

ÉLLEN CÁSSIA GIACOMINI CASALI

**“A NATUREZA SOCIAL DO CONTRATO: sua efetividade
como imperativo da cidadania”**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Milton Paulo de Carvalho.

São Paulo
2006

ÉLLEN CÁSSIA GIACOMINI CASALI

**“A NATUREZA SOCIAL DO CONTRATO: sua efetividade
como imperativo da cidadania”**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito Político e Econômico.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Milton Paulo de Carvalho
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^a Dr^a Marcia Cristina de Souza Alvim
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

AGRADECIMENTOS

Ninguém é nada sozinho, devo tudo isso primeiramente a DEUS, pela oportunidade e pela inspiração para realização deste trabalho; ao meu pai e a minha mãe, por serem a expressão do amor; ao Edi, pelo incentivo e paciência, na realização deste sonho; ao Professor Dr. Milton Paulo de Carvalho, pela atenção e generosidade na condução deste trabalho, e por me ensinar o verdadeiro significado do mestre: sabedoria e humildade.

Em relação a todos os atos de iniciativa de criação existe uma verdade fundamental cujo desconhecimento mata inúmeras idéias e planos esplêndidos, a de que no momento em que nos comprometemos definitivamente, a Providência move-se também. Toda uma corrente de acontecimento brota da decisão fazendo surgir a nosso favor toda sorte de incidentes e encontros e assistência material que nenhum homem sonharia que viesse em sua direção. O que quer que você possa, ou sonhe que possa, faça-o. Coragem contém genialidade, poder e magia. Comece-o agora.

(Goethe).

Se o pensamento democrático não for capaz de formular em termos válidos e inteligíveis o seu esquema de reforma social, esta abrirá o seu caminho antidemocraticamente, porque no quadro das tensões internas da sociedade atual, as forças que aspiram a uma participação mais ampla nos benefícios da vida comum são superiores em intensidade às que procuram deixar em segundo plano essa aplicação, para se limitarem à defesa das chamadas garantias democráticas.

(F.C.de San Tiago Dantas)

RESUMO

Fruto do reconhecimento do que há de mais nobre no Direito Privado, a socialidade do contrato é a mais importante inovação trazida pelo Código Civil vigente. Isto porque o contrato, base da sociedade, é o instrumento que regula a inter-relação humana nas suas mais diversas dimensões através da harmonização dessas relações, obrigando o respeito recíproco entre os cidadãos e estabelecendo os limites entre seus direitos e deveres. O objetivo desse estudo é construir uma interpretação doutrinária da norma do artigo 421 do Código Civil que garanta a aplicação dos mecanismos de defesa dos interesses sociais face aos contratos, sem fragilizar a segurança das relações juridicamente constituídas. Com base em uma pesquisa evolutiva do Direito Contratual e seus princípios norteadores, contemplados em novo paradigma, do levantamento da matéria no direito estrangeiro e do paralelo inexorável do princípio da função social da propriedade, passa-se a expor a socialidade do contrato, deparando-se com interpretações desenvolvidas e já estabelecidas por consagrados autores da literatura jurídica, filosófica e sociológica. Conclui-se, sob o prisma de algumas observações, que a função social do contrato é o reconhecimento, ainda que tardio, da função precípua, inerente, e essencial do contrato, pois, o contrato nasce para conferir aptidão ao homem na necessidade de suprir suas deficiências naturais e individuais, como veículo orientador da vida humana e social.

Palavras-chave: Contrato. Função Social. Princípio.

ABSTRACT

The sociability of the contract, being acknowledged as the noblest pattern of the Private Law, is the most important innovation brought up by the current Civil Code. That is why the contract, basis of the society, is the instrument which regulates the human relationship in several dimensions being in harmony with those relations, making citizens respect each other and setting up limits between the right and the duty. The purpose of the current work is to build a doctrinal interpretation of the pattern of the 421 article of the Civil Law that guarantees the application of some protection mechanisms of the social concerns found in the contracts with no fragility of the protection of the established juridical relations. Researching the evolution of the Contractual Law and its principles, contemplated in a new paradigm, carrying out a survey of that issue in the foreign law and the principle of the social function of the property, it is revealed the sociability of the contract, finding developed and established interpretations by renowned authors of the juridical, philosophical and sociological literature. It is concluded under some notes that the social function of the contract is the recognition, even late, of the inherent essential function of the contract, for the contract is set up to make man able whenever necessary to make up for his natural and individual deficiency, as a vehicle that rules the social and human life.

Keywords: Contract. Social Function. Principle.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS.....	13
1.1	Pressupostos e requisitos do contrato.....	20
1.2	Classificação dos contratos.....	22
2	OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS FUNDAMENTAIS.....	29
2.1	Princípio da força obrigatória do contrato.....	30
2.2	Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.....	31
2.3	Princípio do consensualismo.....	33
2.4	Princípio da supremacia do interesse público.....	33
2.5	O princípio da autonomia privada.....	34
2.6	Princípio da boa-fé objetiva.....	39
2.7	Princípio do equilíbrio econômico no contrato.....	46
3	O CARÁTER SOCIAL DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO.....	51
4	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	55
4.1	Do estudo comparado da função social da propriedade frente à função social do contrato.....	55
4.2	A evolução histórica do direito de propriedade e sua finalidade social.....	55
4.3	O direito de propriedade.....	58
4.4	A função social da propriedade.....	60
4.5	A função social da propriedade no direito brasileiro.....	63
5	O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	70
5.1	Preliminares para conceituação da função social do contrato.....	73

5.1.1	Os novos vocábulos inseridos na norma do instituto contratual.....	73
5.2	A natureza jurídica da função social do contrato.....	75
5.2.1	A função social do contrato: conceito indeterminado.....	75
5.2.2	A função social do contrato: cláusula geral.....	76
5.2.3	A função social do contrato: princípio metajurídico.....	79
5.3	Do tema justiça.....	84
5.4	Do bem comum.....	86
5.5	Da dignidade da pessoa humana.....	89
5.6	Conceito da função social do contrato.....	91
5.7	Da crítica ao Projeto de Lei 6960/2002 no âmbito do artigo 421 do Código Civil.....	96
6	A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA AUTONOMIA PRIVADA, BOA-FÉ OBJETIVA E EQUILÍBRIO CONTRATUAL.....	99
7	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS DIRETRIZES CONCRETIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	103
7.1	A equidade e os bons costumes.....	105
7.2	A humanização do processo.....	108
7.3	A segurança das relações jurídicas.....	112
8	O INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	113
8.1	Uso do método comparativo no estudo da função social do contrato no Direito Estrangeiro.....	113
8.2	França.....	113
8.3	Portugal.....	118

8.4	Espanha.....	120
8.5	Alemanha.....	123
8.6	Itália.....	126
9	A EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO RESPOSTA À REALIZAÇÃO DA CIDADANIA.....	131
	CONCLUSÃO.....	139
	BIBLIOGRAFIA.....	145

INTRODUÇÃO

Na esteira das inovações trazidas pelo Código Civil vigente, considera-se o princípio da função social, disposto no artigo 421, a mais importante no direito contratual brasileiro.

Objeto de exaustiva interpretação quanto à “liberdade de contratar”, e nesse sentido atendendo às discussões geradas por sua redação, foi apresentado o Projeto de Lei 6960/2002, que propõe alterações ao texto da Lei 10.406, de 10.01.2002.

Especificamente no que se refere à norma do artigo 421, se aprovado, sanará a questão afeta à liberdade contratual e de outro lado, dará entendimento restrito e limitativo ao princípio da função social do contrato, o qual passará a ter a seguinte redação: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

Independentemente da redação, seja na liberdade de contratar ou na liberdade contratual, os agentes terão que observar a função social do contrato, não podendo o mesmo malferir o interesse coletivo.

Isto porque há de se considerar que o contrato, na verdade, sempre significou a base da sociedade, vez que ao longo dos tempos regula as atividades humanas nas mais diversas dimensões, ensejando a harmonização das relações, obrigando o respeito devido ao cidadão, estabelecendo os limites entre direitos e deveres.

Consubstanciado no direito do indivíduo, o direito contratual teve como consentâneo a realização de um direito formal e não substancial, que incitou a mudança do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, fundamentado na realização do fim econômico e social pela observância da boa-fé e os bons costumes, subsumido à regra preambular da dignidade da pessoa humana insculpida no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Neste diapasão, verifica-se que a função social está em expressa obediência ao mandamento constitucional de que o contrato deve cumprir sua função social, como concepção de justiça, que orienta a ordem econômica hoje disseminada em todos os ramos do direito. Isto é, antes de observar os pressupostos de validade do instituto do contrato (capacidade, idoneidade do objeto, legitimidade, etc.) cumpre aos contratantes atentar o cumprimento do princípio da função social.

Portanto, inicialmente, conclui-se que o interesse social cria uma limitação à liberdade contratual. Ao passo que, com o desenvolver do estudo, verifica-se que a função social imposta à esfera contratual possui natureza social axiológica. Mas qual é o significado do princípio da função social imposta à esfera contratual?

O objetivo desse trabalho é estudar o verdadeiro sentido e abrangência na efetividade da socialidade nas relações de direito privado.

Justifica-se, social e cientificamente, a presente pesquisa, a busca por interpretação doutrinária da norma do artigo 421 do Código Civil, que garanta a aplicação da defesa dos interesses sociais face aos contratos, sem, contudo, fragilizar a necessária segurança das relações juridicamente constituídas como de fato ocorrido.

Apresentam-se as questões fundamentais decorrentes da função social do contrato, assim entendidas, para dar maior efetividade à aplicação do direito e, portanto, uma interpretação doutrinária quanto à natureza social imposta aos contratos que são temas existentes na proposta do projeto.

Através da utilização do método sistemático, mantém-se a coerência, a lógica articulada entre a problemática, os objetivos, a justificativa e a demonstração do objeto estudado pelos argumentos colecionados ao longo da pesquisa.

Assim, a liberdade contratual encontra na função social, que é inerente ao contrato, uma limitação à sua extensão volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão fixar livremente as cláusulas de seu contrato, justificado na relevância social do

interesse que se quer tutelar e no fim que se pretende alcançar.

Essa primeira idéia de limite imposto à liberdade contratual resulta superada diante da estrutura da natureza social do contrato. Isto porque traduz o reconhecimento da natureza axiológica da socialidade no Direito Privado, por meio, então, da interferência estatal nas relações havidas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo. Em conclusão, o contrato assim como a propriedade, possui uma função social que lhe é inerente, refere-se à estrutura, que o impulsiona e o faz nascer, é essencial à sua constituição e validade e deve ser observada.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

DOS CONTRATOS

Antes de adentrar o estudo da função social, necessário se faz realizar uma análise da evolução histórica do instituto do contrato e seus princípios, dada a conexão entre os mesmos.

Traduz a lição de Vicente Raó (1991, p.27) que a atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento.

Isto porque, a vida social é uma decorrência da natureza do homem; conseqüentemente, sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela (*ubisocietas ibi jus*). Se a coexistência social resulta da natureza humana, também da natureza do homem, que Deus fez à sua semelhança, o direito decorre.

Nesse sentido, torna-se oportuno ressaltar a função do direito, o qual equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, de deveres, ou obrigações.

Em conseqüência do desenvolvimento dessas relações, apresenta-se o instituto do contrato; todavia, é impossível identificar precisamente o momento histórico do seu surgimento na organização social, como apresenta Serpa Lopes (1991, p. 13), segundo o qual a história do Direito consiste num progresso que, partindo do *status*, conseguiu chegar ao contrato.

Assim, conforme lição de Loureiro (2002, p. 26-27) o progresso da sociedade reflete-se na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu

âmbito de incidência, em decorrência de novos anseios dos indivíduos e dos operadores comerciais, marcados por ideologias e doutrinas, como o liberalismo.

A Igreja, desde cedo revelou-se favorável à deferência à palavra dada. Segundo Gilissen (1995, p. 735) através dos textos canônicos do século IV e VI, denota-se a equiparação da mentira ao perjúrio, considerando necessário manter tanto a promessa feita por simples enunciação, quanto aquela feita por juramento.

Por outro lado, já era corrente no direito romano um sistema de normas cogentes relacionado à idéia de submissão das operações econômicas, contudo, inexistia uma figura denominada contrato. Existia um instrumento que compreendia as convenções e os pactos de diversas naturezas, no entanto, eram vinculados por valores morais e até religiosos sendo seu conceito formado pela confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais a dos canonistas e da escola do Direito Natural.

A contribuição dos canonistas refletiu basicamente na relevância atribuída ao consenso e à fé jurada preconizada pela vontade que é fonte da obrigação abrindo caminho para a formação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo, este último levado à idéia de que a obrigação deve nascer essencialmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração.

Na definição romana o contrato consistia no mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Assim, diante da necessidade de cumprir a obrigação pactuada, independente da forma do pacto, tornou-se necessária a adoção de regras jurídicas para assegurar a força obrigatória dos contratos.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito de contrato, ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na livre vontade dos contratantes, inferindo o princípio de que o consentimento era suficiente para obrigar.

Nesse sentido, a lição de Gomes (1995, p. 06) ressalta a importante influência de Pothier na determinação da função do acordo de vontade como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código de Napoleão, o qual, fruto da França setecentista, refletia uma sociedade em fermentação, repleta de idéias inexauríveis, consubstanciada em um novo ideário desafiador do *ancién regime*.

Ainda o autor entende que, nesta concepção contratual, o conjunto de idéias então dominantes, nos planos econômico, político e social, constitui matriz da concepção do contrato como consenso e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo.

Com o liberalismo individual instaurado pela Revolução Francesa como reação ao Estado limitador e absolutista que dominou a Idade Média limitando a interferência estatal, o liberalismo consolidou-se e o início do século XIX foi o momento histórico cristalizador da concepção tradicional dos contratos com a predominância da autonomia da vontade reinante no Código de Napoleão de 1804. Este, conforme Santos (2002, p. 28), “refletiu as concepções filosóficas, econômicas e políticas da revolução, fundado no poder absoluto da propriedade e na intangibilidade dos contratos”, aliás, sob grande influência da Escola do Direito Natural.

Indicava-se que o contrato representava a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, caracterizando a definição da relação jurídica entre eles.

Para a teoria do contrato social, como os homens são iguais por natureza, o contrato social é estabelecido em bases iguais.

Desta feita, segundo Mascaro (2002, p. 35), parte-se do princípio de que todos os homens possuem princípios que igualmente devem ser resguardados, porque,

quando se associaram contratualmente, valia cada qual o mesmo que o outro, de onde começa a nascer a idéia dos direitos naturais do homem.

O contrato é a mais importante categoria dos negócios jurídicos e consiste em dois elementos fundamentais: o primeiro é o consenso (convenção ou acordo), de uma parte; o segundo, os efeitos de direito por ele produzidos, de outra parte.

As transformações sofridas pelo instituto contratual nos sistemas jurídicos estão correlacionadas às mudanças sociais, econômicas e políticas como o encerramento do feudalismo na primeira etapa da Idade Média; o aparecimento da monarquia nos países europeus e o conseqüente absolutismo no sistema político, repercutindo na esfera do ordenamento jurídico, tanto no âmbito do direito público como no privado, encontrando dentre os opositores desse sistema absolutista Rousseau em seu *Contrato Social*. Segundo o mesmo, nenhum homem tem a autoridade natural sobre seu semelhante, já que não existe força que produza direito algum, pois somente as convenções são a base de toda autoridade do homem.

Assim, o contrato visto como uma expressão típica de atividade econômica, servindo sempre a dar forma a uma operação de transferência de riqueza, passa a ser, antes de tudo, um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social, na afirmativa de Godoy (2004, p. 95).

Já Ghersi (1994, p. 106-107) considera o contrato como uma ferramenta para o fato econômico; e esse fato econômico, que favorece o acesso e o intercâmbio de bens e serviços, seria a causa eficiente ou fonte do contrato à qual deveria a sua existência. Pela importância desses fatos econômicos para a sobrevivência ou a melhor qualidade de vida do ser humano, a relação econômica não pode se produzir de qualquer forma, mas conforme os parâmetros estipulados socialmente.

Ainda o referido autor entende que o direito de contratar é a capacitação ao eixo econômico para outorgar forma jurídica e inseri-lo dentro da teologia social pretendida

pela comunidade¹.

Uma vez aceita a idéia de que o regulamento contratual traduz em compromissos jurídicos os termos da operação econômica, sendo este o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas, é forçoso admitir que o regime a que estão sujeitas as iniciativas econômicas se reflete no regime dos modos de determinação do regulamento contratual, condicionando a iniciativa econômica e os contratos ao regime da sociedade.

Para Diniz (2002, p. 08), o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, como prefere a teoria objetiva de Bülow, da autonomia privada, por ser ato regulamentador de interesses privados, apresentando-se como norma estabelecida pelas partes.

Para Loureiro (2002, p. 22) “o contrato consiste no acordo de duas ou mais pessoas tendentes a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.”

A essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares reconhecida pela ordem jurídica. Em um contrato, as partes contratantes açodam que se deve conduzir de determinado modo uma em face da outra combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações; ou seja, vínculos jurídicos de caráter patrimonial. É algo querido pelos contratantes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido, fundamentado pela vontade humana em consonância com a ordem jurídica.

Por isso, o contrato rege-se pelo âmbito da autonomia privada, a fim de que

¹ Nas palavras do autor: *el derecho de contratos es la capitación del hecho económico, para otorgarle forma jurídica y enmarcarlo dentro de la teleología social que pretende la comunidad.* (GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales: parte general y especial. 3.ed. atual.e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 106-107).

os sujeitos de direito possam auto-regular seus interesses particulares, todavia, nos limites da lei.

Na senda das mudanças econômicas e sociais decorrentes da revolução industrial e tecnológica, a passagem de uma economia agrícola e rural para um industrial e urbana resultou em grandes alterações no sistema do direito privado.

Isto porque, como consequência à evolução histórica das relações econômicas humanas, conforme apresenta Godoy (2004, p. 16-17), vislumbrou-se uma realidade fundamentada em uma igualdade formal, o que ocasionou uma necessária e profunda revisão e evolução dos conceitos e princípios contratuais a fim de traçar um novo perfil do instituto contratual revelado, inicialmente, pelo modelo liberal do Estado.

Assim, a fim de realizar a igualdade material nas relações de direito privado, especificamente, no campo do direito das obrigações, uma nova visão estatal da ordem econômica introduziu dados novos à teoria dos contratos, todavia, sem eliminar os antigos e consagrados pilares de sustentação influenciados e regidos pela autonomia da vontade.

A partir da Constituição Federal de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, através da concepção dos direitos individuais e coletivos, no mesmo patamar, através da valorização da dignidade da pessoa humana e do solidarismo e, sob o prisma da igualdade substancial e não só formal, verificou-se a necessidade de um novo instrumento jurídico que prestigiasse aqueles elementos fundadores e os tornasse efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e na liberdade de firmá-lo.

Neste sentido, apresenta-se Martins-Costa (2000, p. 454) expondo que numa outra constatação, diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional, é veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo

dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional, relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade e, porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico das relações econômicas.

Segundo preleciona Photier (2002, p. 31) não se deve definir o contrato como o fizeram os intérpretes do Direito Romano, mas deve ser definido como uma convenção através do qual duas partes reciprocamente, ou apenas uma das duas, prometem e se obrigam, uma para com a outra, a dar alguma coisa, ou a fazer ou a não fazer tal coisa. Isto porque, o contrato encerra o concurso de vontades de duas pessoas, das quais uma promete alguma coisa à outra, e a outra aceita a promessa que lhe foi feita.

Sob a ótica da Teoria Pura do Direito, pela lição de Gomes (1995, p. 13), o contrato possui por definição tradicional um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos, tendente a criar ou extinguir uma obrigação, possuindo, ainda subjetivamente, uma de suas funções mais importantes: a função criadora de direito. Isto porque, ao celebrar um contrato, as partes não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas estariam criando também normas individuais que geram obrigações e direitos concretos não existentes antes de sua celebração.

Para Mancebo (2005, p. 76) o negócio jurídico possibilita a proteção normativa da vontade humana, que ocorre no íntimo do indivíduo e esta a razão para o elemento volitivo ser apreendido por meio de sua expressão exteriorizada, ou manifestação de vontade. Assim, o negócio jurídico é meio e a vontade humana é fim da tutela jurídica.

Na melhor síntese, o contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional.

Neste passo, para compreensão do tema em questão e a visualização das inovações imputadas ao instituto contratual pelo Código Civil de 2002, necessária se faz a análise dos pressupostos e requisitos já estabelecidos e aplicáveis aos contratos, conforme se passa a expor.

1.1 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

Inicialmente cumpre estudar os princípios contratuais estabelecidos, hodiernamente, especialmente, ao estudo da função social do contrato, oportuna se faz uma sucinta análise dos pressupostos, requisitos, classificação e princípios contratuais já estabelecidos.

Aliás, a primeira observação pertinente, refere-se à impreterível distinção entre o contrato e a lei. Apresenta-se o contrato como fonte de obrigações e direitos subjetivos, como uma ação humana de feitos voluntários, praticados por duas ou mais partes. Dessa ação o ordenamento jurídico faz derivar um vínculo.

Encarado sob o aspecto da formação, o contrato é um ato de criação, enquanto a lei é fonte de direito objetivo, sob um aspecto de conjunto de obrigações e direitos que condicione necessariamente a conduta das partes.

Na senda de pressupostos e requisitos constituidores do contrato, cumpre, inicialmente, distinguir suas funções sob o prisma de que o contrato se faz através da conjugação de elementos extrínsecos e intrínsecos, os quais sejam, pressupostos e requisitos.

Portanto, a primeira observação pertinente consiste na definição de pressupostos e requisitos, os quais, na lição de Gomes (1995, p. 45), o primeiro constitui-se em elemento extrínseco, enquanto o segundo, em elemento intrínseco.

Assim, constituem-se elementos extrínsecos, ou seja, pressupostos contratuais, a capacidade das partes, a idoneidade do objeto e a legitimação para realizá-lo, todos considerados elementos indispensáveis à realização do contrato.

Desta feita, para a formalização de todo negócio jurídico seja unilateral ou bilateral, pressupõe-se agente capaz, isto é, pessoa dotada de sua capacidade natural, bem ainda, da idoneidade do objeto, tendo em vista que o contrato destina-se a regular o interesse das partes envolvidas, razão pela qual o objeto do contrato deve ser lícito e possível,

adequado ao fim a que se destina.

Para o exercício do instituto contratual exige-se aptidão específica para contratar, tendo em vista que a ordem jurídica impõe certas limitações à liberdade de celebrar determinados contratos, pois, além daquela capacidade geral, exige-se a especial para certos negócios em dadas circunstâncias.

Assim, a falta de legitimação pode tornar o negócio nulo ou anulável; tal legitimação dependerá, portanto, da particular relação do sujeito com o objeto do ato negocial, razão pela qual os contratantes deverão ter legitimação para efetuar o negócio jurídico.

Os requisitos contratuais ou elementos intrínsecos são indispensáveis à validade do contrato, constituindo-se no consentimento, na causa, no objeto e na forma do contrato.

A validade contratual fica subordinada ao necessário e imprescindível consentimento das partes, ou seja, ao acordo de vontade de ambas as partes contratantes na realização do contrato sob a ótica da correspondência do conteúdo do contrato e o seu fim pretendido.

Essa manifestação de vontade pode ser realizada através de uma declaração verbal, escrita ou simbólica, desta feita, direta ou indireta, através de maneira expressa², tácita³ ou presumida⁴.

Os contratos em primeira análise apresentam-se de forma livre, excepcionado pelos contratos formais ou solenes, os quais se subordinam à forma prescrita em lei.

Os contratos, via de regra, realizam-se pelo simples consentimento das partes, seja qual for o modo de expressão da vontade; todavia, a fim de dar segurança ao

² Declaração expressa: é a que se emite por palavras, gestos ou sinais que exteriorizam, inequivocamente, a vontade.

³ Declaração tácita: a que resulta de circunstância indicativa da vontade.

⁴ Declaração presumida: circunstância que demonstra a declaração de vontade.

comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedeçam a determinada forma, elevando-se à condição de requisito essencial a sua validade, onde a manifestação de vontade das partes não basta à formação do contrato.

Assim, são caracterizados solenes ou formais os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei. Diferentemente, os contratos não-solenes têm a forma livremente adotada pelos contratantes. De outro lado, se não obedecida a forma prescrita na lei, os contratos solenes são nulos no que se refere a declaração da vontade, por lhes faltar elemento essencial. Todavia, se a forma prescrita relacionar-se aos efeitos de publicidade, o contrato é válido entre as partes.

Desta feita, converge a função social do contrato com estes requisitos na medida que objetiva a dignidade da pessoa humana, desdobrando-se na proteção à personalidade do contratante, na observância das leis, da ordem pública e dos bons costumes. O objeto lícito aqui é entendido sob a ordem dos fatores interpretativos e sociais, disponibilizados pela cultura na qual está submersa. Assim, a função social reflete na determinação do objeto contratual quanto à sua determinação voltada para a segurança jurídica social.

Na lição de Mancebo (2005, p. 86), a figura da função social do contrato e da licitude do objeto contratual ocorre porque o objeto lícito no contrato submete-se à noção de ordem pública, convergente com a noção da função social do contrato na referência de valores, complementado na interação com os fatos e a normatividade, seguindo a já aludida dialética de implicação e polaridade.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Como sucintamente analisado no item 1.1, os contratos para sua

formalização e validação dependem da observância de pressupostos e requisitos. Observada a aludida formalidade legal, depara-se com uma variável de instrumentos contratuais diante da verificação de seus próprios e distintos critérios, os quais apresentam-se divididos em: bilaterais (sinalagmáticos) ou unilaterais; onerosos ou gratuitos, subdividindo-se aqueles em comutativos e aleatórios; consensuais e reais; solenes e não-solenes; principais e acessórios; instantâneos e de duração; de execução imediata e de execução diferida; típicos e atípicos; pessoais ou “*intuitu personae*” e impessoais.

Observando-se a conceituação de cada diferente espécie contratual, verifica-se que o contrato é um ponto de referência de interesses diversos, uma estrutura aberta que é preenchida, não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas também por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade.

Os limites tradicionais da autonomia privada, como adiante se verificará, são a ordem pública e os bons costumes, mas o seu exercício é também restrito pelo expediente da tipicidade dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico.

Dentro dessa classificação, os contratos são redimensionados em relação a aspectos específicos, conforme se passa a visualizar.

Assim, sob o prisma da formação, o negócio jurídico apresenta-se bilateral (sinalagmático) ou unilateral.

O negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa, isto é, origina obrigação, tão-somente, para uma das partes, recaindo o peso da obrigação contratual apenas sobre um dos contratantes, assim como seus efeitos são passivos de um lado, e somente ativos de outro.

Já o bilateral ou sinalagmático se constitui mediante concurso de vontades, e produz, simultaneamente, obrigações para as duas partes, ou seja, dependência recíproca das obrigações, razão por que são denominados contratos sinalagmáticos ou de prestações

correlatas.

Na concepção de Gomes (1995, p. 71), o contrato é o negócio jurídico mediante concurso de vontades, ou seja, o contrato é o negócio jurídico bilateral por excelência. Similarmente, segundo Mancebo (2005, p. 79), a pluralidade de pessoas como requisito subjetivo do contrato é uma decorrência do senso comum de que um indivíduo contrata com outro.

Por outro lado, quando se analisam os efeitos que o negócio jurídico bilateral produz, verifica-se que este ora cria obrigações para as duas partes, ora para apenas uma, ou seja, ora se denomina bilateral como no primeiro caso, e como unilateral no segundo, porque ali as obrigações envolvem os dois lados, enquanto aqui um só.

Portanto, em relação a sua formação todo contrato é negócio jurídico bilateral, porém, em relação aos seus efeitos, tanto pode ser bilateral como unilateral.

Oportuno se faz destacar que regras atinentes aos contratos bilaterais não se aplicam aos unilaterais, assim, como certos institutos do direito das obrigações são peculiares aos primeiros, como por exemplo, as disposições do *exceptio non adimpleti contractus*⁵; da condição resolutiva tácita⁶ e dos riscos⁷.

Nesta mesma senda de critérios e objetivos os contratos classificam-se em onerosos, gratuitos e mistos. Ou seja, contrato oneroso é o negócio jurídico realizado por interesse e utilidade recíproca de ambas as partes; enquanto o gratuito é o negócio jurídico

⁵ Visto que a interdependência das obrigações é da essência dos contratos sinalagmáticos, cada contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, exigir do outro adimplemento da que lhe incumbe. Diz-se que pode opor ao outro, paralisando a execução do contrato, à exceção de inexecução, conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*, literalmente exceção de contrato não cumprido. (GOMES. Orlando. Atualizado por THEODORO JUNIOR. Humberto. Contratos. São Paulo: Saraiva, 1995, p.72)

⁶ Nos contratos bilaterais presume-se a existência de condição resolutiva. O inadimplemento culposo de obrigação por uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, cuja eficácia está subordinada, por conseguinte, ao cumprimento das obrigações contraídas pela parte que, nas circunstâncias, deve satisfazê-las. (ibidem, p. 72).

⁷ Na hipótese de inadimplemento por força maior, é preciso saber quem suporta o risco, isto é, quem com o prejuízo arca. Vigoram regras diferenciais, conforme o contrato seja bilateral ou unilateral. Aos contratos unilaterais aplica-se o princípio *res perit creditori* – a coisa perece para o credor. Para os contratos bilaterais, vige, em primeiro, a regra *res perit debitori* – a coisa perece para o devedor. Suporta, o risco. A rigor, o problema interessa aos contratos bilaterais, pois consiste em saber qual a sorte da obrigação correlata, quando, por força maior, sobrevém a impossibilidade de cumprir a outra. (ibidem, p. 73).

em que uma só das partes obtém um proveito, tendo por subespécie os contratos desinteressados, quais sejam o comodato e o mútuo, que nada apresentam de especial do ponto de vista prático; todavia, distinguem dos que implicam diminuição patrimonial, como a doação. Já os contratos de natureza mista são os que podem ser onerosos ou gratuitos, conforme as circunstâncias, ou seja, são aqueles em que a parte que confere um benefício à outra exige dela alguma coisa que esteja condicionado ao valor daquilo que lhe foi dado, uma responsabilidade.

A regra geral é que os contratos onerosos são bilaterais, e os gratuitos, unilaterais, mas não necessariamente. Todo contrato bilateral é, entretanto, oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico. Já os contratos unilaterais não são necessariamente gratuitos, como por exemplo o mútuo feneratício.

Os contratos onerosos apresentam-se subdivididos em comutativos e aleatórios. No negócio jurídico comutativo, a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, ou seja, há uma contraprestação que pode não ser equivalente, mas uma prestação e uma contraprestação. Nos contratos aleatórios, há incerteza para as duas partes sobre a vantagem esperada que poderá ser proporcional ou não ao sacrifício, isto é, uma das prestações pode falhar. Os contratos aleatórios são necessariamente bilaterais, que podem apresentar-se em relação a coisa futura, cujo risco de não vir a existir é assumido pelo adquirente, ou se existir independe da quantidade, ou ainda, da coisa existente, mas exposta a riscos assumidos pelo adquirente, bem ainda, a coisa que diz respeito a fatos que podem não suceder.

Observa-se que a distinção entre contratos comutativos e aleatórios é imprescindível em relação ao instituto da lesão. Isto porque, apenas nos contratos comutativos aplicam-se as regras que a disciplinam, uma vez que, essencialmente, a mesma consiste na desproporção entre as prestações assim como na existência de vícios redibitórios.

Qualificam-se em reais os contratos em que para sua perfeição, além do consentimento das partes, necessário se faz a entrega da coisa, feita por uma à outra, como o comodato, o mútuo e o depósito, isto é, a vontade é, por si só, impotente para formá-los. Os contratos reais, em regra, são unilaterais, pois a entrega da coisa, pressuposto de sua formação, jamais significa, como sustentam alguns, começo de sua execução.

Pela lição de Gomes (1995, p.76), a qualificação de certos contratos em reais é, tecnicamente, importante para a determinação do momento de sua formação, pois, ao contrário dos contratos simplesmente consensuais, aqueles só se tornam perfeitos e acabados com a entrega da coisa, efetivando-se, por conseguinte, somente quando esta se dá. Não geram a obrigação de entregar a coisa visto que nascem, precisamente, no momento em que se efetua a consignação, assim, a forma da tradição é indiferente, mas essencial ao nascimento do contrato. Diferentemente dos contratos consensuais, em que a simples manifestação de consenso é suficiente para originar o vínculo, ainda que na falta de forma ou precedente de transmissão da coisa.

Os contratos apresentam-se como principais e acessórios, tendo os contratos acessórios como função predominante a de garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal, ou seja, têm como pressuposto outro contrato. Já os contratos principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente de outro. Como consequência, a extinção do contrato principal acarreta a do contrato acessório.

Os contratos acessórios apresentam-se como preparatórios, no caso do mandato; integrativos, como a aceitação do terceiro na estipulação em seu favor e complementares, como a adesão a um contrato aberto.

Os contratos de duração contrapõem-se aos instantâneos ou de execução única, cujas prestações podem ser realizadas em um só instante, exaurindo-se com a prestação da obrigação. Os contratos de duração são subdivididos em execução imediata e de

execução diferida.

A execução do contrato pode dar-se imediatamente após a sua conclusão, nos denominados contratos de execução imediata, ou ser protelada para outro momento, nos denominados contratos de execução diferida.

Na circunstância em que os contratos de execução diferida dependem do futuro, são aplicáveis as regras deduzidas da teoria da imprevisão, que, intuitivamente, não cabem nos contratos de execução imediata.

É a natureza da prestação que determina a existência dos contratos de duração, os quais, serão aqueles cuja execução não pode cumprir-se num só instante. Por esse motivo, os contratos de duração são determinados pela natureza do objeto contratado.

Apesar de os contratos de duração subdividirem-se em contratos de execução periódica e de execução continuada, na lição de Gomes (1995, p. 79), tanto os contratos de execução periódica ou continuada quanto o sucessivo, caracterizam-se pela distribuição da execução no tempo. São aqueles em que a prestação é sucessiva, ou seja, prestações periodicamente repetidas.

Os contratos podem ser típicos ou atípicos, ou seja, nominados ou inominados.

Os contratos típicos ou nominados possuem denominação legal e própria e estão previstos e regulados pela lei, através de um padrão definido, ao contrário dos atípicos que não estão expressamente previstos, mas que gradativamente vão surgindo na vida cotidiana, criados pelas necessidades dos interessados, os quais resultam, em geral, da fusão de dois ou mais tipos contratuais legalmente previstos.

Um contrato pode ser *intuitu personae* ou impessoal, sob o aspecto da consideração da pessoa de um dos contraentes como elemento determinante de sua conclusão. Este se dá quando a uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa

pessoa. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato.

Em contraposição aos contratos nos quais é indiferente a pessoa com quem se contrata, os que se realizam *intuitu personae*, podem ser denominados contratos pessoais. Geralmente, originam uma obrigação de fazer, cujo objeto é um serviço infungível, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela.

Os contratos *intuitu personae* têm essa qualidade por sua própria natureza, ou, eventualmente, por sua circunstância. Desta feita, na lição de Gomes (1995, p. 84), contrato pessoal, por natureza, é aquele em que a pessoa dos contraentes, ou de um deles, é essencial, havendo sempre uma relação de causalidade.

Quanto aos seus efeitos, os contratos pessoais, são intransmissíveis, ou seja, não podem ser cumpridos por outra pessoa, não sendo passíveis de cessão, e nem de vinculação de sucessores, caso ocorra a morte do contraente devedor, o que, lhe acarreta a imediata extinção da obrigação⁸.

Assim, em sucinta explanação, apresenta-se a classificação vinculante dos contratos estabelecidos, apenas para verificação e similaridade existentes no decorrer do estudo ora desenvolvido.

⁸ Anulabilidade contratual decorrente de vício da pessoa erro. Considerando que a determinação da pessoa de um dos contraentes atua como causa do consentimento do outro, o erro *in persona* é essencial, justificando-se, nesse caso, a anulação do contrato, mas, obviamente, o consentimento somente se considera viciado se o erro se verificar em relação as qualidades essenciais da pessoa. (GOMES, Orlando. Op. cit., 1995, p. 82).

2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS FUNDAMENTAIS

Sob a égide clássica dos contratos três eram os princípios fundamentais do direito contratual: o princípio da liberdade das partes (ou autonomia da vontade), o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade de seus efeitos (o contrato não prejudica nem favorece terceiros, além das partes contratantes), subsumindo-se ainda ao princípio do consensualismo e o da supremacia do interesse público.

Na senda desses clássicos princípios contratuais como novos paradigmas e subsumidos aos princípios da socialidade e eticidade, mas oriundos das mesmas premissas, alteram-se e se introduzem princípios complementadores aos antigos, os quais necessário se faz mencionar antes de ventilar a função social do contrato.

Estas modificações buscam descobrir melhores instrumentos, a fim de promover a justiça comutativa, através do equilíbrio da proporcionalidade e da objeção ao abuso.

Passa o contrato a ter novos princípios fundamentais, quais sejam, o da autonomia privada (em nova dimensão), o da justiça contratual e o da boa-fé objetiva, inclusive com corolário cada qual e, respectivamente, de valores jurídicos que reputam básicos em qualquer sistema jurídico: liberdade, justiça e ordem (segurança), como observa Noronha (1994, p. 82-86).

Todavia, para entender os princípios contratuais em novo paradigma, necessária se faz a observação dos princípios fundamentais originários do instituto contratual, em sucinta verificação.

Assim, torna-se oportuna a observação dos objetivos e efeitos dos princípios da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), do princípio da relatividade de seus efeitos, do consensualismo e o da supremacia do interesse público, conforme seguem.

2.1 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

Em sua concepção clássica, o princípio da força obrigatória do contrato consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Isto é, uma vez celebrado, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

Por esse princípio o contrato deverá ser cumprido, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja a escusa por caso fortuito ou força maior. E segundo Diniz (2002, p. 75), não se poderá alterar seu conteúdo, nem mesmo judicialmente, cabendo às partes a nulidade ou resolução contratual, mas nunca a modificação do seu conteúdo.

Observa-se, oportunamente, na lição de Ripert (1937, p. 44) que o contrato deve manter o caráter sagrado que tira da palavra dada, do dever de consciência imposto ao devedor e da fé do credor na promessa feita, o qual resulta de uma regra moral.

Segundo Pereira (2001, p. 06), o princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem mesmo o Estado, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Verifica-se, portanto, tratar-se de uma obrigatoriedade de ordem social, pois, aquele que livremente se obriga, cria uma expectativa no meio social, órbita que a ordem jurídica deve garantir.

Entretanto, tem-se admitido que a força vinculante dos contratos seja contida pelo magistrado em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação. Ou seja, à

obrigatoriedade dos efeitos do contrato depara-se com originários limites, os quais sejam, a força maior e o caso fortuito⁹.

Da mesma forma, converge subsumido à função social do contrato, que de maneira indireta limita substancialmente o princípio da obrigatoriedade do contrato, conforme adiante se demonstrará.

2.2 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos foi consagrado pela influência da filosofia jurídica dominante no começo do século XIX, sustentadora da autonomia da vontade relativa aos efeitos das obrigações livremente assumidas, ao disciplinar que “*res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*”, ou seja, “seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros”, conforme apresenta Gomes (1995, p. 43). Isto é, a avença apenas vincula as partes que nela intervieram, não aproveitando nem prejudicando terceiros, salvo raras exceções¹⁰.

Faz-se oportuno destacar que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato é limitador do princípio da obrigatoriedade dos contratos, de maneira que a força de lei que a convenção adquire somente se manifesta entre os próprios contratantes e seus sucessores.¹¹

Conforme a lição de Roppo (1988, p. 129-130), compromissos ou mesmo

⁹ “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” (art. 393, CC).

¹⁰ A obrigatoriedade não atinge terceiros, contra os quais não podem ser invocadas as obrigações contratuais em que não intervieram. É, a respeito deles, *res inter alios acta*. (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro, Aide, 1988, vol. I, p. 36).

¹¹ STJ - Jornada I, 21: “A função social do contrato, prevista no CC 421, 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.”

efeitos negativos sobre o patrimônio das pessoas podem derivar da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas não da vontade de outros sujeitos.

Desta feita, cumpre ressaltar que se entende por terceiro aquela pessoa totalmente estranha ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende seus efeitos.

Todavia, há exceções, dentre as quais se verifica a estipulação em favor de terceiros¹², disposta nos artigos 436 a 438, do Código Civil; o contrato por terceiro¹³, disposto nos artigos 439 a 440 e, o contrato com pessoa a declarar¹⁴, regulado nos artigos 467 a 471, ambos do diploma legal supracitado.

No entanto, dentre as exceções supra-apontadas, verifica-se que a estipulação em favor de terceiro traduz em exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, sob o argumento de que, nas outras duas estipulações, necessita-se do consentimento do terceiro para que se vincule ao negócio.

Do exposto, vislumbra-se que o princípio da relatividade dos efeitos teve sua amplitude limitada face ao princípio da função social do contrato, isto porque, as relações contratuais passam a reger com fim comum, isto é, além dos efeitos decorrentes do negócio jurídico entre as partes. Axiologicamente, verificam-se os efeitos desta estipulação na sociedade, dado o fim a que se destina o princípio da função social nos contratos.

¹² É um contrato estabelecido entre duas pessoas, em que uma (estipulante), agindo em nome próprio, convencionou com a outra (promitente) certa vantagem patrimonial em proveito de terceiro (beneficiário), alheio à formação do vínculo contratual, pessoa determinada ou determinável, por exemplo, contrato de seguro de vida. (DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. Vol. 1, 4.ed. amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118-119)

¹³ É o contrato em que duas pessoas celebram um negócio tendo por objeto uma prestação que deverá ser cumprida por terceiro, alheio ao contrato, onde o papel do devedor primário é exatamente obter o consentimento do terceiro em realizar a prestação, é uma obrigação de fazer; e o terceiro passa a ser o destinatário da parte passiva do contrato, não da parte ativa, como ocorre na estipulação em favor de terceiros. (Ibidem, p. 123)

¹⁴ É o contrato em que no momento de sua celebração fica consignado expressamente que uma das partes dentro do prazo estabelecido contratualmente, indicará a pessoa que assumirá os direitos e obrigações decorrentes do negócio no seu lugar. (Ibidem, p. 124)

2.3 PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

Pelo princípio do consensualismo entende-se que o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar contrato válido, pois a maioria dos negócios jurídicos bilaterais é consensual, embora alguns, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades legais.

No Direito hodierno, pelo princípio do consentimento, verifica-se que o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não se exige forma especial. O consentimento forma o contrato, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais.

2.4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Pelo princípio da supremacia do interesse público entende-se o limite natural, que é estabelecido no campo da atividade individual, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogados pelas partes.

Desta feita, diante da nova ordem legal, delimita-se o tema e passam-se a analisar, sob novo aspecto, os princípios contratuais fundamentais sob a ordem do Estado Democrático de Direito, conforme se expõe a seguir.

2.5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Subsumido à evolução histórica e sob constante influência advinda da ordem política e econômica vigente em cada tempo e sociedade, o princípio da autonomia privada transformou-se em um dos princípios fundamentais da ordem jurídica, como ensina a lição de Amaral (2003, p. 353).

Seus primeiros antecedentes históricos podem ser encontrados no direito romano, no direito canônico e no direito internacional privado e mais recentemente na escola de Direito Natural, na filosofia política do contrato social de Jean-Jacques Rousseau, na filosofia de Kant e no liberalismo econômico.

Como princípio fundamental da ordem jurídica civil, teve sua importância relevada na época do mais acentuado individualismo, sofrendo a redução de seu campo de atuação com as tendências sociais em matéria de contrato, através das leis especiais relativas às crescentes restrições à liberdade¹⁵ contratual, sem, contudo, perder sua condição de princípio fundamental do direito privado aplicável nos setores em que o direito estatal permite.

A autonomia da vontade tem por fundamento ideológico e doutrinário o liberalismo que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior, que é o direito das obrigações.

¹⁵ Observa Montesquieu que não há palavra que tenha mais acepções e que tenha tanto impressionado os espíritos como a palavra liberdade. Cada homem denomina liberdade ao governo que mais se ajusta aos seus costumes e inclinações pessoais; porém, é mais freqüente que a coloquem os povos na república, não a perdendo nas monarquias, porque naquela não têm, sempre, diante de seus olhos, os motivos de seus males. Afinal, como nas democracias o povo tem mais facilidade para fazer quase tudo que deseja, colocou a liberdade nos governos democráticos e confundiu o poder do povo com a liberdade do povo. (Bem Comum, Bem de Todos. Artigo disponibilizado no site www.dji.com.br/diversos/indice_fundamental_do_direito_b.htm, em 21.07.2006).

O negócio jurídico é o instrumento da autonomia privada que Amaral (2003, p. 344) entende como “poder que os particulares têm de criar as regras de seu próprio comportamento para a realização de seus interesses”.

Para o direito a vontade tem especial importância porque é um dos elementos fundamentais do ato jurídico, de sorte que, manifestado de acordo com os preceitos legais, produz determinados efeitos criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

Nesse sentido, o princípio da autonomia privada tem como pressuposto a liberdade individual que, filosoficamente, entende-se como possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de não fazer e, sociologicamente, como ausência de condicionamento material e social.

Constitui-se ainda em categoria lógica, princípio fundamental do Direito Civil e do direito constitucional (na versão da liberdade de iniciativa econômica), e também em categoria histórica e dogmática, tendo em vista ter sido consagrada como expressão da liberdade individual, especialmente em matéria de contratos.

Neste passo, a liberdade sob o ponto de vista jurídico consiste no poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, o poder que as pessoas tem de optar entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos.

A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade¹⁶ e, liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica.

¹⁶ Hans Kelsen, criador da célebre teoria pura do direito, definiu, num primeiro momento de sua vida, a liberdade como a ausência de quaisquer laços obrigatórios para o indivíduo, posição esta reformulada mais tarde, quando passou a ver na liberdade política uma autodeterminação conseguida pela participação do indivíduo na criação da ordem social. Outro eminente publicista francês, Léon Duguit, definia a liberdade como o poder que pertence ao indivíduo de exercer e desenvolver sua atividade física, intelectual ou moral sem que, com isso, o Estado lhe possa determinar outras restrições senão aquelas necessárias à proteção da liberdade de

Na lição de Ferri (1959, p. 5, 24 e segs), a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia privada é o princípio do direito privado pela qual o agente tem a possibilidade de praticar o ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de atuação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário.

A autonomia privada, segundo a lição de Amaral (2003, p. 352), significa o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.

Assim, a autonomia privada é o poder que tem o particular de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento nos limites da lei. Isto é, o poder de alguém se dar um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente diversa, mas complementarmente, ao ordenamento estatal.¹⁷

Nesse sentido, a autonomia privada consiste no poder conferido ao particular, através do exercício de sua própria vontade, de regular as relações em que está inserido estabelecendo o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa.

todos. (Bem Comum, Bem de Todos. Artigo disponibilizado no site www.dji.com.br/diversos/indice_fundamental_do_direito_b.htm, em 21.07.2006).

¹⁷ A exemplo de Kelsen, Duguit muda, sua concepção de liberdade, redefinindo esta em forte matiz socialista, declarando que, cada vez mais, o Estado faz penetrar em seu ordenamento jurídico o elemento socialista. Tal postura revela bem a intervenção do poder político no domínio econômico-cultural, a fim de impedir que a liberdade dos fracos seja sufocada pela liberdade de uma minoria, proporcionando, ademais e a todos, um nível de vida que ofereça um mínimo de decência aos menos favorecidos. Já para Laski, a liberdade será inatingível até que a paixão da igualdade seja satisfeita. (Bem Comum, Bem de Todos. Artigo disponibilizado no site www.dji.com.br/diversos/indice_fundamental_do_direito_b.htm, em 21.07.2006).

Dessa forma, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder particular de criar, modificar e extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem, bem ainda, como princípio informador do sistema jurídico, aberto no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.

No entanto, esse poder não é originário e ilimitado, pois é reconhecido e exercido nos limites do ordenamento jurídico-estatal, os quais passam a ser crescentes com a passagem do Estado de Direito para o Estado intervencionista ou assistencial.

O princípio da autonomia privada sofreu e vem sofrendo evidentes limitações não só em face dos tipos contratuais impostos pela lei, mas também pelas exigências de ordem pública acolhida pelo direito contemporâneo diante do aumento da atuação da intervenção do Estado, embora permaneça como essência do negócio jurídico.

Assim, como novo paradigma, pretende-se corrigir os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e do capitalismo, através do exercício do Direito de uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade.

Se de um lado a autonomia privada é afetada pela crise no direito, não só quanto à sua existência, mas também quanto à própria eficácia e limites devido à crescente intervenção do Estado no domínio privado, por outro lado, reafirma sua importância e função com o recrudescimento da mística contratual e o uso crescente do negócio jurídico como instrumento de sua realização e ainda como faculdade de instituir juízo arbitral, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Verifica-se, assim, a perda de seu absolutismo, não obstante manter-se como princípio básico da ordem jurídica privada.

E mais. Essa intervenção do Estado evidencia o limite à autonomia privada com o objetivo único de estabelecer a igualdade material, oferecendo a todos a possibilidade

de acesso a todos os bens e oportunidades da vida econômico-social.

Assim, o interesse geral e a justiça põem-se acima da liberdade individual, mas o direito objetivo respeita o direito subjetivo, onde a superioridade daquele não impede o direito dos particulares, permanecendo como regra a liberdade de contratar e estabelecer o conteúdo do contrato, mas sob a égide do Estado que poderá intervir ao estabelecer, ocasionalmente, a obrigatoriedade de certos contratos, cláusulas e preços prefixados.

Neste sentido, manifesta-se Amaral (2003, p. 349):

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E os bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo, etc.

Sobrepõe-se o espírito da socialidade e da justiça social ao do puro individualismo dos Códigos Civis exigindo o caráter instrumental de utilidade e socialidade. Essa passagem do Estado Liberal para o Estado intervencionista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica conduz ao declínio da concepção da vontade, principalmente pela doutrina marxista.

Portanto, constata-se sob o ponto de vista filosófico que ao individualismo contrapõem-se as tendências sociais da idade contemporânea. O homem é um ser social, vive necessariamente em grupo, do qual lhe advêm inevitáveis restrições e condicionamentos na sua capacidade de agir, tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade.

Assim, consagrados à função econômico-social dos institutos jurídicos e, implicitamente, da autonomia privada, o exercício deste poder jurídico deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar social. Enfim, realizar a justiça social sem prejuízos da liberdade e dignidade da pessoa humana.

2.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé surgiu no palco jurídico pela mão do pretor que criou a própria expressão da boa-fé como expediente técnico destinado a provocar efeitos precisos de Direito, com a ingerência das exceções às quais foram também engendradas numa dimensão jurídica pura.

O dever de agir da boa-fé projeta nas obrigações e, em geral, nas áreas dominadas por permissões genéricas de atuação, a necessidade de respeitar os princípios fundamentais do sistema jurídico com realce para a tutela e a materialidade das situações subjacentes evidenciando o equilíbrio entre a posição das partes (CORDEIRO, 1997, p. 1170-1171).

Anteriormente a isto, mas sem denominação própria, já regulava o Digesto de Justiniano (2005, p. 21) que “os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu.”

Na Idade Média acentuou-se a importância da boa-fé no campo da obrigação contratual sob o prisma de dupla perspectiva: a uma, em matéria de posse é verificada como atitude psicológica, a qual acreditava desconhecer o vício da sua posse; a duas, em matéria contratual e o interesse em particular na compra e venda como expressão de um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual.

No Direito Civil a idéia de boa-fé objetiva teve acesso há mais de um século por meio do Código Civil alemão e depois de passar pelo Código italiano e francês veio ser consagrada no Código Civil brasileiro, de maneira tardia como assevera Martins-Costa (2002, p. 188). No entanto, tal idéia já era vislumbrada no Direito Civil desde as fontes de Direito da Sucessão, com incidência decisiva no Negócio Jurídico, na Posse e na constituição dos Direitos Reais, traduzindo-se em um estado juscultural em manifestada

ciência do direito que exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.

Oportunamente destaca-se que o princípio da boa-fé é acolhido em suas duas dimensões, na subjetiva e na objetiva. Isto é, a boa-fé objetiva nasce paralelamente à boa-fé subjetiva que não deixa de existir, possuindo cada qual seu papel específico e fundamental.

A boa-fé subjetiva está fundamentada em uma crença errada, sob a falsa representação da realidade, correspondendo a uma atitude psicológica onde há uma decisão da vontade denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a objetiva exprime a necessidade de um comportamento ético, como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o dever de cada pessoa ajustar a própria conduta a esse arquétipo, como obraria uma pessoa honesta, proba e leal, com correção na gênese, execução e interpretação dos negócios jurídicos.

Na condição matriz de comportamento humano a boa-fé objetiva põe a exigência de uma hermenêutica jurídica estrutural, a qual se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria. Nada mais incompatível com a idéia de boa-fé do que a interpretação atômica das regras jurídicas, ou seja, destacadas de seu contexto.

A boa-fé, cujo conceito, em si, é vago e indeterminado, é equiparada a menções portadoras dessas mesmas qualidades que, sob a aparência de solução nada precisa e nem resolve, redundando em, no caso concreto, abrir as portas à equidade, ao sentimento ou ao arbítrio (CORDEIRO, 1997, p. 1174-75).

Contudo, há que se pautar que o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento entre os sujeitos do negócio jurídico.

Coloquialmente, Venosa (2003, p. 378) afirma que “esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. Isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.”

Por esse princípio exige-se das partes contratantes uma conduta correta sob a ótica mediana do meio social de forma objetiva, tendo em vista que este princípio fica restrito ao relacionamento entre os sujeitos do negócio jurídico. Na visão de Theodoro Junior (2004, p. 20), trata-se de um padrão de conduta aceito no tempo e no espaço, pesquisado por meio de regras de conduta não escrita, mas que se mostram necessárias diante de padrões sociais estabelecidos e reconhecidos como corretos no meio social e no momento em que o contrato se aperfeiçoou e se cumpriu.

Isto considerado em uma fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade. Por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente na vontade, mas sim por fatos ou circunstâncias referentes ao contrato. Assim, permite-se construir de maneira objetiva o regramento do negócio jurídico enunciando a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, como poder limitador da autonomia contratual.

A boa-fé significa, portanto, ação refletida que visa não apenas o próprio bem, mas o bem do parceiro contratual, respeitando-se as expectativas razoáveis de agir com lealdade e cooperação para atingir o fim das obrigações. Ou seja, as declarações de vontade no contrato devem ser interpretadas sob a ótica da razoabilidade de um contratante leal.

Nesse sentido, na concepção de Godoy (2004, p. 93), a boa-fé objetiva vem regular e equilibrar as relações contratuais, não tolerando a deslealdade verificada na desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito exercido e o sacrifício com isso imposto a outrem. Haja vista que, sob esse aspecto não está o titular do direito, ao exercê-lo, pretendendo somente causar dano ou atingir um fim diverso ao que lhe é assegurado. Mas tem-se uma situação em que o exercício do direito é causa de desconsideração com o outro; desconsideração de seus interesses em nome de uma excessiva sobrevalorização do próprio interesse em explícita ausência de equidade, de solidarismo na relação entre as pessoas pela prática de ato desproporcional ao ato recebido através do

exercício de faculdades sancionatórias diante de faltas insignificantes. Por exemplo, multas diante de pequeno atraso, cobrança de diferença irrisória da coisa devida.

A boa-fé é o cerne da eticidade. Existe com o propósito de guardar fidelidade e lealdade resultando em uma norma de conduta que deve salvaguardar a veracidade do que foi estipulado. Tem por fim garantir contratações mais justas e solidárias, as quais se caracterizam pela sinceridade e probidade dos que delas participam em virtude do que se pode esperar do seu cumprimento sem distorções, demonstrando o caráter social e solidário do contrato pautado numa conduta transparente, decente e coerente.

O princípio da boa-fé objetiva é utilizado para realizar a interpretação normativa que serve para definir o sentido objetivo da declaração, que pode ser integrativa ou completiva, pois serve para o juiz introduzir na relação contratual, obrigações e deveres os quais nela não figuravam originariamente, mas que a boa-fé e o uso observado no negócio justifica. Impede-se, assim, o abuso de direito, através da interdição de exercício de direito desviado de seu objetivo inicial, fixado pela lei ou pelo contrato.

Nesta senda, o princípio da boa-fé objetiva invoca a conduta ética dos contratantes em três circunstâncias diferentes, contudo, ideologicamente conexas e dispostas nos artigos 422¹⁸, 113¹⁹ e 187²⁰, todos do Código Civil.

De início, visa ordinariamente a completar a convenção, estatuinto, no claro das declarações das partes, regras complementares através do exercício de uma função interpretativa que pode ser integrativa ou completiva, servindo ao juiz para introduzir na relação contratual obrigações e deveres que não figuravam originariamente.

¹⁸ CC, Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁹ CC, Art. 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁰ CC, Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Propicia também o princípio da boa-fé objetiva a chamada interpretação normativa a fim de preservar os interesses do destinatário da manifestação, definindo o conteúdo da declaração.

E finalmente, a boa-fé objetiva atua para impedir o abuso de direito, interditar o exercício do direito desviado de seu objetivo inicial fixado pela lei ou contrato, demonstrando, assim, a função integrativa e limitativa desse mesmo princípio.

Segundo Martins-Costa (2002, p. 133-135) a boa-fé é traduzida em regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do autor visto como membro do conjunto social, que é juridicamente tutelado.

É o modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como a posição pessoal e cultural dos envolvidos.

Esta concepção é vista como verdadeira subversão do direito obrigacional pelas profundas conseqüências que acarreta, dentre as quais a de implicar a limitação de direitos subjetivos.

No entanto, a individualidade e a moralidade são reinos que devem ser subordinados a um momento superior, que é o da eticidade consubstanciada no Estado, conforme observa Mascaro (2002, p. 84).

Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive os direitos formativos. Por essa razão, é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para

além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência, etc..

Boa-fé no sentido jurídico não é a boa-fé que alguém pode ter dentro de sua cabeça; boa-fé é aquela objetivamente manifestada através dos seus atos. Intenção não é aquela imperscrutável dentro da consciência; é a que resulta da maneira pela qual determinada pessoa desenha sua conduta. É a intenção objetiva, a boa-fé objetiva; não a boa-fé ou a intenção subjetiva.

Para sua aplicação, entende-se que o juiz deva partir de um princípio de padrão ético de confiança e de lealdade indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. Isto é, cria-se uma expectativa de comportamento adequado, indissociável da vida em sociedade.

O dever de lealdade e boa-fé, condutas intrinsecamente ligadas, vigas mestras da eticidade reguladora de toda conduta humana em suas relações sociais e contratuais, atuam e obrigam na fase pré-contratual²¹, perduram no momento do ajuste contratual, no seu cumprimento e subsistem até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual²² pelo pagamento e quitação.

Ainda que não explicitamente disposto na norma, é evidente que a boa-fé aplica-se nas fases pré, contratual e pós-contratual, ou como apresenta Donini (2004, p. 112):

Está ínsito o dever de boa-fé e probidade, mesmo porque se trata de cláusula geral, que impõe essa atitude de probidade e correção não somente nas relações contratuais, mas também em qualquer outra relação jurídica, comando esse de ordem pública, consoante estabelecido no parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil²³.

²¹ Como aponta Moreira Alves, muito embora não haja no Código Civil de 1916 regra expressa acerca da responsabilidade pré-contratual, a doutrina a aceita, sendo “dominante o entendimento de que a denominada *culpa in contrahendo* se funda na inobservância da boa-fé.” (A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro, Revista Roma e América: Roma, v.7/99, 1999, p.197).

²² Aponta, ainda, Moreira Alves que “a doutrina brasileira, apesar do silêncio da legislação, reconhece a existência de condutas a serem observadas no período pós-contratual (*post contractum*). Para os que não admitem que, nosso sistema jurídico vigente, possa ter a boa-fé objetiva, sem textos legislativos expressos, como cláusula geral no direito das obrigações para justificar a existência desses deveres secundários, socorrem-se eles da teoria do abuso de direito – e, portanto, segundo a doutrina alemã, da teoria vinculada à boa-fé objetiva”, em alusão à doutrina de Darci Bessone acerca da interpretação dos contratos comerciais (Ibidem, p. 200).

²³ CC, Art. 2.035, § Único - “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Desta feita, conclui-se que as partes tanto nas tratativas, na consumação, na execução, bem como na fase posterior do contrato já cumprido, estão sujeitas ao princípio da boa-fé objetiva como fator basilar da interpretação do negócio e da conduta negocial, cabendo ao juiz sobrelevar em qualquer dessas situações a aplicação do direito ao caso concreto, observando a norma aplicável, os usos e costumes locais, a fim de definir a eticidade e licitude do comportamento dos contratantes na definição do conteúdo da declaração contratual.

Para Mancebo (2005, p. 71-72) o princípio da probidade aludido pelo artigo 422 do Código Civil carrega grande amplitude de interpretação e encontra no homem probó o modelo de conduta social, arquétipo para informar as relações contratuais. Isto porque, aferida a probidade em atitudes, serão estas comparadas a padrões sociais, assim como a boa-fé objetiva, que se desdobra genericamente no regime contratual privado.

Sob esse aspecto entende Alves (1999, p. 203), como atitude típica do contratante, na fase pré-contratual, o dever de informação, sigilo e custódia; na fase contratual, o dever de cooperação e, na pós-contratual, o dever de sigilo e de preservação da fruição do resultado decorrente do cumprimento do ajuste.

Isto porque, para os operadores do direito, este princípio contratual deve atender à exigência impostergável de que o contrato se ajuste aos valores de uma sociedade mais harmônica e justa e, pela compreensão do caso concreto, e por caracterizar-se em norma tipificada por cláusula geral ou princípio, tendo em vista as interpretações doutrinárias, permite a permanente atualização de suas diretrizes sem que seja necessária a alteração do texto legal.

Assim, em novo paradigma da teoria dos contratos e à mercê da boa-fé objetiva forçoso é o espaço aberto à lealdade, solidariedade e fraternidade na formação dos contratos, na sua execução e mesmo depois de seu cumprimento.

Isto porque, o princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, na lição de

Villaça Azevedo (1998, p. 118), mencionado, pois ele assegura o acolhimento ao que é lícito e a repulsa ao ilícito. A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os homens. É a presença da ética nos contratos. Como consequência, a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento do Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.

2.7 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO NO CONTRATO

Atento à necessidade de assegurar um equilíbrio na relação entre os particulares, Aristóteles (2002, p. 9) já pregava a igualdade entre as partes através da atuação de uma justiça que fosse corretiva das desigualdades.

Os dois lados do contrato deveriam apresentar uma certa equivalência, e pagar menos que o preço justo ou *iustum pretium* seria considerado um pecado. O que era determinado pela moralidade cristã era visto como plausível pelos juristas do Direito Natural, isto é, devia-se evitar a lesão enorme nos contratos.

No direito romano a noção de justiça era a arte do bom e da equitatividade com o fim de dar a cada um o que fosse seu, garantindo assim uma relação de igualdade.

Na Idade Média, em decorrência do Direito da Igreja, procurou-se corrigir a lesão, aplicar o justo preço dos negócios através da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Ainda sob a égide da origem racionalista e iluminista, no Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX já se verificava a preocupação com a justiça contratual através da estipulação dos vícios de consentimento.

Junto com a Revolução Industrial eclodiu na sociedade burguesa a liberdade contratual, como já visto, impondo-se com rigidez equivalente a ato de fé. As pessoas eram suficientemente esclarecidas e livres para velarem por seus próprios interesses

e, qualquer norma que outorgasse ao juiz poder suficiente para intervir nas relações contratuais claramente iníquas, seria paternalista e prejudicial à segurança jurídica.

Sob esse prisma, não demorou muito para se verificar a desigualdade intrínseca das relações jurídicas, especialmente, na esfera contratual, passando a ser exigida a interferência dirigista do Estado a fim de corrigir o desequilíbrio existente, ensejando uma progressiva intervenção do Estado nas relações contratuais fundamentadas na própria República Federativa do Brasil que, a partir da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a exigência de relações justas e solidárias²⁴.

O princípio da equidade contratual, na lição de Godoy (2004, p. 39-40), decorrente do comando constitucional, procura garantir às partes o exercício materialmente igualitário da liberdade de contratar, que se torne efetiva e não sirva, em verdade, a escravizar qualquer das partes a quem se deve garantir a prerrogativa de se desvincular do ajuste mediante seu cumprimento normal e o atendimento das razoáveis expectativas que levaram a contratar.

Embora tutelado como princípio fundamental, o estabelecimento das convenções deve pautar-se de acordo com ideais de justiça e equidade a fim de que não se avilte, de outro lado, a dignidade da pessoa humana e nem o solidarismo que se impõe como novo padrão de conduta das partes ao transacionarem, e que determina e assegura o equilíbrio de suas prestações.

O equilíbrio entre as prestações contratuais de modo que um dos contratantes não obtenha, em detrimento do outro, vantagem manifestamente excessiva, atende ao ideal de justiça contratual.

Isto porque, conforme se denota na lição de Villaça Azevedo (1998, p.120), a comutatividade nos contratos é princípio essencial do direito, uma vez que exige a

²⁴ CF, Art.3º - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...).”

equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações. Por ele, as partes devem saber, desde o início da relação negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato à aludida equípólência das mencionadas prestações.

Dessa forma, o princípio da justiça contratual se manifesta nos contratos que se chama de recíprocos, em rigor bilaterais, sinalagmáticos e comutativos, quer pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, quer pela eqüitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes. Na lição de Larenz (1956, p 225), deve-se buscar a proporção entre prestação e contraprestação através de um valor que seja razoável e aproximado, além da manifestação do princípio do equilíbrio contratual de forma objetiva pela equivalência entre prestação e contraprestação, o princípio da justa distribuição de cargas (ou ônus) e riscos dos contratos.

Nesta senda, deve-se presumir, preservada a justiça formal da contratação, através da manifestação livre e igualitária de consentimento, a justiça substancial da divisão que os próprios contratantes fizeram de suas vantagens e desvantagens decorrentes da harmonia irradiada dos princípios da autonomia da vontade e da justiça contratual substancial, de modo que as prestações e contraprestações sejam balanceadas no ajuste.

Portanto, verifica-se que o princípio do equilíbrio contratual está atrelado e relacionado a um ajuste que seja bilateral, sinalagmático e comutativo, segundo se tem defendido, o palco adequado e que se exija a necessária eqüidade entre prestações correspectivas, entre as vantagens e desvantagens do ajuste.

Assim, abre-se caminho para a resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual²⁵.

²⁵ Oportuno apresentar, para fins exemplificativos, algumas cláusulas contratuais que configuram a violação ao princípio do equilíbrio econômico do contrato: 1) cláusulas impositivas de condições não eqüitativas ao contratante dependente; b) cláusulas limitativas de produção e comercialização de bens, ou ainda de desenvolvimento técnico para contratante subordinado; 3) cláusulas subordinantes da parte à aceitação de obrigações suplementares sem vinculação com o objeto da contratação. (OLIVEIRA JUNIOR, Antonio Sydney de. O contrato: como poder de influência dominante e as conseqüências de seu uso abusivo. São Paulo: Método, 2004, p. 104).

Segundo Serpa Lopes (1991, p. 101), é matéria contratual, tal qual as doutrinas professadas pelos “Santos Padres Ambrosio, Agostinho e Tomás de Aquino”, temperar a força obrigatória do contrato pela consideração do justo. O equilíbrio das prestações representa o corolário necessário da justiça contratual, isto é, dar a cada um o que lhe é devido, é a fórmula sintetizadora do dever do juiz, em matéria moral contratual.

Nessa concepção de direito de resolução obedece-se ao novo papel desempenhado pelo contrato, que é o cumprimento de sua função social, assim como a propriedade. Dessa forma, reconhece-se, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis que inesperadamente venham a onerar excessivamente um dos contratantes.

O princípio do equilíbrio econômico do contrato leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a lesão e a onerosidade excessiva. No primeiro caso torna-se anulável o contrato ajustado por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art.157, CC). Aqui o instituto da lesão, conquanto já previsto nas Ordenações Filipinas (livro IV, Título XIII) do Reino português, constitui-se figura antiga no direito luso-brasileiro, inclusive regulado por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis (art. 359), razão essa que demonstra a influência do Código português de 1967 sobre o Código Civil brasileiro.

Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, que torne a prestação excessivamente onerosa para uma parte contratante e extremamente vantajosa para a outra, a lei permite a resolução do contrato²⁶ ou a revisão²⁷ de seus termos a fim de restabelecer o equilíbrio econômico entre prestações e contraprestações.

²⁶ Assim dispõe o CC, Art. 478 – “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Por outro lado, vislumbra-se a correlação entre os princípios da boa-fé e o equilíbrio contratual, na revisão do contrato, originário do Direito alemão, como relata Hattenhauer (1987, p. 90).

O legislador pretendeu o equilíbrio contratual e a garantia da ordem econômica, não se prestando exclusivamente à defesa do contratante teoricamente mais fraco, mas sim se assegurar a prevalência do interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social.

Deste modo, como bem assevera Amaral (2003, p. 362), sob o ponto de vista econômico, justifica-se a intervenção do Estado na organização e disciplina dos setores básicos da economia, alegando-se a inconveniência, a impossibilidade até de se deixar às forças do mercado a condução da economia nacional, principalmente nos países em vias de desenvolvimento, onde são mais flagrantes as disparidades econômicas e sociais. A concretização dos valores fundamentais da ordem jurídica - a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social - exige uma presença cada vez maior do Estado no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito.

²⁷ CC, Art. 479 – “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

3 O CARÁTER SOCIAL DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO

Socialidade somente pode ser entendida se cotejada com a solidariedade e a cooperação entre os homens, a fim de que se concretize a realização de uma vida harmônica em sociedade.

Duguit (1975, p. 15) dizia que o direito deve ser estabelecido pela observação de que o homem é sociável, isto é, não vive e não pode viver senão em sociedade. Ao mesmo passo que ele é solidário com os outros homens, estabelece-se, em seguida, que tal solidariedade é a coincidência permanente do individual e do social.

O princípio da solidariedade tem a ver com as atividades humanas socializadas, com o regramento das condutas compartilhadas, com a consciência jurídica coletiva. Portando-se neste princípio, os homens de Direito começam a ver, cada vez com maior claridade, que o Direito não é um determinado *status* individual estático ou uma sucessão de elos, mas sim que se trata, na verdade, de um dinâmico fenômeno de relação de condutas, de intersubjetividade.

Sob esse novo prisma, expõe Reale²⁸ que o Código Civil está regido por três princípios basilares: eticidade, socialidade e operatividade. Ou seja, o Direito deve ter uma base ética, um perfil social e ser operativo; não deve existir para deleite intelectual de quem quer que seja. O Direito existe para resolver problemas que surgem na vida em sociedade.

Trata-se do reflexo da instituição do Estado Democrático de Direito, insculpido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o marco inicial da socialidade no

²⁸ “O novo Código Civil – para estruturas novas, novos paradigmas”, encarte da Revista Problemas Brasileiros, nº 353, Fed. Com. São Paulo, set/out., 2002, p. 02.

ordenamento jurídico brasileiro, o qual se apresenta através de valores sociais como a solidariedade, dos interesses sociais, contrapondo-se ao estado Liberal ou de Direito antes vigente.

Sob essa influência, apresentou-se o Código Civil de 2002, especialmente no que se refere o Direito Contratual, orientado pelo princípio da eticidade, socialidade e operabilidade, voltado à realização de uma sociedade justa e solidária, sob o preceito de ordem pública²⁹, com a prevalência do bem comum, contudo, subsumido à dignidade da pessoa humana.

O sentido social resulta do próprio artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁰, bem ainda, na concepção de Martins-Costa (1999, p. 351), da projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade, disposto na norma do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal³¹, tendo em vista a função instrumentalizadora do contrato frente à aquisição da propriedade.

Apresenta-se a despatrimonialização do Direito Civil, a partir da funcionalização das relações intersubjetivas, subsumida aos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva.

Neste sentido, ressalta Reale (1999, p. 07) que, apesar do triunfo da socialidade, ou seja, dos valores coletivos sobre os individuais, não se perde, porém, o valor fundante da pessoa humana.

Passa-se, dessa forma, de uma visão liberal-individualista para uma concepção social-humanista de todo o ordenamento, relevados à submissão dos valores ligados à dignidade da pessoa humana. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pretende-se garantir o respeito e a proteção da pessoa, não sob o aspecto formal, mas

²⁹ CC, Art. 2035, § Único, CC – nota 23, p.45.

³⁰ LICC, Art. 5º - “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

³¹ CF, Art. 5º (...)

“XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;(...)”

substancial, afastam-se os valores individualistas codificados por seu fundamento axiológico. A socialidade, não conduz ao socialismo, também não partilha do liberalismo excessivo, mas funda-se no intuito de promover o bem comum a todos, sob a ordem dos princípios e valores constitucionalmente previstos.

Informa Reale (1999, 03) que é uma tomada de posição clara, que corresponde, aliás, à diretriz da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 1º, de caráter eminentemente preambular, estabelece entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Ora, a dignidade da pessoa humana não é senão o embasamento da ética!

Nesse contexto, Popp (1999, p. 171) apresenta algumas diretrizes para realização do princípio da dignidade da pessoa humana, como ponto referencial à efetiva finalidade social imposta aos institutos jurídicos. Tais diretrizes consistem em observar: a uma, a dignidade da pessoa humana própria do todo e de cada uma das pessoas, consistente na dignidade da pessoa individual e concreta; a duas, que cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; a três, o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; e a finalmente, a que a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Verifica-se com a promulgação da Lei 10.406, de 11.01.2002, um resgate dos valores naturais do homem, do Direito Natural³², os quais são traduzidos pelos Direitos e Garantias Fundamentais elencados nos artigos 5º, 6º e 7º, da Constituição Federal de 1988.

Assim, ao tratar o homem enquanto homem e suas qualidades

³² “O direito natural compendia um conjunto de normas (ou leis naturais) obrigatórias e universalmente aceitas. Em sentido objetivo, são todas as leis morais naturais (Moral humana) que se referem à vida social dos homens, resumidas nos citados preceitos de dar a cada um o que é seu (deveres jurídicos positivos) e a ninguém lesar (deveres jurídicos negativos). (...) Em sentido subjetivo, compreendem o conjunto das faculdades jurídicas que cabem a cada homem por sua própria natureza: direito à vida, à inviolabilidade, à liberdade, à propriedade. (...) que constituem os Direitos Fundamentais das Constituições Democráticas.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Os direitos naturais do homem. Artigo extraído do site www.ac@demus.pro, em 22.06.2006)

fundamentais, a socialidade no Direito Civil³³, apresenta-se com o fim de limitar os excessos de um individualismo exarcebado.

Na busca da realização dos objetivos constitucionalmente previstos, consagra-se a socialidade do Direito Privado com o fim de possibilitar o exercício do direito em conformidade com o seu destino social e na proporção do interesse do seu titular. E contrapõe-se ao individualismo anacrônico até então vigente, isto é, aproxima-se, nesta nova concepção, muito mais dos valores da pessoa humana e suas relações com os demais bens da vida.

Assim, passa-se a vislumbrar um sistema normativo aberto, concreto e destituído de qualquer apego a valores meramente formais, mas com forte apelo aos conceitos integradores da compreensão ética, tais como, a boa-fé, a equidade, a probidade, a finalidade social do direito, a equivalência das prestações, facilitados pela disposição e previsão de recursos a critérios ético-jurídicos que permitam chegar à concreção jurídica, afastando-se da exclusiva hermética do Direito Positivo, como ensina Reale (1999, p. 07-09).

Sendo assim, a solidariedade e a cooperação, embora não cogentes, devem brotar da consciência humana como um imperativo ético, tendo em vista que a sociedade encontra-se em constante interação e evolução.

Com o espírito social reinante, o Código Civil vigente apresenta um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito, fato que se coaduna com a norma disposta no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil³⁴.

³³ D.1.1.6pr. *ius civile est, quand neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile effcimus.* (JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. Digesto de Justiniano, líber primus: introdução ao direito romano. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. 3.ed.ver.de tradução, 2.tir. .São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005, p. 20).

³⁴ LICC, Art.4º. – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

4.1 DO ESTUDO COMPARADO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Instituto correlato à função social do contrato é a função social da propriedade. Assim, faz-se oportuno trazer à baila a dinamização da função social do contrato como instituto correlato da função social da propriedade.

Para tanto, apresenta-se uma breve análise do instituto da propriedade privada e sua finalidade social, a fim de que, oportunamente, apresente-se o paralelo de sua efetiva funcionalidade frente à função social do contrato.

Decorrente do combate entre o liberalismo tradicional oitocentista e o moderno espírito social, a propriedade, ainda absoluta, passa a reger-se pela função social, assim como se pode visualizar no contrato.

Nesta senda, apresenta-se, sob o comando da coesão e da coerência, um estudo comparativo da função social da propriedade como preliminar ao estudo da função social do contrato, sob o aspecto histórico e social vigente.

4.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FINALIDADE SOCIAL

A partir do pensamento da razão natural de John Locke (2002, p. 138), entende-se que os homens, uma vez nascidos, têm direito à sua preservação e, conseqüentemente, à comida, à bebida e às coisas que a natureza proporciona para a

subsistência. Ou ainda, sob o relato das concessões que Deus fez o mundo para Adão, e a Noé e seus filhos, está bem claro que Deus, como diz o rei Davi (Sl 115, 16), deu a terra aos filhos dos homens, dando-a em comum à humanidade.

No entanto, na mesma senda, aduz o autor que a mesma lei da natureza que concede por esse meio a propriedade, também limita a propriedade.

Do ponto de vista histórico, a Igreja Católica foi uma das grandes inspiradoras do direito de propriedade e da sua função social. Inicialmente, foi trabalhada por São Tomás de Aquino em evidente relação com a doutrina cristã da Idade Média. Assim como para o jusnaturalismo, o direito de propriedade demonstrava a necessidade da utilização dos bens como instrumento da efetivação da justiça divina.

Na filosofia moderna, verifica-se a reafirmação da individualidade como origem, a ponto de se afirmar o direito de propriedade decorrente da própria função do indivíduo, de seus interesses e direitos fundamentais.

Também na leitura das Encíclicas *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, do ano de 1961 e, *Centesimus Cennus* do Papa João Paulo II, datada de 1991, entre outras, nas quais a propriedade é encarada como um meio de instrumentalizar a subsistência da humanidade, é defendido que o exercício do direito de propriedade deve-se dar de modo mais solidário e em prol do coletivo.

A Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII prega que ainda que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a sua função, tendo em vista que não há ninguém entre os mortais que não se alimente do produto dos campos.

No mesmo sentido, a Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI, torna a afirmar o caráter de Direito Natural da propriedade privada e o aspecto da função social.

A Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, ao seu turno, trouxe grandes inovações na doutrina social da Igreja Católica, dispondo que: “A propriedade

privada, mesmo dos bens produtivos, é um direito natural que o Estado não pode suprimir. Consigo, intrinsecamente, comporta uma função social, mas é igualmente um direito, que se exerce em proveito próprio e para bem dos outros.”

No mesmo diapasão, a Encíclica *Populorum Progressio* do Papa Pablo VI, traz que:

A propriedade não constitui um direito incondicional e absoluto. Não há qualquer razão para reservar-se ao uso exclusivo o que supera à própria necessidade, quando aos demais falta o necessário. Em uma palavra: o direito à propriedade não deve jamais exercitar-se em detrimento da utilidade comum.

No mesmo texto, em caráter mais rígido, é proclamado que a ausência de amor divino no indivíduo detentor de bens terrestres, não socorre seu irmão em necessidade.

Na concepção de Pio XI a propriedade se distingue, em todo patrimônio, em duas partes: a indispensável à manutenção de uma existência conveniente e digna de posição do proprietário, isto é, o domínio da soberania do proprietário, e na não indispensável a esta manutenção por ele denominado de bens disponíveis.

Neste aspecto, a Encíclica *Quadragesimo Anno* acentua que o homem não está autorizado a dispor dos seus bens discricionariamente, ao sabor de seus caprichos.

Assim, explica Pio XI que a obrigação que têm os proprietários de não utilizar os seus bens a não ser honestamente, constitui um dever cujo cumprimento não é possível exigir pelas vias da justiça. É sem razão a pretensão de uns em dar limites idênticos em relação ao direito de propriedade e ao seu uso legítimo; é falso dizer-se extinto o direito de propriedade por se ter dele abusado ou por deixar sem uso as coisas possuídas.

Portanto, constata-se que numerosas são as teorias relativamente ao fundamento jurídico da propriedade, dentre elas destacam-se as do Direito Natural, da Lei, do Contrato Social, da Utilidade Social e do Trabalho.

Todavia, na sociedade liberal do século XIX, a propriedade era instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade humana. O homem era livre para contratar e adquirir bens. Podia ser averiguada a supremacia do individualismo através do acúmulo de

riquezas, o qual era sinônimo de poder e de sucesso. Esquecia-se de que havia um grande contingente populacional à margem dessas possibilidades.

No momento histórico do final do século XIX, o marxismo apresentou severas críticas ao modelo de propriedade vigente, sob o fundamento de que era mobilizador de riqueza e representava o ideal capitalista de supremacia do capital sobre o trabalho. Oportuno salientar que a inserção do princípio da função social no ordenamento consiste na previsão da realização do fim a que se destina a propriedade mantendo seus aspectos inerentes de propriedade privada, tutelada e garantida pela função social, que legitima o título adquirido, permanecendo exclusiva e de livre transmissibilidade, distante em todos os aspectos do socialismo. Em síntese, mantém seu caráter de absoluto.

Passa-se a ver a propriedade não mais na sua concepção individualista, exacerbada, típica do capitalismo pós-Revolução Francesa, mas sob o fundamento de sua utilidade social.

Na lição de Galgano (1982, p. 112) observa-se:

O recurso à função social serve para destacar uma dimensão segundo a qual o aumento da compressão dos poderes dos proprietários por efeito da intervenção do Estado é acompanhado da convicção de que tal acontece pela necessidade de realizarem-se interesses públicos de modo diverso do tradicional. *Conceitualmente*, revoga um dos eixos da dogmática privada, o do direito subjetivo, modelado precisamente sobre a estrutura da sociedade absoluta. *Ideologicamente*, abre a discussão em torno da possibilidade de realização verdadeira de interesses sociais sem eliminar-se integralmente a propriedade privada dos bens.

E nesse sentido, regula a Constituição de Weimar, de 11.08.1919, em seu artigo 153, que os ideais sociais como a função social da propriedade consiste na obrigação, decorrente do próprio direito de propriedade, do seu uso em função do interesse geral.

4.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE

Para a doutrina em geral, o direito de propriedade é o mais importante e o

mais sólido de todos os direitos subjetivos, sendo um direito real por excelência, pois é o eixo em torno do qual gravita o Direito das Coisas. Isto é, consiste na pedra fundamental de todo o direito privado, tendo sua importância no direito em geral, comparada à sociologia e à economia política, atuando, indistintamente, tanto no âmbito do Direito Privado como no Direito Público.

Desta feita, dada a sua relevância e atuação, a primeira constatação que se verifica é que tal conceito associa ao direito do proprietário o dever de exercê-lo em função de sua utilidade social.

Nesta senda, recomenda-se que o direito - bem jurídico protegido pelo Estado - não consiste na faculdade do detentor do direito agir de um modo absoluto, sem freios, prejudicialmente ao bem comum ou da maioria, ou seja, abusivamente e anti-socialmente.

No entendimento proferido por Inocêncio (1983, p. 22), não se pode definir o direito de propriedade como nos tempos dos Romanos, como o direito que submete porção do mundo físico ao poder de um indivíduo que dele pode usar, gozar de um modo absoluto, tendo em vista que a “propriedade tem uma função social e há de se ajustar às necessidades e solicitações coletivas, em que ponderadas sejam as prerrogativas alheias, os direitos de outrem, as imposições da vida social”. Assim, cabe ao governo a decretação de leis e medidas coatoras da liberdade absoluta no gozo dos direitos até então reinantes, impondo aos titulares do direito condições e restrições que lhes moderem e orientem o poder e o arbítrio, no sentido de coibir a opressão de uns homens sobre outros, e de se evitarem violências, explorações e individualismo anti-sociais. Finalizando, não há inviolabilidade de direito quando se atua dentro dos limites da ética e da teleologia jurídico-social das obrigações.

No entanto, o princípio da função social da propriedade vai além do ensinamento da Igreja, pois transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la, constituindo o fundamento do regime jurídico da propriedade.

4.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Sob a nova ordem social, inicialmente apresentada pela Constituição de Weimar, inúmeros são os reflexos desta nova concepção nos ordenamentos jurídicos.

Duguit (1975, p. 179), um dos primeiros visualizadores do instituto da função social, afirma rigidamente que a propriedade não é um direito do indivíduo, senão uma função social. Os indivíduos recebem do direito adjetivo a possibilidade de se comportarem como senhores, em face de certas coisas. Trata-se de uma possibilidade plenamente subordinada ao interesse social, em razão do que desaparece, se o indivíduo age de um modo contrário a esse mesmo interesse.

Nessa concepção, ainda o mesmo autor ensina que nas sociedades modernas, nas quais imperou a consciência clara e profunda da interdependência social, assim como a liberdade é o dever do indivíduo empregar sua atividade física, intelectual e moral no desenvolvimento desta interdependência, do mesmo modo a propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui para manter e aumentar a interdependência social.

E finaliza Duguit (1975, p.178/179), acenando que na atualidade os mais ardentes defensores da propriedade individual, os economistas mais ortodoxos, se vêm obrigados a reconhecer que se a afetação de uma coisa à utilidade individual está protegida, deve-se antes de tudo à utilidade social dela resultante.

Sob esse momento e ordem social, é que a jurisprudência francesa, em meados do século XIX, inseriu a concepção jurídica da função social da propriedade, inicialmente como reação ao abuso de direito. Tal hipótese era verificada na prática tendo em vista a concepção objetiva, pois era necessária a presença de três elementos: o primeiro, consistente na intenção de prejudicar outro sujeito; o segundo, na ação culposa ou negligente, o terceiro, e por último, na inexistência de um interesse sério e legítimo do agente.

O aludido abuso de direito podia restar configurado não apenas na maneira como o proprietário usava o seu bem, mas também pelo modo como ele o alienava, isto é, guardava relação com o direito de dispor. Essa teoria, como pode ser constatado, tornou-se insuficiente para atender às necessidades coletivas com o transcorrer dos anos, porque trazia como elemento necessário, para o não-cumprimento da função social, a intenção do proprietário de causar prejuízo a terceiros.

No entanto, é sabido que o proprietário ao agir de maneira egoísta em relação a sua propriedade não tem a intenção norteadora de prejudicar alguém, mas sim de beneficiar apenas a si próprio, o que implica o prejuízo da sociedade de maneira indireta.

Faz-se oportuno destacar que a mais célebre crítica à teoria do abuso do direito é da autoria de Planiol (1926, p. 870), para quem direito e abuso se repelem, pois o direito cessa onde o abuso começa, sendo que um só ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito, pois o abuso desnatura o direito.³⁵

Todavia, o conceito de função social evoluiu de tal maneira que nos dias atuais é segura a afirmação de que é possível o descumprimento da função social sem a necessidade da ocorrência do abuso do direito.

Dessa forma, observa-se uma mudança da postura liberal adotada pelo Estado que, após a Primeira Guerra Mundial, passou a intervir mais na economia deixando de ser mero regulador. O objetivo dessa atitude mais participativa era diminuir as gritantes desigualdades sociais, buscando melhorar a vida dos marginalizados.

Abandona-se, então, o ponto de vista romano da propriedade e adota-se uma concepção finalista, para adequar o instituto às atuais necessidades sociais.

³⁵ Nas palavras do autor: *le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir 'usage abusif' d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit.* (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 10.ed. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1926, Tomo II, p. 870).

Como apresenta Inocêncio (1983, p. 23), os poderes de domínio, conquanto se apresentem inicialmente em caráter de exclusividade, não podem ser absolutos e confiados ao arbítrio de seu titular, sem o que assumiria a propriedade um caráter individualista, incompatível com as próprias exigências sociais que a justificam e com os princípios éticos que constituem o seu fundamento primário. Assim, implica este direito em numerosas restrições que vão se multiplicando com o desenvolvimento da cooperação e da solidariedade social, e que determinam, afinal, o modo pelo qual o poder do proprietário deverá ser exercitado na utilização da coisa.

Nesta senda, conclui-se seguindo, em princípio, a concepção de Serpa Lopes (1996, p. 296), segundo o qual o direito positivo não protege o direito subjetivo do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de uma riqueza com a finalidade de cumprir a função social que incumbe por força desta mesma posse.

Para o autor, os limites impostos à propriedade encontram-se nos direitos concedidos à pessoa humana, primordialmente, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, obrigando o proprietário a usar da coisa particular em função das necessidades sociais.

E finaliza Serpa Lopes (1996, p. 298) que a função social da propriedade constitui um verdadeiro dogma jurídico, consagrado pela vigente Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIII, quando determina que a propriedade atenderá a sua função social.

Portanto, constata-se que a propriedade perdeu seu parecer romano. O caráter absoluto que ainda se pode divisar no direito de propriedade deve ser entendido paradoxalmente, dentro do âmbito em que a lei o deixa movimentar-se e desenvolver-se, pois a utilidade social é dever a ser cumprido e observado pelo detentor do direito de propriedade.

4.5 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Fruto de uma sociedade capitalista, o instituto da propriedade no direito pátrio foi regulado desde a primeira Constituição Federal de 1824. O mesmo vinha previsto como direito absoluto excepcionado apenas pela desapropriação (art. 179), mas pecuniariamente indenizado, sem qualquer menção ou reconhecimento à função social, e inserido, inclusive, no rol dos direitos individuais.

A Carta Política de 1891 manteve as mesmas disposições constitucionais referentes à propriedade, nos mesmos moldes do Código Napoleônico. O artigo 72, § 17, que tratava a questão era resultado das conveniências políticas da época, visto que a economia nacional estava amparada na agricultura do café.

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, trouxe inovações nessa seara ao afirmar, no artigo 113, § 17, que o direito de propriedade não podia ser exercido de forma contrária ao interesse social ou coletivo. Todavia, a aludida regulamentação foi inexpressiva na prática, uma vez que dependia de uma Lei Complementar para sua regulamentação, a qual nunca foi editada, embora tenha sido fundamentalmente influenciadora nas constituições mexicana (1917) e alemã (1919).

Contrária à evolução natural, a Constituição de 1937 representou um verdadeiro retrocesso ao ordenamento jurídico do país, ao acabar com os direitos anteriormente adquiridos, inclusive, dispondo em seu art. 122, 14, a não proibição de exercício contrário aos interesses sociais e coletivos.

O cunho social característico da Lei Maior de 1946 não poderia ter deixado de influenciar o direito de propriedade. O art. 141, § 16, garantia a inviolabilidade da propriedade privada, salvo a hipótese de desapropriação. O art. 147, ao seu turno, trouxe mudança substancial, pois condicionou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, permitindo a justa distribuição da propriedade.

Todavia, foi pela Lei 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra), que a função social da propriedade foi inserida no ordenamento jurídico nacional.

Como reflexo, a Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional de nº 1, de 1969, inseriu o princípio da função social da propriedade (art. 157, III), princípio este consagrado como basilar da ordem econômica e social (art. 160, III), coexistente com a garantia da propriedade privada.

Complementarmente a toda esta construção e consolidação do direito de propriedade e sua função social, traz a Constituição Federal de 1988 toda a normatização dessa ordem legal e suas diretrizes.

Assim, são os incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que asseguram a inviolabilidade do direito à propriedade, reconhecendo nesta, uma missão social. Aliás, tais incisos foram incluídos, como princípios informadores da constituição econômica brasileira, com o fim de assegurar a todos existência digna, nos termos da justiça social (art. 170, II e III).

A Constituição Federal de 1988, estabelece ainda as diretrizes para sua realização na prática ao determinar, em seu art. 182, § 2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Bem explicita ainda, no art. 186 que:

[...] a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem – estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Aliás, como já antes apontado, para Serpa Lopes (1996, p. 298), a função social da propriedade constitui um verdadeiro dogma jurídico, consagrado pela vigente Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXIII, ao determinar que a propriedade atenderá a sua função social.

O Código Civil de 1916, trazia em seu Título II, a partir do artigo 524 e seguintes, a legislação pertinente à propriedade, restringindo-se em disciplinar os direitos dos proprietários, em nada auferindo à função social do contrato.

Hodiernamente, a função social da propriedade é tratada também no Código Civil em seu artigo 1.228, e seguintes. Especialmente, na norma do § 1º, do artigo 1.228, conforme segue:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No que se refere à jurisprudência nacional, a discussão sobre a função social da propriedade apresenta-se por decisões sobre desapropriação de imóveis e seus fundamentos, percorrendo pelos conceitos de justiça, legislação ambiental e zoneamento, dentre outros³⁶.

Leon Duguit (1975, p. 279 e segs.) teve grande importância na elaboração da idéia atual de função social, muito porque era defensor da idéia de que os direitos se justificam apenas quando têm como escopo contribuir para uma missão social. Isto é, em clássica disposição, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza social utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que deve se modelar considerando as necessidades sociais às quais deve responder.

³⁶ Aludidas expressões podem ser verificadas na Súmula 113 do STJ e nos acórdãos proferidos nos seguintes recursos: RESP 397684/MA; RESP57389/PR; RESP 239/SP; RESP 43760/SP; RESP36130/SP; RESP37096/SP; RESP38892/SP, todos do relator Gomes de Barros; RESP 228481/MA e ROMS 11765/PB, RESP 85521/PR, RESP 228481/MA, do relator José Delgado; MC 4193/SP, da Relatora Laurita Vaz; ROMS 8766/PR, do relator Peçanha Martins.

Assim, para que a função social da propriedade possa ser eficientemente realizada, não reclama apenas limitações à sua plenitude, como ensina Inocêncio (1983, p.24), mas também garantia para o seu exercício, de tal sorte que, a par das restrições que surgem com o desenvolvimento das relações jurídicas, para que se assegure ao proprietário a plena utilização da propriedade imóvel, é imperiosa a necessidade de se assegurar a capacidade indispensável à realização dessa função social, que lhe é imposta, e que, por isto mesmo, precisa ser resguardada e fortalecida no interesse da própria comunidade³⁷.

Portanto, para a efetivação desse mister, além da utilidade ou necessidade pública, é imperativo a verificação de circunstâncias tais que permitam conhecer que o objeto sob domínio privado é ou tornar-se manifesta e irremediavelmente danosos à comunhão, sob o fundamento em que onde há lesão deixa de haver direito.

Nesse diapasão, manifesta Grau (1991, p. 251) ao proclamar que o princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

E mais acertadamente, Silva (2004, p. 282) assevera que a função social está ligada à própria estrutura do direito de propriedade. Isto é:

houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a *propriedade atenderá a sua função*, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da *constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, *princípio também da ordem econômica*, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim. Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia.

³⁷ “Como bem o demonstra Philadelpho de Azevedo (“Destinação do Imóvel”), particularmente, em relação aos imóveis, a utilização respectiva é regulada sob a inspiração do interesse coletivo e ainda tendo em vista a saúde, a segurança e o sossego dos vizinhos, influndo o destino das coisas, natural ou artificial, material ou intelectual, decisivamente na constituição da regra jurídica.” (INOCÊNCIO, Antonio F. Divisão de Terras: doutrina, prática, jurisprudência. 3.ed. Bauru: Jalovi, 1983).

Assim, a propriedade privada possui em si uma função, mas não se confunde com o sistema de limitação de propriedade o qual se refere exclusivamente ao exercício do direito, ao proprietário (direito absoluto, exclusivo, perpétuo), que há muito deixou de ser absoluto, sofrendo limitações, assim como o direito de vizinhança, o direito real sobre a coisa alheia e o poder de polícia são exemplos desses limites impostos.

Para Inocêncio (1983, p. 20), o direito de propriedade só pode sofrer aquelas limitações que são impostas pela concorrência de outro direito igual ou superior. Isto porque tais limitações não vão ao ponto de suprir a propriedade privada, razão pela qual no próprio texto constitucional, explicitamente, excetuou-se o caso de desapropriação por utilidade ou necessidade pública.

Tais restrições não se confundem com a função social, visto que esta incide no conteúdo do direito fazendo parte da estrutura. O limite sacrifica a extensão do direito em razão de interesse público ou privado, possuindo uma noção negativa, ao contrário da função social que pode impor ao proprietário obrigações positivas como a obrigação de fazer. O limite, por conseguinte, não está apto a promover os valores fundamentais do ordenamento, que é a missão da função social.

A atribuição de poderes não é mais plena, sendo vedado ao proprietário exercer os direitos inerentes a sua condição de modo egoísta. Também não se dá, portanto, em caráter negativo, sendo que até um certo limite, o proprietário teria possibilidade de efetuar suas atividades de senhorio sobre o bem. Tampouco se trata de ônus, pois a propriedade deve ser usada de maneira normal a cumprir o fim para o qual se destina. A propriedade rural deve ser produtiva pela natureza lógica de sua destinação, que deve visar à produção e não à especulação.

Cabe ao princípio da função social da propriedade garantir a estabilidade da propriedade privada, tutelar sua integridade jurídica.

Como princípio norteador, a função social da propriedade informa,

direciona, instrui e determina o modo de concreção jurídica de todo e qualquer princípio e regra jurídica constitucional ou infraconstitucional.

Esta conclusão é auferida a partir da verificação de que a Constituição de 1988 possui como uma de suas características a consagração da democracia social, concebendo no artigo 1º o país como um Estado Democrático de Direito, compatibilizando os conceitos de Estado de Direito e Estado Social, sendo imprescindível considerar o ensinamento de Ferraz Júnior (1989, p. 55):

[...] a passagem, marcadamente visível na vida constitucional brasileira, de um Estado liberal burguês e sua expressão tradicional num Estado de Direito, para o chamado Estado Social. Naquele assinala-se a postura individualista abstrata, o primado da liberdade no sentido negativo, da segurança formal e da propriedade privada, de um Estado concebido como um “servo estritamente controlado da sociedade”.

Atrelados aos conceitos de liberdade, segurança e propriedade, visualiza-se que esta preocupação em atar o Estado demonstra que o Brasil é mais que um Estado de Direito, é um Estado Democrático de Direito, adjetivo que denota a valorização da coletividade, não primando a liberdade do cidadão e da proteção ao indivíduo, mas o primado dos valores coletivos, dos interesses sociais e assim por diante.

Oportuno, todavia, ressaltar que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estas dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo à propriedade.

Dessa forma, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Assim afirma Silva (2004, p. 282), de maneira conclusiva, que a função social da propriedade é norma de aplicação imediata e tem plena eficácia, porque interfere na estrutura e no conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta seu próprio regime e a transforma em instituição de Direito Público, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se

nada tivesse mudado.

Nesse contexto, nota-se que a função social da propriedade afeta indubitavelmente o contrato, tendo em vista a interdependência de um para com o outro, uma vez que a propriedade é o segmento estático da atividade econômica, e o contrato seu segmento dinâmico; é o instrumento que a faz circular, resultando na conexão entre função social da propriedade e função social do contrato.

5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Conforme se depreende do até aqui exposto, observa-se que as normas do Código Civil foram concebidas a partir de uma visão jusfilosófica, isto é, em novo paradigma de condução e relacionamento da sociedade civil, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, conforme já delineado no Capítulo 3.

Abandonou-se a visão pandectista para conceber o Direito como algo em permanente interação com a realidade e os valores da sociedade contemporânea, abandonando-se a idéia de auto-suficiência do Direito.

Nesse contexto ensina Miguel Reale, em um paralelo entre o Código de 2002 e o Código de 1916, que “Clóvis Bevilácqua deixou-se guiar pelos ensinamentos germânicos da chamada escola dos pandectistas, acrescida à tradição luso-brasileira. Ora, o ideal dos pandectistas era resolver o direito dentro do direito, ou seja, dar ao direito respostas surgidas sob o ângulo da juridicidade. Uma das coisas que esse Código reconhece é que o direito não basta a si mesmo, pois ele precisa, para atender às necessidades sociais, ter em conta os valores da ética.”³⁸

Note-se que, em primeiro lugar, afasta-se a postura filosófica de que o Direito deveria resolver todos os problemas sem olhar para a realidade que o cerca; segundo, abandona-se a idéia da forma pela forma; e terceiro, o Código Civil não se traduz em singela atualização em função da mudança da sociedade, mas integra uma alteração no eixo da disciplina, ou seja, o Direito não é algo que vive sozinho³⁹, mas só tem sentido dentro de um

³⁸ REALE, Miguel. O novo Código Civil: para estruturas novas, novos paradigmas. Encarte da *Revista Problemas Brasileiros*, nº 353, Fed. Com. São Paulo, set/out. 2002, p. 2.

³⁹ “Há um instinto social incalculado em todos os homens por sua natureza.” (ARISTÓTELES. In: MORRIS, Clarence. Op.cit., 2002, p.19).

contexto social onde a ética é um dos valores basilares desse convívio⁴⁰.

Assim, o Código Civil é apresentado sob a regência de três princípios basilares: a eticidade, a socialidade e a operatividade.

Sob esta ótica, o Direito deve ter uma base ética, um perfil social e ser operativo; não deve existir para deleite intelectual de quem quer que seja. Sua razão de existência é para resolver problemas que surgem na vida em sociedade. Tudo isso subsumido à constitucionalização da sociedade livre, justa e solidária da norma do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Isto significa que toda relação, especificamente a contratual, está pautada pelo princípio da solidariedade social, demonstrando, como visto anteriormente, que as próprias liberdades individuais não são absolutas, sofrendo limitações. E não só.

Vislumbra-se, pela leitura do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a instituição do Estado Democrático de Direito, o marco inicial da socialidade no ordenamento jurídico pátrio. Destaca-se que o adjetivo “Democrático” inserido no conceito é visto como aquele que dá predominância aos valores modificadores da sociedade, como a solidariedade, a isonomia, etc..

Pode-se identificar, de um lado, uma concepção do assim chamado estado Liberal ou Estado de Direito; de outro lado, o Estado Democrático, assim entendido como aquele que postula valores coletivos; não o primado da liberdade do cidadão e da proteção ao indivíduo, mas o primado dos valores coletivos, dos interesses sociais e assim por diante.

Neste passo, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, agrega e prestigia, concomitantemente, valores sociais como a igualdade e a solidariedade, que existem também num Estado de Direito, mas que são colocados num segundo plano, através

⁴⁰ “... toda comunidade é estabelecida com alguma boa finalidade; pois a humanidade sempre age a fim de obter aquilo que pensa ser bom.” (ARISTÓTELES. In: MORRIS, Clarence. Op.cit., 2002, p.17).

da inserção da função social da propriedade disposta nos artigo 5º, inciso XXIII, refletindo inclusive na ordem econômica pelo artigo 170, inciso III.

A socialidade, como já afirmava Pinto Ferreira (1977, p. 42), é uma tendência natural do homem, que vive sempre em grupo e tem o instinto de viver associado a outras pessoas, um verdadeiro impulso comunitário ou grupalista.

Na senda da constitucionalização do Direito Contratual, a autonomia privada, antes pedra angular do liberalismo contratual reinante após a Revolução Francesa, passa a sofrer novas limitações decorrentes das exigências e transformações sociais ocorridas durante o próprio século XIX e o XX.

Fruto da constitucionalização da sociedade justa, da solidariedade, da teoria do abuso do direito, enfim, do cumprimento da função social do direito como fonte e limite ao exercício do direito, o princípio da função social do contrato é recepcionado pelo Código Civil em seu artigo 421, na concepção de que é pelo equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais que se obtém uma relação jurídica de fato justa e útil.

Sendo este o pano de fundo do tema, dele claramente decorre a necessidade de se analisar não só a estruturação formal dos conceitos (visão estática), mas também a perspectiva funcional (visão dinâmica) no sentido dos resultados concretos obtidos. A passagem, no plano da interpretação jurídica, de uma visão estrutural para uma funcional, como é exposta por Bobbio (1977, p. 47 e segs. e 63 e segs.), mostra o sentido garantista da primeira e modificador da segunda.

Assim, busca-se conceituar o princípio da função social do contrato não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo de sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram, à luz dos valores básicos da igualdade, solidariedade e justiça social.

5.1 PRELIMINARES PARA CONCEITUAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Antes de analisar os conceitos já estabelecidos na doutrina em geral ao princípio da função social do contrato, cumpre analisar cada um dos vocábulos inseridos na legislação em vigor.

Cumpre ressaltar a essencialidade e precisão desta análise em caráter preliminar, a fim de que se possam entender os conceitos já estabelecidos e concluir qual é o sentido e função pretendida com a inclusão da finalidade social inserida no âmbito contratual, razão do presente trabalho.

5.1.1 Os novos vocábulos inseridos na norma do instituto contratual

Precedentes à conceituação do princípio da função social do contrato, cumpre observar sua estrutura conceitual, a partir da análise dos vocábulos função, social, e função social.

Segundo apresenta Santos (2002, p 103), “função” é a prestação continuada que um determinado órgão dá para a conservação e o desenvolvimento, segundo um ritmo de nascimento, crescimento e morte de todo o organismo; é dizer, do organismo considerado como um todo, de onde se infere a idéia principal de que o poder individual deve ser exercido em proveito de um sistema maior, do conjunto.

De Plácido e Silva (1982, p. 330-331) define “função”, em termos gerais, como o direito ou dever de agir, atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, ou a várias, a fim de assegurar a vida da administração pública ou o preenchimento de sua missão, segundo os princípios instituídos pela própria lei.

Entende-se por “função”, segundo o Dicionário Houaiss (2001, p.1402), a obrigação a cumprir, o papel a desempenhar pelo indivíduo ou por uma instituição em dada coletividade; uso a que se destina algo, utilidade.

Ao que se refere à palavra “social”, na lição de Bonavides (1972, 203-204), depara-se com uma imprecisão semântica, sujeitando-a a inúmeras variações de sentido, ao sabor inclusive de determinados preconceitos ideológicos.

Segundo o dicionário Houaiss (2001, p.2595), “social” relaciona-se à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país, conveniente à sociedade ou próprio dela, o que pertence a todos, público, o que diz respeito ao bem-estar das massas, especialmente, às menos favorecidas.

Já para Hedemman (1958, p. 26), “social” significa o ponto de partida ideológico da contraposição entre pobre e ricos ou, como freqüentemente se diz na literatura científica, entre os que têm bens e os deserdados.⁴¹

Depreende-se dos conceitos acima exposto que a “função social” corresponde ao papel que cada ser individual (cidadão) ou coletivo (pessoa jurídica personificada ou não) desempenha, axiologicamente, em determinada coletividade, em relação ao grupo como um todo. Isto é, o foco da função social é o coletivo, o conjunto das pessoas consideradas numa coletividade de forma holística e não de forma individualizada.

E para o fiel cumprimento de sua função, cabe a cada um, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, da socialidade, da realização do bem comum, da segurança das relações juridicamente constituídas, realizar contratos úteis e justos.

⁴¹ Nas palavras do autor é: *el punto de partida ideológico de la contraposición entre pobres y ricos o, como frecuentemente se dice en la literatura científica, entre los que tienen bienes y los desheredados*” (HEDEMMAN, J.W. Tratado de Derecho Civil: derecho de obligaciones. Trad. José Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madri: Revista de Derecho Privado, Vol. 3, 1958, p. 26).

5.2 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Embora se tenha até então apresentado à função social um princípio social do contrato, complexa é a definição da natureza jurídica desse instituto, tendo em vista a enorme divergência doutrinária existente.

Assim indaga-se: a função social do contrato tem natureza de conceito indeterminado? Ou cláusula geral? Ou, sua natureza é de princípio? A sua caracterização em princípio ou cláusula geral pode coexistir?

A fim de esclarecer o enquadramento adotado, apresenta-se em sucinta análise, outras caracterizações encontradas na doutrina em geral com destaque, o que conduzirá à confirmação do princípio da função social do contrato.

5.2.1 A função social do contrato: conceito indeterminado

Conceitos legais indeterminados⁴², segundo a lição de Nery Júnior (2005, p. 141), são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos e, por isso, considerados como um conceito abstrato e lacunoso.

Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer, propiciando e garantindo a aplicação correta e equitativa do preceito legal ao caso concreto.

Os conceitos indeterminados, na lição de Nalim⁴³, quando inseridos no texto da lei, exercem três funções: a) permite a inclusão de hipóteses que o legislador poderia

⁴² Carlos Aurélio Mota de Souza em alusão à equidade, apresenta, nesse sentido, os conceitos indeterminados como conceitos-válvulas ou flexíveis, ou *standards* jurídicos. (Segurança Jurídica e Jurisprudência. São Paulo: LTr. 1996, p. 258).

não ter pensado; b) possibilita que a regra dure por mais tempo; c) torna possível que a regra seja melhor adaptável às circunstâncias do caso concreto, tornando a sua aplicação mais justa.

Desta feita, verifica-se que os conceitos indeterminados⁴⁴ confundem-se, em termos, com a conotação da cláusula geral, podendo-se concluir que o conceito indeterminado é albergado pela cláusula geral, a qual se traduz mais ampla e que se passa a expor.

5.2.2 A função social do contrato: cláusula geral

Característica marcante do Código Civil vigente, a adoção das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, decorre do processo da socialidade das relações patrimoniais, como visto no Capítulo 3, bem ainda, da própria evolução do pensamento e do comportamento social da humanidade.

As cláusulas gerais, segundo Nery Junior (2005, p.158), são normas orientadoras sob forma de diretrizes, de caráter abstrato e genérico, dirigidas precipuamente ao juiz, às quais encontra-se vinculado ao mesmo tempo em que lhe é dada liberdade para decidir. Isto é, permite ao julgador preencher os claros da lei com valores designados para aquele caso, para que lhe seja dada a solução mais correta que, ao juiz, parecer, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer perante o caso concreto.

⁴³ NALIM, Paulo. “O novo Código Civil: o novo direito de empresa e os títulos de crédito. Disponível em: www.juspodium.com.br. Acesso em: 12.jul.2004.

⁴⁴ Oportuno ressaltar a lição de Milton Paulo de Carvalho Filho “que os fins sociais e bem comum enquadram-se dentro da categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, deixados intencionalmente pelo legislado para o juiz aplicá-los aos casos concretos, de acordo com as circunstâncias particulares, condições sociais, econômicas, políticas, culturais, etc..” (CARVALHO FILHO. Milton Paulo. Indenização por equidade no novo Código Civil. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2002, p. 37).

E segue o autor informando que é através dessa função instrumentalizadora, característica da cláusula geral, que se realiza o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. Ou seja, por seu caráter de ordem pública, concede ao juiz sua aplicação de ofício, sob a ordem e em conseqüência ao que caso concreto reclama⁴⁵.

Para alguns doutrinadores a cláusula geral constitui-se em normas jurídicas⁴⁶, ou seja, fonte criadora de obrigações e direitos.

Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao firmar na Jornada I, os entendimentos 21 e 22, em que se enquadra a função social do contrato como cláusula geral, conforme segue:

Função social do contrato. Cláusula geral. Conversão do contrato. Jornada I STJ 22: “A função social do contrato, prevista no CC 421, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

Função social do contrato. Cláusula geral. Relatividade dos efeitos do contrato. Jornada I STJ 21: “A função social do contrato, prevista no CC 421, 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 cláusula geral consiste em norma que não prescreve uma conduta certa, mas simplesmente define valores e parâmetros hermenêuticos, servindo como ponto de referência interpretativo, oferecendo ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas⁴⁷.

⁴⁵ Oportuno trazer à baila o ensinamento de Clóvis Beviláqua, que destaca que é por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte.” (In: REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1999, p.28).

⁴⁶ Como ensina Faria, é dessa dependência do direito a processos decisórios que emerge o caráter instrumental das leis e dos códigos: enquanto as normas morais são fins em si, as normas jurídicas são, também, meios para a consecução de determinados objetivos políticos, sociais e econômicos; elas servem não apenas para a resolução dos conflitos, mas, igualmente, para pôr em prática programas sociais, estratégias econômicas e políticas públicas, programas, estratégias e políticas essas que devem sua força vinculante e imperativa à sua formação jurídica. (FARIA, José Eduardo. Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais. 2.ed. ver. E ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 144).

⁴⁷ O primeiro passo na identificação da cláusula geral, consiste na oposição desta à norma casuística, isto é, se a norma enumera as hipóteses em que a norma deverá ser aplicada; em segundo lugar, se a norma deixa em aberto a descrição da conduta devida, por exemplo, art. 4º, inciso III, do CDC. (JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p.1).

Oportuno se faz destacar que o Código Comercial de 1850 já conhecia a técnica legislativa das cláusulas gerais contida na determinação da aplicação da boa-fé objetiva, mas suscitava uma certa desconfiança sob o alto grau de discricionariedade atribuída ao juiz, e conseqüentemente, tornou-se letra morta, tendo em vista sua dependência em construir uma doutrina capaz de lhe atribuir um conteúdo menos subjetivo.

As cláusulas gerais apresentam-se como avaliador de conduta, todavia não a define, tendo em vista sua própria natureza jurídica conotada de norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação.

Nesta senda, Martins-Costa (2002, p.119) ensina que o enunciado da lei é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela sua própria vagueza semântica caracterizadora de seus termos, a incorporação e princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpo codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

E completa ainda Martins-Costa (2002, p.118-119) que se, a crítica atual reside na impossibilidade de os códigos acompanharem as rápidas mudanças sociais, nada mais coerente do que se utilizar da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, tendo em vista que esse tipo de normatização permite a permanente atualização do código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido, viabilizando, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação.

Todavia, ao caracterizar a função social do contrato como forma jurídica e não princípio, depara-se com uma norma de ordem pública e de interesse social, perfazendo-se em simples cláusula limitadora da autonomia privada, interpretação destoante do sentido

que pretendeu o legislador dar à função social do contrato. Isto porque as cláusulas gerais do ordenamento jurídico são janelas abertas no sistema, que servem tanto para a elaboração de preceitos jurídicos, de outro modo dificilmente alcançável, como para a inserção de fatores nele ausentes, inclusive metajurídicos.

5.2.3 A função social do contrato: princípio metajurídico

Quando se refere a um princípio, tem-se, inicialmente, a idéia de se tratar do que é, “antes de tudo”, algo ordenador, inicial.

Para Nunes (2002, p. 37), “são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico”.

Nesta senda, sob o ponto de vista da natureza jurídica da função social do contrato, apresenta o Dicionário Compacto do Direito, de autoria de Cunha (2003, p. 261), que “princípio” significa:

1. Começo, início, aquilo que está no começo ou no início;
2. Proposição que basta para sustentar a verdade do juízo;
3. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade; fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções;
4. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito;
5. Prescrição fundamental.

De Plácido e Silva (1982, p.447) define “princípio” como derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar, quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. Princípios Jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. Expressam sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser da coisa jurídica, convertendo-se em perfeitos axiomas.

Na concepção de Larenz (1985, p. 32-33), são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica possível de existir. Todavia, em si mesmos, não são regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se em regras⁴⁸.

Quando se fala em princípio jurídico, de imediato tem-se presente aquele tipo de previsão positiva que veicula um vetor axiológico informador de determinada legislação específica, apontando uma diretriz a ser seguida pelo legislador na sua elaboração e pelo aplicador (juiz ou particular) na sua interpretação e aplicação concreta.

Para Canotilho (1994, p. 266 e segs):

Está-se perante algo mais importante do que simples normas, pois extrapolam a mera regulação técnica de determinadas condutas individualmente consideradas, estando diante de um verdadeiro vetor (força propulsora em certa direção) que incorpora valores básicos, consagrados pelo ordenamento positivo.

Os princípios assumem uma postura prospectiva no sentido de consagrarem determinados valores a serem obtidos com o exercício de certas faculdades, poderes ou prerrogativas, indicando padrões a serem buscados ou resultados a serem obtidos sem especificar concretamente quais condutas estão por eles diretamente regradas, mas com implícita valoração do comportamento humano.

Há quem defenda que os princípios gerais de direito, uma vez incluídos no direito positivo, passam a caracterizar-se como cláusulas gerais, lembrando que as cláusulas gerais têm natureza jurídica de forma jurídica, fonte criadora de direitos e obrigações.

Aludido entendimento é veemente refutado por Martins-Costa (1999, p. 323-324), ao considerar que a cláusula geral pode conter um princípio, pode promover o reenvio a um princípio ou um valor por ele contemplado. E, nesse raciocínio, em caso de a cláusula geral conter um princípio, poder-se-ia falar indistintamente, por exemplo, em princípio da função social do contrato ou cláusula geral da função do contrato.

⁴⁸ Nas palabras do autor: “*son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En si mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas*” (LARENZ. Karl. Derecho Justo. Trad. Luis Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985, p. 32-33).

No mesmo sentido, apresenta Godoy (2004, p. 108-109) que a função social do contrato é, ao mesmo tempo, uma cláusula geral e também um princípio, pois, enquanto forma legislativa de característica fluidez, a referida cláusula geral remete o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento.

Para Alexy (2002, p. 130) são princípios fundamentais aqueles que se referem, em primeiro momento, aos direitos individuais, mas possuem também por objeto bens coletivos e que sobre todos podem ser utilizados como razões contra e a favor dos direitos fundamentais individuais.⁴⁹

Assim, em que pesem os conceitos estabelecidos na doutrina jurídica, em entendimento diverso mas igualmente amparado, a função social do contrato tem natureza jurídica de princípio. Um princípio constituidor, essencial em sua formação; ou seja, de sobreprincípio ou princípio metajurídico do contrato e regulador da autonomia privada, tendo em vista seu caráter norteador, informador, fundamental, axiológico, utilitário.

Isto porque, o princípio da função social do contrato não se confunde com a simples limitação ou restrição à liberdade contratual, pois é fator determinante do comportamento dos contratantes, sendo pressuposto de validade, de estímulos e sanções de determinadas condutas.

Ainda que a doutrina apresente a distinta orientação da função social entre cláusula geral e princípio, o presente trabalho coaduna-se com o entendimento apresentado por Godoy (2004, p. 108-109) e Martins-Costa (2002, p. 135 e 159), antes trazidos, tendo em vista o caráter complementar de ambos os conceitos, bem ainda, pela absorção dos conceitos indeterminados, intrinsecamente ligados.

⁴⁹ Nas palavras do autor “solo los principios que están referidos a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales *prima face*, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivo y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones en contra, pero también como razones a favor de los derechos fundamentales *prima face*. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

Neste sentido, a norma do artigo 421, do Código Civil, apresenta-se em perfeita consonância à norma do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, firmando-se o posicionamento de que os princípios gerais de direito não se circunscrevem apenas a elementos fundamentais do direito positivo, mas vão além dele, na tentativa de completá-lo para alcançar as bases do direito justo.

Desta forma, verifica-se que a função social do contrato é um princípio jurídico introduzido por força das disposições constitucionais colecionadas nos artigos 5º e 170, da Constituição Federal, que, aliás e especialmente, encontra-se implícito no ordenamento por força das normas que tratam da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF e 1.228, CC) e que passa a fundamentar toda uma nova ordem contratual, conforme se verificou no Capítulo 3.

E mais. Não se restringe a mero princípio norteador, mas sobreprincípio jurídico, com expressão da função metaindividual⁵⁰ que integra aquele direito, ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção do Estado por meio de normas excepcionais, operando, ainda, como critério de interpretação jurídica.

Aliás, esse é o entendimento de Reale (1999, p.71), ou seja, dispõe tratar-se de princípio condicionador de todo processo hermenêutico, onde a liberdade contratual só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade.

Os princípios gerais de direito⁵¹ são regras de conduta que norteiam o juiz

⁵⁰ “Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que há de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas.” (MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. Diretrizes teórica do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160).

⁵¹ Os princípios gerais de direito não tem função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, em verdade, toda experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que são os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico. “O direito é experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência, residindo sua parte vital nos princípios e não nas regras”. (ROSCOE PONUND. In: REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 311)

na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico, preenchendo lacunas, conforme se verifica da leitura do artigo 4º, da Lei de Introdução do Código Civil⁵².

Portanto, reputa irrefutável a natureza jurídica de sobreprincípio da função social do contrato. Isto porque, reconhece-se no âmbito do Direito Privado toda a estrutura constitucional advinda com a promulgação da Carta Magna de 1988, sob a qual é fundamentada a socialidade contratual. Desta forma, como paralelo à função social da propriedade, aplica-se igualmente a função social do contrato, pois o que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua razão, o que fundamenta seu caráter de sobreprincípio.

Em diferente entendimento, mas oportuno ao tema, expõe o Ministro Sepúlveda Pertence⁵³ que:

(...) Uma típica Constituição de compromisso, como de resto sói serem quase todas as Constituições contemporâneas. De tal modo que é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se faça com abstração ou com sacrifício de outros valores, de outros vetores axiológicos.

Em que pese aludido entendimento, *data vênia*, não se está a apresentar princípio hierarquicamente superior, mas o sobreprincípio da função social do contrato, que é vetor de sustentação estrutural do contrato.

O debate constitucional envolve, necessariamente, uma ponderação de valores igualmente consagrados e, por conseguinte, um debate a respeito das concepções que se tenham do peso relativo de cada um deles.

Aliás, Direito e ideologia são faces da mesma moeda e felizmente é possível discutir concepções ideológicas. Nesta senda, verifica-se na lição de Greco (2004, p. 271) que se prefere que a ideologia entre explicitamente pela porta da frente do debate a estar

⁵² Vide nota 34, p. 54.

⁵³ ADIn nº 319-4-DF, RTJ 149/666.

disfarçada debaixo de uma capa de legalidade ou segurança neutras; ou então disfarçada de uma verdade científica incontestável. Isto porque nunca o texto escrito deu segurança a ninguém; a segurança jurídica nunca esteve em qualquer texto escrito, mas nos valores defendidos por aquele que vai tomar a decisão. Só que isso fica muitas vezes encoberto pela idéia de segurança, que já foi a segurança do Estado, ou a doutrina da segurança nacional⁵⁴.

Desta feita, diante da caracterização de sobreprincípio da função social do contrato, decorrente de toda ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, o ideário de justiça social é cedente no âmbito do direito privado.

E sob a ordem da justiça social, apresenta-se uma sucinta análise dos conceitos e institutos constituidores desse ideário.

5.3 DO TEMA JUSTIÇA

O tema justiça é o mais complexo das relações jurídicas, pois como alude Mancebo (2005, p. 44), além de relacionar-se ao fundamento do direito, envolve toda uma concepção individualista decorrente do meio social em que se vive, de conceitos leigos e científicos, paixões e razões.

Desta feita, segundo Bobbio (2000, p. 661), converte-se a primeira concepção de justiça, a qual consiste em “noção ética fundamental e não determinada”.

Para Ulpiano (2005, p. 21), “*iustitia et constans et perpetua voluntas ius*

⁵⁴ “E se me objetarem que tenho dado excessiva importância às ideologias, responderei que elas, entendidas como idéias políticas matrizes, são salutares à vida das Nações, e que, ademais, não podemos olvidar a acabrunhante advertência de Bertrand Russel, a que já fiz referência alhures, de que, enquanto os povos desenvolvidos formam suas teorias políticas a partir de sua própria experiência, os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento começam sua experiência política a partir de ideologias recebidas de fora, e, o que é pior, sem examiná-las cuidadosamente. Já é tempo, por conseguinte, de afrontar as opções ideológicas em constante e direto contato com nossa própria experiência.” (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 46).

suum cuique tribuendi”, isto é, justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito. (D.1.1.10pr.)

Para Aristóteles (2002, 16), justo⁵⁵ significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e como consequência, injusto refere-se ao ilícito e o que é não equânime ou parcial⁵⁶.

Na lição de Cícero (2002, 38), “a natureza nos constitui para compartilharmos o senso de Justiça um com o outro e para transmiti-lo a todos os homens”. Por essa razão, o autor reverencia Sócrates que reconhecia a justiça pela utilidade e a utilidade pela justiça, isto porque o mesmo amaldiçoava, com freqüência, o homem que primeiro separou a utilidade da Justiça, haja vista que a Justiça é inerente à Natureza.

Nesta senda, assim como apresenta Bobbio (2000, p. 661), Justiça está equiparada à lealdade, à imparcialidade, ao igualitarismo e à retribuição do indivíduo segundo seu grau, sua habilidade ou sua necessidade, etc. Ou seja, ainda segundo o autor, justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade, a liberdade, a democracia e o bem-estar.

Neste sentido, verifica-se a complexidade em conceituar a idéia de justiça, especialmente, justiça social, polarizada no âmbito do direito privado, reputando irrefutável o fato de que a justiça social, inserida nos contratos, coaduna-se com o senso de justiça e bem comum.⁵⁷

⁵⁵ Aristóteles, dentre os pensadores da antiguidade grega, foi aquele que formulou o conceito mais completo e profundo sobre a Justiça. A Justiça tem por objetivo todos os direitos e repousa sobre um direito natural, fundado na razão, portanto, comum a todos os homens livres. É imutável em seus princípios. A Justiça é concebida, na perspectiva Aristofílica, como uma proporcionalidade entre aquilo que damos e aquilo que recebemos. As regras de convivência são necessárias e benéficas para a humanidade, mesmo que signifiquem restrições ao comportamento das pessoas.

⁵⁶ Para Aristóteles a justiça divide-se em dois tipos: um tipo é exercido na distribuição de honra, riqueza e outros ativos divisíveis da comunidade e que podem ser repartidos em partes iguais e desiguais; outro tipo é aquele que fornece um princípio corretivo nas transações privadas, o que se denomina de justiça corretiva. E de acordo com o filósofo, o justo é um meio termo e pode ser equânime. (Aristóteles. In: MORRIS, Clarence. Op.cit., 2002, p.8-9).

⁵⁷ Para o Papa João XXIII: “justiça é o novo nome da paz”.

5.4 DO BEM COMUM

Em termos explícitos “bem” tem o sentido de expressar tudo aquilo que é bom, útil, seja a uma pessoa ou à coletividade. Identifica-se com o bem supremo, bem de todos, interesse público em contraposição a interesses particulares, todavia, sem os anular.⁵⁸

Segundo Souza⁵⁹, “consiste no bem supremo da comunidade, o fim mais elevado das ações do homem, e que constitui critério de elaboração das leis justas”.

Em breve síntese, verifica-se que o conceito de bem comum é próprio do pensamento político católico, e, em particular, da escolástica nas suas diversas manifestações, desde São Tomas de Aquino a J. Maritain⁶⁰, consistindo na base da doutrina social da Igreja.

O Papa João XXIII, em suas encíclicas sociais *Mater et Magistra*, de 1961 e *Pacem in Terris*, em 1963, conceituou o bem comum como: “conjunto das condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”. Isto é, a sociedade deve ser organizada e deve existir em benefício de todas as pessoas humanas e não de pessoas ou grupos privilegiados.

Assim, constata-se que o “bem comum”⁶¹, apresenta-se, concomitantemente, como princípio edificador da sociedade humana e o fim para o qual ela

⁵⁸SOUZA. Carlos Aurélio Mota de. Bem Comum: unidade na multiplicidade. Disponível: www.ac@de.mus.pro.br. Acesso em 21 jun. 2006.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Vol.1, 2000, p. 106.

⁶¹ Assim, o Papa João XXIII expõe que há que se observar que as características étnicas de cada povo devem ser consideradas como elementos do bem comum. Não lhe esgotam, todavia, o conteúdo. Pois visto ter o bem comum relação essencial com a natureza humana, não poderá ser concebido na sua integridade, a não ser que, além de considerações sobre a sua natureza íntima e sua realização histórica, sempre se tenha em conta a pessoa humana. Acresce que por sua mesma natureza, todos os membros da sociedade devem participar deste bem comum, embora em grau diverso, segundo as funções que cada cidadão desempenha, seus méritos e condições. Devem, pois, os poderes públicos promover o bem comum em vantagem de todos, sem preferência de pessoas ou grupos, como assevera nosso predecessor, de imortal memória, Leão XIII: "De modo nenhum se deve usar para vantagem de um ou de poucos a autoridade civil constituída para o bem comum de todos". Acontece, no entanto, que, por razões de justiça e equidade, devam os poderes públicos ter especial consideração para com membros mais fracos da comunidade, pois se encontram em posição de inferioridade para reivindicar os

deve se orientar, tanto do ponto vista natural, quanto temporal. Isto porque, o bem comum busca a felicidade natural, sendo, portanto, o valor político por excelência. Todavia, subordinado à moral, com o fim de que a conquista de cada pessoa, que é o fim último, reverta-se em uma conquista da coletividade.

Representa, na concepção de Bobbio (2000, p. 107), a tentativa de realizar uma integração social baseada no consenso, embora, elaborado por sociedades agrícolas e sacralizadas, demore a se adaptar satisfatoriamente às sociedades industrializadas e dessacralizadas.

Destaca-se que o Estado não é mais do que um meio de realização do bem comum, e para tanto deve atuar incisivamente, sem ferir, contudo, a liberdade e a iniciativa individual, o que, se contrário, recairia no totalitarismo, mesmo porque se a concepção solitária de bem comum supera, inquestionavelmente, a visão limitada do individualismo, o preço a ser pago por esta superação é de tornar cada ser humano instrumento de um todo. Ou seja, a fim de possibilitar o amplo acesso da pessoa à vida digna e à sua livre expansão e aperfeiçoamento, como ensina Souza (1998, p. 60-61).

Através da maximização das condições mínimas dos indivíduos, da ação cooperativa, maximiza-se, além do interesse individual, o bem coletivo, através da realização do bem da humanidade.

Todavia, verifica-se que noção de bem comum é ambígua, imprecisa e

próprios direitos e prover a seus legítimos interesses. Aqui, julgamos dever chamar a atenção de nossos filhos para o fato de que o bem comum diz respeito ao homem todo, tanto às necessidades do corpo, como às do espírito. Procurem, pois, os poderes públicos promovê-lo de maneira idônea e equilibrada, isto é, respeitando a hierarquia dos valores e proporcionando, com os bens materiais, também os que se referem aos valores espirituais. Concordam estes princípios com a definição que propusemos na nossa encíclica *Mater et Magistra*: O bem comum "consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana". Ora, a pessoa humana, composta de corpo e alma imortal, não pode saciar plenamente as suas aspirações nem alcançar a perfeita felicidade no âmbito desta vida mortal. Por isso, cumpre atuar o bem comum em moldes tais que não só não criem obstáculo, mas antes sirvam à salvação eterna da pessoa. (Carta Encíclica *Pacem in terris*, 11.04.1963)

variável no tempo, tendo em vista refletir a ordem jurídica vigente em dado momento, numa determinada sociedade.

Assim, o certo é que, como afirma Gomes (1995, p. 16), no ordenamento brasileiro, tendo a Constituição Federal adotado o padrão do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e esposando a ideologia da livre iniciativa, como base da ordem econômica (art. 170), imprescindível e fundamental, continua sendo o instituto do contrato na sociedade brasileira, pois nada mais exprime a idéia de livre iniciativa do que a liberdade de contratar. Tal liberdade de maneira alguma se confunde com os abusos desse direito nem impede a intervenção moderada do Estado na fixação de parâmetros de ordem pública que as partes não devam ultrapassar, em respeito aos anseios do bem comum.

Diante do até aqui declinado sobre função social do contrato, constata-se que aludida norma fundamenta-se em valores sociais, que na concepção de Mancebo (2005, p.25) são “justiça e ordem, certeza e segurança”, valores fundantes da finalidade social contratual, que coaduna com o objetivo maior - o bem comum.

Neste sentido, a função social do contrato acompanha esta noção e instrumentaliza sua realização, através do desenvolvimento de uma atividade estatal, quer política, quer econômica, com o objetivo de criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoa e aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente, e em conjunto, o fim comum.

Assim, existe justiça quando todos meios de que a sociedade dispõe são organizados e utilizados para consecução do bem comum e não do bem particular de um indivíduo ou de um grupo.

E neste sentido, já normatizado princípio geral de direito disposto na norma do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o bem comum é introduzido, implicitamente, na finalidade do cumprimento da função social do contrato.

5.5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pelo até aqui exposto, constata-se que a socialidade inserida no âmbito do Direito Civil, especialmente, no instituto contratual, funda-se no objetivo de constituição de relações justas e solidárias, a fim de promover o bem comum, sem, contudo, ferir a dignidade da pessoa humana.

Assim, está em situação de paridade, que é próprio do Estado Democrático de Direito, a preservação dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Constata-se que a realização da justiça e do bem comum estão subsumidos ao, também, sobreprincípio da dignidade da pessoa humana⁶².

Em breves considerações, verifica-se, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a consagração da dignidade da pessoa humana, como reconhecimento de que o indivíduo é o primado da ordem jurídica (art. 1º, III, CF).⁶³ Confere personalidade à humanidade. E traduz a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações, apresentando-se em todos os ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do

⁶² Neste sentido manifesta-se João XXIII - O bem comum exige, pois, que, com respeito aos direitos da pessoa, os poderes públicos exerçam uma dupla ação: a primeira tendente a harmonizar e tutelar esses direitos, a outra a promovê-los. Haja, porém, muito cuidado em equilibrar, da melhor forma possível, essas duas modalidades de ação. Evite-se que, através de preferências outorgadas a indivíduos ou grupos, se criem situações de privilégio. Nem se venha a instaurar o absurdo de, ao intentar a autoridade tutelar os direitos da pessoa, chegue a coarctá-los. "Sempre fique de pé que a intervenção das autoridades públicas em matéria econômica, embora se estenda às estruturas mesmas da comunidade, não deve coarctar a liberdade de ação dos particulares, antes deve aumentá-la, contanto que se guardem intactos os direitos fundamentais de cada pessoa humana". Ao mesmo princípio deve inspirar-se a multiforme ação dos poderes públicos no sentido de que os cidadãos possam mais facilmente reivindicar os seus direitos e cumprir os seus deveres, em qualquer setor da vida social. (Carta Encíclica *Pacem in terris*, 11.04.1963)

⁶³ O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos (igualdade substancial). O crescimento econômico e o progresso material de um povo tem valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade de seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade ou aos direitos fundamentais dos seres humanos. (DALLARI. Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 2004, p. 15)

Direito.⁶⁴

Assim, apresenta-se o sobreprincípio da dignidade pessoal no âmbito privado, na prerrogativa de todo ser humano ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio. Isto é, impedindo a degradação do homem. E não só, mas igualmente, afirmar a competência do Estado em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência digna.

Disso resulta que a interferência do princípio se espraia, no ordenamento jurídico pátrio, na reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); no impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade; bem ainda, na garantia de um patamar existencial mínimo.

Sob a ordem de princípio fundamental, traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que tenham a oportunidade de expor o ser humano, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção⁶⁵.

Desta feita, a consagração da dignidade da pessoa humana⁶⁶, como visto, implica em considerar o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os

⁶⁴ O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

⁶⁵ Na atualidade, é pacífica a sua titulação por todos os homens. Observando-se a longa evolução por que passou a humanidade, vê-se que tal nem sempre aconteceu. A escravidão, bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo, sendo reputada como a *capitis deminutio* máxima.

⁶⁶ Aliás, esse é o entendimento de Miguel Reale ao dispor que “São estas constantes ou invariantes axiológicas que formam o cerne do Direito Natural delas originando os princípios gerais de direito”. (REALE. Miguel. Op. cit. 1993, p. 309).

seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante as várias pessoas.

Assim, a pessoa humana como centro do todo, indissolúvel da necessária comunidade em que vive, constitui-se uma das premissas para a realização da função social do contrato, tendo em vista seu caráter axiológico metajurídico, em que as relações sociais e individuais são colocadas no mesmo patamar, onde as relações particulares devem ser úteis e justas a fim de que reflitam positivamente na sociedade, com o fim de realizar o bem comum.

Isto porque, no Estado Democrático de Direito caminham juntos os direitos fundamentais individuais e coletivos, para a realização do bem comum, ao passo que um tem que refletir positivamente no campo do outro, tendo em vista sua interdisciplinaridade nas relações, dos particulares para o coletivo, do coletivo para o todo⁶⁷.

Assim, a função social deve ser cumprida através de relações justas, solidárias e úteis sob a primazia da dignidade da pessoa humana.

5.6 CONCEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Assim apresentados e percorridos os valores fundantes e constituidores da natureza social da relação contratual, torna-se possível a apresentação de seu conceito e objetivo.

A doutrina, através dos respeitados e renomados juristas, apresenta de forma ampla e variável conceitos, já firmados e estabelecidos, à função social do contrato,

⁶⁷ A ordem democrática se fundamenta, essencialmente, em três pontos: o um, o respeito à liberdade, reconhecida como direito fundamental da pessoa humana; o dois, a igualdade, direito fundamental condicionante da organização social; o terceiro e último, a supremacia da vontade do povo, que dever ter a possibilidade de decidir, diretamente ou por meio de representantes eleitos, sobre todos os assuntos importantes de seu interesse. (DALLARI, Dalmo A. Op. cit., 2004, p.30).

cujas exposições tornam-se imprescindíveis, ao presente estudo.

Segundo Theodoro Júnior (2004, p. 31), a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre partes que o estipulam (contratantes).

A função social no direito significa considerar que os interesses da sociedade sobrepõem-se aos do indivíduo, sem que isso, implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado Democrático de Direito pela necessidade de acabar com as injustiças sociais.

Neste sentido, ensina Galgano (1982, p. 95) que:

Função social significa não-individual. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico, o bem-estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os dos indivíduos.

O preceito da função social dos contratos objetiva integrar os contratos numa ordem social harmônica, impedindo que prejudiquem a coletividade ou mesmo pessoas determinadas. O princípio implica a proibição de se ver o contrato como um átomo que somente interessa às partes. Qualquer contrato passa a ter importância para toda a sociedade.

Para Gino Gorla (1959, p. 244), em alusão à função social do contrato, o contrato deve cumprir uma função econômico-social para merecer a sanção jurídica, função esta que seria uma justificação nascida do interesse público para o contrato. Isto é:

Un contrato que se dirija a realizar intereses fútiles, caprichosos, que no representen ningún interés para la sociedad o ninguna 'utilidad social', un contrato 'socialmente fútil o improductivo' no sería digno del reconocimiento jurídico, sino que sería jurídicamente indiferente.

No mesmo sentido, assevera Gomes (2002, p. 20) que o princípio da função social do contrato consiste na utilidade social do contrato que gera o interesse público na sua tutela. Conseqüentemente, os contratos que regem interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica.

Para Lobo (2003, p. 15), o princípio da função social determina que os

interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.

Em uma concepção mais ampla, Donnini (2000, p. 73-74), entende que a função social do contrato está intimamente ligada à idéia de comutatividade ou justiça comutativa, a partir do momento em que visa impedir a celebração de pactos contrários aos ideais de justiça. Neste sentido, a função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual e só não foi utilizada porque se acreditava que poderia ser obtida pela simples atuação dos contratantes, o que não aconteceu de fato.

Theodoro Júnior (2004, p. 57-58), além de destacar a preponderância do interesse coletivo na base da função social do contrato, exemplifica as possibilidades de desvio da função social do contrato, dentre as quais sintetiza, qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade com prejuízo para terceiros. Ou seja, qualquer contraposição entre interesse individual e interesse social para tentar explicar o significado e delimitar o campo de atuação da função social do contrato.

Duguit (1975, p. 180-181), no seu radicalismo próprio, aduz que todo indivíduo tem uma certa função na sociedade, a qual, se não realizada, resulta em prejuízo social, concluindo que não há direito subjetivo, mas apenas, função social. Todavia, trata-se de um conceito extremista, tendo em vista, que não é função social da sociedade contratar.

Em consonância com o entendimento de Diniz (2002, p. 36), entende-se que a previsão da função social no Código Civil revitaliza o contrato para atender aos interesses sociais, limitando a manifestação de vontade dos contratantes, visando tutelá-los no meio social, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando a revisão das prestações e até mesmo a resolução do contrato.

Para Mancebo (2005, p. 76-77), a função social do contrato é entendida como causa, meio ou fim do exercício da liberdade de contratar, tornando-se elemento essencial para a constituição do negócio jurídico.

No mesmo sentido, manifesta-se Santiago (2005, p. 172), para a qual a função social do contrato é um princípio contratual que está na base de toda a regulamentação do contrato, limitando a autonomia privada e fundamentando outras limitações a este princípio individualista, com o objetivo de evitar que não se repitam no tempo os mesmos massacres sociais patrocinados no passado pelo liberalismo contratual exacerbado.

Destaca-se aqui o entendimento firmado na Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça - STJ 23, no sentido de que o princípio da função social do contrato atua como um limitador da autonomia privada, isto é, “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Em diferente linha de raciocínio apresenta-se Godoy (2004, p. 191):

[...] a função social do contrato hoje integra seu conceito, o conceito mesmo de autonomia privada. Ou, se se quer falar em limite, a função social do contrato é um limite interno, constante, e de vertente também positiva, promocional de valores básicos do ordenamento. Quando se ensaiou um conceito genérico *inter partes* para o princípio objeto deste estudo, cabendo com tudo reiterar que a função social do contrato não pode ser entendida, na perspectiva de um sistema jurídico voltado à promoção de valores constitucionais fundamentais básicos, simplesmente como um instrumento limitativo, de feição negativa, no caso, do direito de contratar. Trata-se, também, de o contrato, funcionalizado, servir à promoção daqueles valores, das escolhas do sistema.

Por isso, para Amaral (2003, p. 368) a função social é um princípio geral, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social.

Para ter-se como cumprida a função social do contrato, na lição de Santos (2003, p. 109), o contratante não pode restringir-se a observar os modernos princípios do direito contratual – a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual – porque tais princípios têm, eminentemente, uma relação com o conteúdo do contrato. Ou seja, com a

parte interna do acordo de vontades e que diz respeito, na maioria dos casos, apenas ao interesse privado. Para que se conceba um conceito adequado de função social do contrato, é preciso que se busque também um elemento externo ao contrato. Por isso não basta apenas aquela relação de proporcionalidade entre os princípios. É necessário que o contrato atinja o bem comum, inicialmente entre os contratantes diretamente, e conseqüentemente, na sociedade.

A função social refere-se ao aspecto interno do contrato, ou seja, é um componente de sua estrutura, responsável por orientar, realizar o próprio instrumento.

Assim, o direito contratual e a autonomia privada, permanecem subjetivos, individuais, mas essencialmente norteados sob a ordem da socialidade, a fim de evitar sua negativa validade jurídica, mas subsumidos ao interesse geral, que é a realização da justiça.

Como assevera Greco (2004, p. 457):

Não existe liberdade individual absoluta e ilimitada. Existem limites na Constituição e uma condicionante expressa no Código Civil. A função social do contrato dirá para onde caminhar (= razão) e a que velocidade máxima fazê-lo (= limite). A função social do contrato passa a ter esse duplo papel de elemento de apoio indispensável (= antes) e de limitação (= depois). O artigo 421 aqui comentado é constitucional, pois está em perfeita sintonia com a conjugação dos artigos 1º, 3º e 5º da CF/88. A liberdade não é absoluta, é uma liberdade que pressupõe a função social do contrato.

Sob essa ótica, os negócios jurídicos celebrados não serão aquilo que se bem quiser – antes - é preciso identificar a função social do empreendimento, daquela determinada negociação, da reorganização societária, do contrato celebrado, etc.

Portanto, fundando o princípio da função social do contrato na interdisciplinaridade da previsão constitucional da função social da propriedade, o que se quer dizer é que, tanto o direito de propriedade quanto o direito de contratar devem, para serem tutelados pelo direito, atender a uma função na sociedade. Isto é, devem ser úteis e justos primeiramente entre os contratantes e, em conseqüência, refletir positivamente os mesmos efeitos na sociedade.

Desta feita, conclui-se que a função social do contrato, consiste em

princípio metajurídico, ou seja, todo o ordenamento contratual está subsumido ao primado da socialidade e da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, limitador da liberdade contratual sob o prisma da promoção do bem comum, através da realização de contratos úteis e justos, primeiramente entre as partes contraentes e, por viés da reflexão, a toda sociedade.⁶⁸

Neste sentido, oportuno se faz o ensinamento de Reale (2002, p. 03) o qual informa que ter um direito não significa poder fazer o que se quer, mas exercer o direito em função do fim econômico, do fim social, da boa-fé e dos bons costumes. Pois, é através da efetivação de contratos justos e úteis, realizados sob o prisma dos pressupostos e requisitos contratuais e seus princípios integradores - da boa-fé, do equilíbrio econômico do contrato - dentre outros, que os contratantes, em particular, promoverão entre si relações justas e atingirão o bem comum de seus interesses e em conseqüência, o bem comum da sociedade, pois não infringirão direitos e interesses alheios.

5.7 DA CRÍTICA AO PROJETO DE LEI 6960/2002 NO ÂMBITO DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL

É notório o conhecimento da tramitação do Projeto de Lei 6960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza no Congresso Nacional, o qual, dentre suas pretensões, apresenta ao artigo 421, do Código Civil a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Fundamenta-se aludida pretensão sob dois argumentos. O primeiro no que se refere à substituição da expressão “liberdade de contratar” por liberdade contratual, sendo aqui oportuno destacar a coerência da pretensão, tendo em vista que a liberdade de contratar é

⁶⁸ STJ, Jornada I, n. 22, assenta o entendimento que a função social do contrato previsto no artigo 421, do Código Civil, reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

inerente à pessoa, face ao preenchimento do pressuposto contratual, ou seja, a capacidade do agente para realizar o contrato; diferentemente da liberdade contratual pela qual se entende o poder de discutir livremente as cláusulas do contrato.

Como assinala Giselda Hironaka⁶⁹ em lapidar pronunciamento sobre a matéria, a limitação contratual deriva da funcionalidade social que se instala no âmago do conteúdo contratual, e não exatamente no prenúncio da liberdade de contratar, domínio ainda peregrino da autonomia privada, de sorte a restringir a ingerência da vontade dos contratantes em ares de salvaguarda social, de alcance inegavelmente mais dilatado.

Isto porque, ainda, segundo a autora, a liberdade de contratar é aquela faculdade atribuída a todas as pessoas de realizarem suas avenças, desde que preencham os pressupostos e requisitos da formação dos contratos, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato em foco.

Todavia, em que pesem as considerações acerca da supressão da expressão “em razão”, a mesma acarreta o desvirtuamento da função dada ao princípio da função social nas relações contratuais. Isto porque, aludida mudança altera o verdadeiro sentido da função social do contrato, isto é, de sobreprincípio jurídico, convertendo-o em singelo limitador da liberdade contratual. Haja vista, pelo até aqui explanado, o cumprimento da funcionalidade social do contrato, além de limitador da liberdade contratual, constitui-se em o sobreprincípio jurídico do sistema contratual.

Neste sentido, aliás, ensina Martins-Costa (2002, p. 157) que independente da natureza do contrato, seja de direito público ou privado, é ele informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, como ensina Miguel Reale, que é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. In: Revista do Advogado. São Paulo: AASP. Ano XXII, nº 68, Dezembro/2002, p.85.

Assim, coerente apresenta-se a substituição da expressão “liberdade de contratar por “liberdade contratual”, devendo ser suprimida a segunda parte da pretensão de alteração, mantendo-se a expressão “em razão“ disposta no artigo em vigência tendo em vista, sua perfeita consonância com os princípios constitucionais vigentes. Isto porque, não existe liberdade contratual que não tenha por razão a função social do contrato, haja vista que, antes da liberdade de contratar existe a função social do contrato.

Neste sentido, manifesta-se Villaça de Azevedo (1998, p. 119), afirmando que, se é verdade que todos devem ser livres para contratar, para realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Estas devem, sem restrições, regular esses interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos, tendo em vista que o direito de um contratante vai até aonde se inicia o direito do outro.

6 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA AUTONOMIA PRIVADA, BOA-FÉ OBJETIVA E EQUILÍBRIO CONTRATUAL

A evolução da função social do contrato determinou uma erosão do papel da autonomia da vontade, muito embora não tenha atingido o núcleo basilar da autonomia privada, não implicando, *de per se*, uma restrição da liberdade econômica dos contratantes. Na lição de Ribeiro dos Santos (2003, p. 10), limitou-se, antes, a adequar as suas formas de exercício para torná-las mais funcionais às novas condições do mercado.

A liberdade, sendo uma exigência da própria natureza humana, não acarreta prejuízos ou maldades. O que muitas vezes tem trazido prejuízo é a falsa liberdade, é o abuso que certas pessoas cometem com a desculpa de que podem fazer tudo porque são livres.

Antes de tudo, segundo Dallari (2004, p. 45), cumpre observar que a liberdade é um atributo da pessoa humana, é algo que existe no interior da pessoa e que sempre continuará existindo para aqueles que tiverem consciência de que são essencialmente livres.

Segundo Santos (2002, p. 104), a função social do contrato se caracteriza por inúmeras regras do Código Civil, sempre no intuito de regularizar a conduta das partes à finalidade social dos contratos através da repressão dos atos indesejados pela sociedade. Exemplos dessas regras seriam os artigos 157 e 478 do Código Civil, os quais oportuno se faz analisar. O artigo 157⁷⁰ trata da anulação do negócio por lesão, fundando-se na idéia de que não é socialmente justo permitir-se que um contratante obtenha lucro beneficiando-se da situação de necessidade ou ignorância da outra parte. Já o artigo 478⁷¹ trata da resolução

⁷⁰ Art. 157 – “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

⁷¹ Vide nota 26, p. 50.

contratual por onerosidade excessiva superveniente e parte do princípio de que não é socialmente aceitável ter uma parte lucro, em razão de fato imprevisível.

Em ambas as hipóteses previstas, verificam-se a quebra do equilíbrio valorativo entre as prestações contratuais e, nesses casos, o contrato como instrumento de intercâmbio econômico perde sua utilidade social, infringindo o princípio contratual do equilíbrio contratual antes analisado, princípio interligado à função social do contrato.

Em paralelo, depreende-se que a boa-fé objetiva decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da função social do contrato.

Para Godoy (2004, p. 86), a boa-fé objetiva está instrumentalmente ligada ao princípio da função social do contrato como limite ao exercício de direitos subjetivos, reservando à boa-fé um papel obstativo de condutas que contrariem o mandamento de agir com correção e lealdade, a fim de garantir o desenvolvimento da relação contratual sob o prisma dos valores que dão conteúdo à sua função social.

No mesmo sentido, ensina Mancebo (2005, p. 72) que a probidade, como princípio jurídico e como padrão social de conduta, torna-se interpretante de condutas humanas em sociedade, pelo que evidencia sua complementaridade e aplicabilidade aos sentidos éticos e morais informados pelos princípios da boa-fé, eticidade e da função social do contrato.

Assim, conclui o mesmo autor (2005, p.77) que a função social do contrato, é um princípio jurídico que se volta para o sentido social no acordo de vontades, e amplia ponderações entre a autonomia privada e os mencionados valores que agora norteiam a vida civil, expressos pelos princípios da justiça social, da socialidade, da operabilidade e da eticidade.

Nesse sentido, pode-se lembrar o ensinamento de Loureiro (2002, p. 56), professando que o legislador pretende através da função social do contrato garantir o

equilíbrio contratual e proteger o interesse social quando em contraste com o interesse particular, como já ocorria no caso da função social da propriedade, sem, contudo, prejudicar a autonomia da vontade, não admitindo dessa forma, a luta contratual desleal, o abuso da superioridade de um dos contratantes, a eliminação da equidade, o abuso do estado de perigo, ou a lesão ou premente necessidade do co-contratante.⁷²

Denota-se, assim, que a função econômico-individual encontra-se interligada à autonomia privada a qual a protege como princípio individualizado do contrato, contrapondo-se aos princípios sociais - no caso em discussão a função social do contrato – sem, contudo, perder seu caráter individual, pois está adstrito a regular direito subjetivo individual. Todavia, em nova concepção, esses interesses sociais são superiores aos de seus contratantes, devendo-se observar estas proibições legais.

Apesar de o contrato ser produto da autonomia da vontade, justifica-se a inserção da função social do contrato como preambular do direito contratual no Código Civil, sob o fundamento de que essa vontade não pode ser incontrolada, devendo haver uma correlação entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade, uma vez que é na sociedade que será executado e receberá uma razão de equilíbrio e medida.

Em conclusivo entendimento, Gomes (1974, p. 424) expõe que:

[...] o recrudescimento do interesse pelo problema da causa explica-se diante das novas direções do pensamento jurídico e da tendência moralizadora que se observa no direito contemporâneo. Generaliza-se a preocupação de submeter a controle as manifestações da autonomia privada, no sentido de conformá-las às novas exigências sociais. Considera-se superada a concepção individualista do Direito que, para estimular o espírito de iniciativa privada, enfatizara o princípio da autonomia da vontade, despreocupando-se do conteúdo das relações jurídicas e do fim a que se propunham as partes. Importava, apenas, que as obrigações fossem livremente contraídas e, em respeito à vontade individual, assim manifestada, assegurava-se proteção jurídica às relações constituídas sem constrangimento. Tal liberdade de ação considerava-se o supremo interesse geral. Substituídos esses pressupostos culturais, passou-se a justificar a necessidade de subordinar o

⁷² Mas isto não quer dizer igualdade absoluta. Tendo em vista que esta não passa de uma utopia, pois não pode existir entre dois seres que tem pensamento, uma vontade e um fim diferentes. Isto porque, como afirma Loureiro: "é normal e não contraria a função social que uma das partes obtenha vantagem patrimonial, ainda que com prejuízo de outrem". O que o princípio da função social não admite é a submissão do interesse coletivo pelo interesse privado, a luta contratual desleal, o abuso de direito, a eliminação da equidade que deve cercar o contrato ou a conduta imoral de um dos contratantes. (LOUREIRO, Luis Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002, p. 56).

exercício da autonomia privada a critérios restritivos, no entendimento de que o poder de atuar na esfera jurídica é concedido para ser utilizado em limites traçados por uma concepção política e moral desapegada da ideologia liberal.

E de maneira complementar, ensina Ripert (2000, p.83) que têm as partes a liberdade de estipular o que lhes for mais conveniente, no que tange à circulação da riqueza e às trocas patrimoniais, desde que observado o interesse maior da sociedade, representado pelos princípios supracitados. Isto porque, já há tempos em que a jurisprudência não vem acolhendo o contrato como um ato abstrato que tirasse a sua força da vontade, mesmo quando esta objetivasse um fim ilícito, ou fosse inspirado por um desígnio imoral. Mas, pelo contrário, vem pedindo contas às partes dos seus motivos, perscrutando as suas intenções, ligando o contrato ao fim que o determinou, recusando consagrar a realização de um pensamento culpável.

Dessa forma, denota-se a interdisciplinaridade dos princípios contratuais complementadores e indispensáveis à funcionalização do contrato, restando evidente a característica natureza jurídica do princípio da função social, face à sua natureza não apenas de orientador, mas de constituidor.

As transformações do instituto contratual não contrariam, antes confirmam o princípio da autonomia da vontade, não mais em termos absolutos e ilimitados, mas sujeitos a limites impostos pela lei, por decisões judiciais e por atos administrativos que procurem assegurar o interesse preferencial da sociedade.

7 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS DIRETRIZES CONCRETIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Conforme se depreende do até aqui exposto, a função social do contrato apresenta-se como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico do contrato, em que a liberdade contratual deverá pautar-se pelos fins da justiça social.

Historicamente, conforme observa Lafer (1999, p. 38), direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado, a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno, isto é, o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII.

Desde os romanos, a igualdade e o equilíbrio nos contratos são obejtivados. Celso (Ulpiano., D. 1.1.1 pr.) conceituou o Direito como a arte do bem e da equidade⁷³, no entanto, não fundamentada na ordem social.

O princípio da função social do contrato consiste na perfeita integração entre os interesses privados e o interesse social, cabendo ao juiz a delicada e difícil tarefa de, no caso concreto, estabelecer este equilíbrio.

Mas, como identificar a observância dos interesses individuais e coletivos e estabelecer este equilíbrio? Para tanto, cumpre ao intérprete identificar em cada caso concreto, a realização do objetivo maior ou a sua infringência – função social - através da análise de toda estrutura técnica e lógica do contrato.

Assim, para verificar o cumprimento do princípio da função social do contrato, o juiz constatará no contrato em análise, a obediência aos pressupostos e requisitos

⁷³“*ius est ars boni et aequi.*” (JUSTINIANO I. Op. cit., 2005, p. 17).

contratuais legalmente estabelecidos, os princípios da autonomia da vontade, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico entre as partes contraentes, o caráter utilitário, tudo sob a primazia da dignidade da pessoa humana. Observado o cumprimento destes primeiros aspectos, o magistrado, poderá então concluir se há uma contratação justa, e se justa, se está promovendo o bem comum, e se promove o bem comum com observância à dignidade da pessoa humana, enfim, se cumpre sua finalidade social.

E no exercício desse primado, cabe ao intérprete da lei utilizar-se não só do Direito Positivo, mas julgar à luz de regras morais e éticas que correspondem ao interesse da sociedade como um todo, condutoras de todas as relações humanas que norteiam a legislação em apreço, ou seja, pautadas na eticidade e socialidade, através da aplicação dos preceitos fundamentais auxiliares, quais sejam os princípios gerais de direito, a equidade, os bons costumes.

Assim, constata-se que o contrato será passível de modificação se não observar os critérios de justiça, os quais englobam os aspectos de constituição e validade do contrato já estabelecidos e acrescidos, da equidade, dos bons costumes, cuja ausência conduzirá à conclusão de que não atinge sua finalidade social.

Isto porque, como ensina Mancebo (2005, p. 73), a axiologia que sobreleva a vontade individual já indica o interesse da sociedade, e assim a noção de ordem pública, aproxima o interesse social da vontade individual, submetendo-a àquela.

É através da aplicação da lei, inicialmente, complementada pelo fomento do bem-estar social, os fins sociais e jurídicos, as limitações e vínculos provenientes da moral, os quais se resumem, como apresenta Souza (1987, p. 73), no valor Justiça, que se garante a tutela, não apenas dos direitos subjetivos individualizados, mas também dos interesses coletivos e difusos, determinando, assim, seu caráter metajurídico.

Realizadas estas primeiras análises, aplicam-se ao caso em questão a equidade e os bons costumes, ambos subsumidos à humanização do processo e à garantia das

relações juridicamente constituídas.

7.1 A EQÜIDADE E OS BONS COSTUMES

Derivado do latim *aequitas*, de *aequus* (igual, eqüitativo), no ensinamento de De Plácido e Silva (1982, p. 180), antigamente, a eqüidade era tido em sentido análogo ao de justiça, pelo que, por vezes se confundiam. E, assim, tanto um como outro se empreendiam como a disposição de ânimo, constante e eficaz, de tratar qualquer pessoa, segundo sua própria natureza, ou tal como é, contribuindo em tudo que se tem ao alcance, desde que não seja em prejuízo próprio, para torná-la perfeita e feliz⁷⁴. Ou seja, a adoção de princípios fundados nela mesma, ditos princípios de eqüidade, que se fundam na razão absoluta, desde que atendidas as razões da ordem social e as exigências do bem comum, que se instituem como princípios de ordem superior na aplicação das leis⁷⁵.

Para os romanos, eqüidade era compreendida como igualdade, isto é, *jus est ars boni et aequi*.

Segundo Carvalho Filho (2002, p. 180), “O direito é social em sua origem e em seu destino e deve ter sempre em vista a eqüidade. Uma sociedade civilizada tem uma legislação menos formal, concedendo maior liberdade ao juiz. A eqüidade é a melhor aplicação dessa liberdade.”

Neste sentido, expõe o referido autor que a eqüidade é termo plurissignificativo, de difícil conceituação, varia de acordo com as tendências filosóficas de

⁷⁴ Entretanto, por vezes, possui sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, que podem mesmo, contrariar a regra do Direito Positivo. (SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 7.ed. Rio de Janeiro, Fonrense, 1982, Vol.II, p. 180).

⁷⁵ Neste sentido, já as Ordenações firmavam a regra para que os julgadores decidissem pela verdade sabida, sem embargo do erro do processo, o que significa pelo principio da eqüidade, mesmo em contrário do que se vê pela demanda. (Ord., Liv.3º, tít. 63).

cada autor, numa gama que se estende do próprio direito, da justiça, da moral à caridade, conceitos estes de noção muito ampla, sobre os quais é quase inevitável a atuação do subjetivismo.⁷⁶

Pelo princípio da equidade, mais deve ser atendida a razão⁷⁷ que a impõe, vista pela boa-fé, do que a própria regra do direito.

Sendo assim, a equidade é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável. E, certamente, quando a lei se mostrar injusta, o que se poderá admitir, a equidade virá corrigir seu rigor, aplicando o princípio que nos vem do Direito Natural, em face da verdade sabida ou da razão absoluta. Por isso se diz que a equidade acompanha a lei, ou seja, *aequas sequitur legem*.

No direito pátrio, a utilização da equidade encontra-se fundada principiologicamente, na norma do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, bem ainda, nos princípios constitucionais dispostos nas normas dos artigos 1º, inciso II e IV, 3º, inciso I e 5º, *caput*, e incisos XXXV, XXXVII e LV, art. 170 e 173, § 4º, todos da Constituição Federal de 1988, ou seja, pautadas na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na igualdade substancial.

Todavia, a aplicação da equidade subsume-se a regras fundamentais que são submetidas ao direito, para o seu exercício, as quais sejam: a uma, por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais; a duas, todos os elementos que concorreram para constituir a relação *sub judice*, coisa, ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente consideradas;

⁷⁶ “A respeito da noção de equidade é correto afirmar que ela se relaciona com a aplicação justa da lei. O resultado da aplicação da lei deve ser sempre equitativo e para que seja possível obtê-lo, a norma jurídica genérica há de ser individualizada segundo as circunstâncias do caso concreto. Somente desta forma, será viável a conciliação do primado da justiça com o da segurança jurídica, sem sacrificar-se outros interesses mercedores de tutela não considerados pela lei”. (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Op. cit. p. 175).

⁷⁷ Na lição de Aristóteles, “o homem equitativo é aquele que por escolha e hábito faz o que é equitativo, que não insiste em seus direitos de forma indevida, mas que se contenta em receber uma parte menor, embora tenha a lei a seu lado. E essa disposição descrita é a Equidade; é um tipo especial de Justiça, não uma qualidade inteiramente diferente.” (ARISTÓTELES. In: MORRIS. Clarence. Op.cit., 2002, p. 16).

e a três, entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade, e de benevolência da justiça⁷⁸.

Aludidas regras devem ser observadas a fim de que se cumpra a própria função da equidade⁷⁹, que, na concepção de Riggiero (1973, p. 65), perfazem: a) a adaptação da lei a todos os casos que devem incidir em sua disposição, mesmo aos não previstos expressamente, devendo estes últimos ser tratados em pé de rigorosa igualdade com os contemplados por modo expresso; b) a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos de fato, pessoais e reais, que definem e caracterizam os casos concretos; c) o suprimento dos erros, lacunas, ou omissões da lei, para os fins acima; d) a realização dessas funções com benignidade e humanidade.

Assim, o intérprete ao apreciar o contrato real, além dos pressupostos constituidores em lei, relevará sua análise sob a ordem da equidade, isto é, sob o ponto de vista dos contratantes em uma determinada sociedade.

Neste ponto se verifica o que é costume, ou seja, a prática legalmente aceita naquela sociedade - a atitude comumente empreendida pelo homem médio, padrão de racionalidade e circunscrito pela ordenação legal.⁸⁰

⁷⁸ “Isto porque, a equidade se traduz, no princípio da igualdade do trato das relações jurídicas concretas e, como consequência deste princípio, no preceito segundo o qual deve o direito ser aplicado por modo humano e benigno. (...)Equidade permite suprimir qualquer dissonância entre a norma de direito e sua atuação concreta, mercê de um poder mais largo e mais livre de apreciação que lhe oferece”. (RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil: direito das obrigações, vol.1. 1973, p. 62-64).

⁷⁹ A mesma noção de equidade passou de Aristóteles a Santo Tomás que também afirma: “os atos humanos, que as leis devem regular, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos; os legisladores, pois, legislam tendo em vista o que sucede com maior frequência. Sendo, contudo, ir de encontro à igualdade e ao bem comum que a lei visa, observá-la em certos e determinados casos. Assim, a lei dispõe que os depósitos sejam restituídos, porque isto é justo na maioria dos casos; mas, em outros casos, pode ser nocivo. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exige em acesso de loucura, ou se alguém exige um depósito para lutar contra a pátria. Nesses e em outros casos semelhantes, seria um mal observar a lei estabelecida; nem seria, ao contrário (pondo de parte as suas palavras) observar o que reclamam a idéia da justiça e a utilidade comum. E com isto se harmoniza a *Epieiqueia*, que nós chamamos de equidade” (*Summa Theol.*, II parte, 2.^a, *qua est.*, CXX. In: MORRIS. Clarence. Onra cit. , 2002, p. 65).

⁸⁰ Para São Tomás de Aquino “o costume tem a força de uma lei, revoga lei e é o intérprete da lei.” (In: MORRIS, Clarence. Op. cit., 2002, p. 72).

Lembre-se oportunamente o ensinamento de Mancebo (2005, p. 75) na relação dos bons costumes com a noção de ordem pública, definindo que o valor da ordem pública é o metro para a compreensão de bons costumes, razão pela qual, estes são a ordem pública voltada para os hábitos sociais tidos como benfazejos ao grupo social, meio social, em suas diversas gradações. Os bons costumes, regras de conduta, são estipulados pela prática e a convivência social, experiência que sempre se aviva na vivência cotidiana dos indivíduos. Daí a facilidade de perceber, mas difícil definir o que seja “bom costume”, uma vez que a indeterminação, variabilidade no tempo e ambigüidade da ordem pública também concorrem para interpretar a noção de bons costumes.

Desta feita, ao intérprete cumpre analisar a função social do contrato, sob a ordem da equidade e bons costumes verificados naquela sociedade e nos contratantes em si. Isto é, qual a conduta aceita e propagada pela própria sociedade, em que se fundamenta o contrato em discussão, e em relação aos contratantes em si, através da análise da instrução e capacidade material de cada um.

7.2 A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO

A função social do contrato, segundo a lição de Santos (2002, p. 146), garante a humanização dos pactos, submetendo o direito privado a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que ele foi celebrado e está sendo executado. Não o submete, apenas às regras de um mercado perverso, abrumador e prepotente que deve se esfumar com o passar do tempo, tal como aconteceu com a decadência do liberalismo econômico.

Neste contexto, como denota Lafer (1999, p. 45-46), cabe ao Direito Positivo encaminhar de modo controlado o processo decisório no Estado e na Sociedade, sem

as inseguranças do uso da dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, com a qual opera o paradigma clássico da reflexão metajurídica, com os seus pressupostos de uma lei comum dada por princípios universais e imutáveis, e que se sobrepõe à lei particular.

E como não podia deixar de ser, diante do caráter axiológico da função social do contrato, necessária se faz a humanização do processo, onde se verifica a importância do papel do intérprete e aplicador da lei ao caso concreto⁸¹.

Assim, na concepção de Souza (1987, p. 74), tutelam-se não só os direitos subjetivos individualizados, mas também interesses coletivos e difusos, nitidamente de caráter social, pois o processo que se faz mais público, mais se democratiza e socializa. Marco Túlio Cícero (De off., 1, 101) dizia que a razão ensina e explica o que deve ser feito e o que deve ser evitado.

Como é sabido, os sistemas jurídicos são elaborados, observando-se normas de Direito Consuetudinário, pautadas, principalmente no Direito Natural, em que duas colunas existem: a da boa-fé, sempre triunfante, que deve estar sempre de pé, e a da má-fé, que deve permanecer em ruínas.

Depara-se portanto, na evolução jurídica com a valorização do papel e das funções dos magistrados, aos quais foi facultado instrumento jurídico que lhes permite controlar o regulamento contratual elaborado pelos sujeitos privados, bem como, interferir em casos de arbitrariedades, desvio de finalidade ou abuso do poder econômico nas suas determinações.

⁸¹ Victor Farirén Guillén defende a humanização das formas processuais através de um *inter* rápido e barato; da moralidade de juízes e partes, enfatizando os deveres de imparcialidade, probidade e veracidade; da adoção, quanto às provas, das “regras de boa razão”, como máximas de experiência; da ampliação da oralidade como meio moralizador do processo e como solução imediata, a repressão à imoralidade no processo, com a implantação de um sistema de sanções. Adolfo Geli Bidart reafirma este sentido de humanização dos sujeitos processuais; fazer intervir direta ou pessoalmente no processo os homens nele ocultos, suprimindo tudo o que não os revela, que não os permite atuar por si, mas por meio de terceiros. (In: SOUZA. Carlos Aurélio Mota de. Op. cit.1987, p. 28).

Os juizes não se limitam a agir sob a lógica solidária da autonomia da vontade, mas sim, sob uma lógica de potencial antagonismo, em reação a ela. Ou seja, é através desses instrumentos que o juiz avalia se a operação realizada com o contrato se coloca, em alguma faceta, em conflito com os objetivos fundamentais e valores de natureza ética, social, econômica, pelos quais se rege o ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, que ao intérprete e aplicador da lei cumpre, sob a investidura que possui em um Estado Democrático de Direito, julgar sob a ordem da legalidade, a qual consiste na observação e aplicação dos princípios gerais de direito, da equidade, dos bons costumes, dos fins sociais, da socialidade, da solidariedade, da justiça social, do bem-estar social e do bem comum. Promover a segurança do direito, observando se os interesses privados contratados violam os princípios fundamentais, especialmente, da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, os interesse públicos⁸².

E, sobretudo, cabe ao juiz verificar que o princípio da função social do contrato segundo Hironaka⁸³ passa a exigir mais comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma.

Como ensina Inocêncio (1983, p. 22), “não há inviolabilidade contratual senão dentro dos limites da ética e da teleologia jurídico-social das obrigações. É legítima a intervenção estatal (limitação/legislação) em proveito de todos, no assegurar e estabelecer, pelas leis que as sociedades solicitaram, a disciplinação delimitadora do poderio individual”.

E finalmente, reporta-se a Thomas Hobbes (2002, p. 125), a fim de determinar o sobreprincípio de julgamento aplicável ao juiz, ao qual se subsume todos os aspectos até aqui declinado, ou seja, em primeiro lugar, deve-se ter uma compreensão correta

⁸² “Sempre prevalecerá o interesse de ordem pública sobre o interesse privado dos litigantes.” (SOUZA. Carlos Aurélio Mota de. Op. cit. 1987, p. 145).

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., Dezembro/2002, p.82.

daquela lei principal da natureza, chamada eqüidade, o que depende não da leitura dos escritos de outros homens, mas da boa qualidade da própria razão e meditação natural do homem que, presume-se existir em maior grau nos que têm mais oportunidades e mais inclinação para meditar sobre isso. Em segundo lugar, o desprezo pelas riquezas desnecessárias e pelas promoções. Em terceiro lugar, ser capaz, no julgamento, de despir-se de todo medo, ira, ódio, amor e compaixão. Em quarto e último lugar, paciência para ouvir, atenção diligente nas audiências e memória para reter, digerir e aplicar o que se ouviu.

Destarte, vindo a lume um contrato, em que uma das partes se obrigara a cumprir prestação consistente em ato suscetível de acarretar-lhe, em condições anormais, risco de vida, ou capaz de impor séria ofensa à saúde, tem-se a ocorrência de maltrato à ordem pública e, como conseqüência, a invalidade do negócio jurídico. Desta feita observa-se que a ordem pública é ferida independente da eventual desigualdade econômica das partes, mas em razão do objeto da relação jurídica obrigacional traduzida em menoscabo à índole humana do indivíduo.

Do mesmo modo, manifesta-se Faria (1992, p. 13-14) alegando que os costumes e as relações sociais da população de uma grande metrópole não serão os mesmos da população de uma cidadezinha pobre do interior, distante e isolada dos grandes centros. Da mesma forma, ainda, a cultura de uma população predominantemente católica será diferente da cultura de uma população mulçumana ou budista. Neste sentido, as pessoas diferem umas das outras, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais, decorrendo daí os direitos fundamentais, que são iguais para todos.

É evidente que todos os seres humanos acabarão sofrendo as influências da educação que receberem e do meio social em que viverem, mas isso não elimina sua liberdade essencial.

7.3 A SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Em conclusão, valendo-se das técnicas apuradas da interpretação extensiva e da analogia e dos recursos mais sutis, que são os princípios gerais e a equidade, o operador do Direito, quando forrado de conhecimentos adequados e animado de consciência ética, surge como um dos mentores da convivência social, tendo em vista que o Direito não é mero reflexo das relações sociais. Assim, ensina Reale (1993, p. 294-295) que o Direito, como experiência, deve ser pleno, e muitos são os processos através dos quais o juiz ou o administrador realiza a integração da lei para atingir a plenitude da vida.

Desta feita, outro aspecto a ser observado é com relação aos valores de segurança e justiça. Tais valores se entrelaçam quando o juiz, levando alma e empenho em cada causa que julga, tem em si o vigilante ardor de fazer justiça, que guia suas decisões pensando na convicção de que o negócio jurídico celebrado não estava viciado porque atentou às regras mínimas da socialidade.

A existência de normas abertas e principiológicas pode trazer ínsito o conceito de insegurança porque fica ao critério do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, atento ao ambiente social em que vive, propender para uma ou outra direção que o caso lhe apresenta. Como apresenta Rezzónico (1999, p. 446), “essa generalidade não deve ser motivo de preocupação. Essas normas abertas se abrigam em conteúdo ético de tal magnitude que sua violação é censurada desde logo pelo sentir comum ao qual ninguém pode subtrair.”

Assim, a função social do contrato não rompe com os princípios da segurança, porque como ensina Gusmão (1999, p. 405-406) “a segurança e a justiça disputam a prioridade entre os fins do direito”, pois deve-se privilegiar a solidariedade, os princípios e valores que a sustentam como cláusula aberta, flexível, pura e oxigenadora que, iniludivelmente, deve fazer acampamento e integrar-se, conceitualmente, na relação de equivalência.

8 O INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO

8.1 USO DO MÉTODO COMPARATIVO NO ESTUDO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Pelo método comparativo procura-se demonstrar uma aproximação das figuras correlatas à função social do contrato nos ordenamentos jurídicos, sob o prisma da realidade social de cada nação.

Isto porque, segundo a lição de Aristóteles (2002, p. 17), todo Estado é uma comunidade de algum tipo, e toda comunidade é estabelecida com alguma boa finalidade, pois a humanidade sempre age a fim de obter aquilo que pensa ser bom.

Sob a ordem da coerência, apresenta-se a correlação de cada ordenamento sob seus próprios e característicos aspectos ao ordenamento nacional, conforme se passa a expor.

8.2 FRANÇA

O Código de Napoleão de 1804 é o primeiro código civil da Idade Moderna. Apresenta-se em um momento revolucionário cristalizado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa de 1789, sob a ideologia da liberdade, igualdade e fraternidade universal a todos os homens. Todavia, caracterizado pela norma individualista e liberal da época em que se pregava a liberdade do indivíduo como regra, para agir conforme a sua vontade sem constrangimento de grupos

sociais ou do Estado.

Entende-se que, a disciplina do contrato adotada pelo legislado francês atende às exigências da França pós-revolucionária, quando prevaleciam os interesses e os anseios de uma sociedade voltada para uma nova forma de organização econômico-social, ou seja, atinentes aos objetivos das classes vitoriosas da Revolução Francesa.

Neste aspecto, oportuno se faz correlacionar o código civil francês ao ordenamento civil brasileiro, os quais demonstram-se voltados às necessidades da vida social⁸⁴, patentes nesse momento histórico, mormente a liberdade civil e a igualdade social, assimilável aos sentidos de justiça comutativa, distributiva e à chamada justiça social, como apresenta Mancebo (2005, p.142).

No entanto, o princípio da função social do contrato não encontra correlato dentre as figuras jurídicas do sistema jurídico francês, não impedindo, no entanto, a comparação dos sistemas jurídicos.

O regime francês reflete um contratualismo extremo ao disciplinar o contrato no livro terceiro do Código de Napoleão referente aos diversos modos de aquisição da propriedade. Isto é, no direito francês o contrato opera a transferência da propriedade, demonstrando sua condição de subordinado à propriedade, em torno da qual e em sua função são ordenados todos os outros em expressa consonância ao pensamento francês como ressalta Venosa (2003, p. 327), em que propriedade e liberdade estão ligadas indissolúvelmente.

Neste sentido, Santos (2002, p. 164) relata que, coerentemente com o liberalismo econômico extremo que dominava a França quando da promulgação do Código Civil, a forma adotada ressalta o *pacta sunt servanda*, não abrindo qualquer lacuna que pudesse vulnerar a blindagem que revestia o contrato, princípio até há pouco também

⁸⁴ Na França, aliás, malgrado a sua tradição na proteção dos direitos individuais, não se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana, explicitado no sucinto texto da Constituição de 1958, tendo sido, inclusive, objeto de extração pelo labor hermenêutico do Conselho Constitucional, servindo de arrê de príncipe a decisão 94-343-344 DC, proferida em 27 de julho de 1994.

absoluto nas relações contratuais nacionais.

Oportuno se faz destacar, a correlação também existente no instituto contratual e da propriedade no ordenamento pátrio, em evidente sintonia com o sistema jurídico francês. Ou seja, no ordenamento brasileiro, o contrato, até então, consistia no poder de contratar livremente, sob as enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, liberto dos antigos vínculos; e mais, ainda considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como instrumentos de circulação de riqueza, razão pela qual encontra-se de maneira indissolúvel à propriedade.

Conseqüentemente, não há no Código Civil francês qualquer menção à função social do contrato, nem mesmo à função social da propriedade⁸⁵ da qual se poderia inferir implicitamente aquela. Nem mesmo o direito constitucional francês faz qualquer contemplação ao princípio da função social no que se refere à propriedade ou ao contrato.

No entanto, a sua consagração ocorre de forma indireta através da construção jurisprudencial a respeito da noção de abuso de direito, extraída da aplicação do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem, em que a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites podem ser determinados pela lei (GRAU, 1977, p. 16-27).

O individualismo, assim contraposto ao interesse político, cristaliza-se no Código Napoleônico.

Neste sentido, Larroumet (1998, p. 95-97), afirma que o princípio da autonomia da vontade significa que o contrato tira sua força obrigatória das vontades das

⁸⁵ Somente em meados do século XIX, que a jurisprudência francesa inseriu a concepção jurídica da função social da propriedade, inicialmente como reação ao abuso de direito. Tal hipótese era verificada na prática tendo em vista a concepção objetiva, pois era necessária a presença de três elementos: o primeiro, consistente na intenção de prejudicar outro sujeito; o segundo, na ação culposa ou negligente e terceiro, por último, na inexistência de um interesse sério e legítimo do agente.

partes que são soberanas⁸⁶. Todavia, pondera que a lei impõe certos limites a este princípio, ao referir-se a normas de ordem pública presentes no direito francês como obra do dirigismo contratual, embora não se refira especificamente à função social do contrato, socialidade do direito ou expressão equivalente.

Ao tratar a questão da autonomia privada no direito francês, os irmãos Mazeaud (1969, p. 128-129), não se referem expressamente à função social do contrato, porém, reconhecem as crises que a liberdade contratual ilimitada causou em nível econômico-social, por proporcionar o aproveitamento do mais débil pelo mais forte, defendendo a posição de que a vontade dos particulares deve ser vista também como um instrumento do bem comum.

Já na nova fase dos contratos, Ghestin (1998, p. 180) afirma que o justo e o útil são os fundamentos próprios da força obrigatória do contrato, de onde se deduz o conjunto de seu regime. O essencial pelo direito objetivo é somente sancionar os contratos justos e úteis⁸⁷. A rejeição do dogma da autonomia da vontade e do princípio de solução geral e abstrata que ele suscitou, levou deste modo antes de tudo a fazer do útil e do justo os princípios fundamentais da teoria geral do contrato.⁸⁸

Sob esta ótica, o Código Napoleônico define o contrato, em seu artigo 1101, como “... uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam para com uma ou várias outras a fazer ou a não fazer alguma coisa.”

Nos termos da norma do artigo 1108, do Código Civil francês, são estipuladas as condições essenciais para a validade das convenções, as quais constituem-se em quatro, prevendo a quarta condição a *causa lícita na obrigação*, confirmados pelas

⁸⁶ *le contrat tire sa force obligatoire des volontés des parties qui sont souveraines.*

⁸⁷ *le just et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'où se déduira 'ensemble de son régime. (...)L'essentiel pour le droit objectif c'est de ne sanctionner que des contrats justes et.*

⁸⁸ *contratole rejet du dogme de l'autonomie de la volonté et du principe de solution général et abstrait qu'il apportait, conduit ainsi d'abord à faire de l'utile et du juste les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat.*

normas dos artigos 1131 e 1133, pelos quais a obrigação sem causa, ou com uma falsa causa, ou com uma causa ilícita, não pode ter qualquer efeito, e a causa é ilícita quando for proibida por lei, quando for contrária aos bons costumes ou à ordem pública, respectivamente, em total consonância com a norma do artigo 17, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

Ainda estabelece, no artigo 1134 do Código Civil, que as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que o fizeram.

No mesmo sentido individualista, prevê o Código Napoleônico que as convenções só têm efeito entre as partes contratantes; não prejudicam elas terceiro e não aproveitam a ele, em seu artigo 1165, com exceção ao estipulado em contrato.

Desta feita, vislumbra-se a correlação ao ordenamento contratual pátrio, pois a norma contida no artigo 1165 do Código Civil francês refere-se ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, presente na doutrina brasileira e revisto pelo princípio da função social do contrato, que norteia e condiciona uma justiça social nas relações contratuais.

Portanto, conclui-se que o princípio da função social do contrato encontra-se implícito no ordenamento francês, pois, apesar de não estar inserido no ordenamento expresso, o aludido princípio é uma decorrência natural do Estado Social. E França é uma República Social, como dispõe o artigo 2º, da Constituição francesa de 1958.

E mais evidente se faz ao prever a proteção do interesse social e coletivo nos contratos através do seu artigo 1135, o qual dispõe que as convenções obrigam não somente ao que está nelas expresso mas ainda a todas as conseqüências que a equidade, o uso ou a lei derem à obrigação do acordo com a sua natureza.

Tal dispositivo demonstra a correlação dos institutos contratuais, francês e brasileiro, sob a ordem trazida pelas normas dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

8.3 PORTUGAL

A Constituição portuguesa de 1976, ainda que subsumida à socialidade⁸⁹, assim como a francesa, não traz em seu corpo as expressões função social da propriedade, função social de contrato ou valor social da livre-iniciativa.

O Código Civil português, apesar de anterior da Constituição Federal, apresenta-se com algumas inovações no âmbito contratual ao regulamentar a liberdade contratual e a boa-fé.

Como se verifica no art. 405 do Código Civil português, há a explícita regulamentação do princípio da liberdade contratual e sua limitação ao dispor:

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regularizados na lei.

Desta feita, verifica-se a correlação entre o sistema civil português e o brasileiro em relação à liberdade contratual, ficando evidente a restrita limitação dessa liberdade nos termos da lei.

Da mesma forma, verifica-se a correlação do ordenamento pátrio ao ordenamento português em relação ao instituto da boa-fé nas relações contratuais. Isto porque, o Código Civil português, através do artigo 227 regulamenta que “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato, deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Assim também se correlacionam, no que diz respeito à propriedade, a dispor na norma do artigo 1.305, do Código Civil, que o proprietário goza de modo pleno e

⁸⁹ Nessa linha, a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, acentua, logo no seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: "Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária."

exclusivo de direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

De outro lado, o direito constitucional português se mostra mais atualizado sobre a matéria do direito de propriedade que o Direito Civil, embora não haja grande espaço de tempo entre a promulgação da Constituição e do Código Civil.

Entretanto, existem outras disposições acerca dos contratos no Código Civil português que nos permitem afirmar que se trata de legislação moderna, pois contempla a boa-fé objetiva, a lesão, a possibilidade de resolução ou a revisão contratual por onerosidade excessiva assim como o abuso de direito, estando em sintonia com o Código Civil pátrio.

Cordeiro (1997, p. 1.231) afirma que a referência a uma função social e econômica exprime a idéia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – que social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica.

Nesse sentido, alude o referido autor (1997, p. 1231), que apenas caso a caso é que se poderiam pesquisar as limitações funcionais eventuais às diversas posições jurídicas, sendo que a inobservância desses limites não implicaria a violação de um princípio geral, mas sim, as normas particulares que concederam a vantagem extravasada.

Na moderna visão a função social é denominada por imperativos éticos e sociais sobressaindo-se o princípio intervencionista, em particular, nos contratos ligados ao chamado direito social como os contratos de trabalho e os de arrendamento rural e urbano, por exemplo.

Em meio aos preceitos do ordenamento português, identicamente observa-se que a liberdade contratual, posto como uma forma representativa de uma necessidade de autodeterminação que revela um valor fundante do direito, somente alcança eficácia jurídica se atendidos os objetivos do próprio sistema em que se encontra sua justificação, o que, na

visão de Ribeiro (1999, p. 223-224), “é seu sistema fundador”.

Apresentam-se, ainda, correlacionados os ordenamentos jurídicos em apreço, quanto à regulação do abuso de direito e a conseqüente responsabilidade civil. Isto porque, no Direito Civil português há duas correntes sobre responsabilidade civil do terceiro em relação à violação do direito alheio de crédito. Segundo é apresentado na lição de Varela (2000, p. 177), para alguns, a violação de direitos, que configura a responsabilidade civil comum (art. 483 do Código Civil português), compreende qualquer direito subjetivo, sem excluir os direitos de crédito emergentes do contrato. Para outros, o terceiro não está obrigado a agir conforme as obrigações estatuídas entre as partes, mesmo conhecendo os termos do contrato. A relatividade do vínculo obrigacional permitir-lhe-ia ignorar os efeitos internos do ajuste contratual. Sua responsabilidade, portanto, somente ocorrerá quando o exercício de sua liberdade atingir os moldes do abuso de direito.

Todavia, não seria exatamente o abuso de direito que necessariamente limitaria a conduta nociva ao terceiro. “Dever-se-ia repelir qualquer ato de estranhos que afinal lesasse, dolosamente, o direito criado *inter partes* pelo contrato, o que seria mais consentâneo com a função social imposta à liberdade de exercício do direito de contratar”, segundo explica Theodoro Júnior (2004, p. 91).

Nesta senda, a correlação entre o Direito Civil português e o brasileiro apresenta-se, mormente em relação ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato do ordenamento português, em viés ao ordenamento pátrio, o qual, por sua vez, apresenta-se fragilizado face ao princípio da função social.

8.4 ESPANHA

Na mesma senda das legislações anteriormente apresentadas, também na

legislação civil da Espanha, que data de 1889, inexistente qualquer referência expressa à função social do contrato ou da propriedade, dispondo somente sobre o princípio da autonomia privada inserido no art. 1.255.

Diferentemente da previsão constitucional, em uma nova fase desvinculada dos ideais liberalistas e individualistas que marcaram o Código Civil espanhol, apresenta-se a Constituição Federal espanhola aberta a idéias mais modernas como a socialidade⁹⁰ acolhida na Constituição brasileira, na italiana e também na portuguesa.

Assim é no artigo 1º da lei maior espanhola, a qual introduz a todo ordenamento jurídico o princípio da socialidade, ao dispor que a Espanha se constitui em um Estado Social Democrático de Direito, que possui como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo políticos⁹¹.

Em evidente similitude entre o direito constitucional brasileiro, através dos artigos 33⁹², 38⁹³ e 40⁹⁴, a Constituição espanhola consagra a função social da propriedade e o valor social da livre-iniciativa, ao reconhecer o direito de propriedade e da função social que limitará o conteúdo dos direitos na forma disciplinada na lei e promoção de condições favoráveis para o progresso econômico e social.

A partir da análise do sistema constitucional, do reconhecimento do Estado Social, da previsão da função social da propriedade e do controle da livre-iniciativa, o reconhecimento da função social do contrato reduz-se em decorrência lógica, como princípio

⁹⁰ Assim como a Constituição Portuguesa, a Constituição da Espanha, advinda após a derrocada do franquismo, expressa: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social.”

⁹¹ *España se constituye en un Estado socialy democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

⁹² Art. 33: 1. *Se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*

⁹³ Art. 38: *se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

⁹⁴ Art. 40: *los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.*

jurídico implícito, a despeito de não haver qualquer indicação expressa na legislação espanhola referente a esse instituto. Essa inexistência de dispositivo legal na relação contratual não significa que a autonomia privada no sistema espanhol não sofra limitações, aliás, esta se encontra explicitamente limitada no direito de propriedade, pelo artigo 33, da Constituição Federal.

A propósito, é nesse sentido que a Lei 6/1998 define o conteúdo básico do direito de propriedade do solo de acordo com sua função social, e que a Lei 7/1998 trata das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, regulando as condições gerais de contratação e protegendo o consumidor, de forma análoga ao que ocorre no Brasil por força do Código de Defesa do Consumidor.

A confirmar a condição de princípio implícito da função social da propriedade e do contrato no Código Civil, em análise ao art. 348, verifica-se, na lição de Navarro (1952, p. 189), que o aludido ordenamento trata da propriedade e reconhece a existência de deveres positivos postos a cargo do proprietário em vista da função social da propriedade.

Quanto à autonomia privada, ainda o autor supra-enunciado, pondera, embora não utilize a expressão “função social do contrato”, que é cada vez mais intensa a intervenção da lei na seara contratual limitando a autonomia das partes por influência do chamado direito social; que o princípio da autonomia da vontade está limitado por adequadas normas de caráter imperativo, encarregadas de evitar que o direito contratual seja posto a serviço de fins imorais ou anti-sociais.

Neste sentido assevera Tobeñas (1954, p. 28-29) que a tendência atual é a limitação da autonomia privada no campo das obrigações por razões de moralidade e justiça social, revisando-se a teoria clássica da liberdade contratual no intuito de corrigir os excessos. O dogma individualista da autonomia privada deve ser sucedido pelo princípio intervencionista e por uma concepção social de contrato.

8.5 ALEMANHA

Ao lado do Código de Napoleão, o Código Civil alemão, de 1896, apresentava-se como uma codificação própria, juridicamente sistematizada de circulação de riqueza, decorrente de sua condição histórica e cultural diversa, através da previsão de instrumentos normativos e categorias conceituais concebidas e construídas à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras jurídicas, isto é, o negócio jurídico.

Neste ponto convém apresentar a aproximação entre o Código alemão e o Código Civil brasileiro, que se apresentam subordinados aos Negócios Jurídicos, em que onde a categoria do negócio jurídico é o elemento central das construções de direito privado e da teoria geral do direito.

Na Alemanha, o Código Civil, promulgado em 18 de agosto de 1896 e vigente em 1º de janeiro de 1900, trouxe em sua parte geral uma de suas grandes virtudes: a previsão do princípio da boa-fé objetiva, no art. 242.

Todavia, assim como no Código Civil francês, também não há qualquer referência ao princípio da função social do contrato ou da propriedade.

O Código Civil alemão no que se refere à autonomia privada, dispõe no artigo 305, que “para a constituição de uma obrigação por negócio jurídico, assim como para a mudança do conteúdo de uma obrigação, é necessário um contrato entre os interessados, sempre que a lei não dispuser outra coisa.”

Refere-se, ainda, à propriedade, no artigo 903, estabelecendo que “o proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão.”

Entretanto, em matéria contratual, traz inovações ao dispor da nulidade como penalidade por ato contrário aos bons costumes ou fruto de lesão (art. 138), vedando o

abuso de direito (art. 226) e instituindo a boa-fé objetiva (arts. 157 e 242), aliás, o grande percussor da boa-fé objetiva como antes estudado.

Conforme observa Rodrigues (1996), no início do século XX, a doutrina alemã já concebia um direito social⁹⁵, como intermediário entre o direito público e o direito privado. A propósito, a Constituição de Weimar, de 11.08.1919, já refletia ideais sociais como a função social da propriedade, estabelecendo, em seu artigo 153 que a propriedade obriga que seu uso deve ser realizado no interesse geral, em perfeita correlação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A atual Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁹⁶, de 1949, mantendo a fórmula da Constituição de Weimar, dispõe, no seu artigo 14, (2), que a propriedade obriga e o seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral. Do mesmo modo, o artigo 15 dispõe que com a finalidade da socialidade, por meio de uma lei que regule a forma e o montante da indenização, terra e solo, riquezas naturais e meios de produção podem ser transferidos para a propriedade pública ou para outras formas da economia pública, desta feita, aproximando do instituto da desapropriação no ordenamento pátrio.

Faz-se oportuno destacar que as limitações legais ao exercício da propriedade impostas pela Constituição Federal alemã, pelo artigo 14, (1)⁹⁷, e o seu

⁹⁵ Existe divergência na doutrina a respeito da denominação “Direito Social”. Alguns autores defendem a sua utilização para designar um sistema jurídico que nasceu para resolver a questão social, incluindo nos quadros desse ramo jurídico o direito do trabalho, o direito previdenciário e outras matérias que tenham por fim amparar os hipossuficientes ou pessoas economicamente débeis. Outros, identificam direito social e pluralismo jurídico, afirmando que seria o direito produzido pelos próprios grupos sociais diretamente, a exemplo das convenções coletivas, usos e costumes, etc. Há entretanto, quem considere a denominação imprópria, alegando ser social todo o direito, não se podendo, por essa expressão, indicar, especificamente, qualquer disciplina jurídica (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141-143).

⁹⁶ Também em correlato à constituição brasileira, é a Alemanha uma das pioneiras em manifestar como pertencente à Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, o princípio da dignidade da pessoa humana, no seu art. 1.1., incisiva declaração: "A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la". O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem olvidar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

⁹⁷ Artigo 14º. ...

condicionamento ao bem-estar geral dado pela alínea 2, supra, demonstra a aproximação do regramento constitucional da propriedade na Alemanha ao regramento da propriedade dada no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal brasileira.

Dessa forma, verifica-se que, apesar da Constituição alemã não trazer expressamente em seu corpo o princípio da função social da propriedade, reconhece-o. No mesmo sentido encontra-se a Constituição francesa, a portuguesa e a espanhola.

A teoria da base objetiva do negócio jurídico de Karl Larenz, de origem alemã, é um dos principais ataques à autonomia privada e a obrigatoriedade dos contratos. A mesma demonstra a disseminação no país de uma visão crítica a respeito da nova visão do contrato.

Todavia, destaca-se que o regime federativo alemão reforça os estados membros e suas constituições estatais, aos quais confere liberdade para a consecução dos preceitos constitucionais e a manutenção de suas identidades regionais no ordenamento federal, dispondo, inclusive sobre matérias relativas a direitos sociais, como regulamentado pela Constituição do Estado da Baviera, que trata da função social do contrato em seu art. 151⁹⁸, correlacionando-se com o ordenamento civil brasileiro.

Por outro lado, pacífico é o reconhecimento da função social da propriedade no sistema judiciário alemão.

Conforme menciona Mancebo (2005, p. 165), o momento de redação do Código Civil alemão (BGB) e do Código Civil brasileiro, de 1916, cristaliza-se pela liberdade contratual que reflete o liberalismo econômico e o individualismo, que pautavam o

(1) “A propriedade e o direito sucessório são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei.”

⁹⁸ *el conjunto de la actividad económica se ordena al bien común, especialmente a garantizar una existencia humanamente digna para todos y una gradual elevación Del nivel de vida de todas las capas sociales. Dentro de estos fines, la libertad de contrato rige según las leyes. La libertad de desarrollo de la decisión personal y la libertad de actuación autónoma del individuo en la economía quedan reconocidas por principio. La libertad económica del individuo tiene sus límites en la actos jurídicos dañosos para la comunidad e inmorales, especialmente todos los contratos económicos abusivos, son ilegales y nulos.*

senso de moralidade no contrato⁹⁹.

Neste sentido, o Código Civil alemão e o Código Civil brasileiro encontram-se em perfeita consonância, tendo em vista a previsão contida nos artigos 5º e 17, da Lei de Introdução ao Código Civil no Brasil.

8.6 ITÁLIA

Diferentemente, do que analisado até aqui, o ordenamento jurídico italiano é o que se apresenta em perfeita consonância com a legislação constitucional e civil brasileira.

Isto porque a Constituição italiana recepciona o fenômeno da socialidade¹⁰⁰ tanto no que diz respeito à função social da propriedade quanto ao reconhecimento do valor social da livre-iniciativa, mantendo implícita, pelo menos em nível constitucional, a instituição da função social do contrato.

Tanto que, em seu artigo 41¹⁰¹, prevê: “a iniciativa econômica é livre. Não podendo desenvolver-se em contrário com a utilidade social ou de modo a provocar dano à segurança, à liberdade ou à dignidade humana. A lei determinará oportunamente o programa e o controle pelos quais a atividade econômica pública e privada se desenvolverá coordenada

⁹⁹ Expressão dessa ideologia no BGB é o artigo 138: Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação.” (MANCIBO, Rafael Chagas. Op. cit., 2005, p. 165-166).

¹⁰⁰ A Constituição da República italiana, de 27 de dezembro de 1947, apresenta, inclusive como preceito fundamental a dignidade da pessoa humana, no pórtico do seu art. 3º. - "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei"

¹⁰¹ *Iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi, i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

a um fim social.¹⁰²

Do mesmo modo, seu art. 42 institui a função social da propriedade ao dispor que “a propriedade é pública ou privada. Os bens pertencem ao Estado, a pessoas jurídicas ou a pessoas físicas. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os modos de aquisição, de gozo e as restrições para o fim de assegurar-lhe função social e torná-la acessível a todos”.¹⁰³ Tal entendimento aproxima-se do artigo 170 da Constituição Federal brasileira, o que autoriza a comparação da função social do contrato dada pelo artigo 421 do Código Civil brasileiro à proteção jurídica na Itália.

Em reflexo à previsão social constitucional, o princípio da função social do contrato veio expressamente disposto no art. 1.322 do Código Civil italiano o qual prevê que as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei e pela norma corporativa. As partes podem também contratar tipos não previstos em normas particulares, desde que os mesmos realizem interesses que merecem a tutela do ordenamento jurídico.

Recorre também o Código Civil italiano ao princípio da boa-fé, em seu artigo 1.337, o qual prevê que os contratantes são obrigados no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato a comportar-se segundo a boa-fé. Desta feita, vislumbra-se a perfeita consonância do ordenamento civil brasileiro e o italiano, ambos norteados pelo princípio da eticidade, solidariedade.

Assim, verifica-se o avançado ordenamento jurídico vigente na Itália tanto no âmbito constitucional, quanto no civil.

¹⁰² E especificamente sobre o contrato, a Constituição italiana dispõe, em seu artigo 41 a liberdade da iniciativa privada, restrita nos dois períodos subsequentes. A primeira restrição é de que a iniciativa *non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno allá sicurezza, allá liberta, allá dignità umana*. Já a segunda decorre dos fins sociais, para a qual são coordenadas e endereçadas pela lei à atividade econômica pública e privada. (MANCEBO. Rafael Chagas. Op. cit., p. 150-151).

¹⁰³ *La proprietá è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietá privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.*

Neste sentido, em oportuna alusão, preleciona Alvim (2003, p. 75) que as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, dentre as quais figura a função social do contrato, estão em sintonia com o Código Civil italiano.

Giovanni Iudica e Paolo Zatti (2002, p. 314-315), em obra recente afirmam que a função social do contrato corresponde a uma limitação da autonomia privada, a qual é uma necessidade imposta pela exigência social de *garantire interessi generali o colettivi*, que não se satisfaz dentro da sistemática do Estado Liberal.

Aliás, Gorla (1959, p. 244), já fazia referência à teoria da função social do contrato, segundo a qual o contrato deve cumprir uma função econômico-social para merecer a sanção jurídica, função esta que seria uma justificativa nascida do interesse público para o contrato.

Pela teoria da função social do contrato, ainda para o autor, não basta que um contrato não seja socialmente danoso (ilícito); deverá também não ser socialmente fútil ou improdutivo¹⁰⁴.

Na lição de Betti (1969, p. 334), verifica-se que assim como os direitos subjetivos, também os poderes de autonomia, efetivamente, não devem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados: o instrumento da autonomia privada, colocado à disposição dos indivíduos, não deve ser desviado do seu destino.

Messineo (1973, p. 28-29 e 45) também aludia expressamente à *funzione sociale del contratto*. O autor já noticiava uma transformação do Direito Civil pela absorção do *spirito di socialità, attenuando il suo carattere individualistico*, afirmando que essa limitação da liberdade contratual constituía-se numa face da limitação do direito de propriedade.

¹⁰⁴ Nas palavras do autor: *no bastaría com que un contrato no fuera socialmente dañoso (ilícito); debería también no ser socialmente fútil o improdutivo*. (GORLA, Gino. El contrato (Il Contratto). Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosh, 1959, p. 244).

Nesta senda, parece oportuno conferir o disposto no art. 1.322 de seu Código Civil, que estatui exatamente esse juízo meritório de tutela que o ato de exercício da livre iniciativa, da autonomia privada deve ostentar. Neste sentido, a autonomia contratual é restrita aos limites da lei, e no caso dos contratos atípicos à condição de que visem a realizar interesses merecedores de tutela de acordo com a ordem jurídica. Conforme seu preceito expresso, “as partes podem também concluir contratos que não pertencem aos tipos que têm uma disciplina particular, desde que sejam diretamente voltados a realizar interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”. Ou seja, o ato de iniciativa privada que o contrato ainda consubstancia, e mesmo não ilícito propriamente, deve conter um objeto meritório, merecedor de tutela, o que ocorre na exata medida em que ele atende a valores de ordenamento, em especial, da Constituição. Neste sentido, nota-se a lição de Perlingieri (1984), para quem, basicamente, esse juízo de merecimento deve ser expresso segundo os princípios constitucionais.

Na mesma esteira, assevera Bianca (1998, p. 423) que o juízo sobre o merecimento do interesse não pode prescindir da escolha constitucional no sentido de que a iniciativa privada é livre mas pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de modo a induzir dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana, estes dois princípios excluem o retorno à antiga concepção liberal do contrato, e indicam que a causa deve ser ao menos compatível com o que seja socialmente útil. A causa, pois, não se pode reputar merecedora de tutela quando o interesse perseguido não resulta conforme as exigências da comunidade, relevantes segundo os parâmetros constitucionais.

Hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, proclama a concepção social dos efeitos do contrato, destacando, assim como na França, pela lição de Diener (2002, p. 160), que *anche il tezo contraente sai tenuto al risarcimnto dei danni, in concorso com il soggetto inadempiente, quando si sia reso cumplice dell'inadempiente, basandosi sul noto principio della responsabilità extracontrattuale per*

violazione Del diritto di credito ex art. 2.043.

Assim, vislumbra-se que no sistema jurídico italiano o terceiro também reflete na relação contratual seja na elaboração do contrato, na sua execução ou após seu cumprimento, proibida a violação do direito, contrapondo-se a antiga visão contratual decorrente do Estado Liberal, respondendo o terceiro pelos danos causados se, em conluio com outros contratantes, ofende o direito de crédito.

Como no sistema jurídico pátrio, a Constituição italiana, acerca das discussões sobre a função social do contrato, implica na alteridade entre pessoa e a sociedade, subsumido ao princípio fundamental, já estabelecido, da dignidade da pessoa humana. Ou seja, na tutela do homem, como indivíduo e de sua personalidade, que se dará pela solidariedade política, econômica e social¹⁰⁵ e pela dignidade social. Compete à República proporcionar a ordem econômica e social, para a participação da classe laboral na organização política, econômica e social do país (em especial os artigos 2º e 3º).¹⁰⁶ Compreendo-se, então, o sistema jurídico italiano correlacionado ao sistema brasileiro¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Articolo 2 - *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

¹⁰⁶ Articolo 3 - *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti allá legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

¹⁰⁷ Na lei civil italiana, dispõe-se da boa-fé no trato negocial (artigos 1479, 1706, 1776), em sua interpretação judicial (artigo 1366), como boa-fé objetiva (artigos 1175, 1337) e mais adiante, da necessidade do "... devedor usar a diligência de um bom pai de família" (artigo 1176, primeiro período, ver também o artigo 1768). (MANCEBO. Rafael. Chagas. Op.cit, p. 151).

9 A EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COMO RESPOSTA À REALIZAÇÃO DA CIDADANIA

Avançar para além das concepções tradicionais, freqüentemente ingênuas, é aprofundar e enriquecer de maneira inegável a compreensão dos verdadeiros fatores envolvidos na evolução jurídica. O instituto do contrato é uma estrutura social mutável, imposta pela sociedade e a esta imposta, afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade, que tem por fim a consecução dos seus direitos.

Isto porque, o Estado liberal limitava-se a proteger os cidadãos das ameaças externas e manter a ordem interna, garantindo a propriedade privada e a liberdade individual, reduzindo a cidadania à igualdade política, entendida como a possibilidade concedida a todos os cidadãos de participar de eleições diretas e periódicas.

Historicamente, desde a Grécia antiga já se reconhecia, ainda que de modo restrito, o direito de participar ativamente da vida da cidade, tomando decisões políticas.

Neste contexto, cidadão, consiste como o seio da sociedade, da polis grega, o que habita na cidade, dentro de uma comunidade, como portador de direitos e deveres, segundo apresenta Souza (1998, p. 41).

A palavra cidadania, segundo Dallari (2004, p. 17), era usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. E segue o autor, que foi a partir da concepção romana que se adotou o conceito de cidadania na França do séc XVIII. A Revolução Francesa influenciou para que grande parte do mundo adotasse o novo modelo de sociedade, surgindo, então, a moderna concepção de cidadania, para afirmar a eliminação de privilégios e que, pouco depois, foi utilizada exatamente para garantir a superioridade de novos privilegiados.

Tecnicamente, como define o Dicionário Jurídico (1982, p. 427), cidadania é expressão que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse de plena capacidade civil, também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos, que indicam, o gozo dessa cidadania, excepcionalmente restringida em caráter legal.

A palavra cidadania, de certa forma, tem valor simbólico, restaurando a busca de uma sociedade sem discriminações, na qual os direitos e deveres fundamentais deverão ser iguais para todos. Isto porque, quando se falava no direito da cidadania, pretendia-se dizer que todos deveriam ter os mesmos direitos de participação governamental, não havendo mais diferença entre os nobres e não-nobres nem entre ricos e pobres ou entre homens e mulheres.

Neste contexto, em 1789, foi publicada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no intuito de possuir caráter universal, afirmar a liberdade e a igualdade como direitos de todos e outros direitos considerados fundamentais. No entanto, não emplacou.

Na França, pela lição de Dallari (2004, p. 21), a Constituição Federal de 1791, apresentou-se sob um aspecto totalmente deformado da idéia de cidadania, reafirmando a antiga diferenciação entre os cidadãos, continuando a indicar o conjunto de pessoas com direito de participação política, falando-se nos “direitos da cidadania” para indicar os direitos que permitem participar do governo ou influir sobre ele, o direito de votar e ser votado, bem como o direito de ocupar os cargos públicos considerados mais importantes. Todavia, a cidadania passou apenas a representar uma igualdade de todos, quando na realidade permitiu o aparecimento de uma nova classe de privilegiados.

Inicialmente, em contraposição a essa política do individualismo exagerado, instala-se o Estado Democrático de Direito¹⁰⁸, reconhecido como a base da

¹⁰⁸ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

cidadania¹⁰⁹, mas garantidor de direitos e liberdades meramente formais frente ao Estado, como conotado por Rousseau, Kant e Hegel como apresentados por Faria (1992, p. 79). Contudo, no desenvolvimento e efetivação desses objetivos subvertidos pela sistemática operacional, os habilitados, sob o primado da utilização e realização de seus direitos formalmente determinados, fomentam o abuso do direito.

Como ensina Dallari (2004, p. 96), não basta afirmar, formalmente, a existência dos direitos, sem que as pessoas possam gozar desses direitos na prática. A par disso, é indispensável também a existência de instrumentos de garantia, para que os direitos não possam ser ofendidos ou anulados por ações arbitrárias de quem detiver o poder econômico, político ou militar. Ou seja, um direito só existe quando pode ser usado!

Para Serpa Lopes (1962, p. 533), a teoria do abuso do direito surgiu, então, com a finalidade de corrigir esse absolutismo. Quando se examinou o problema do direito subjetivo, viu-se que, em regra, a um direito corresponde uma obrigação: *ius et obligatio sunt correlata*. A sociedade é, sobretudo, credora dessa obrigação. E a principal obrigação que pode emanar de um direito é a que concerne ao seu exercício, de modo a ser ele conduzido sem causar um prejuízo à coletividade. Tal é o destino de um direito subjetivo relativo. Baseia-se precipuamente na concepção filosófica, consoante a qual o direito individual é limitado pela sociedade na proporção do interesse geral, e o conceito de abuso do direito não faz mais do que realizar esta doutrina.

É o início de uma resposta à tendência individualista que nega a existência de direitos naturais, anteriores e superiores à coletividade. A história conduz a humanidade para outros horizontes, do lado oposto ao que apontava o individualismo. Se lhe cabe fixar as

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

¹⁰⁹ A cidadania é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, disposta na norma do art. 1º, inciso II, do Título I.

inovações e transformações que o processo histórico vai sugerindo, contudo, não deve favorecer ao objetivo exclusivo da coesão social, sem reagir contra os excessos.

Dentro dessa resposta, figura a reação ao abuso do direito paulatinamente adstrito ao direito privado.

Como é a matriz dos conceitos e princípios de Teoria Geral do Direito, o abuso de direito consiste num limite funcional do direito e se configura quando há uma alteração na função objetiva do ato relativamente ao poder de autonomia que o configura em relação às condições às quais está subordinado o exercício desse poder.

Segundo Ripert (2000, p. 169), abusar do direito é cobrir de aparência jurídica o ato que se tinha o dever de não realizar ou pelo menos que não era possível realizar, senão indenizando aqueles que foram prejudicados por tal ato.

O certo é que através da teoria do abuso de direito, manifestada por Alves (1997, p. 19), mesmo com seus opositores, entendendo, que não se poderia responsabilizar alguém pelo exercício de seu direito, passou-se a vislumbrar que isso levaria a uma concepção absolutamente individualista, o que contraria a tendência social do direito, no sentido de se atender à função social do direito. Por isso mesmo é que se afasta a objeção de que com o exercício de um direito se pode abusar desse exercício.

Para tanto, apresenta-se como pressuposto a utilidade do ser humano, sob a ordem de que todos os seres humanos devem ter asseguradas, na concepção de Dallari (2004, p. 14) desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar.

Desta forma, afirma o referido autor que, através do conceito de cidadania, afirmam-se os direitos fundamentais da pessoa humana, na perspectiva da convivência, que é necessidade essencial de todos os seres humanos. Assim, conjugando-se os aspectos individual e social, acentua-se também o dever de participação, inerente à cidadania.

Atualmente, para Souza (1998, p. 92), a cidadania, expressão social da dignidade da pessoa, é o atributo competente, o poder que a sociedade nos outorga para a defesa, a conquista e a segurança dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que nos impõe recíprocos deveres de zelar pela coisa pública e pelo bem comum, indispensáveis a alcançar e manter a paz social, felicidade suprema do homem entre seus iguais.

Desse modo, chega-se à solidariedade humana como exigência ética e natural, bem como os direitos e deveres de participação de todos nas decisões de interesse comum.

Por esta visão, o reconhecimento da socialidade no instituto do contrato decorre do seu princípio fundamental, intrínseco e norteador, corresponde às transformações da estrutura do regime capitalista, ditadas por seu crescimento, que impôs a intervenção do Estado na vida social. A exigência social de um novo método para a sua realização, passando o Direito e seus institutos jurídicos a viver sob o primado dos interesses coletivos identificados com os objetivos determinados e substancialmente efetivados pelo Estado Democrático de Direito.

É a sociedade a credora da obrigação de não abusar, conceito que está em sintonia com a idéia de função social da propriedade, contemplada no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, e da função social do contrato, em que assume a feição de um dever individual e um direito da coletividade.

Pode-se até mesmo dizer que o direito moderno não é mais do que um vasto repertório de regras contratuais que nasceram das necessidades práticas da vida, com elas evoluiu e em torno delas se agrupam. Voz humana alguma poderia deixar, hoje, de estigmatizar a série de desonestas cavilações, os atos de hedionda infâmia, que até os próprios soberanos praticam nos contratos.

A influência social moderna imprimiu uma feição especial ao caráter da vontade humana em ação nos contratos. Apresenta-se sob a primazia do interesse da

coletividade sobre o individual, buscando fazer com que o Direito volte a exercer a sua finalidade de realizar a justiça social, e de preservar a dignidade da pessoa humana¹¹⁰.

O certo é que, adotando a Constituição brasileira o padrão do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e esposando a ideologia da livre iniciativa, como base da ordem econômica (art. 170, CF), fundamental continua sendo o instituto do contrato na sociedade. Nada mais exprime a idéia de livre iniciativa do que a liberdade de contratar, liberdade essa que de maneira alguma se confunde com os abusos desse direito nem impede a intervenção moderada do Estado na fixação de parâmetros de ordem pública que as partes não devam ultrapassar, em respeito aos anseios do bem comum.

Assim, na manifestação de Ripert (2000, p. 80), passa-se de uma instituição judicial fundada em um Direito sistematicamente estático, fechado e autônomo, em relação ao meio social, para um sistema estável, aberto e dependente das pressões do meio ambiente, que busca a igualdade material através de um meio de acesso aberto, pragmático, sensível à advocacia inerente aos movimentos sociais.

A dogmática jurídica é obrigada a assumir dimensões ignoradas pelo liberalismo político que a inspirou e a substituir, necessariamente, o caráter tecnicista, o estilo generalizador e o ideário individualista dos códigos tradicionais por soluções metaindividuais, que são próprias do seu caráter social democrático de direito, que formula em termos válidos e inteligíveis um esquema de reforma social.

Por isso, que para Souza (1998, p. 79), desde o final do século XIX, há um retorno ao estudo do Direito Natural, uma vez que não é possível resolver todos os problemas humanos, os grandes conflitos entre os homens, sobretudo a guerra, simplesmente, pela ordem jurídica positiva. Em suma, não bastam as leis: um ditador que passa com um tanque

¹¹⁰ A pessoa humana, que é o bem mais valioso da humanidade, estará sempre acima de qualquer outro valor. (DALLARI. Dalmo A. Op. cit., 2004, p. 09).

de guerra por cima das Constituições, anula todo direito construído durante séculos¹¹¹.

Para o referido autor, não se pode aprender todas as coisas, nem ultrapassar certos limites; portanto, também os direitos do homem são limitados pelos direitos da sociedade. Aliás, assim, já regulava Justiniano, no Digesto, 1.5.2 “*por causa do homem é que todo o direito foi constituído*”, isto é, as leis são feitas pelo homem e para o homem.

Então, verifica-se que o denominador comum de todo o pensamento jusfilosófico moderno foi o individualismo e, em consequência, a teoria do contrato social, em que o sujeito é a sede da racionalidade e cerne dos direitos, como se refere Mascaro (2002, p. 84).

Preleciona Ribeiro dos Santos (2003, p. 35) que a função social do contrato pressupõe que a utilização do bem e o desenvolvimento do contrato devem atender à conveniência social, devendo ajustar-se aos interesses de toda sociedade.

Montesquieu (1964, p. 134) ensinava que o direito emana da sociedade multifacetada, de aspectos diversificados, como resultante do poder social, como reflexo dos objetivos, valores e necessidades sociais, como manifestação ou efeito de fatores sociais, históricos, técnicos, econômicos, culturais, psicológicos, morais, religiosos, até mesmo o clima, a geografia e a raça influem sobre a criação do Direito.

Dessa forma, a inclusão da exigência do respeito à função social do contrato no terreno da regulamentação geral do direito contratual é reflexo de uma mudança na consciência individual, passando a ser de interesse do indivíduo moderno não apenas a

¹¹¹ “O Direito Natural sustenta como tese suprema a existência de um direito que sobreleva todo poder humano ou divino e que é dele independente. O conteúdo da idéia do direito como tal não tem sua fonte no domínio do poder e da vontade mas no da razão pura. Nenhum ato de autoridade pode mudar ou retirar seja o que for ao que essa razão concebe como existente, ao que é dado em sua pura essência. A lei, em seu sentido primeiro e originário, no sentido da *lex naturalis*, jamais se resolve numa soma de atos arbitrários. Ela não é a totalidade do que foi ordenado e estatuído: é o estatuinte originário, *ordo ordinan* e não *ordo ordinatur*. (...) Ao decretar as leis positivas, o legislador conserva os olhos fixados numa norma de validade universal, exemplar, coerciva para a sua própria vontade e para todas os outros. É nesse sentido que se deve entender a célebre frase de Grotius de que todas as teses do direito natural conservariam sua validade mesmo admitindo que não exista nenhum Deus ou que a própria divindade não tivesse a menor preocupação com as coisas humanas. (CASSIRER, Ernest. A filosofia do iluminismo. Campinas: Unicamp, 1997, p.322).

celebração de pactos obrigatórios de forma egoística, mas sim pactos justos. É para garantir a prevalência dessa visão comum dos indivíduos contra o desvio de alguns, em particular, que se defende a supremacia da faceta que representa o interesse social sobre a faceta individual.

Conforme a lição de Villaça Azevedo (1998, p. 119), pelos contratos, os homens, devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.

Finalmente, a fim de fundamentar todo o exposto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, dentre os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, bem como em vários outros artigos, dá grande destaque à função social do contrato e à prevalência dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, fundamentado-se na dignidade da pessoa humana, na livre iniciativa e na cidadania - preceitos próprios e fundamentais para a realização da cidadania.¹¹²

¹¹² Apesar dos avanços, muitos fatores negativos, como as ambições de riqueza e poder, a valorização excessiva dos bens materiais, o egoísmo e a falta de solidariedade, a ignorância, o preconceito e a intolerância, impedem que esses direitos sejam uma realidade para todos. Entretanto, longe de ser motivo para desânimo e acomodação, esses obstáculos devem ser tidos como desafios que podem e devem ser superados. (DALLARI. Dalmo A. Op. cit., 2004, p. 100).

CONCLUSÃO

As considerações, singela e sinteticamente alinhavadas, permitem traçar um rol de conclusões que apontam para um perfil da disciplina que se entende pertinente em relação ao princípio da função social do contrato, as quais se passa a expor.

Inicialmente, na concepção do Estado Liberal de ideais iluministas, quando o interesse individual era o cerne de tudo, o contrato, fruto de liberdade, era apenas regulado pela autonomia da vontade tornando-se instrumento de opressão. No Estado Democrático de Direito o direito contratual passou a ser orientado pelos princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato subsumido pelos princípios e objetivos constitucionais do solidarismo e dignidade da pessoa humana na busca do bem comum.

Nessa nova dimensão de Estado, a justiça social é inserida em outra categoria, a de justiça geral que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, corrigindo os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e do capitalismo.

Verifica-se que, para a efetividade dessa finalidade, a função social do contrato é presente já nos requisitos de validade do contrato expressos genericamente a todos os negócios jurídicos, ou seja, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

O Direito e as Constituições contemporâneas são impregnados de um contexto axiológico em que o social-democrático é a diretriz fundamental a ser perseguida pelos cidadãos e pelo legislador.

Decorrente da superação da ideologia liberal o Estado Democrático subsume todos os ramos do Direito aos valores fundamentais da pessoa humana, delimitando direitos até então considerados absolutos como a autonomia da vontade no Direito do

Contrato.

O princípio da autonomia privada revela-se como produto e instrumento de um processo político-econômico fundamentado na liberdade e igualdade formal, arraigado pelo liberalismo vigente. No entanto, passa a ser limitado pelo interesse geral e da justiça a partir da intervenção estatal exercida pelo Estado Democrático de Direito com vistas a atender às exigências promotoras do desenvolvimento econômico e o bem-estar social, sem prejuízo da dignidade da pessoa humana. O contrato não encontrou o seu fim. Isto é, reduziu-se à liberdade de contratar em benefício da ordem pública.

Como consequência, percebeu-se que o vínculo contratual era usado abusivamente desatendendo sua função social, visto que a liberdade excessiva de um dos contratantes importava na supressão da liberdade e no desequilíbrio das forças volitivas e encargos contratuais do outro. Assim, inseriu-se o princípio do equilíbrio econômico do contrato, a fim de corrigir os desequilíbrios existentes, consubstanciado na concepção das relações justas e solidárias através da proibição da lesão e onerosidade excessiva a uma das partes, para afastar, dessa forma, o abuso do direito e finalmente, garantir a equidade das relações contratuais e a ordem econômica, pressupostos indispensáveis à promoção do bem comum.

Evidencia-se, que na concepção do abuso do direito pautado pelo individualismo, o legislador responde com a inserção do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual. Pelo princípio da boa-fé objetiva impôs-se aos contratantes a forma para a obtenção do bem comum, consistente na lealdade, solidariedade, honestidade e fraternidade que deverão pautar as relações particulares no caminho para sua realização, seja na fase pré-contratual, na contratual ou na pós-contratual.

Conseqüentemente, verifica-se que os princípios e objetivos constitucionais são os fundamentos jurídicos ordenadores da função social do contrato cujo cerne é que qualquer vínculo contratual estabelecido tem um objetivo social e econômico a ser cumprido

por seus contratantes.

Apresenta-se ao ordenamento jurídico a socialidade do direito de propriedade através da previsão constitucional de que o direito de propriedade é livremente assegurado e protegido enquanto servir ao interesse social, às necessidades comuns, refletindo nitidamente no campo do Direito Contratual, tendo em vista a condição que lhe foi atribuída de veículo de circulação de riqueza.

Entretanto, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois corresponde à estrutura do direito de propriedade. Manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Enfim, a função social da propriedade infere-se à estrutura e ao conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta seu próprio regime e a transforma em instituição de Direito Público, apesar de a mais atual doutrina e jurisprudência não terem percebido seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado.

Desta feita, no campo do Direito Civil, a função social do contrato configura-se como princípio basilar, preambular do Direito do Contrato, até mesmo pela forma exposta no Código Civil, como primeiro artigo do Capítulo que trata “Dos Contratos em Geral”.

Assim, em inafastável paralelo à função social da propriedade, conclui-se que o princípio da função social do contrato não se resume a limitar a autonomia privada ou ser mais um princípio aplicativo ao instituto do contrato.

O princípio da função social do contrato estabelecido no Código Civil é princípio intrínseco e inerente à própria estrutura do Direito Contratual, que o transforma em instituto com forte caráter de Direito Público, e da mesma forma que a função social da propriedade, carente de observação doutrinária e jurisprudência adequada a sua aplicação e

amplitude.

Trata-se de um dever imposto aos contratantes na elaboração do contrato, na execução do contrato e no pós-contrato.

Como princípio geral de direito que é, de caráter inerente, ordena a consecução do fim a que se destina o contrato, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos; ao contrário, compatibiliza-os e representa, em nova ordem, a realização do bem comum.

Ainda que de maneira tardia, denota-se o reconhecimento da socialidade no âmbito do Direito Privado fecundado com a proclamação da Constituição Federal de 1988. Assim, apresenta-se a norma do artigo 421, do Código Civil, em perfeita sintonia com a conjugação dos artigos 1º, 3º e 5º, da Constituição Federal de 1988, e com a própria norma do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

É inegável o reconhecimento da socialidade do Código Civil brasileiro frente aos demais países, com exceção da Itália, que é a grande propulsora do fenômeno da socialidade junto ao instituto do contrato. Neste sentido, o Código Civil italiano e o atual Código Civil brasileiro são pioneiros na positivação do princípio da função social do contrato, direcionando a ordem jurídica para uma maior funcionalização do contrato e sua repercussão do social.

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sob a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana em todos os seus atributos como resultante de dever imposto como regra comportamental aos contratantes, consubstanciada em uma profunda reflexão das questões sociais, filosóficas e econômicas.

Assim, a natureza social do contrato refere-se aos contratantes que deverão atentar na celebração de seus negócios jurídicos à socialidade, ou seja, atender a uma finalidade social através da celebração de contratos úteis e justos entre as partes contratantes,

o que produzirá, conseqüente e positivamente os mesmos efeitos na sociedade.

Dessa forma, o princípio da função social do contrato não se resume a simples limitador ou restringidor da liberdade contratual; além disso, é fator determinante do comportamento dos contratantes, sendo pressuposto de validade, de estímulos e sanções de determinadas condutas.

Assim, conclui-se que a função social refere-se ao aspecto interno do contrato, ou seja, é um componente de sua estrutura, responsável por orientar, realizar o próprio instrumento.

O direito contratual, a autonomia privada, a liberdade contratual permanecem subjetivos, individuais, mas, essencialmente, norteados sob a ordem da socialidade, a fim de evitar sua negativa validade jurídica.

Reconhece-se no âmbito do direito privado toda a estrutura constitucional advinda da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois é sob esse primado que se fundamenta a socialidade contratual.

A condição sinalagmática do contrato, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a contemplar mais um elemento de caráter difuso, que é a realização do bem comum através do reflexo provocado por cada relação particular na sociedade.

A dogmática jurídica é obrigada a assumir dimensões ignoradas pelo liberalismo político que a inspirou e substituir, necessariamente, o caráter tecnicista, o estilo generalizador e o ideário individualista dos códigos tradicionais por soluções metaindividuais. Justifica-se dessa maneira, a função social do contrato na relevância social do interesse que se quer tutelar e no fim que se pretende alcançar.

Assim, para a identificação da função social do contrato, no caso concreto, cabe ao intérprete e aplicador da lei, em primeiro lugar, humanizar o processo, através da valoração do ser humano que integra a lide, e aqui verifica-se a aplicação do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Em segundo, analisar a questão sob a ordem da equidade e

dos bons costumes, tendo em vista que para cada sociedade há um padrão médio de conduta. Assim fazendo, confrontará, sob a ordem da legalidade, o que é comumente realizado e aceito em determinado meio, bem como a capacidade de discernimento e econômica dos contratantes.

Isto porque, os costumes e as relações sociais da população de uma grande metrópole não serão os mesmos da população de uma cidadezinha pobre do interior, distante e isolada dos grandes centros. Da mesma forma, ainda, a cultura de uma população predominantemente católica será diferente da cultura de uma população muçulmana. Neste sentido, as pessoas diferem umas das outras, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais, decorrendo daí os direitos fundamentais, que são iguais para todos. Obviamente, todos os seres humanos acabarão sofrendo as influências da educação que receberam e do meio social em que vivem, mas isto não elimina sua liberdade essencial.

Tal premissa, fundada em preceitos constitucionais, garante a segurança jurídica das relações, pois invoca o equilíbrio moral, o balanceamento de valores na compreensão daquilo que deve ser feito.

A efetividade da finalidade social inserida no contrato, encontra-se fundada no princípio da eticidade, cuja base fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. *Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, 1995.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução- de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Direito romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. II.

_____. As figuras correlatas da elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Vol. I, p. 19.

_____. *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro*. Roma e América. Diritto romano comune. Moderna: Mucchi, n. 7, 1999.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. In: PASINI, Nelson et al. (Coord.). *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método/Banco Real, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda, et al. *Código do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. A função social dos contratos no Novo Código Civil. In PANSINI, Nelson et al. (Coord.). *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método/Banco Real, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMIGO, Manuel Garcia. *Instituciones de derecho civil*. Parte General. Madrid: Editoriales de Dercho Reunidas, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 20, out./dez. 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 775, maio 2000.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 750/117, abr. 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969/Napoli: Scientifich Italiane, 1994.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. São Paulo: Red Livros, 2000.

_____. *Diretos das obrigações*. 8.ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clóvis Beviláqua. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958. Vol. II.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milão: Doult. A. Giuffrè, 1987/1998/2000. Vol. 3.

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BITTAR, Eduardo C. Bianca. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Di Comunità, 1977.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C Varriale [et.al.] 5.ed. Brasília: UNB. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Vol. 1 e 2.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CABRAL, Rita Amaral. A tutela delitual do direito de crédito. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gomes da Silva*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 1998.

Carta Encíclica “*Rerum Novarum*” do Papa Leão XIII, de 15.05.1891.

Carta Encíclica “*Quadragesimo Anno*” do Papa Pio XI, de 15.05.1931.

Carta Encíclica “*Mater Et Magistra*”, do Papa João XXIII, de 15.05.1961.

Carta Encíclica “*Pacem in Terris*”, do Papa João XXIII, de 11.04.1963.

Carta Encíclica “*Populorum Progressio*” do Papa Pablo VI, de 26.03.1967.

Carta Encíclica “*Centessimus Annus*” do Papa João Paulo II, de 01.05.1991.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Temas atuais de direito*. São Paulo: Ltr, 1998.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Indenização por equidade no novo código civil. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2002.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Campinas: Ed. Unicamp, 1997.

CERQUEIRA CÉSAR; Joaquim Portes de. ROSAS, Roberto. ALVIM, Arruda (coords.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. In Clarence Morris (Coord.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol. 1.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. O que é um princípio. In: GRAUS, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). *Estudos de direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

DIENER, Maria Cristina. *II contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la Buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 4.ed. De acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. Vol.1.

_____. *Código Civil anotado*. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil: parte especial: disposições finais e transitórias*. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 22.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 2.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Conflito de normas*. 5.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extra-contratuais*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 2-4.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

_____. *A teoria do direito objetivo*. Rio de Janeiro: Estabelecimento Graphico Villani & Barreto.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* (Einführung in das juristische denken).

8.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAND, Frédérique. *Droit prive allemand*. Paris: Dalloz, 1997, n. 287.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Legitimidade na Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Pinto. Sociabilidade. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 69.

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

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALGANO, Francesco. *Rappoti economici, in Commentrio della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*. Bologna: Zanichelli Editore, 1982.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial*. 3.ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994.

GHESTIN, Jacques. Avant propos. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *La nouvelle nrise du nontrat*. Paris: Dalloz, 2003.

_____. *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français: principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal: Institut de Droit Comparé – Faculté de Droit Université MacGill; Coop. Harpell, 1982.

_____. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, Sirey, v. 26, 1981.

_____. *Traité de droit civil: les obligations – les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992.

_____. *Traité de droit civil: le contrat: formation*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito (Introduction historique au droit)*. 2.ed. Trad. A M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

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

GOMES, Luis Roldão de Freitas. As cláusulas abusivas e o poder de integração do juiz. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, vol. 22.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Direitos reais*. Atualização de: Luiz Edson Fachin. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. Alienação Fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. Introdução ao Direito Civil. 4.ed.. Ri de Janeiro: Forense, 1974.

_____. Reflexões sobre a lesão. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GORLA, Gino. *El contrato (II contratto)*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosh, 1959.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Função social da propriedade (direito econômico). In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 39, 1977.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

GROSSO, Giuseppe. Il problema dell'autonomia privata attraverso l'esperienza viva degli ordinamenti giuridici romani. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: CEDAM, 1950. Diritto privato, Vol. 3.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Trad. esp., Barcelona: Ariel, 1987.

HEDEMMAN, J. W. *Tratado de Derecho Civil: derecho de obligaciones*. Trad. José Luis Díez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madri: Revista de Derecho Privado, vol. 3, 1958.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, 45/141; n.17, jan./fev., 1987.

_____. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In *Revista do Advogado. Novo Código Civil*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, Dezembro de 2002.

IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Linguaggio e regole del diritto privato*. Padova: CEDAM, 2002.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 5.ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1967.

LARENZ, Karl. *Base Del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Trad. Carlos Fernández Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

_____. *Derecho justo*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

_____. *Derecho de obligaciones*. Trad. De Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. Vol. 1.

_____. *Metodologia da ciência do direito* (Methodenlehre der redhts-wissenschaft). 3.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARROUMENT, Christian. *Droit Civil: les obligationas, le contrat*. 4.ed. Paris: Economia, 1998. Tomo 3.

LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu (The rise of european liberalism)*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOCKE, John. In: Clarence Morris (Coord.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JUSTINIANO, I. *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução do direito romano*. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. 3.ed. rev. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais - Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2005.

HOBBS, Thomas. In Clarence Morris (Coord.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3.reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações: contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. Vol. III

_____. *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, Vol. IV.

_____. *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, Vol.VI.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Equilíbrio contratual. In: *Direito Civil Constitucional*. Cadernos I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LOUREIRO, Luis Guilherme. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

MALFATTI, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 2, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 14.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código Civil de Defesa do Consumidor*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Benjamin, Antonio Herman V.. Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do consumidor*. 2.ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do Contrato. In: ALVIM, Arruda et al. (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. A boa-fé como modelo. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, vol. 21, 2002.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V, t. II.

_____. O direito privado como um 'sistema em constituição': as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 753, julho/1998.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAUNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia Del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1974.

MAZEAUD, Henri *et al.* *Lecciones de derecho civil*. Trad. Luiz Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969. Parte 2, Vol. 1.

MESSINEO, Francesco. *II contratto in genere*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1973. Vol. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 29.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 2ª Parte.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 29.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTESQUIEU, L'Esprit des Lois, cap.III. In: SALDANHA, Nelson. *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORRIS, Clarence (Coord.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, v. 630, p. 247-249, abr. 1988.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

NALIN, Paulo. *O Novo Código Civil: o novo direito de empresa e os títulos de crédito*. Disponível em: <www.juspodium.com.br>. Acesso em: 12 jul.2004.

NAVARRO, José Maria Manresa. *Comentários al Código Civil Español*. 7.ed. Madrid: Réus, t.VIII, 1952, Vol. II.

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

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

_____. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de monografia: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Sydnei de. *O contrato: como poder de influencia dominante e as conseqüências de seu uso abusivo*. São Paulo: Método, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: fontes das obrigações*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. 3.

_____. *Lesão nos contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *II diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1984.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 10.ed. Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence 1926. Tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Vol. 38.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratados das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

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

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

_____. *O Direito e a vida dos direitos*. 3.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Vol. 1.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 20.ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Questões atuais de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Visão geral do projeto de Código Civil. *Cidadania e Justiça Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, v. 5, n. 10, 1º semestre 2001.

_____. O novo Código Civil: para estruturas novas, novos paradigmas. Encarte da *Revista Problemas Brasileiros*, nº 353, Fed. Com. São Paulo, set/out. 2002.

_____. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens. A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito. *Revista Forense*, São Paulo, ano 74, v. 262, abr./jun. 1978.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. Direitos dos contratos e regulação do mercado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 22, 2002.

_____. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra:Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro. In: RENAN, Lotufo (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. Cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Responsabilidade civil pré-contratual*. O rompimento das tratativas. Pensamento Jurídico, vol.III, Juruá, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. Vol.1.

RODRIGUES, Luciana Françoso. A função social da propriedade no Direito Civil comparado. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

ROMANO, Salvatore. *Abuso del Diritto*. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè. Vol. I.

ROPPO, Enzo. *Causa típica, motivo relevante, contratto illecito*. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattual e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982.

_____. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Rolando Roque da Silva. O contrato social e outros escritos. São Paulo: Cultrix, 1965.

_____. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. O contrato social e outros escritos. São Paulo: Cultrix, 1965.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: direito das obrigações/direito hereditário*. 3.ed. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973. Vol.1 e 3.

_____. *Institutos de Direito Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Atualização Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

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

SANTOS, Eduardo Sens de. A função social do contrato. Elementos para uma conceituação. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. 13, jan./mar., 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 4 volumes.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos Humanos, Urgente!*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. Os direitos naturais do homem. Disponível: <www.ac@demus.pro.br>. Acesso em 22 jun. 2006.

_____. Bem comum: unidade na multiplicidade. Disponível: <www.ac@demus.pro.br>. Acesso em 22 jun. 2006.

_____. *Segurança jurídica e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Poderes éticos do Juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Cidadania e direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, v. 309, jul./2003.

_____. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da

boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 23, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O juiz e a revelação do direito in concreto. *Revista Forense*, v. 360, p. 30-31.
TOBEÑAS, José Constan. *Derecho Civil Español, común y foral*. Madrid: Réus, t. 3, 1954.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord). *Temas atuais de direito*. São Paulo: Ltr, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 2.

WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: obrigações e contratos*. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2.

_____. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

WIEACKER, Fraz. *História do Direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespenha. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1980.

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Éllen Cássia Giacomini Casali

**“A NATUREZA SOCIAL DO CONTRATO: sua efetividade
como imperativo da cidadania”**

São Paulo
2006