sustenta o mesmo autor, tem o dever social de cooperar para a consecução do bem comum, do qual, obviamente, participa. A vivência dos valores da solidariedade e da cooperação, geralmente esquecida ou preterida pelos juristas, deve presidir sua atividade e marcar seu cotidiano. Isso obriga a pessoa a colaborar na realização das outras pessoas, razão pela qual deve também se abster de toda ação contrária a este propósito.

Deste modo, as pessoas que desejam estabelecer uma relação contratual não podem exercitar livremente o jogo de seus puros interesses. Para o cumprimento da Função Social do Contrato parece ser

¹⁷⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1994. p. 31.

legítimo adaptar-se o conteúdo dos contratos às exigências do bem-estar social, considerando-se legítima a interferência estatal, *a priori*, para disciplinar a vontade pessoal e reprimir toda e qualquer forma de abuso, ou, *a posteriori*, para corrigir os desvios verificados.

Neste sentido, percebe-se cada vez mais que, na medida em que o interesse social passou a ser considerado como fundamento de validade dos negócios jurídicos, o Estado passou a impor Limites à Liberdade de Contratar dos particulares, através de normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas.

3.4 DIRIGISMO CONTRATUAL

Dirigismo Contratual é a intervenção estatal na economia dos negócios jurídicos de qualquer espécie, pela qual se restringe a autonomia da vontade, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito, em regra, de fazer valer a prevalência do interesse coletivo, de proteger a parte mais fraca da relação contratual ou inibir os abusos decorrentes das desigualdades sociais ou econômicas.

Gomes¹⁷⁸ assevera que:

a intervenção estatal se verifica na constituição e no conteúdo das relações contratuais e, em consequência desta política intervencionista, deixou de ser livre, em vários Contratos, a determinação de seu conteúdo ou de alguns de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita da autorização ou da aprovação da autoridade

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações, p. 7.

administrativa, e assim por diante.

Bessone¹⁷⁹ observa que a intervenção estatal se multiplica. Tudo vai sendo regulamentado com minúcia. Os preços das utilidades são tabelados; o inquilino é protegido contra o proprietário; os agricultores são beneficiados com as moratórias e o reajustamento econômico; a usura é coibida; a compra de bens a prestações é regulada, de modo a resguardar os interesses do adquirente.

Com a intervenção estatal, a Liberdade de Contratar perdeu o seu caráter absoluto, mas ainda continua a existir como princípio básico da ordem jurídica privada e sustentáculo essencial à existência do homem na Sociedade que, no entanto, não pode se desvincular dos demais valores e garantias constitucionais que se constituem nos pilares da Sociedade.

Por isto, todos os interesses em conflito devem encontrar soluções ou tentativas de soluções na conciliação dos princípios, valores e garantias consagradas na Constituição Brasileira vigente, cabendo ao legislador ordinário, em abstrato; e ao magistrado, no caso concreto, conciliar as aspirações divergentes e criar uma técnica de solução e composição dos interesses que entram em conflito na relação contratual.

Lourenço¹⁸⁰ entende que:

persiste e sempre persistirá como regra a liberdade, tão necessária ao ser humano como a água e como o ar, de poder escolher entre contratar ou não, com quem e o que contratar. A exceção é a intervenção do Estado, ou

¹⁷⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

¹⁸⁰ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*, p. 46.

dirigismo contratual, impondo princípios limitantes à autonomia da vontade, criando a obrigatoriedade dos contratos e inserindo, automaticamente, cláusulas e preços fixos, com a justificativa do caráter excepcional das circunstâncias que alteram o modelo da livre concorrência.

O Dirigismo Contratual, ainda que restringindo a Liberdade de Contratar, cumpre uma Função Social, posto que visa a atender o interesse direto da Sociedade na proteção dos segmentos mais vulneráveis na relação contratual - e por isso praticamente sem poder de negociação - do empobrecimento e da elevação dos desníveis sociais e econômicos¹⁸¹.

Mello¹⁸² aduz que:

O Estado social moderno constatou a falsidade das premissas do Estado liberal. Não havia igualdade entre os homens. Passou, então, a buscar seus ideais de justiça, de paz e segurança social e de igualdade humana, apesar das desigualdades econômicas e sociais, através da intervenção nas relações privadas. E tais ideais não se alcançam nem com a irrestrita autonomia individual, tampouco com a improvável e ineficaz atuação absolutista e onipotente do Estado, seja o juiz, o legislador ou o administrador.

¹⁸¹ Bessone apresenta a divisão das restrições que o estado vai impondo aos contratantes, elaborada por Perreau que as divide em 04 grupos, ou seja: a) *estabilidade da convenção (prorrogação e renovação de locações de prédios, garantia ao empregado etc.)*; b) *garantia de certas aleas (indenização por acidente de trabalho, contribuições dos patrões para o seguro social, privilégio dos salários nas falências etc.)*; c) *limitação de despesas e encargos (regras sobre o preço da locação prorrogada ou renovada, limitação das horas de trabalho e instituição do repouso semanal dos empregados etc.)*; e d) *garantia de um mínimo de proveitos (salário mínimo, obrigação do proprietário de terrenos loteados de abrir ruas, calçá-las, realizar serviços de esgoto etc.)*. BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, p. 36-37.

¹⁸² MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 147.

Todavia, reconhece a mesma autora¹⁸³ que a regulamentação das relações contratuais é relevante instrumento de regulação e planejamento econômico, monetário e financeiro, bem como de realização de políticas sociais, promoção do progresso e manutenção da estabilidade social, que se justifica em face dos interesses supremos do Estado, na condução do governo, na distribuição de riquezas e na realização de Justiça Social e, mesmo, na preservação e defesa da soberania nacional.

No Brasil, uma das primeiras intervenções econômicas observadas nos Contratos foi o Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933, que declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro - cláusula-ouro - ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado da moeda¹⁸⁴.

Cuidava, sem dúvida, de medida que visava a defender a moeda nacional da sua já crescente desvalorização, impondo o curso forçado da moeda e assegurando-lhe o poder liberatório que, por razões de ordem pública, expressamente, abrangia, nos seus efeitos, até mesmo as convenções anteriores a sua publicação.

O Decreto n. 22.626/33¹⁸⁵, dispunha sobre os juros nos Contratos, vedando a estipulação de taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal¹⁸⁶. Tal vedação, no entanto, ficou restrita a particulares,

¹⁸³ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 148.

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, nov. 1933. p. 473-474.

¹⁸⁵ BRASIL. Decreto n. 22.626, de 07 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências. *Júris Plenum*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenum, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

¹⁸⁶ Atualmente, taxa legal é a que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, nos termos do art. 406 do Código Civil Brasileiro. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil: legislação em vigor*,

posto que, posteriormente, foi parcialmente revogada pela Lei 4.595/64¹⁸⁷, que estruturou e regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, possibilitando que as instituições financeiras, de acordo com as limitações impostas pelo Conselho Monetário Nacional, cobrassem juros superiores ao dobro da taxa legal.

Outros exemplos da intervenção do Estado na esfera privada são a Lei n. 1.521/51¹⁸⁸, que trata sobre crimes contra a economia popular, a Lei n. 6.766/79¹⁸⁹, que dispõe sobre o parcelamento do Solo Urbano e, mais recentemente, a Lei n. 8.078/90¹⁹⁰, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Estes exemplos mostram que é legítima a intervenção do Estado na economia, pela via legislativa, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da Justiça Social¹⁹¹.

p. 103. Art. 406 – *Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.*

¹⁸⁷ BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

¹⁹¹ O Supremo Tribunal Federal, julgando questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-DF, deixou assentado no voto do Ministro Moreira Alves que, em face da atual Constituição, é legítimo que o Estado, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa

Mello¹⁹² destaca que:

O Estado legislador intervém na autonomia da vontade toda vez que vislumbra a ameaça de violação direta ou indireta dos valores sociais consagrados em princípios maiores do ordenamento jurídico, manifestada pela dominação econômica de um contratante sobre os demais; ou quando esse poder econômico é capaz de ameaçar a economia popular, a livre concorrência, as liberdades e garantias individuais e sociais, a autonomia e a soberania do estado. Mas também atua o Estado de forma a incentivar determinadas espécies de contratos que favoreçam o desenvolvimento econômico e social da nação, e que lhe permita competir no mercado internacional, atraindo riquezas, investimentos e capital estrangeiro para o país.

Lôbo¹⁹³ ressalta que:

O avanço maior deu-se pelo crescente dirigismo jurídico do contrato, intervindo o legislador em vários setores da atividade negocial, utilizando-se principalmente de uma tríplice técnica de limitação da liberdade contratual, a saber: I – limitação da liberdade de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc.) ou monopolizados; II – limitação do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença

do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, intervenha pela via legislativa, regulando a política de preços de bens e de serviços, em face do abuso do poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-QO-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça da União, Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 abr. 1993.*

¹⁹² MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 147.

¹⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*, p. 43.

ou cessão, no âmbito da lei de software, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário; III – limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo do inquilinato, dos contratos imobiliários, do contrato de turismo, do contrato de seguro.

Entre os fins visados por semelhantes restrições, destacam-se: o de assegurar a lisura e a correção com que as partes devem agir, na preparação e execução dos contratos; o de garantir, o quanto possível, a Justiça Social comutativa (não a simples justiça formal expressa pela igualdade jurídica dos contratantes) nas relações entre as partes; o de proteger a parte que, dentro da relação jurídica, se considera econômica ou socialmente mais fraca e o de preservar a integridade de certos valores essenciais à vida das relações jurídicas, como a moral pública, os bons costumes, a segurança do comércio jurídico e a certeza do direito.

Mello¹⁹⁴ entende que a Função da disciplina legal dos contratos deve corresponder exatamente à sua concepção de conjunto de normas destinadas a regulamentar operações econômicas, segundo interesses e valores prevalecentes em determinado momento histórico.

Portanto, a intervenção do legislador neste terreno, marcado pela autodeterminação das partes, segundo Roppo *apud* Mello¹⁹⁵, longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão - como afirmavam os seguidores do direito natural -, constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada das forças políticas que se formam no poder legislativo, destinada a atender determinados

¹⁹⁴ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 146.

¹⁹⁵ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 146.

interesses, com o sacrifício de outros, em conflito com estes, com o propósito de dar às operações econômicas, concretamente realizadas, legitimidade segundo as conveniências de seu tempo.

Não se pode esquecer que o desenvolvimento econômico e os proveitos trazidos pela iniciativa privada à comunidade também devem merecer a proteção social, pois, embora a obtenção do lucro constitua-se em fator indispensável para garantir o autofinanciamento e a independência, é possível afirmar que, além do objetivo de lucro, a iniciativa privada atende aos interesses gerais da comunidade, mantendo e criando empregos, utilizando e desenvolvendo a poupança, satisfazendo as necessidades dos consumidores, ou seja, os benefícios do capital também são um benefício para a Sociedade.

3.5 REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO

A Função Social do Contrato, enquanto Limite da Liberdade de Contratar, tem, no mundo dos conflitos, sua aplicação efetiva nas intervenções restritivas e impositivas do Poder Judiciário que, na aplicação do direito aos casos concretos, intervém na relação contratual, não só para impor normas de imperatividade absoluta ou relativas supletivas¹⁹⁶, mas também para promover a revisão judicial dos Contratos, alterando seu conteúdo, adequando as condições de execução, exonerando a parte lesada ou mesmo, conforme as circunstâncias, extinguindo-os.

A possibilidade de revisão judicial dos contratos, reconhecida ao Poder Judiciário, representa inegável avanço social.

¹⁹⁶ Normas imperativas absolutas são aquelas que não podem ser derogadas pela vontade das partes, nas quais se traduzem as imposições de ordem pública. Normas de relativas ou supletivas são aquelas aplicáveis se as partes não dispuserem de modo contrário.

Ainda que os Contratos sejam negócios jurídicos pactuados validamente, segundo o direito positivo, e perfeitos, do ponto de vista extrínseco, a revisão é, hoje, consagrada no direito positivo (Lei 8.078/90, art.s 6º, V, e 51, parágrafos 1º e 2º) e aceita de forma pacífica pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista a supremacia do social sobre o individual e da justiça material sobre a justiça formal.

Todavia, não se pode esquecer que os Limites impostos pela Função Social do Contrato ao Poder Judiciário para revisão ou resolução da relação contratual são o equilíbrio do vínculo, porque este é um bem jurídico que interessa à Sociedade¹⁹⁷, e a finalidade, socialmente legítima, por ele visada, porque esta é que lhe dá validade.

Pinto¹⁹⁸ entende que a nova visão do Contrato não admite o vínculo contratual dissociado do binômio causalidade-finalidade. Neste sentido, é possível admitir que todos os Contratos, tendo uma finalidade precípua que é sua razão de existir, podem ser revistos quando tal finalidade não é atendida ou não corresponda aos interesses da Sociedade, ainda que tenham se constituído validamente e se encontrem perfeitos do ponto de vista extrínseco¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Assim, o estabelecimento pelo Poder Judiciário de uma proporcionalidade entre a prestação a contraprestação, como forma de assegurar o equilíbrio do vínculo, não descaracteriza o Contrato, ao contrário, torna-o compatível com a Função Social que deve cumprir.

¹⁹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 260.

¹⁹⁹ Assim, se determinada pessoa ou empresa aluga, com prazo determinado, um imóvel com a finalidade de nele instalar um parque industrial em área permitida e, posteriormente, antes da implantação do projeto, o poder público vem a proibir a existência daquela atividade naquela zona urbana, o contrato celebrado perde sua finalidade e sua razão de existir e pode ser revisto. Também é possível a revisão ou resolução do contrato quando, durante a execução do contrato, se alterem as suas condições, tornando impossível o atingimento de sua finalidade, como nos contratos de distribuição entre fabricantes e distribuidoras em que o preço do produto sofra aumento excessivo que impossibilite a sua revenda, nas mesmas condições dos demais revendedores.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, superada a fase em que os contratantes se reuniam para discutir todas as cláusulas do Contrato até a formação definitiva da avença²⁰⁰, tornou-se imperativo a criação de novos métodos de interpretação dos Contratos e de legitimação de sua eficácia e validade.

É certo também que a Limitação da Liberdade de Contratar para proteção ao mais débil e para o equilíbrio na relação contratual deve ser buscada, segundo critérios objetivos e, não como mero juízo ético e subjetivo do aplicador do direito.

Mello²⁰¹ sustenta que na proteção do contratante débil há de se levar em conta não só a sua fragilidade econômica, como também a decorrente da ânsia e da necessidade de adquirir e submeter-se ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte.

Contudo, adverte a mesma autora, não poderá o aplicador do direito arvorar-se em realizador de políticas sociais tendentes a realizar a redistribuição de riquezas e a política social que entender mais justa.

Reale²⁰² também adverte que não se deve pressupor a culpa ou o dolo do mais forte, como se esta fosse a condição *sine qua*

²⁰⁰ Agora, em regra, a elaboração das cláusulas contratuais ficam ao encargo unilateral de uma das partes, no caso, o fornecedor que as estabelece previamente, cabendo ao consumidor ou interessado apenas aceitá-las, como condição para o estabelecimento do vínculo contratual.

²⁰¹ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, p. 149.

²⁰² REALE, Miguel. *Questões de Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 41.

non da salvaguarda do fraco, pois, 'nada se divorcia tanto da eminente imparcialidade da Justiça como a negação do direito que cabe ao poderoso, a pretexto de amparo ao mais débil, não obstante a debilidade de suas pretensões jurídicas'.

Por outro lado, o mesmo autor assevera que o Código Civil Brasileiro em vigor confere ao juiz não só poder de suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto²⁰³.

Destarte, a Função Social do Contrato, na sua missão corretiva das desigualdades reais na relação contratual, vai possibilitar 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 operadores jurídicos.

Conseqüentemente, se alarga a esfera de possibilidades de revisão e resolução do Contrato para apanhar as situações nas quais, em razão do conteúdo ou da forma em que foi concluído ou que se executa, prejudica ou não atenda a Função Social que lhe é inerente.

A Função Social do Contrato - que justifica e limita a Liberdade de Contratar - autoriza que o Juiz passe a assumir posições que levem em conta aspectos como os costumes, a confiança depositada no vínculo, a eqüidade, a moralidade, a solidariedade, a equivalência de prestações ou sacrifícios, a boa-fé das partes contratantes, com larga margem de ação na resolução dos conflitos, especialmente por deixar de valorizar exclusivamente o momento da manifestação da vontade

²⁰³ REALE, Miguel. O projeto do novo código civil, p. 8.

(consenso), para tomar como igualmente importantes os efeitos do Contrato na Sociedade, durante a sua execução.

Não é lícito ao Juiz, todavia, de acordo com suas convicções pessoais, substituir as partes ou o legislador, alterando simplesmente o pactuado no Contrato ou o expresso na lei, ou substituindo-o por aquilo que sua consciência moral lhe dita, o que implicaria em torná-lo, com todas as deficiências de sua condição humana, o soberano instituidor da norma aplicável a cada caso ocorrentes na Sociedade.

3.6 SÍNTESE DO EXPOSTO

Extrai-se do exposto, no presente capítulo, que a Liberdade Contratual não é absoluta e encontra Limites impostos pela Função Social do Contrato, que devem ser concretizados através de normas legais, procedimentos administrativos e decisões jurisdicionais, a partir dos legítimos interesses da Sociedade, na concretização da Justiça Social, inspirada na solidariedade humana.

Em suma, a partir da análise da Função Social do Contrato, pode-se afirmar que é possível ao Estado, através dos seus poderes, legitimamente, intervir nas relações contratuais. Essa intervenção tem por objetivos: estabelecer o equilíbrio das obrigações e direitos e assegurar a finalidade social dos contratos.

Para tanto, o Estado poderá reprimir toda e qualquer forma de abuso, corrigindo os desvios verificados no caso concreto, garantindo, desta forma, o cumprimento das funções a que se destinam os contratos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito de aprofundar os conhecimentos sobre a Função Social do Contrato, como Limite da Liberdade de Contratar (art. 421, do Código Civil Brasileiro em vigor), é um imperativo imposto pela Sociedade a todos os operadores do direito, na medida em que se ampliaram os fundamentos de validade da relação contratual e se acrescentaram novos deveres aos contratantes, ao Estado e, particularmente, aos magistrados.

O reconhecimento legislativo de que o Contrato possui uma Função Social, inegavelmente, representa uma evolução da teoria geral dos contratos, adequando-a aos novos tempos e às exigências da Sociedade, com nítida superação da primazia ilimitada do consenso das partes, como única determinante da ordem contratual e da força obrigatória dos contratos. Na verdade, está-se em face da crescente intervenção do legislador e da ampliação do poder de revisão outorgado aos Juizes.

A preocupação com a relação contratual, neste contexto de sociabilidade e de solidariedade, que prepondera na política contemporânea dos Estados Democráticos, orientou esta Pesquisa na busca de caracterizar a Função Social do Contrato e identificar os seus reflexos sobre a Liberdade de Contratar, na esperança de induzir à reflexão permanente os operadores jurídicos, responsáveis pela operacionalidade e efetividade da nova legislação que passa a orientar as relações privadas.

As observações e apontamentos realizados, ao longo

do presente Relato, são, a seguir, sintetizados como contribuição inicial à continuidade do estudo, que aqui apenas se introduziu.

Concluiu-se, com a Pesquisa que:

- 1) no que tange à teoria geral do Contrato, verifica-se uma completa renovação das matrizes filosóficas do direito privado, com a superação do individualismo, baseado em uma igualdade meramente formal, em busca de uma concepção mais solidária, fundada no caráter social do direito e nas obrigações sociais do indivíduo;
- 2) é notória a evolução da teoria geral do Contrato na passagem da concepção clássica do individualismo para o entendimento moderno da Função Social do Contrato, em que pode ser notado, no Contrato moderno, um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria Sociedade;
- 3) a limitação da Autonomia da Vontade, na formação do Contrato, concretiza-se pela intervenção legislativa, judiciária ou administrativa e se verifica em suas múltiplas formas, seja pela necessidade de autorização de um órgão para realização do Contrato; pela imposição da escolha do contratante; pela obrigatoriedade de contratar, seja pela retirada do Contrato de cláusulas reputadas como não escritas, pela inclusão de obrigações como se fora previamente convencionalizada ou, ainda, pela

alteração imperativa de seu conteúdo;

- 4) a Força Obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem-estar social, ou seja, o Contrato possui uma Função Social e, sendo veículo de circulação de riquezas, é propulsor do desenvolvimento econômico e social e não pode ser de opressão econômica;
- 5) a Função Social é o dever de agir imposto a todos os membros da Sociedade para a realização do bem-estar social;
- 6) a Função Social do Contrato é um princípio geral de direito, de conteúdo dinâmico, que impõe a adaptação do direito contratual aos interesses maiores da coletividade e se concretiza pela atuação jurídica, através da criação de medidas e mecanismos capazes de coibir qualquer desigualdade dentro da relação contratual e de veicular as imposições do interesse público, tendo como fundamento a promoção do bem-estar social e a implantação da Justiça Social;
- 7) a Função Social do Contrato funda-se na harmonia entre a Autonomia da Vontade e a Solidariedade Social e pode ser entendida como finalidade a ser alcançada pelas partes através do Negócio Jurídico, mediante a conciliação dos seus interesses com os interesses da Sociedade, tendo por fim o bem-estar

social;

- 8) para o Contrato se constituir em um ato jurídico perfeito é necessário que cumpra a Função Social que lhe é inerente, sob pena de não merecer a garantia constitucional;
- 9) a Segurança, nas relações jurídicas, é uma necessidade social, de forma que o cumprimento das obrigações assumidas, no Negócio Jurídico, não pode ser desconsiderado, tampouco o Poder Judiciário poderá se tornar o refúgio dos inadimplentes, pois esta modalidade de quebra contratual, a inadimplência, assim, como a impunidade, com o passar do tempo acabariam por desestabilizar as mais diversas relações da Sociedade moderna;
- 10) se a Função Social do Contrato impõe a proteção do contratante economicamente mais fraco e leva a mitigar a Autonomia da Vontade e a Força Obrigatória dos Contratos, a Segurança e a estabilidade das convenções impõem, ao contrário, o seu respeito, pois a Sociedade em que estas forças se chocam também as protege como valores relevantes e fundamentais ao bem-estar social;
- 11) a Liberdade de Contratar consiste na faculdade reconhecida às pessoas de criarem entre si, guiadas pela sua própria razão, acordos destinados a regular os interesses recíprocos que, no entanto, devem cumprir uma Função Social, compatível com os

interesses da Sociedade;

- 12) a Liberdade de Contratar, na Constituição Brasileira vigente, não é absoluta, encontrando limite nos ditames da Justiça Social, tendo por fim assegurar a todos existência digna;
- 13) à Liberdade de Contratar se impõe um conjunto de limitações, condicionamentos e induzimentos formais, como consequência da necessidade de o direito adequar-se às exigências econômicas e sociais, compatíveis com a Sociedade moderna de produção em larga escala, consumo em massa e rapidez na formalização das transações civis e comerciais;
- 14) no nível macro-econômico, a Função Social justifica e coloca-se como limite ao domínio dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, pelas mais diversas práticas comerciais e societárias;
- 15) no nível micro-econômico, via Contrato, a Função Social, enquanto Limite da Liberdade de Contratar, se constitui numa garantia contra a exploração de um contratante pelo outro, tanto no plano social como no plano econômico;
- 16) a Liberdade de Contratar, exercida dentro dos limites da Função Social do Contrato, tende a ser inserida em uma visão inspirada na solidariedade social em que deve haver uma colaboração recíproca entre os

contratantes, fundada na idéia de justa distribuição dos ônus, lucros e riscos, que possibilite, no final, a realização dos fins sociais e econômicos almejados na relação contratual, ainda que implique sacrifícios mútuos;

- 17) a Função Social do Contrato também limita à Liberdade de Contratar no justo equilíbrio das obrigações, dos lucros e riscos assumidos no Contrato, antes, durante e após sua execução, harmonizando os interesses individuais dos contratantes e, principalmente, os interesses sociais na Sociedade em que está inserido, bem como, legitimando a correção dos desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis, desde que os seus efeitos sejam imprevisíveis;
- 18) o Dirigismo Contratual, ainda que restringindo a Liberdade de Contratar, cumpre uma Função Social, posto que visa a atender o interesse direto da Sociedade na proteção dos segmentos mais vulneráveis na relação contratual - e por isso praticamente sem poder de negociação - do empobrecimento e da elevação dos desníveis sociais e econômicos;
- 19) o Limite imposto pela Função Social do Contrato ao Poder Judiciário para revisão ou resolução da relação contratual é o equilíbrio do vínculo, porque este é um bem jurídico que interessa à Sociedade, e a

finalidade, socialmente legítima, por ele visada, porque esta é que lhe dá validade;

- 20) a Função Social do Contrato, na sua missão corretiva das desigualdades reais na relação contratual, vai possibilitar 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 operadores jurídicos.

Deste modo, alguns elementos teóricos sobre a Função Social do Contrato e seus reflexos na Liberdade de Contratar foram analisados e postos em questão, sem qualquer pretensão de esgotar do tema, que deverá ser permanentemente aprimorado, para que os ideais de solidariedade e Justiça Social se concretizem.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS*

ANGHER, Anne Joyce (Org.). Código Civil: coleção de leis Rideel. 8. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2002.

ÁVILA, Fernando Bastos. *Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993.

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 o inadimplemento contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

BIERWAGEN, Monica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, p. 473-474, nov. 1933.

_____. Decreto n. 22.626, de 07 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul:

* Baseado na NBR 6023: 2002 da ABNT.

Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

____. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

____. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

____. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Júris Plenun*, 75. ed. Caxias do Sul: Plenun, v. 1, 2004. 1 CD-ROM.

____. *Constituições Brasileiras: Império e República*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

____. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça da União, Poder Judiciário*, Brasília, DF, 4 abr. 1993.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Diário da Justiça da União, Poder Judiciário*, Brasília, DF, 4 dez. 2003.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Base de Jurisprudência*, Florianópolis, v. 5, dez. 2003. 1 CD-ROM

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CASADO, Márcio Mello. O leasing e a variação cambial: a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 763, mai. 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial: legislação complementar anotados*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Lourenço (Org.). *Documentos de João XXIII*. Tradução da Tipografia Poliglota Vaticana. São Paulo: Paulus, 1998.

____. *Documentos de João Paulo II*. Tradução da Tipografia Poliglota Vaticana. São Paulo: Paulus, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, *Curso de direito romano: o direito romano e o direito*

civil brasileiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DANTAS, Santiago. Evolução contemporânea do direito contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 41, v. 195, jan. 1952.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. Título original: *Der Ursprung der familie, des privateigentums und des staats*.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Quebra da confiança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 fev.1999.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio: Século XXI*. ed. eletrônica. São Paulo: Nova Fronteira, 2001. 1 CD-ROM.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Luiz Flávio. Modelo de atuação judicial: rumo à constitucionalização do juiz do terceiro milênio. *Doutrina Jurídica Brasileira*, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito da obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Contratos*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Ed. Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Um novo paradigma dos contratos, *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 5, jan-mar. 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1994.

LARENZ, KARL. *La base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Tradução de Carlos Fernandez Rodrigues. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 722, dez. 1995.

LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2002.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 16, mar-abr. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado: Parte especial*. 3. ed., Rio de Janeiro: Barsa, 1970. t. 38.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1987-1989. v. 5.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil: legislação em vigor*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

_____. *Função social do Estado contemporâneo*. 3. ed. rev., atual. amp. Florianópolis: OAB-SC, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon. *Doutrina Jurídica Brasileira*, Caxias do Sul: Plenun, 2004. 1 CD-ROM.

_____. A função social do processo. *Informativo INCIJUR*, Joinville, ano IV, n. 39, out. 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. ed. eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RAO, Vicente. *Ato jurídico*. 4 ed. anot. rev. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997.

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

_____. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Questões de direito*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1981.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. v. 1-6.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

___ (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001. CD-ROM.

SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

TEUBNER, Gunther (Coord.) *Dilemmas of law in welfare state*. Berlim: Walter de Gruyter, 1986. p. 50 e ss.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Doutrina Jurídica Brasileira*. Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

VENANCIO, Alberto Filho. *A Intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIANA, Rui Geraldo Camargo e Rosa Maria de Andrade Nery (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça - Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 8, 1. sem. 2000.

___ . Um novo direito para economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, p. 49, jul-ago. 2001.