

FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

Resumo

Há, na contemporaneidade, segmento do princípio da socialidade na esfera do Direito Privado, de modo a romper com o espírito individualista que marcou a ordem civil dos séculos XIX e início do século XX. A diretriz constitucional da solidariedade social, como um dos principais objetivos da República Federativa Brasileira, se espraia no ordenamento jurídico e se instrumentaliza na função social dos institutos do Direito Civil.

Advirta-se que não é possível negar efetividade à noção da função social do contrato no Direito Civil. Buscou-se investigar a intensidade, o conteúdo, os contornos e os efeitos da função social do contrato nas relações jurídicas intersubjetivas.

I – Introdução

O direito das obrigações, mais especificamente o direito dos contratos, apresenta certa estabilidade milenar, uma vez que, “mais que os outros ramos juscivilísticos, perpetuaria os princípios que nos legaram os romanos, assegurando a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico¹”.

Hodiernamente, de forma consciente ou inconsciente, a pessoa ingressa em relações negociais como forma de satisfazer as suas necessidades e desejos para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços². Mais do que isso, a própria globalização econômica vale-se do contrato como instrumento de dominação dos mercados e de desafio aos direitos nacionais, “especialmente mediante condições gerais predispostas, que apenas são vertidas (quando o são) aos idiomas locais³”.

Segundo Enzo Roppo,

a teoria política do “contratualismo” mostra [...] à evidência como o conceito

*Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ e da Universidade Gama Filho (RJ). Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Pesquisador e Coordenador de Grupo de Pesquisa.

de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer – uma vez que é este o significado técnico de “ideologia” – com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses⁴.

Percebe-se, pois, que, ainda hoje, o contrato serve como mecanismo a serviço de uma ideologia e que, indiscutivelmente, acaba por refletir a realidade circundante⁵. No período histórico do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, o contrato era reputada fonte de direito por excelência, sem que houvesse qualquer indagação metafísica atrelada às noções de justiça, bem comum ou interesse geral, baseando-se na filosofia da autonomia da vontade no ideário do individualismo então triunfante⁶.

Em cada época, o contrato é chamado a desempenhar funções. Para Rosalice Fidalgo, o contrato desempenha os seguintes papéis:

no âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor; na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à idéia de operação econômica⁷

Os significados e o próprio conteúdo conceptual do contrato modificam-se conforme as mudanças de valores da humanidade e os princípios contratuais, ao seu turno, espelham tais vicissitudes históricas e evolutivas⁸. O direito contratual tende a reunir as normas que determinarão e orientarão “as operações econômicas e a distribuição de vantagens e ônus econômicos entre os diversos grupos sociais”, consoante a ideologia e o pensamento dominantes na época e os objetivos politicamente eleitos⁹. Em virtude do exposto, proceder-se-á a uma breve análise dos princípios individuais dos contratos para, em seguida, analisar o Direito do Estado Social como fator de mudança¹⁰ e, por fim, abordar os diversos aspectos dos princípios sociais dos contratos, notadamente o princípio da função social do contrato, que consiste no principal objeto de investigação deste trabalho.

II – A Autonomia da Vontade e os demais Princípios Individuais dos Contratos

O direito contratual que tradicionalmente se toma como paradigma é aquele delineado durante a hegemonia do Estado liberal, marcadamente não-intervencionista e dissociado da justiça dos resultados das transações¹¹.

Os princípios que delinearam a função individual do contrato acabaram por refletir, portanto, um período em que a sociedade organizou-se de forma a permitir que cada indivíduo perseguisse livremente seu próprio objetivo, fazendo suas escolhas independente e autonomamente¹².

Em linhas gerais, podem os referidos princípios ser agrupados do seguinte modo: princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade, ou da liberdade contratual)¹³ ; princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda* ou da intangibilidade)¹⁴ ; princípio da relatividade subjetiva (ou da eficácia relativa às partes contratantes)¹⁵. A tais princípios próprios do direito contratual liberal, acrescentou-se o princípio da supremacia da ordem pública em decorrência dos movimentos sociais verificados especialmente no final do século XIX¹⁶.

Revela-se deveras importante o primeiro princípio aqui arrolado, pois a partir do reconhecimento de que a vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular, com o advento do Estado Social de Direito, é que se pode falar em função social do contrato¹⁷.

Todavia, em seus primórdios, a autonomia da vontade encontrava-se vinculada ao próprio direito de propriedade privada e, ao lado deste, transmigrou dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e atemporalidade¹⁸.

Mais do que isso, o princípio da autonomia da vontade surgiu como um espaço de auto-regulação dos interesses privados¹⁹. A fase do voluntarismo jurídico situa o homem no centro e como razão da juridicidade. Com Savigny e Bulow, respectivamente, elaboram-se a teoria da vontade (*willemstheorie*)²⁰ e a teoria da declaração (*erklarungstheorie*) e, por fim, surge a concepção de Luigi Ferri²¹ que cuida da autonomia como fonte de poder.

Isto posto, resta neste ponto definir a autonomia privada. Na acepção de Pontes de Miranda, “esta não é mais do que ficou às pessoas²²”, ou seja, trata-se de um espaço reservado ao ingresso da vontade humana. Para Fachin, “a autonomia privada é a pedra angular do sistema civilístico, emoldurado para atender ao desenho jurídico clássico [...] é o espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para dispor de seus interes-

ses²³”. Ana Prata considera a autonomia privada como “o poder reconhecido pela ordem jurídica do homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”²⁴.

Na verdade, indiscutível é que a autonomia privada no campo do Direito Contratual se expressa em três momentos distintos, envolvendo poderes, a saber: de contratar ou não; de escolher com quem contratar e, finalmente, de determinar o conteúdo do contrato²⁵. E de acordo com a nova concepção de contrato, o novo modelo da autonomia privada é garantir aos contratantes um poder normativo atrelado aos valores constitucionais, princípios e regras que o ordenamento jurídico impõe para o sucesso do programa axiológico, ou seja, de modo a viabilizar a promoção dos valores básicos, notadamente de índole social²⁶.

O princípio da obrigatoriedade (ou da intangibilidade, força obrigatória) considera que, uma vez celebrado o contrato, sejam quais forem as circunstâncias em que ele tenha de ser cumprido, os contratantes deverão cumpri-lo, sendo reputado pedra angular da segurança jurídica²⁷. E, finalmente, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, atinente à sua eficácia, propugna que os efeitos do contrato se produzem exclusivamente entre as partes, ou somente se produzem no âmbito interno da relação contratual.

III – O Direito do Estado Social como fator de mudança.

“O paradigma em que se fundavam os princípios individuais do contrato era a primazia do interesse individual, corporificado no constitucionalismo liberal, que reduzia a intervenção estatal ao mínimo, e na codificação civil que tutelava essencialmente o patrimônio do indivíduo²⁸”. Assim sendo, o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos²⁹. O Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

A partir da década de 80 do século XX, alguns autores³⁰ começaram a falar na existência de um Estado pós-social em decorrência do

próprio fenômeno da globalização econômica e da crise enfrentada pelo Estado Social.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo,

não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica do que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a “mão visível” do Estado³¹.

O paradoxo que hodiernamente se verifica pode, desta forma, ser esquematizado do seguinte modo: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais. O Estado Social, ainda que assim concebido, acaba por impor a função promocional do Direito.

Imbuído deste espírito, o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)³² e da própria Carta Magna de 1988, tem como paradigma a funcionalização do contrato como meio de balancear os interesses individuais e sociais. Como se sabe, o panorama atual do Direito Civil se caracteriza pela reação ao exarcebado individualismo do período das codificações oitocentistas que, no caso brasileiro, se depreende da diretriz constitucional da solidariedade social³³.

IV – Princípios Sociais dos Contratos.

O Código Civil de 2002 foi elaborado com critério de preservar, tanto quanto possível, as disposições da codificação anterior, em respeito a um patrimônio de pesquisa e de estudos de um universo de juristas. No entanto, adverte Miguel Reale, sobre o então projeto: “a estrutura do novo código é essencialmente social, ao contrário do contraste individualista do Código Civil ainda em vigor, onde o espírito da época, o individual se sobrepuja aos interesses sociais”³⁴.

Buscou, deste modo, o referido diploma legal trazer em seu bojo o contexto e a ideologia da terceira fase histórica do Estado Moderno, referente ao já aludido Estado Social e, além disso, acabou incorporando a diretriz da “socialidade”³⁵.

Os princípios sociais dos contratos são: princípio da boa-fé objetiva³⁶; princípio da equivalência material do contrato³⁷; e princípio da função social do contrato, sendo que este último será o principal objeto de estudo deste trabalho.

É importante notar que os princípios sociais dos contratos não excluem os princípios individuais do contrato, mas limitaram profundamente seu alcance e conteúdo.

V – O Artigo 421 do Código Civil e a Função Social do Contrato.

Se antes o interesse individual era o valor supremo e só admitia limites gerais de ordem pública e bons costumes, passou-se a buscar a primazia da justiça social, referida no artigo 170 da Constituição Federal³⁸. A Carta Magna, entretanto, não alude expressamente à função social do contrato. Fê-lo em relação à propriedade em várias passagens, como no próprio artigo 170, ao condicionar o exercício da atividade econômica à observância do *princípio da função social da propriedade*. A propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular³⁹.

O artigo 421 do Código Civil de 2002, ao seu turno, traz expressa referência à “função social do contrato” e, nesse ponto, foi mais incisivo do que diplomas legais anteriores como o Código de Defesa do Consumidor.

Indaga-se, entretanto, quais são seus limites e possibilidades, ainda que considerado como preceito de ordem pública, na forma do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil⁴⁰.

O referido artigo 421 é uma cláusula geral, “um tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do direito um certo grau de latitude na sua concretização dos fatos”⁴¹ .

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio

da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis⁴².

Não se pode, contudo, confundir a utilização das cláusulas gerais, em oposição à técnica dos tipos legais cerrados que incidem sobre *fattis-pecies* definidas, com a distinção que hoje se faz entre princípios e regras, “embora haja semelhanças, e em alguns casos possa uma cláusula geral ser também um princípio⁴³”. No caso da função social do contrato, tem-se uma cláusula geral que também consiste em um princípio⁴⁴.

Além disso, é imprescindível que a interpretação e aplicação das cláusulas gerais sigam diretrizes comuns, “capazes de manter uma unidade isonômica do direito, e impedindo a transformação do processo judicial ou administrativo numa loteria imprevisível, cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de quem é o juiz, fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto⁴⁵”.

O recurso às cláusulas gerais não é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 já as possuía, ainda que em uma quantidade mais restrita⁴⁶. O próprio Código de Defesa do Consumidor também fez uso da técnica legislativa das cláusulas gerais⁴⁷. Inova o Código Civil de 2002 na disseminação das aludidas cláusulas ao longo de um texto com incidência e repercussão generalizada em toda a sociedade, isto é, com alcance positivo e prático sem precedentes.

Isto posto, deve-se aludir especificamente à função social do contrato. Para tanto, cumpre, em primeiro lugar, decompor a expressão função social. Por função quer-se dizer utilidade, uso ou serventia⁴⁸. Por social, entende-se aquilo que interessa à sociedade⁴⁹. O conceito jurídico não difere substancialmente do gramatical.

Logo, 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. Mais do que isso,

a obrigação, assim, serve a um reclamo de cooperação entre os homens, surtindo todas as consequências que ultrapassam os meros deveres impostos tradicionalmente ao obrigado, para torná-lo, igualmente, titular de direitos em face do credor, impondo-se a este cooperar para que possa corresponder à sua expectativa e adimplir a prestação.

Visto sob esta perspectiva, desempenha o contrato, a par da econômica, nítida função social, no aproximar os homens [...], em auto regulamentação de interesses, que sempre são recíprocos, e possibilitando se preencha a necessidade de um dos contraentes, o que interessa a todos⁵⁰.

O contrato deixa de ser encarado como ato exclusivo das partes, desconsiderados seus efeitos sobre terceiros⁵¹. A doutrina francesa distingue relatividade dos efeitos e oponibilidade dos efeitos para esclarecer que a oponibilidade do contrato a todos é a regra, e a inoponibilidade, exceção, o que levou Antônio Junqueira de Azevedo a considerar que “os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”⁵². Quebra-se a intangibilidade do pacto para, por meio de uma cláusula geral, assegurar a observância dos princípios da boa-fé, justa causa, equilíbrio contratual etc.⁵³

Segundo Miguel Reale, “o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o 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 medida!”⁵⁴. Para Antônio Junqueira de Azevedo, o princípio da função social do contrato se destina “a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”⁵⁵. Cláudio Bueno de Godoy registra que a função social do contrato não é apenas um limite negativo à liberdade contratual, integrando-lhe mesmo o conteúdo, além de cumprir um papel positivo (afirmativo) de fomento de escolhas valorativas do sistema.⁵⁶

Dessa forma, a função social não é simples limite externo ou negativo⁵⁷ à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar⁵⁸. Esse é o sentido que decorre dos termos “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão. Segundo o modelo do direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social⁵⁹.

A aplicação do princípio da função social pressupõe ainda a observância dos deveres anexos de correção, lealdade e de não abusar. Busca-se,

a partir de tais deveres, “a tutela da confiança, não como um retorno ao voluntarismo mas como forma de realização da função social do contrato. O significado dessa transformação [...] identifica-se no ‘repensar das relações jurídicas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil’⁶⁰”. A função social do contrato passa a integrar o conceito de contrato, representando um valor operativo que se utiliza não apenas na interpretação dos contratos, mas também na integração e na concretização da normas contratuais particularmente consideradas.⁶¹

VI – Função Social do Contrato e Contratação Coletiva e Obrigatória.

A função social do contrato não se expressa e/ou concretiza da mesma forma em todas as modalidades contratuais⁶².

Dessa forma, faz-se necessário abordar as hipóteses da contratação coletiva e obrigatória, pelas suas próprias especificidades.

A primeira - que tem suas origens no ramo do direito do trabalho e depois se expandiu para outros, como o direito do consumidor⁶³ – sofre os efeitos da incidência do princípio da função social do contrato à medida que cria obrigações de ordem contratual para partes que não intervêm diretamente na avença⁶⁴.

Já no que concerne à contratação compulsória, a razão para uma tal limitação se radica no próprio risco social inerente a uma determinada atividade. “É o caso, por exemplo, do seguro obrigatório de responsabilidade civil imposto a todos os proprietários de automóveis, e outras modalidades de seguros obrigatórios⁶⁵”. Verifica-se aqui, portanto, uma imposição do ordenamento jurídico no sentido de compelir as partes à celebração de um determinado contrato, cuja não realização é prejudicial à sociedade.

Percebe-se, deste modo, que a função social do contrato atua de forma direta em tais situações, restringindo a autonomia privada e a liberdade de contratar, nos termos do artigo 421 do Código Civil.

VII – Função Social do Contrato e Economicidade

Embora no aspecto interno ao contrato, a função social justifique

a proteção da parte economicamente mais fraca na relação e a imposição de normas de ordem pública de resguardo de valores de relevância social, deve a mesma também atentar para a formação de uma sociedade de massas, com a multiplicação de contratações idênticas de adesão, e a emergência do poder negocial das grandes sociedades empresárias e empresários.

Assim sendo, resta evidente que a preocupação com a economicidade⁶⁶ da decisão a ser adotada em cada caso concreto deve ser uma constante, uma vez que as

repercussões e impactos que poderá causar na economia como um todo, e nos valores eleitos como relevantes pelo ordenamento. Assim, [...] a proteção do economicamente mais fraco nas locações ou aquisições de imóveis não deve ser promovida de forma que sejam prejudicados os investimentos na construção civil, o que, em última instância, prejudica o mercado imobiliário e gera uma escassez de moradias, afetando negativamente o direito de toda a sociedade, e principalmente das próprias classes menos favorecidas, a uma habitação digna⁶⁷.

Além disso, a aferição da economicidade da decisão estará, mais uma vez, intrinsecamente ligada ao tipo de contrato sob análise, já que cada contrato tem uma feição específica e, portanto, uma função social e econômica diferente.

Apenas para trazer à colação mais um exemplo, nos negócios celebrados entre sociedades empresárias, a função social do contrato pode servir para reforçar um dos princípios individuais dos contratos, consistente no princípio do *pacta sunt servanda*. À luz do já aludido princípio da economicidade e dos princípios constitucionais econômicos – em especial o da livre iniciativa – pode se ter situação em que o reforço à obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres redunde na melhor solução, posto que, no caso concreto, poderá refletir também a melhor expressão do próprio princípio da função social do contrato. Deste modo, reafirma-se o que foi exposto anteriormente acerca da não exclusão dos princípios individuais dos contratos pelos princípios sociais dos contratos.

VIII – Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que a função social do contrato surge como um princípio basilar e contemporâneo do direito dos contratos. Decorre da própria função social da propriedade, afirmada constitucional-

mente desde 1934, bem como da verificação da opção constitucional pela diretriz da solidariedade e da realização de justiça social.

Pode, portanto, ser identificada como compatível com o valor social reconhecido à livre iniciativa do artigo 1º, inciso IV da Carta Magna de 1988, “entendido este valor social como o reconhecimento da importância de que a livre iniciativa se reveste para o bom desenvolvimento e progresso do país, e não como uma socialização ou coletivização deste princípio”⁶⁸. A funcionalização social do contrato, em seu aspecto interno, se atrela inexoravelmente à idéia de autonomia necessariamente vinculada à produção de efeitos socialmente úteis, em consonância com os valores sociais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da livre iniciativa.

Atua a função social do contrato como diretriz interpretativa para aplicação de outras normas aos casos concretos, considerado o contexto constitucional brasileiro, e variando o norte conforme as circunstâncias fáticas e os tipos de contrato de cada situação dada.

Por fim, constata-se que a função social do contrato, em seu aspecto externo, significa a consagração da mais ampla oponibilidade a terceiros, além de não afetar interesses institucionais (coletivos e difusos) externos ao contrato⁶⁹. O contrato deve ser vislumbrado como um fato social, que não pode ser ignorado por terceiros⁷⁰, e os contratantes tampouco podem pretender que não haja repercussões sociais para além dos contratantes.

Mostra-se evidente o rompimento com o espírito individualista das codificações oitocentistas e reforça-se a tutela da pessoa humana em suas variadas facetas, notadamente na busca da implementação do objetivo constitucional de proporcionar vida digna a todos os cidadãos.

Notas

1. LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Princípios Contratuais” in LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (co-ord.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003, p. 09.
2. A anunciada “crise dos contratos” deve ser associada às alterações da estrutura, do conteúdo, dos valores e princípios que informam o contrato e as técnicas de contratação. Como já foi dito, “o contrato não está em decadência” (TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p.35)

3. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 10.
4. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 29.
5. Ainda segundo Enzo Roppo, “qualquer ideologia – e por isso também a ideologia do contrato, nas suas várias formas – só pode ser correctamente entendida e denunciada, de modo apropriado e eficaz, se se tiver em conta esta necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e a falsidade: ela parte da realidade mas para distorce-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la”. ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 31.
6. BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1968, p.13. Cláudia Lima Marques registra que “no novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*) veio a ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.154).
7. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 136.
8. Cláudia Lima Marques apresenta uma visão do contrato na atualidade não reduzida a mero instrumento de circulação de riquezas, mas também “instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado” (MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.168).
9. MELLO, Adriana Mandim Theodoro L. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, v.364, nov. 2002, p. 7.
10. Ao tratar da travessia do Estado Liberal para o Estado Social, Cláudio Luiz Bueno de Godoy observa que, no segmento dos contratos, o Estado passa “a invadir a autonomia da vontade para, em primeiro lugar, por meio da lei, garantir uma desigualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.6.)
11. “O liberalismo surge primeiramente na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa de 1688, enquanto na maior parte dos países europeus é um fenômeno do século XIX, identificando-se a Revolução Russa de 1905 como a última revolução liberal. Trata-se, portanto, de um fenômeno histórico que se manifesta na Europa moderna, exercendo enorme influência nos países que sentiram mais fortemente a hegemonia cultural do Velho Mundo, dentre os quais, obviamente, o Brasil. Liberalismo corresponde a individualismo, entendido não apenas como a defesa radical do indivíduo contra o Estado e a própria sociedade, mas também como a rejeição a qualquer forma associati-

va, que constituísse um corpo intermediário entre estes e aquele”. CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Renovar, 2001, pp. 13-14.

12. Como registra Orlando Gomes, “o Direito das Obrigações concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1973, p.2).
13. É oportuna a advertência de Orlando Gomes, no sentido de considerar que as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” não são sinônimas, sendo que a segunda substituiu a primeira em decorrência da derrocada do voluntarismo jurídico, em que a força da vontade deixar de derivar exclusivamente da vontade para passar a decorrer do direito objetivo também (GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: RT, 1972, p.30). Cláudio Luiz Bueno de Godoy considera que o princípio da autonomia privada se relaciona ao estágio do Estado Social em que se costuma reservar à autonomia privada uma espécie de campo residual no trabalho de formação de negócios jurídicos, resultado da prévia incidência das regras e princípios constitucionais e legais, ao passo que o princípio da autonomia da vontade se referia ao paradigma liberal (*op. cit.*, p.15 e 18).
14. Previsto no art.1.134, do Código Civil francês, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais representa a idéia central de que o contrato faz lei entre as partes.
15. A expressão latina “res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest” representa o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ou seja, a noção de que o contrato apenas vincula as partes contratantes, não prejudicando ou beneficiando terceiros. Com base no princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ao terceiro não se poderia exigir: a) o conhecimento da existência ou do conteúdo do contrato celebrado entre os contratantes; b) a atuação positiva ou negativa em relação ao contrato, com a ressalva de ter que respeitar a produção regular de seus efeitos desde que não repercutissem abusivamente na sua própria esfera jurídica (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice. *Revista dos Tribunais*, v.821, mar. 2004, p.85), Augusto Geraldo Teizem Júnior considera que a concepção subjetivista do princípio da relatividade dos efeitos cede perante o princípio da *Função social do contrato* (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: RT, 2004, p.164).
16. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *Revista dos Tribunais*, v.750, abr. 1998, p.115.
17. Ao tratar dos acontecimentos verificados na Europa com clara repercussão no mundo jurídico, Vital Moreira registra a ruptura ocor-

rida no “espírito econômico” com a 1ª Guerra Mundial que nortearia a concepção da Constituição no período do auge do liberalismo econômico (MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p.25). Passa a ser considerado um espírito de solidariedade em oposição à representação individualista liberal, assentando-se numa concepção ética da liberdade econômica que é, ao mesmo tempo, responsabilidade social. A Economia passa a ser concebida como ao serviço da pessoa humana, independentemente da sua posição no processo econômico-capitalista (empresário, trabalhador, consumidor e fornecedor).

18. “No estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas indispensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãos siamesas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, proclamou a sacralidade da propriedade privada (‘Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...’), tida como exteriorização da pessoa humana ou da cidadania. Emancipada da rigidez estamental da Idade Média, a propriedade privada dos bens econômicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato”. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 11.
19. Como bem pontua Ana Prata, “o actual conceito jurídico de autonomia privada tem o seu surgimento e configuração vinculados às condições históricas, nomeadamente da passagem do feudalismo para o capitalismo.” (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p.10)
20. Para a teoria da vontade, “o essencial no exame de um negócio jurídico era a vontade interna. A declaração assumia caráter acidental, devendo-se perquirir a vontade das partes. Para os adeptos da teoria da declaração, mais objetiva, a exteriorização deveria sobrepor-se à vontade interna, essência do negócio”. (CARPENA, Heloísa, *op. cit.*, p. 18). Como observa Orlando Gomes, consoante a teoria da vontade, havendo divergência entre a vontade e a declaração, decide-se em favor da vontade contra a declaração, ao passo que, para a teoria da declaração, a vontade interna não passa de uma fase passageira da gênese do negócio jurídico, ou seja, uma causa, mas não um dos seus elementos constitutivos (GOMES, Orlando, *Transformações...*, *op.cit.*, p.12-13). De maneira a abrandar o rigor da teoria da declaração, foi concebida a teoria da confiança que, resumidamente, se baseia na confiança despertada ou determinada pela declaração, com a predominância do momento social na admissão da autonomia privada. “É o elemento social, representado pela confiança, ganhando em significação”, na precisa advertência da doutrina mais atual: “o declarante deve responder pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar” (MARQUES, Cláudia Lima, *op.cit.*, p.178).

21. Para Ferri, a autonomia da vontade expressa uma instância de poder dos cidadãos: poder de criar norma que regulem certas e determinadas situações previamente circundadas pela lei. FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milão: Giuffrè, 1959, p. 05.
22. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 55.
23. FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 119.
24. PRATA, Ana, *op. cit.*, p.11.
25. Segundo Pontes de Miranda constitui o princípio segundo o qual se “pode, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirir, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, tomo III, p. 63.
26. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.22
27. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.36.
28. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 12. Orlando Gomes, ao cuidar das condicionantes políticas, econômicas e sociais do início do século XX acerca das raízes históricas e sociológicas do Código Civil de 1916, observou que Clóvis Beviláqua assumiu posição contrária às inovações de fundo social que se infiltraram na legislação dos países europeus: “conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do direito privado, mas condições sociais do país, o seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza não ensejavam a sua assimilação” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.37).
29. Na precisa observação de Orlando Gomes, as transformações econômicas e políticas alteraram consideravelmente a consciência jurídica das nações ocidentais com o propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador. Assim, consoante registro do professor baiano, deixou de ser livre a determinação do conteúdo de alguns contratos ou de um de seus elementos, em outros um dos contratantes perdeu a liberdade de escolher o outro, certas pessoas são obrigadas a contratar e há certos contratos que passaram a depender de autorização ou aprovação da autoridade administrativa (GOMES, Orlando. *Transformações...*, *op.cit.* p.7).
30. Cf. ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização* (Trad. Patrice Charles Wuillaume). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em sentido contrário manifesta-se Habermas, ao questionar como é possível conceber-se um “pós” quando estamos em pleno “ainda”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *The New Conservatism*. Cambridge: MIT, 1990, p. 03-05.
31. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 13.

32. Flávio Tartuce ressalta que o Código de Defesa de Consumidor adotou a Função social do contrato como princípio fundamental (implícito) no âmbito dos contratos de consumo tendo como objetivo central o de “tentar equilibrar uma situação que sempre foi dispar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo” (op.cit., p.135)
33. MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.144.
34. REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4-6.
35. O “sentido social” é o traço marcante ou predominante no Novo Código, em contraste com o sentido individualista que condicionava o Código Civil anterior. Tanto assim que ressaltou e valorizou o conceito de posse-trabalho (ou *pro labore*), submeteu a propriedade à funcionalidade, aos interesses gerais como limitadores da individualidade, impôs ao contrato a observância da função social (tanto sob o prisma interno quanto externo), colocou a família como serviente aos seus integrantes independentemente de origem. O artigo 421 do Código Civil de 2002 também é exemplo disso, por enfatizar a Função social do contrato. O art. 113 do novo texto codificado brasileiro prioriza a boa-fé objetiva como paradigma relevante à interpretação dos negócios jurídicos em geral. Também o art. 187, entre outros, põe em destaque a boa-fé objetiva na abordagem jurídica dos atos da vida civil.
36. O princípio da boa-fé objetiva representa um padrão de comportamento reto, leal, veraz fundado nas idéias de colaboração e assistência entre os contratantes, ou seja, um standard de comportamento leal (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000, passim). Em consonância com tal posição, sustenta-se, ainda, que a boa-fé objetiva faz do contrato muito mais uma relação de cooperação, de consideração com o outro, permitindo a promoção do solidarismo como valor constitucional, imbrincando-se com a Função social do contrato (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op.cit., p.75)
37. Orlando Gomes anota que a equivalência das prestações decorre da noção de justiça comutativa e, na atualidade, tal princípio se valoriza através de construções doutrinárias como “a teoria das bases do negócio jurídico, de Oertmann, ou o conceito de impossibilidade econômica para justificar a exoneração do devedor nos mesmo termos em que o liberam a impossibilidade física e jurídica”. (GOMES, Orlando. *Transformações ...*, op.cit., p.8). Encarado o contrato como instrumento de cooperação entre as partes, não atende o imperativo

de justiça a limitação da liberdade em razão de um empreendimento cooperativo em que não se distribuam e se cumpram, de maneira equilibrada, as vantagens mútuas que conduziram os contratantes a confiar um no outro (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.33); daí admissibilidade da modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais pelo Poder Judiciário, expressamente admitida no art. 6º, inciso V, Lei nº 8.078/90.

38. Augusto Teizen Júnior registra que “a Função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, o transforma de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses da coletividade (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo, *op.cit.*, p.165).
39. No mesmo sentido do texto é o magistério de Judith Martins-Costa que, ao analisar o art.421, do Código Civil de 2002, observa que a norma nele contida constitui a projeção do valor constitucional tratado como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade (art.5º, inciso XXIII), já que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. (MARTINS-COSTA, Judith, *op.cit.*, p.157). Em opinião diversa, Antônio Junqueira de Azevedo localiza a idéia da Função social do contrato no valor social da livre iniciativa (art.1º, inciso IV, da Constituição Federal) que impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que só interessa às partes, desvinculado de tudo que rodeia (AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *op.cit.*, p.116). Cláudio Luiz Bueno de Godoy considera a Função social do contrato como um princípio estruturante da ordem econômica (art. 170, caput, da Constituição Federal), além de conceber o contrato como um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social (arts.1º, III e IV, e 3º, I, da Constituição Federal), organizando e desenvolvendo a atividade produtiva, ao lado da empresa (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.95). Verifica-se, assim, que a Função social do contrato tem status constitucional, independentemente da posição doutrinária que se adote, mas essencialmente deve ser entendido como aspecto relacionado à promoção dos valores fundamentais da pessoa humana sob o prisma de proporcionar vida digna aos cidadãos. Daí não ser possível concordar com a orientação de Flávio Tartuce no sentido de que a Função social do contrato constitui “fonte secundária do direito pátrio, pelo que o art.4º da LICC prevê”, na condição de preceito básico contido no Código Civil de 2002 (*op.cit.*, p.199).
40. O referido artigo propugna que a validade dos atos e negócios jurídicos em geral, estabelecidos antes de sua vigência, se regem pelas leis anteriores, mas os seus efeitos posteriores se subordinam à lei nova. Seu parágrafo único afirma que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública do Código Civil, “tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Devido à sua condição de preceito de or-

dem pública, o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002, impõe ao magistrado sempre observar a Função social do contrato, de ofício, cabendo considerá-la retroativamente de maneira motivada (TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p.312).

41. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A Função social do contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil* (Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Gama Filho na área de concentração Direito e Economia). Rio de Janeiro, 2005, p. 18. Toma-se por cláusulas gerais as “normas jurídicas legisladas, incorporadas de um princípio ético orientador do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos” in *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 15, ano 5, set./dez. 1999, p. 22). As cláusulas gerais constituem espécie de técnica de redação das leis para o fim de permitir o ingresso de standards, mandamentos ótimos de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização e constante ressystematização no ordenamento jurídico positivado (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, *op. cit.*, p.274). Consoante lição de Adriana Mello, “as cláusulas gerais importam em avançada técnica-legislativa de enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro” (MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A Função social do contrato* ..., *op. cit.*, p.4).
42. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 15.
43. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 19.
44. No mesmo sentido do texto: “pode-se perfeitamente dizer que a Função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), ... , e também um princípio”(GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.108-109).
45. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 22.
46. Como exemplos de cláusulas gerais presentes no bojo do Código Civil de 1916 podem ser citadas: a norma regente da responsabilidade civil por ato ilícito aquiliano (artigo 159), a norma da responsabilidade civil por inadimplemento contratual (artigo 1.056) e a norma sobre a obrigação de restituição do indevido (artigo 964).
47. A título de exemplificação podem ser citadas as relativas à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, nos artigos 12 a 14, à responsabilidade por vício do produto ou do serviço, nos artigos 18 e seguintes, à desconsideração da personalidade jurídica, no artigo 28,

ou às cláusulas abusivas, nos artigos 51 e seguintes.

48. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 951.
49. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *op. cit.*, p. 1.873.
50. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 52.
51. No sentido do texto, Henri Batiffol considera que o contrato não pode mais ser encarado como um vínculo inter-individual que não afetaria outras pessoas que não apenas as que manifestaram seus consentimentos (BATIFFOL, Henri, *op.cit.*, p27).
52. Azevedo, Antônio Junqueira, *op.cit.*, p.117. A esse respeito, foi aprovado o enunciado nº 21, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, do seguinte teor: “Art.421. a *Função social do contrato*, prevista no art.421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” A doutrina do terceiro cúmplice toca na temática referente à interferência do terceiro em um contrato, objetivando impedir-lhe a execução plena ou sua extinção normal. “O papel do terceiro, que atua nas sombras, de modo não-ostensivo, mas assegurando uma rede de proteção ao contraente seduzido, é que está a necessitar uma correta qualificação jurídica, o que torna possível mediante o uso da doutrina do terceiro cúmplice” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, *op.cit.*, p.92). Desse modo, considera-se possível a reparação do dano decorrente da violação do direito de um dos contratantes pela interferência indevida de terceiro no campo dos efeitos contratuais, sendo tal responsabilidade civil de natureza aquiliana. Há desdobramentos de tal doutrina, no que tange à quantificação da reparação do dano, à possibilidade de instituição de cláusula penal com eficácia “extra alios” (em relação à pena do terceiro cúmplice), à configuração das condições subjetivas para se considerar o terceiro como cúmplice da ruptura contratual (a exigência do conhecimento do contrato, ou apenas a possibilidade de conhecê-lo), entre outras questões atuais (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, *op.cit.*, p.95-96). Augusto Geraldo Teizen Junior aponta dois aspectos decorrentes da reformulação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais em razão da Função social do contrato: a) aquele referente ao “terceiro vítima”, prejudicado por um dano em consequência do inadimplemento de uma obrigação. b) o relativo ao “terceiro ofensor” que contribui para o inadimplemento de uma obrigação assumida por um dos contratantes, ou seja, a questão da tutela externa do crédito (*op.cit.*, p.168).
53. Eduardo Sens dos Santos registra a presença de dois aspectos relacionados à Função social do contrato: a) a ponderação entre os princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual

- do modo a não ensejar um contrato abusivo, desleal ou injusto; b) o atingimento do bem comum através do contrato, concebida tal expressão como sendo uma harmonização entre o bem da coletividade e o bem dos indivíduos (SANTOS, Eduardo Sens dos. *A Função social do contrato*. *Revista de Direito Privado*, v.13, jul.-set. 2002, p.109).
54. REALE, Miguel. *O Projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 09.
 55. AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *op.cit.*, p.116.
 56. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.120.
 57. Enzo Roppo comenta que mesmo os limites negativos – “excepções a um princípio – eram toleradas em muito estreita medida. Admitiam-se, por exemplo, os destinados a impedir a assunção, embora voluntária e consciente, de vínculos limitadores da actividade própria, susceptíveis de precluir o exercício futuro da liberdade contratual por parte de quem os assumia e, num plano mais geral, de prejudicar um sistema fundado precisamente na liberdade tendencialmente ilimitada do tráfico jurídico (a esta luz devem ser considerados os arts. 1780 do código civil francês e 1628 do anterior código civil italiano, que proibiam colocar vitaliciamente a actividade laboral própria ao serviço de alguém, assim como a proibição, afirmada pela jurisprudência dos tribunais anglo-americanos, dos ‘pactos de não concorrência’, através dos quais um sujeito se obriga para com outro a limitar irrazoavelmente a sua actividade produtiva (os chamados contracts in restraint of trade): duas regras – poderá dizer-se – com as quais o sistema, informado pelo cânone fundamental da liberdade contratual, se autolimita, para reagir contra comportamentos que correriam o risco de limita-lo ainda mais gravemente, ou até de negá-lo). Admitiam-se, por outro lado, limites à liberdade de contratar conexos com a exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exerce-la de modo consciente e frutuoso para os seus interesses: daqui as incapacidades contratuais dos menores e dos diminuídos mentais”. ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 33.
 58. Mostra-se importante observar o destaque apontado pela doutrina quanto à nova idéia de autonomia privada e sua relação com a Função social do contrato: “ a autonomia privada como poder de autodeterminação não mais encontra justificativa em si, fazendo-se merecedor de tutela o ato que a exprime quando corresponda a uma função que o ordenamento considere socialmente útil” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op.cit.*, p.25)
 59. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 17.
 60. CARPENA, Heloísa, *op. cit.*, p. 18.
 61. MARTINS-COSTA, Judith, *op.cit.*, p.160. Paulo Nalin identifica dois níveis da Função social do contrato: a) o nível intrínseco, referente à observância de princípios novos na teoria contratual, como a equida-

de, a boa-fé objetiva e a igualdade material, pelos contratantes, em consonância com a cláusula de solidariedade prevista constitucionalmente; b) o nível extrínseco, que tem como destinatária a coletividade e representa o rompimento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (NALIN, Paulo. A Função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v.12, maio-jun. 2002, p.56). Cláudio Luiz Bueno de Godoy aponta dois contornos da noção da função social com conteúdo inter partes :a) a preservação de uma igualdade substancial entre as pessoas, independentemente de haver relação jurídica paritária (ou não), garantindo contratações justas e marcadas pela idéia de colaboração entre os contratantes e de escolhas socialmente úteis; b) a promoção da justiça distributiva quando fomenta acesso a bens e serviços, em contratos reconhecidamente não paritários (op.cit., p129). No segmento externo, a Função social do contrato limita a noção de autonomia privada por interesses como a livre concorrência, o equilíbrio das relações de consumo, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e cultural, pelas exigências da política econômica, monetária e financeira nacional (MELLO, Adriana Mandim Theodoro de, op.cit., p.11)

62. Apenas a título de exemplificação das diversas maneiras pelas quais pode incidir a função social dos contratos, seguem as ementas ora colacionadas:

“Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art.52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática teleológica. Equidade. Função social do contrato.

- É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp 476649 / SP, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 25.02.2004, p. 169)

“RECURSO ESPECIAL.. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE AOS DISPOSITIVOS DE DIREITO MATERIAL. POSSIBILIDADE. FRACIONAMENTO DE HIPOTECA. ART. 1488 DO CC/02. APLICABILIDADE AOS CONTRATOS EM CURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2035 DO CC/02. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.

- Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão.

- O art. 1488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2035 do CC/02.

- Não cabe aplicar a multa do art. 538, § único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

(REsp 691738 / SC, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 26.09.2005, p. 372).

63. Como adverte há tempos Albino de Souza, “uma visão moderna dos aspectos jurídicos do consumo não dispensa o sentido da política econômica que o envolve e que define a responsabilidade do próprio Estado a seu respeito”, devendo o tema ser tratado com visão de justiça distributiva associada à melhoria da qualidade de vida (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva; 1980, p.611). Parte da doutrina acentua a Função social do contrato no contexto da finalidade conferida pelo ordenamento no sentido de fornecer aos contratantes medidas ou instrumentos jurídicos capazes de coibir qualquer desigualdade dentro da relação contratual (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo, op.cit., p.166), o que se afigura aspecto importante, mas insuficiente para abarcar as potencialidades da noção de Função social do contrato.
64. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 163. Na precisa advertência de Calixto Salomão Filho, “toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à Função social do contrato”, entendidos como interesses institucionais como os coletivos e os tradicionalmente denominados difusos (Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, v.132, out.-dez. 2003, p.21).
65. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 164.
66. A economicidade se associa à idéia de ligação entre as medidas político-econômicas e a ideologia constitucionalmente adotada, representando a busca do justo sócio-econômico como elemento jurídico nas atividades e comportamentos dos agentes econômicos, inclusive os contratantes (SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Revista de Direito Civil*, v.3, 1979, p.67).
67. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 165.
68. FONSECA, Rodrigo Garcia da, *op. cit.*, p. 154.
69. SALOMÃO FILHO, Calixto, op.cit., p.22. Configura-se, a respeito, alguns exemplos apontados pelo referido autos: “contratos cuja execução implique risco evidente de dano ambiental, desde que esse seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista

qualquer lesão específica a dispositivo da lei ambiental. O mesmo pode-se dizer do contrato entre empresas que afetem interesses dos consumidores” (op.cit., p.23).

70. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos” in **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 15, ano 5, set./dez. 1999.

ARNAUD, André Jean. **O direito entre modernidade e globalização** (Trad. Patrice Charles Wuillaume). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. **Revista dos Tribunais**, v.750, abr. 1998.

BATIFFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. In: **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1968.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. São Paulo: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milão: Giuffrè, 1959.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A Função social do contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil** (Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Gama Filho na área de concentração Direito e Economia). Rio de Janeiro, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Transformações gerais do Direito das Obrigações.** São Paulo: RT, 1973.

_____. **Contratos.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **The New Conservatism.** Cambridge: MIT, 1990.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Princípios Contratuais” in LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (coord.). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro L. A Função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, v.364, nov. 2002.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

NALIN, Paulo. A Função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v.12, maio-jun. 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** . Coimbra: Almedina, 1982

REALE, Miguel. **O Projeto do Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil:** situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice. **Revista dos Tribunais**, v.821, mar. 2004

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. São Paulo: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**, v.132, out.-dez. 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A Função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, v.13, jul.-set. 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. **Revista de Direito Civil**, v.3, 1979.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004.