



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ANDRÉ LUIZ LOPES GREGÓRIO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

**JUIZ DE FORA
2008**

André Luiz Lopes Gregório



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ANDRÉ LUIZ LOPES GREGÓRIO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia de conclusão de Curso apresenta ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como exigências para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Laura Aparecida Vieira

**JUIZ DE FORA
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

André Luiz Lopes Gregório

Aluno

A Função Social do Contrato

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maria Braga

Paula Oliveira

Laura V. Vieira

Aprovada em 15 / 12 / 2008.

ANDRÉ LUIZ LOPES GREGÓRIO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia de conclusão de Curso apresenta ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como exigências para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Aprovado pela seguinte banca examinadora:

Prof^a.: Laura Aparecida Vieira (Orientadora)
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof^a.: Joseane Pepino de Oliveira (Examinadora)
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof^a.: Luciana Maciel Braga (Examinadora)
Universidade Presidente Antônio Carlos

JUIZ DE FORA
15/12/2008

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho de conclusão de curso aos amigos e a minha família, em especial a minha mãe, Catarina e minha irmã Márcia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, e à espiritualidade amiga que sempre me iluminaram, me orientaram e com suas vibrações positivas não deixaram que eu esmorecesse em meio às pedras do caminho.

Aos mestres, pelo desprendimento em compartilhar seus conhecimentos.

Às amizades conquistadas dentro e fora da faculdade que contribuíram para que esse momento acontecesse.

A minha irmã, Márcia Lopes Ferreira, pela amizade, pelo carinho e pela compreensão dispensada a mim em qualquer que fosse o momento.

E por fim, a minha mãe, Catarina Lopes da Silva, por tudo. Por ser minha amiga durante toda essa existência, por acreditar sempre que eu poderia vencer. Por ser a melhor mãe do mundo!!!

A todos o meu muito obrigado!!!

Lamentar-se por quê?... Aprender sempre, sim.

*Cada criatura colherá da vida só pelo que faz,
mas também conforme esteja fazendo aquilo
que faz.*

*Não se engane com falsas apreciações acerca
de justiça, porque o tempo é o juiz de todos.*

*Recorde: tudo recebemos de Deus que nos
transforma ou retira isso ou aquilo, segundo
as nossas necessidades.*

A humildade é um anjo mudo.

Tanto, menos você necessita, mais terá.

*Do livro Sinal Verde, psicografado por Chico
Xavier, pelo espírito de André Luiz.*

RESUMO

Esse estudo tem por finalidade analisar a função social do contrato. Assim para entender a função social do contrato faz-se necessário estudar a fragmentação do sistema jurídico civil e o apogeu da Constituição Federal. Essa constitucionalização do Direito Civil implicou na regulação dos princípios básicos contidos no Código de 1916 para a Constituição Federal, que passou a ocupar posição central dentro do ordenamento jurídico. A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. Ao final concluiu-se que o contrato, embora entabulado entre partes interessadas na regulação de seus propósitos negociais, tem reflexos externos sobre terceiros e a sociedade em geral, ao que não pode mais ser reduzido a mero instrumento regulador da vontade das partes, porquanto, além de favorecer a circulação de riquezas, o contrato se destina a promover os valores da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e, tal como a empresa, o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: Contrato, Função Social, Direito Civil, Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO	11
1.1 - O CÓDIGO CIVIL DE 1916	12
1.2 - TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL.....	15
1.3 - A FRAGMENTAÇÃO CIVILISTA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	17
2 - OS NOVOS PRINCÍPIOS DO CONTRATO.....	19
2.1 - O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	20
2.2 - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL	23
2.2.1 - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	24
2.3 - EQUILÍBRIO CONTRATUAL.....	27
2.3.1 - REVISÃO CONTRATUAL	28
3 - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A CLÁUSULA GERAL.....	32
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, o direito, por ser uma ciência social, tem sofrido transformações como reflexo das mudanças na sociedade.

Essas transformações têm provocado mudanças decisivas no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, com a modificação do Estado Liberal, fundamentado em ideário individualistas do término do século XVIII, para o Estado Social, fruto da sociedade massificada e do pós-guerra, tendo como embasamento o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade material e a funcionalização dos institutos jurídicos.

Essas exigências sociais alteraram o antigo Estado mínimo em um Estado interventor e social, com a capacidade de evitar a exploração e os abusos praticados pelos economicamente mais fortes sobre os mais fracos, protegendo assim os interesses sociais.

No Brasil, essas transformações provocaram a elaboração da Constituição Federal de 1988, elevando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, buscando uma sociedade livre, justa e solidária, provocando uma reflexão sobre os antigos pilares do Direito Civil, quais sejam; a propriedade, a família e, principalmente, o contrato.

Assim, esse trabalho tem por finalidade trazer a lume a função do contrato, através de uma visão civil-constitucional, modificando o significado do comportamento contratual, no âmbito coletivo, para que se concretize a justiça social da Constituição.

Busca ainda analisar o instituto do contrato, passando pela sua forma clássica até se chegar ao Direito Civil contemporâneo, dando maior ênfase à sua funcionalização, implicando na derrubada de dogmas, como autonomia da vontade e relatividade dos efeitos dos contratos.

1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO

A idéia de contrato teve uma grande influência do Direito Canônico que pregava a sacralidade dos contratos, de modo que a palavra dada, a vontade manifestada à outra pessoa, era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado.

O auge da Teoria Clássica do Contrato ocorreu, portanto, no apogeu do século XIX, quando se erigiu a Teoria do Negócio Jurídico, onde a vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações. Mas para tanto, era necessário 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.

Nesse mesmo sentido afirma Godoy (2004) o Estado, nessa época, tinha como fundamentado o ideário individualista, cujo *modus operandi* era da existência do Estado mínimo, que só regularia a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, que configurariam a esfera pública entendida como estatal.

Tal atuação mínima tinha por escopo a preservação da liberdade individual, no sentido de permitir a existência de relações jurídicas quaisquer, desde que não ferissem os interesses e as normas do Estado.

Godoy (2004), afirma que esse modelo de contrato, em sua forma tradicional, configurou um instrumento de exercício de poder, onde a liberdade era meramente formal mostrando-se um meio hábil para a expansão capitalista e para a exploração dos indivíduos hipossuficientes.

1.1 - O Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 atento a esta miríade retratava a doutrina individualista e voluntarista, fruto do positivismo jurídico, tendo como escopo a criação de um sistema jurídico que possibilitasse maior previsibilidade e segurança.

Como afirma Hora Neto (2002), o Código Civil de 1916 é conhecido como a constituição do direito privado, cujos postulados básicos (igualdade e liberdade formais, segurança jurídica, completude e neutralidade) colocaram à disposição do magistrado um prontuário completo a ser aplicado para cada caso, ou seja, o juiz era apenas um escravo, um servo da lei.

Era a época do fetichismo da lei, uma vez que o Código regulava toda a vida social, de maneira completa, genérica e neutra, de modo que não havia direito fora do código, na medida em que o direito civil passava a ser unicamente a interpretação dos termos do Código.

Nesse sentido afirma Santos (2002)

A ideologia dominante logo se tornou a da unidade legislativa, levando à transformação do Código Civil em sistema completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis. Vale dizer, o direito civil passa a ser unicamente a interpretação dos termos do Código Civil e a pertinência das normas passa a ser julgada a partir de critérios formais, somente, sem qualquer consideração quanto ao conteúdo.

Assim, no seio de uma sociedade agrária e pré-industrial, afirma Hora Neto (2002) o Código Civil de 1916 retratava um mundo de estabilidade e segurança, de acordo com o individualismo oitocentista, onde imperava, por exemplo, os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da abstenção, retratando a ideologia dominante do estado burguês ou liberal.

Nesse mesmo sentido afirma Pessoa (2006, p. 3)

Verifica-se que o legislador teve atenção mais voltada para os problemas da pequena sociedade burguesa e conservadora do que para os grandes problemas humanos. Ademais, tomando como exemplo o direito de família, justamente, por ser o mais pessoal dos ramos do Direito Civil, no Código de 1916, tinha 290 artigos e, destes, 151 eram de interesse patrimonial.

É por isso, afirma Pessoa (2006), que os civilistas possuíam dificuldade de enxergar numa dimensão ontológica. A restauração da pessoa humana, nas relações civis, é condição de adequação do direito à realidade e aos direitos constitucionais.

Stolze (2002) afirma que, sem diminuir a magnitude técnica do Código de 1916, ele era patriarcal, cruel, autoritário e egoísta, refletindo a sociedade do século XIX.

Cristiano Chaves de Farias apud Pessoa (2006) alega:

O direito civil aspirava o aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo a legislação privada nítida feição patrimonialista.

Santos (2006), diferentemente afirma que os principais motivos que levaram os legisladores a adotarem o sistema fechado do direito positivista foi o receio da insegurança causada até então pela interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais e a possibilidade de dominação da sociedade por leis que não admitiam interferências que não as advindas do próprio legislativo.

Vale dizer que esse sistema fechado do Código Civil de 1916 foi muito criticado, pois reduzia o sistema jurídico a um mero conjunto de proposição e conceitos formalmente

encadeados segundo os graus de generalidade e especificidades, pois não havia normas que aplicavam a todos os casos concretos, em virtude das mudanças sociais.

1.2 - Transição do Estado Liberal para o Estado Social

É certo que a transição do Estado Liberal para o Estado Social não se deu de forma abrupta, mas paulatinamente. Godoy (2004) afirma que a necessidade de mudanças despontou-se com as revoluções industriais aliadas ao abuso da liberdade por parte dos particulares. Com isso, o liberalismo passou a evidenciar as desigualdades sociais, e na mesma esteira, a massificação e estandardização¹ dos contratos.

O curso da história e a nova realidade resultante desse fenômeno clamavam pela realização de uma justiça mais distributiva que não era alcançada com a utilização da teoria clássica, impondo uma evolução no modo de pensar o contrato e uma necessidade de mudança principalmente tocante à formação do vínculo jurídico e na sua execução (MATEO JÚNIOR, 2006).

Além disso, afirma Mateo Júnior (2006), constatou-se também o aumento da quebra do equilíbrio sócio – econômico dos contratantes, como reflexo das desigualdades dos homens, principalmente no acesso aos bens da vida. Essas desigualdades são características próprias do capitalismo e é mais sentida nos países pobres onde praticamente se aniquilou a livre vontade no contraimento das obrigações.

Com o fim da primeira Guerra Mundial, no início do século XX, abriu-se, então, caminho para a discussão do contrato. Experimentando a sociedade um processo de aumento populacional a nível mundial, originaram-se novas espécies de relações jurídicas que foram massificadas e recebendo novas conotações coletivas.

¹ A estandardização dos contratos, é sabido, representa hoje fator de evidente racionalização da atividade empresarial, sem a qual ela não se desenvolve da mesma forma no modelo econômico vigente. Permite o planejamento da produção, tornando seguras disposições que podem afetar seu custo; acelera a conclusão dos contratos; otimiza seu controle, prevenindo litígios e reduzindo risco de custos adicionais. É o que Enzo Roppo apud Godoy (2004) chama de economicidade do contrato, muito embora reclame especiais formas de proteção do aderente.

Nessa esteira, afirma Mateo Júnior (2006) as correntes socialistas as doutrinas sociais da Igreja Católica direcionam o pensamento no respeito aos direitos sociais, impondo a necessidade de reformas para elevação da dignidade do homem. Essa preocupação se dirige, principalmente, para aqueles que ficaram à margem dos benefícios sociais somente concedidos aos que poderiam comprá-los.

Com o advento da 2ª Grande Guerra e todas as suas conseqüências para a humanidade, às necessidades em torno do respeito aos Direitos Humanos foram evidenciadas. Assim, a sociedade começou a exigir do Estado uma atitude mais voltada ao social. No campo do direito privado encontra-se o reflexo desse modo de pensar e, aos poucos, o interesse com os contratos não se limita ao individual, mas é ampliado em prol do social.

Essas exigências sociais alteraram o antigo Estado mínimo em um Estado interventor e social, com a capacidade de evitar a exploração e os abusos praticados pelos economicamente mais fortes sobre os mais fracos, protegendo assim os interesses sociais.

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. Nesse aspecto, a própria Constituição Federal, no seu art. 170, expressamente, estabelece que a livre iniciativa está submetida à primazia da Justiça Social.

1.3 - A Fragmentação civilista e o Código Civil de 2002

De acordo com Hora Neto (2002) a noção de Código como centro do direito civil começou a fragmentar-se em meados do Século XIX, quando vêm à tona os fenômenos da constitucionalização e a publicização das relações privadas, a teoria do abuso do direito e a concepção social da propriedade.

Instaurava-se, nessa época, novas demandas, como reflexo de diversos fatos históricos, tais como: a eclosão da Primeira Grande Guerra, a explosão demográfica, a industrialização, a massificação das relações contratuais, a desordenação dos centros urbanos, as doutrinas socialistas, o dirigismo contratual, entre outros. Acarretando, com isso, o declínio dos dogmas do Estado Liberal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces civilista clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista (HORA NETO, 2002).

Com isso, o Código Civil de 1916 começa a ser superado, em virtude da nova realidade socioeconômica vigente, demandando direitos e garantias, perdendo, com isso, seu caráter de exclusividade.

Além disso, o Direito Constitucional aproximou-se das necessidades humanas reais e concretas e, atualmente, consagrou-se uma constitucionalização do direito privado, levando os direitos e garantias fundamentais a possuírem eficácia direta nas relações de Direito Civil.

Pereira (2006) ressalta também que o texto Constitucional conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, revitalizando-os, à luz de valores fundamentais aclamados como garantias e direitos fundamentais do cidadão.

Essa constitucionalização do Direito Civil implicou na regulação dos princípios básicos contidos no Código de 1916 para a Constituição Federal, que passou a ocupar posição central dentro do ordenamento jurídico.

De acordo com Guimarães (2006) a constitucionalização do Direito Civil, se deve à preocupação que o legislador teve em instituir um modelo jurídico que protegesse o sujeito de direito e não somente o patrimônio.

É o que diz Moraes (2000, p. 26)

Enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado na Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento jurídico particular, dar a garantia e a tutela prioritárias.

Com isso, houve a necessidade de uma nova codificação que retratasse o pensamento contemporâneo, isto é, a dignidade da pessoa humana. Foi então que entrou em vigor o Código de 2002, que é indubitavelmente diferente daquele que vigorava no período oitocentista, onde a pessoa passou a ser o centro protetivo do sistema jurídico, o que era antes ocupado pela titularidade e pelo contrato.

Assim, o novel Código Civil previu, em seu artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, afastando, dessa forma, o individualismo jurídico, alargando, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco na contratação, pois ele pode sofrer pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.

Com isso, pode-se verificar que a intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigam os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social aos mais fracos.

2 - OS NOVOS PRINCÍPIOS DO CONTRATO

No capítulo anterior analisou-se a importância da mutação do Estado Liberal para o Estado Social e seus reflexos na função social do contrato, importam, nesse momento, perquirir sobre os novos princípios do contrato.

Como se viu anteriormente, os princípios fundantes do direito contratual, na visão clássica, eram basicamente três, isto é, o princípio da liberdade (ou autonomia da vontade em seu aspecto triplo, como liberdade de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda* – obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da relatividade de seus efeitos.

Atualmente, esses princípios ainda subsistem, mas com alcance e conteúdos profundamente limitados. Haja vista que a autonomia da vontade, não mais pode ser compreendida de modo absoluto, pois a liberdade de contratar está limitada, em virtude das cláusulas gerais de contratos estandizados, que impedem a livre fixação do conteúdo contratual. Também o princípio da força obrigatória do contrato, cede espaço à revisão contratual e a aplicação da teoria da imprevisão.

Da mesma forma, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, não mais se compadece com a idéia de que o ajuste se insere no contexto, social, portanto longe de encerrar um ato isolado praticado pelas partes contratantes (GODOY, 2004).

O certo é que ao lado desses princípios clássicos contratuais, decorrentes da premissa ao Estado Social, surgiram outros, com a finalidade de assegurar a promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo.

Mas quais são os novos princípios contratuais? O princípio da boa-fé, do equilíbrio contratual e o princípio da função social, a qual está sendo estudado durante todo o trabalho.

2.1 - O princípio da Boa-fé Objetiva

O princípio da boa-fé deve ser antes de tudo, mencionado, pois é ele que assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito, pois, como afirma Azevedo (2000), a boa-fé objetiva é uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na concepção de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos.

É ele que, aliada aos ideais do Estado Social, busca humanizar a conduta dos indivíduos, impondo aos contratantes deveres anexos às disposições contratuais, onde não tem cabimento a postura de querer sempre levar vantagem.

Assim, os contratantes, desde o início da contratação, devem manter seus espíritos de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado.

Vale dizer que o Código Civil de 1916, não havia dispositivo expresso sobre a boa-fé objetiva, já o Código Civil de 2002 resguarda o princípio da boa-fé objetiva, no art. 422 estabelecendo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Com isso, as partes devem, desde as tentativas iniciais, na formação do contrato, na execução e na extinção do contrato, bem como após, agir com boa-fé, sem o intuito de prejudicar ou de obter vantagens indevidas (AZEVEDO, 2000).

Assim, ao atuar como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé objetiva explicita a natureza processual da obrigação, onde as posições dos credores e devedores às vezes se aludem, ensejando que ambos possam exigir da contra-parte atuações positivas frente

à outra. Não se trata de enfraquecer a posição do credor, o qual continuará a ser o titular da obrigação, podendo exigi-la coativamente do devedor, mas de:

a) atribuírem-lhe determinados deveres de conduta em face do sujeito passivo, os quais deverão estar presentes antes, durante e após o cumprimento das prestações reciprocamente acordadas; e

b) limitar-lhe o exercício de determinados direitos subjetivos, sempre que estes direitos, quando exercitados, revelem-se, afinal, abusivos.

A boa-fé objetiva, portanto, propicia, uma melhor especificação do "plano legal de ordenação do contrato", atuando enquanto via para uma adequada realização, pelo órgão jurisdicional, do plano de valoração do legislador.

Dessa forma, na concretização do contrato o magistrado passa a exercer um papel de fundamental importância, uma vez que o ele poderá corrigir a postura de qualquer um dos contratantes sempre que observar um desvio de conduta ou de finalidade.

Marques (2000) afirma que, via de regra, o magistrado quando da revisão contratual deverá guiar-se pela retidão de caráter, honradez e honestidade, que expressam a probidade que todo cidadão deve portar no trato de seus negócios, ou seja, o julgador não deve está na letra do negócio jurídico, mas nas atitudes dos contraentes.

Lobo (2000) assevera que não se pode confundir a adoção desse princípio da boa-fé, ora estudado, com a tradicional forma interpretação dos contratos. Nela se prega o dever de serem as cláusulas do contrato, quando obscuras, interpretadas segundo a boa-fé. Porém, no princípio da boa-fé objetiva não há interpretação de cláusula ou disposição obscura do contrato, mas uma análise do comportamento das partes quando aos deveres que são anexos ou conexos ao vínculo jurídico estabelecido pelas partes.

Da mesma maneira, que na formação, execução, a exigência de comportamento coerente com a boa-fé objetiva deve estar presente, também, nas hipóteses em que o contrato

já se encontre terminado, pelo eventual cumprimento das obrigações dele resultantes. Haverá hipóteses em que tal conduta assim pautada deverá obrigatoriamente estar presente, sempre sob a perspectiva de minoração de prejuízos e incômodos ao outro contratante.

2.2 - Princípios da função social

De acordo com Lobo (2000, p. 89) "o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem". Em caso de conflito entre eles, os interesses sociais não de prevalecer.

Percebe-se, assim, que a função social do contrato deve apresentar um matiz ativo, consistente em comportamentos positivos (prestações de fazer), de modo a impor, aos figurantes daquele negócio jurídico um dever de atuação em benefício de outrem, e não tão somente, um dever de não lhe causar prejuízo.

A teoria da função social também está presente no contrato de consumo. A lei de consumo protege, na verdade, o lado ético das relações entre fornecedor e consumidor, ou seja, a função social se desenvolve no contrato de consumo, no expugno do mercado de praxes inconvenientes que podem inviabilizar o desenvolvimento econômico harmonioso, vantajoso, tornando-o instrumento de dominação e prepotência.

O art. 421 do Novo Código Civil prescreve que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A disposição legal do Código Civil Brasileiro atribui ao contrato uma função (social) e isso quer dizer que o contrato deve ser socialmente útil, de maneira que haja interesse público na sua tutela.

Como primeira consequência da função social do contrato, tem-se que, com base no princípio da autonomia da vontade não se poderá estabelecer pactos contrários aos ideais de justiça.

2.2.1 - Princípio da Autonomia privada

Etimologicamente, autonomia deriva de autônomo, o qual vem do grego *autonomos* do prefixo *auto* e do substantivo *nomos*, este último correspondente, em latim, a *lex*, em português, lei o direito de se reger por suas próprias leis.

Gomes (2000, p. 22) diz que a autonomia privada “é o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”.

A teoria da autonomia está estreitamente ligada à liberdade contratual. Sendo que a liberdade de contratar está expressa no art. 421 do Código Civil Brasileiro. Contudo, é importante ressaltar a distinção entre dois aspectos da liberdade individual nos contratos, ainda hoje confundidos, inclusive pelo legislador brasileiro de 2002, ou seja, a liberdade de contratar e liberdade contratual.

A liberdade de contratar ainda é aquela mesma liberdade facultada a todas as pessoas de realizarem suas avenças, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato em foco, limitação essa que seja decorrente de uma determinada norma de ordem pública. Em outras palavras, a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade (GODOY, 2004).

Mas, diferentemente, põe-se à liberdade contratual, a qual é considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio. Enfoca os contratos em sua consistência interna, traduzida pelas cláusulas que compõem o negócio. Este é o aspecto mais crítico da formação do contrato, uma vez que esta liberdade pode vir limitada por normas de ordem pública que digam qual o percurso cogente de determinadas cláusulas contratuais.

Por isso, a liberdade há de condicionar-se se emoldurando na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade-escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade.

Lobo (2000) afirma que os limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, por meio, então, da interferência estatal nas relações havidas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo.

Não é difícil, como se vê, conceber que também o contrato, possui uma função social que lhe é inerente, que o limita essencialmente, e não pode, de modo nenhum, deixar de ser observada. Nesse sentido, diz Azevedo (2002) “a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual, e efetivamente não um limite à liberdade de contratar, como considerava antes”.

Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do Conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada.

Além disso, a liberdade contratual poderá encontrar, na função social que é inerente ao contrato, uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão, sem estes freios, fixar livremente as cláusulas de seu contrato.

E quando isso se der, quer dizer, quando certas cláusulas estiverem cogentemente registradas no contrato conforme a determinação de norma de ordem pública, se compreenderá, então, que a função social exerceu o seu verdadeiro papel limitador da vontade dos contratantes, restringindo-lhes a liberdade contratual.

Enfim, o que se procura, com esse princípio de autonomia privada, é tornar o contrato compatível com o sistema jurídico implantado pelo paradigma do Estado Social, ou seja, é

garantir as partes um poder normativo. Um poder de criar certa normativa, mas sempre nos moldes dos valores que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem para o êxito do programa axiológico do ordenamento (GODOY, 2004).

Em outras palavras, é a exigência do interesse social e promocional dos valores básicos do ordenamento que se ajustam aos interesses privados, sem, contudo, deturpá-los, pois os interesses privados não devem transcender aos interesses da coletividade. O certo é que, qualquer que seja o conteúdo do ato de autonomia privada, ele deve atentar aos valores promocionais do ordenamento normativo.

Neste passo, dispõe o parágrafo único, do art. 2.035, do Código Civil, que "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".

2.3 - Equilíbrio contratual

Esse princípio, segundo Lobo (2000) preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando, que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

Esse princípio valoriza o sinalagma contratual, isto é, o equilíbrio entre prestações e contraprestações. Não lhe basta a presença da bilateralidade. Sua estrutura implica reconhecimento do papel preponderante da lei sobre a vontade das partes.

E, dessa orientação protetiva, surge à exigência da presença de maior boa-fé nas relações contratuais, razão pela qual o sinalagma se submete a um controle mais efetivo por parte do ordenamento jurídico, preocupado mais diretamente com o equilíbrio contratual (AZEVEDO, 2000).

Vale dizer que o princípio do equilíbrio contratual e do princípio da boa-fé estão interligado em uma só preocupação: a de fazer imperar nas relações jurídicas um contrato justo, por isso, é que o contrato sujeito à revisão judicial quando estiver desequilibrado internamente, em relação à formação, interpretação, execução e ao princípio da boa-fé objetiva.

2.3.1 - Revisão contratual

A tendência, na doutrina e na jurisprudência, é a de que os contratos sejam vigiados pelos olhos da justiça, para que não se afastem da legalidade. Com isso, cada vez mais vem se firmando nos juízos brasileiros a consciência de que é preciso intervir e corrigir as distorções, o desequilíbrio nos contratos.

Em razão da preponderância de interesses do poder econômico sobre interesses do particular, a parte "abastada" rompe a barreira moral da justeza no pacto, e com isso vem ferir também a disposição da lei sobre os princípios de igualdade, agora mais especificados em normas de proteção aos economicamente desfavorecidos.

O objetivo do legislador sobre a revisão dos contratos, tendo em vista o princípio da boa-fé, foi aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas.

Somente em último caso, quando a eliminação da cláusula abusiva conduzir a uma total frustração da finalidade contratual é que a intervenção judicial resultará, excepcionalmente, na ruptura ou desconstituição de todo o contrato (CDC, arte 51, § 2º).

Sendo assim, está expressamente autorizada a revisão judicial do contrato em que as prestações de parte a parte não se mostrem equilibradas, segundo os próprios termos da convenção ajustada entre fornecedor e consumidor (art. 6º, V).

Mas, a revisão não se estabelece por qualquer divergência entre prestações ou vantagens recíprocas, mesmo porque na atividade comercial, onde se realizam os negócios de consumo, a busca do lucro é natural, o que impõe sempre uma razoável diferença entre o que uma parte presta e a outra contraprestação.

Neste sentido Humberto Theodoro Júnior dispõe que "para invalidar ou reformar uma cláusula contratual, o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro trabalha com a noção

de desvantagem exagerada (art. 51, IV e § 1º, do CDC).”

Não basta o exagero nos direitos assegurados ao fornecedor por contrato, para reformá-lo. Importante é o prejuízo, a desvantagem irrazoável para o consumidor, esse, sim, sujeito tutelado na nova noção de equilíbrio das relações contratuais.

Protege-se no Código, o objetivo e o equilíbrio contratual, assim como se sanciona a onerosidade excessiva (art. 52, § 1º, do CDC), revitalizando a importância da comutatividade das prestações, reprimindo excessos do individualismo e procurando a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestação, nos contratos sinalagmáticos “.

Sob a ótica jurídica, isso constitui abuso "unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual", devendo-se valorizar "o equilíbrio intrínseco da relação em sua totalidade" (MARQUES, 82)

Desta forma, o juiz só interferirá, se detectar o desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento de uma das partes na relação contratual vista como um todo, o qual passa a ser indício de abuso, "a chamar noção reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social" (MARQUES, 82).

A revisão do contrato é um efeito da cláusula *rebus sic stantibus*. A conjunção de fatores necessários à configuração da aplicação da teoria da imprevisão é que autoriza o chamado ajuste nas condições contratadas.

Só que tal ajuste, por óbvio, não poderá ser realizado sem a intervenção do Judiciário (a menos que por convenção dos contratantes), porque implica modificação na relação jurídica, dependente de jurisdição, que é atividade própria dos juízes e tribunais.

Há necessidade de que o Estado interfira no negócio, porquanto em muitos casos o desequilíbrio já existe desde a celebração do contrato, quando as partes se encontram nos pólos extremos de uma relação econômica em que há nítido domínio por parte de um em

detrimento do outro. O exemplo dos bancos é dos mais comuns no cotidiano do judiciário brasileiro.

A lesão provocada pelo poderio da instituição financeira se reveste de uma unilateralidade intangível pelos pobres mortais que figuram do outro lado do contrato. E justamente em razão dessa unilateralidade tão repelida pelo mundo jurídico, é que não poderia ser unilateral a correção dos abusos. Afinal, há muito se foi o direito de fazer justiça por conta própria. Há, para tanto, a tutela do Estado.

É o juiz que, em nome da lei, tem autoridade para fazê-lo, e não unilateralmente, porque não representa a parte prejudicada, mas soberanamente, porque representa o próprio *jus*, aplicando-o onde a realidade chama.

Sobre isso o ilustre Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente SP, Eduardo Gesse, com brilhantismo decide, tratando de pedido de revisão:

Pois bem, a requerente não se conforma com algumas condições estabelecidas no contrato firmado entre os demandantes e almeja anulá-las. É evidente que ela não poderia alterar unilateralmente o contrato. Necessita, portanto, da intervenção judicial. A via eleita pela requerente, inegavelmente, é adequada. (grifo nosso)

Certas cláusulas abusivas já são ponto pacífico na jurisprudência pátria, como a da eleição de foro:

Em contrato de adesão, a cláusula de eleição de foro deve ser interpretada em favor da parte aderente, independente de se tratar de pessoa física ou jurídica, sendo considerado abusiva na hipótese de acarretar-lhe exagerado ônus, de conformidade com a regra do artigo 51, parágrafo 1º, inciso III, da Lei 8.078/90. (TAMG, 3ª C.Civil, AI 169506-3, j. em 23.02.94, rel. Juiz Guimarães Pereira, v.unânime, RJTAMG 54-55/98-100).

... Ora, não se nega que a faculdade de eleição de foro no contrato continua válida, dentro dos princípios do art. 42 do CC. Porém, essa eleição nos contratos de massa, contratos de cláusulas predispostas ou contratos de adesão (definido pelo art.54 do CDC), como ocorre nos contratos de consórcio, pode se afigurar abusiva, se, na prática, dificultar ou impossibilitar a defesa do consumidor. Cuida-se da aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, aliás, não desconhecido pelo legislador de nosso

Código Civil. Nesse sentido, diz a lei sob exame que dentre as cláusulas nulas de pleno direito incluem-se aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (art.51,IV)..."

(1º TACSP, 5ªC, MS 568462-0, j. em 24.11.93, rel. Juiz Silvio Venosa, v.unânime, RDC 13/173-174)

E a revisão em si é considerada como admissível:

Cláusula que permite variação unilateral da taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita a variação de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de controle judicial, visando estabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo o vigor do princípio pacta sunt servanda." (TARCS; Ap Civ 192188076, rel Paulo Heerd, 24.9.92. Grifo nosso).

Vários julgados são publicados todos os dias em todo o país consolidando a possibilidade de revisão contratual, não só nos contratos de adesão, mas em quaisquer.

3 - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A CLÁUSULA GERAL

A cláusula geral, de acordo com Hora Neto (2002) é uma técnica legislativa, muito usada na vivificação do direito. Na passagem do sistema fechado para o sistema aberto, onde o intérprete deve servir-se da cláusula geral da função social como instrumento apto a promover a concretude dos valores fundamentais, de modo a impedir abusos e limitar excessos de vantagem econômica (PEREIRA, 2006).

Nessa perspectiva, tanto a atividade econômica, como o negócio jurídico facilitador da circulação de riqueza, devem observar os limites impostos pela função social, de modo a cumprir seu estrito objeto, no interesse das partes diretamente envolvidas, sem perder de vista o dever de não lesar a sociedade e de promover o bem estar geral.

Esse é o papel que a cláusula geral da *função social* deve desempenhar no atual sistema de direito civil, permitindo o adequado equilíbrio entre a realização do interesse econômico e a preservação do interesse social.

A cláusula geral figura expressamente no art. 421 do novo Código Civil, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Desta forma, a cláusula geral da função social, como já registrado anteriormente, afasta o caráter individualista do contrato, impedindo a veiculação do abuso de direito e da vantajosidade excessiva. E reafirma a necessidade de atendimento aos deveres laterais ou anexos de conduta, em especial os de cooperação e solidariedade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que o art. 422 do Código impõe a todos os contratantes para, sob a ótica deste estudo, não causar danos a terceiros.

A cláusula da função social, por outro lado, atenua consideravelmente os princípios do *pacta sunt servanda* e o da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que este tem eficácia social, repercute na sociedade e não apenas *inter alios acta*.

Por outro lado, essa cláusula geral reafirma os princípios do equilíbrio contratual e da preservação do pacto, permitindo ao juiz, optar pela solução que melhor prestigie a ética, o interesse do contratante vulnerável e a finalidade do ajuste.

Presume-se, portanto, que hodiernamente o contrato não pode ser reduzido à ótica exclusiva dos contratantes. Não se limita a tão-somente favorecer a circulação de riquezas.

Destina-se também a promover os valores da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e, fundamentalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-se, por essa razão, que o contrato não pode ser nocivo à sociedade, sob nenhum aspecto.

CONCLUSÃO

Ao final desse estudo concluiu-se que a função social está presente em todas as ciências e atividades que têm o ser humano como destinatário. Mais até, vimos que a função é aquilo que de melhor as ciências e o próprio direito realizam.

Constatou-se que a evolução social operada no último século, com o aparecimento dos contratos de massa e a ruína definitiva do individualismo burguês e do dogma da vontade, ensejando o fortalecimento da autonomia privada, potestade deferida aos particulares de regularem suas próprias relações, nos limite da lei.

Sendo que esses limites que a lei aplicar à autonomia privada abrange a cláusula geral da função social expressamente inserida no novo Código Civil brasileiro, e as cláusulas aplicáveis à realidade dos contratos em geral, como um aparelho de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social, conforme dispõe o art. 3º, inc. I da Constituição

Assim, pode-se verificar nesse estudo que essa mudança de foco, isto é da autonomia da vontade para a autonomia privada, delimitada pela função social, concorreu para evolução operada no direito privado, onde a Constituição passa a ser o vértice do sistema, provocando, assim, o fim da dicotomia direito público-direito privado, a partir da consideração segundo a qual a Carta Maior possui caráter normativo, tem aplicação imediata e, juntamente com o Código Civil, integra o sistema de direito privado moderno.

Foi possível verificar ainda que o novo sistema de direito privado, integrado pela Constituição, favorece a realização da atividade econômica e da livre iniciativa que erige com função social o papel de promotora da dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. Acarretando, com

isso, o declínio dos dogmas do Estado Liberal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces civilista clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista

Essa constitucionalização do Direito Civil implicou na regulação dos princípios básicos contidos no Código de 1916 para a Constituição Federal, que passou a ocupar posição central dentro do ordenamento jurídico.

Como se viu, os princípios fundantes do direito contratual, na visão clássica, eram basicamente três, isto é, o princípio da liberdade, da força obrigatória do contrato e o princípio da relatividade de seus efeitos. Ao lado desses princípios clássicos contratuais, surgiram outros, decorrentes da premissa ao Estado Social, com a finalidade de assegurar a promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, são eles o princípio da boa-fé, do equilíbrio contratual e o princípio da função social, a qual está sendo estudado durante todo o trabalho.

Pode-se verificar ainda que a teoria da função social também está presente no contrato de consumo, cujas cláusulas devem ser apto a promover a concretude dos valores fundamentais, de modo a impedir abusos e limitar excessos de vantagem econômica.

Desta forma, a cláusula geral da função social, como já registrado anteriormente, afasta o caráter individualista do contrato. Impede a veiculação do abuso de direito e da vantajosidade excessiva, ao passo que reafirma a necessidade de atendimento aos deveres laterais ou anexos de conduta, em especial os de cooperação e solidariedade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil; as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 775, maio de 2000.

AZEVEDO, Antônio 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**. RT/Fasc. Civ., a 87, v. 750, abril 1998.

BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos; et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004

HORA NETO, João. **O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social; crise e transformações**. Maceió: Edufal. 1983.

_____. **Contrato e mudança social**. **Revista dos Tribunais**. n° 722, dez./1995.

_____. **Constitucionalização do direito civil**. **Revista de Informação legislativa**, n° 141, jan./mar. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Amália Dias de. A Constituição e o direito civil. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 23, n°. 52, 1996.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Ética e boa fé no adimplemento contratual**. In: **FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro**. **Revista de Direito Privado**. a. 12, n. 12, out/dez. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PASQUALINI, Alexandre. **O direito público em tempos de crise; estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 2000.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais; exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**. n. 10, ^a 3, abril/junho 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. A função social do contrato; elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**. n. 13, jan/mar 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

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

ZANZI, Clotilde Bernadete. Revisão judicial dos contratos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano V, n° 111, 31.08.01

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 26 jul. 2006

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 26 jul. 2006

MAIA, Alexandre da. **A dicotomia público x privado com o advento do Estado Social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=53>>. Acesso em: 26 jul. 2006.

TALAVERA, Glauber Moreno A Função Social do Contrato no Novo Código Civi. In **ADCOAS**, 8208995 - Outubro/2002.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ.01.05/05 www.pgi.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp