

TAIANE FRANIO DE BARROS

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL
DE 2002

BRASÍLIA

2011

TAIANE FRANIO DE BARROS

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL
DE 2002

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Júlio Lérias

BRASÍLIA

2011

Dedico esse trabalho primeiramente ao meu orientador por me guiar para mais essa conquista e a minha mãe por me apoiar em todas as dificuldades enfrentadas.

RESUMO

A monografia aborda a aplicação da função social do contrato nas relações contratuais entre particulares. Neste sentido, discute-se a latente publicização do direito privado e a constitucionalização do direito civil. Concomitantemente utilizando-se de uma extensa pesquisa doutrinária, o presente estudo discute a nova realidade social em que o Código Civil de 2002 foi promulgado, bem como suas diretrizes teóricas e cláusulas gerais. A partir de uma pesquisa jurisprudencial visa-se demonstrar a efetiva aplicabilidade do princípio da função social como parte inerente da relação contratual. O problema a ser discorrido é a possibilidade da aplicação efetiva da função social do contrato em relações contratuais entre particulares. A hipótese apresentada é respondida afirmativamente no sentido do instituto contratual possui com elemento inerente o princípio função social, como também a sua aplicabilidade entre particulares nas relações contratuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Cláusulas Gerais; Diretrizes Teóricas; função social; autonomia da vontade; interesse social.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
Capítulo 1 – A função social do contrato no direito civil	9
1.1 – A funcionalização dos institutos de direito privado	9
1.2 - Cláusula geral da função social do contrato.	14
1.2.1 – A boa fé objetiva.....	19
1.3 - Função social do contrato e a mitigação à autonomia privada.....	21
CAPÍTULO 2 - A Função Social do Contrato Civil no Ordenamento Jurídico.	27
2.1 – As diretrizes teóricas do código civil de 2002	27
2.2 - A função social do contrato no código de 2002.....	35
2.3 – Função social do contrato como princípio constitucional implícito.	46
CAPITULO 3 - Função Social do Contrato na Jurisprudência.	51
3.1 – Análise de Casos.....	51
3.2 – Função Social do contrato de leasing.	54
3.3 – Função Social dos contratos de alienação fiduciária.....	59
3.4 - Função Social do contrato de plano de saúde.	62
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Com o advento do atual Código Civil, a função social dos contratos foi efetivamente positivada com o intuito de abarcar a nova realidade contratual que se encontra no ordenamento jurídico.

O Código Civil de 1916 foi criado dentro de um contexto contratual totalmente diferente da realidade social de hoje. Neste sentido o diploma legal de 2002 inverte os valores até então aceitos, sobrepondo o social em face do interesse individual.

O Código Civil de 2002 está amparado em quatro diretrizes teóricas básicas; operabilidade, socialidade, eticidade e sistematicidade. O legislador, baseado principalmente na diretriz da socialidade traz positivado o princípio da função social do contrato, acarretando assim, uma adequação legislativa que acompanha a evolução da sociedade.

A função social dos contratos definida no código civil é uma consequência da constitucionalização do direito civil como também da publicização do direito privado. O direito privado, hoje, não se resume apenas em relações individuais e privadas, a publicização trata especificamente de exercer relações privadas, porém pautadas em uma relevância social.

A finalidade e proposta desse estudo é caracterizar a possibilidade de interpretação e a aplicação do direito, reconhecendo a função social no contrato entre particulares.

A importância do referido trabalho é a tentativa de abordar a relevância para o cenário atual do princípio da função social do contrato, bem como demonstrar o mesmo como um princípio constitucional implícito.

O problema que será apresentado a seguir é a aplicabilidade do princípio da função social nos contratos entre particulares, neste sentido, a

aplicação do direito em um âmbito social, reconhecendo a função social nas relações contratuais entre particulares.

Nesse diapasão, a hipótese a ser respondida afirmativamente ao problema proposto será analisada nos capítulos deste estudo monográfico.

No primeiro capítulo aborda-se a função social do contrato no direito civil. O referido trabalho alude à funcionalização dos institutos de direito privado, descrevendo as origens do mesmo no direito romano, e sua funcionalidade no Brasil. O capítulo também aborda a publicização do direito privado, bem como inicia a definição de cláusulas gerais adotadas pelo atual código civil. Por fim, discorre sobre a função social do contrato e a mitigação da autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico Brasileiro. As cláusulas gerais utilizadas no Código Civil de 2002 são uma resposta a necessidade de alteração do sistema fechado utilizado anteriormente no diploma legal de 1916.

Segue-se, portanto, o segundo capítulo que aborda as diretrizes teóricas do Código Civil de 2002. O capítulo inicia-se com um breve histórico sobre a realidade do país na vigência do Código Civil de 1916, que foi criado para uma sociedade com traços estritamente coloniais, e patrimonialistas. Neste sentido o antigo Código Civil foi promulgado com um sistema fechado de normas e dispositivos. No mesmo capítulo, discorre-se efetivamente sobre o princípio da função social do contrato no Diploma Civil atual, bem como o referido instituto como princípio constitucional implícito. Neste capítulo, discorre-se sobre o tema central no trabalho, ou seja, o princípio da função social do contrato.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra a aplicação do princípio na jurisprudência dos tribunais. O capítulo inicia-se com um apanhado jurisprudencial da aplicabilidade do princípio da função social do contrato nos julgados atuais. É de grande importância trazer para o presente trabalho a

efetiva utilização do princípio, que está cada vez mais sendo utilizado no entendimento dos tribunais, dando efetividade a sua aplicação.

Capítulo 1 – A função social do contrato no direito civil

1.1 – A funcionalização dos institutos de direito privado.

O direito privado teve origem no direito romano, onde a teoria geral do direito já era dividida em duas vertentes, o direito público e o direito privado. A primeira vertente tratava a respeito do estado, relações jurídicas estatais, a segunda, direito privado, tratava das relações privadas.¹ “Segundo conhecida passagem do Digesto (533 d.C), *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*”², o direito privado, portanto se diferencia do direito público, pois engloba direitos naturais inatos do indivíduo, já o direito público tutela interesses gerais.³

No Brasil, o direito privado do Século XIX tratava resumidamente da família, a propriedade, os contratos e a empresa, disciplinas marcadas pelo individualismo e extremo patrimonialismo.⁴

A partir do século XIX ocorreu a necessidade do direito privado englobar a idéia de um direito de estrutura mais social, baseando-se, neste contexto, em valores constitucionais. Os valores iniciais encontrados no direito privado deixam de ser o individualismo e patrimonialismo, para emergir com um conteúdo social. Para isso utiliza de ferramentas como a repersonalização e a funcionalização dos institutos do direito privado.⁵

¹MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7788>.

² A passagem se traduz como: “direito público é aquele que diz respeito ao estado ou coisa romana; privado, às utilidades dos particulares.”

³ BACELLAR, Romeu Felipe Filho. *Direito Público X Direito Privado*. 2004. [on line] Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>

⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7788>.

⁵ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direitos existenciais*. 2004. [on line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29273.pdf/rev630302Funcionalizacao.pdf>

Para Giorgianni, “um dos fatores transformadores do Direito Privado no Século XIX é o advento da idéia moderna de Estado, segundo a qual devem ser atribuídas funções ao estado antes deixadas a cargo do particular.”⁶

O direito privado, hoje, contempla normas de ordem pública, com pressupostos de interesse geral com a função social inerente a vários institutos. Com isso, iniciou-se a publicização do direito privado bem como a privatização do direito público.⁷

Hoje, o direito privado não é apenas um direito dos particulares. O estado quer “evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares a sociedade.”⁸

Com a Constituição Federal de 1988, o direito privado passou a exercer muitas vezes funções que deveriam ser do estado, assim os entes privados, em alguns casos, desempenham funções tipicamente públicas.⁹ Por essa razão o direito privado adota uma perspectiva constitucional.

A constituição é uma fonte que exerce influencia tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, mudando os princípios gerais. “(...) o direito privado é o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a constituição tenta impor (...)”¹⁰

A funcionalização do direito privado se traduz na utilização de institutos inicialmente e originalmente patrimonialistas de uma forma

⁶ GIORGIANNI, Micheli. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, v. 747, jan.1998.

⁷ FIGUEIREDO, Luciano L. *Os reais contornos do principio da função social das propriedades: acesso X funcionalização*. Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA. N° 13. Jan-dez 2006. Pg 159.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito Privado*. 1998. p. 540

⁹ SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. Academia Paulista de Magistrados. [on line]. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=comcontent&id=121#ftn1>

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito Privado*. 1998. p. 253

“permeada de fins maiores, atingindo valores constitucionais”.¹¹ Decorre da releitura do direito privado atual.¹²

A visão social das relações privadas confere um novo caráter ao poder público, pois nessa esteira, o Estado se afigura como garantidor do equilíbrio da ordem privada, e alguns institutos do direito privado devem ser disciplinados na Constituição, e situações antes reguladas apenas pelo direito privado são disciplinadas pelo direito público.¹³

A publicização do direito privado não defende a inexistência do caráter privado das relações jurídicas de direito civil, porém ao serem analisadas em um âmbito constitucional, assumem relevância social.¹⁴

“Em uma sociedade organizada, o exercício de direitos subjetivos não pode exorbitar a função a que correspondem; do contrário, seu titular os terá desviado de seu destino, cometendo um abuso de direito.”¹⁵

Hoje o fenômeno de funcionalização do direito privado não substitui a aplicabilidade das normas de direito privado pelas constitucionais, o direito civil ainda disciplina as relações jurídicas de ordem privada. No entanto, essas relações privadas são “qualificadas pela norma pública, dando maior relevância a seu conteúdo, pois além de satisfazer os interesses dos particulares, também preserva o interesse social.”¹⁶

¹¹ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direito existenciais*. 2004. [on line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29273.pdf/rev630302Funcionalizacao.pdf>

¹² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos e funcionalização*. 2002.

¹³ SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. . Academia Paulista de Magistrados. [on line]. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=comcontent&id=121#ftn1>

¹⁴ SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. . Academia Paulista de Magistrados. [on line]. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=comcontent&id=121#ftn1>

¹⁵ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direito existenciais*. 2004. [on line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29273.pdf/rev630302Funcionalizacao.pdf>

¹⁶ SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. . [on line]. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=comcontent&id=121#ftn1>

A funcionalização das normas de direito civil está, portanto, inserida neste contexto. Uma vez que a Constituição afirma como valores fundamentais a boa-fé, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana, os institutos de direito civil passam a ser aplicados com base nessa inspiração valorativa.¹⁷

O direito este cada vez mais vinculado com prismas sociais, neste sentido, alguns institutos de direito privado primam por uma interpretação essencialmente social, já que neles “há interesses que ultrapassam o interesse privado.”¹⁸

A sociedade é uma estrutura em perene transformação que clama por adotar novos paradigmas, nesse contexto é que se visualiza o Código Civil à luz da Constituição, ou seja, a norma privada à luz do interesse público, e a busca da efetividade da ordem pública por meio de preceitos privados, providência salutar para a modernização do ordenamento jurídico.¹⁹

O Código Civil sempre foi tido como centro das relações no âmbito do direito privado, existindo uma separação entre as normas constitucionais, que deveriam cuidar do direcionamento dos poderes estatais, enquanto o Código Civil regulava as relações individuais e privadas. O diploma legal de 1916 foi elaborado sobre essa vertente, em que consistia em um verdadeiro regulador do direito privado.²⁰

Com a evolução constante do direito e a desenfredda publicização do direito privado, o Código Civil de 2002, trouxe uma roupagem

¹⁷ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direitos existenciais*. 2004. [on line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29273.pdf/rev630302Funcionalizacao.pdf>.

¹⁸ SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. Academia Paulista de Magistrados. [on line]. Disponível em: <http://www.apmbr.com.br/index.php?option=comcontent&id=121#ftn1>.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Renovar. 2000.

²⁰ ARAUJO, Alexandre. *A constitucionalização do Direito Civil*. 2008. Revista Artigonal. Disponível em: <http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/constitucionalizacao-do-direito-civil-431269.html>

diferenciada, não sendo mais considerado como “a constituição apenas do direito privado”.²¹

O código civil traz características singulares provenientes dos princípios sociais adotados pela carta magna promulgada em 1988. Hoje, a constituição federal regula além da ordem econômica, a ordem social, efetivando-se como uma constituição social, a qual regula e controla os poderes econômicos, políticos e sociais. Prima pela garantia dos direitos individuais e tutela dos mais fracos.²²

Assim, a Constituição assume um novo papel de regência das relações privadas, conferindo uma nova unidade do sistema jurídico. A posição hierárquica da Constituição e sua ingerência nas relações econômicas e sociais possibilitam a formação de um novo centro unificador do sistema, definindo seus verdadeiros pilares e pressupostos de fundamentação.²³

A posição hierárquica, com relação aos demais diplomas legais, em que se encontra a Constituição Federal se encontra induz ao surgimento de um direito civil-constitucional, pois a tutela individual inerente do direito civil privado se perfaz em razão da observância do coletivo, torna imprescindível a “valoração da comunidade em que o indivíduo se encontra.”²⁴

A respectiva mudança, acima descrita, no ordenamento jurídico brasileiro trouxe inúmeras inovações ao projeto do código civil apresentado. O atual código possui influências claras do fenômeno da publicização do direito privado. “Esse momento de transformação é sentido

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. 2002. Jus Navigandi. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>

²³ ARAUJO, Alexandre. *A constitucionalização do Direito Civil*. 2008. Revista Artigonal. Disponível em: <http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/constitucionalizacao-do-direito-civil-431269.html>

²⁴ ARAUJO, Alexandre. *A constitucionalização do Direito Civil*. 2008. Revista Artigonal. Disponível em: <http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/constitucionalizacao-do-direito-civil-431269.html>

pelo legislador expressamente no novo Código Civil, quando trata a respeito da função social e do princípio da boa-fé, como normas de ordem pública.”²⁵

Dentre várias inovações que a funcionalização do direito privado trouxe para o ordenamento jurídico, a função social se encontra em posição de destaque. O código civil inova ao incluir em vários dispositivos o princípio da função social.

Por fim cumpre discorrer sobre o princípio da função social nos termos do atual código civil brasileiro, bem como a utilização de um sistema aberto de cláusulas gerais para a efetiva aplicação do conteúdo social no diploma legal acima descrito.

1.2 - Cláusula geral da função social do contrato.

Inicialmente, cumpre discorrer sobre o sistema de codificação diferenciado, que foi utilizado pelo Código Civil de 1916. O diploma legal anterior pouco possuía os institutos das cláusulas gerais, o legislador, portanto, adotou o sistema fechado para sua operacionalização.²⁶

O antigo Código Civil trazia consigo características patrimonialistas e conservadoras, já que foi elaborado em uma época diferente da atual, onde primava uma economia estável e essencialmente agrária, com relações civis focadas na propriedade. No código civil de 1916, o julgador se propunha a observação apenas da lei como fonte do direito.²⁷

²⁵MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

²⁶HENTZ, André Soares. *O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5219>.

²⁷ AGUIAR, Ruy Rosado. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. Palestra no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro, Porto

Ao adotar um sistema fechado, o legislador desprezou os usos e costumes locais, privilegiando a regra estabelecida na lei, o que evidenciou, em última instância, a arrogância do legislador, que se julgava suficiente para tudo prever e regular.²⁸

Cabe frisar que a sociedade em que pairava o antigo código civil de 1916 se encaminhava ao sentido oposto da socialização, já que a economia nesse momento era extremamente rudimentar e pós-escravocrata. Neste contexto, o diploma anterior valorou-se pouco dos princípios sócias ora aqui discorridos.²⁹

O atual Código Civil pautou-se durante sua elaboração na diretriz da socialidade, a idéia do legislador era ultrapassar o individualismo excessivo encontrado no diploma anterior. Neste contexto, essa mudança trouxe à tona a elaboração de normas abertas, cláusulas gerais, que dão ao julgador uma maior liberdade para a aplicação da norma.³⁰

Para o renomado autor Gustavo Tepedino as cláusulas gerais são conceituadas com:

(...) normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.³¹

Alegre, Fac. Direito UFRGS, Conselho da Justiça Federal, 30 de abril de 1999. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/465/Projeto_do_C%c3%b3digo_Civil.pdf?sequence=1

²⁸ AGUIAR, Ruy Rosado. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. Palestra no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro, Porto Alegre, Fac. Direito UFRGS, Conselho da Justiça Federal, 30 de abril de 1999. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/465/Projeto_do_C%c3%b3digo_Civil.pdf

²⁹ OLIVEIRA, Michele C. S. Colla de. *Breve análise da função social do contrato*. Revista *jurisway*. 2009. [on line] Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1782

³⁰ CASTRO, Monica. *A desapropriação judicial no novo código civil*. Revista *Mundo Jurídico*. [on line]. 2003. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/artigos

³¹ TEPEDINO, Gustavo. *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.

O legislador ao introduzir as cláusulas gerais teve a intenção de tornar o diploma atual apto de acompanhar a evolução natural do direito civil, bem como as relações jurídicas decorrentes. As cláusulas gerais contêm, em nosso ordenamento jurídico brasileiro, princípios éticos para solução de conflito no caso concreto.

A vantagem das cláusulas gerais repousa sobre a convicção de que o legislador, não tendo o dom da onisciência, seria incapaz de disciplinar todas as múltiplas questões que surgem no seio da sociedade e que demandam a atenção do Direito. Por conseguinte, **ao juiz caberia um papel ativo, de construção do Direito, e não apenas de sua aplicação.**³² (grifo nosso)

A utilização das cláusulas gerais pelo ordenamento jurídico Brasileiro revela a atualização legislativa que o atual cenário jurídico necessita.

Do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.³³

O contrato tornou-se um fenômeno que não é apenas a expressão da autonomia privada.³⁴ O instituto abandonou a “posição individualista para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”³⁵

Com o advento do atual código civil houve alteração na forma de interpretar o instituto contratual. O contrato deixou de ser apenas um mero acordo de vontades, as quais satisfaziam apenas anseios individuais para ser

³² SAMPAIO, Rodolpho Barreto Junior. *A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo*. Revista do Conselho Nacional de pesquisa e pós Graduação em Direito. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf

³³ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. 1999.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. 1998. pg 258.

³⁵ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. 1999.

uma forma de convívio social e “preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força.”³⁶

Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser (...).³⁷

O legislador ao incluir a cláusula geral da função social do contrato no atual código facultou ao indivíduo o direito de contratar, porém a relação oriunda dessa contratação deve estar vinculada a sua respectiva função social na coletividade em que está inserido.³⁸ Portanto, o respectivo instituto atribuído aos contratos traz a idéia de uma relação harmônica entre a liberdade individual e a solidariedade.

De acordo com o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes:

“[liberdade e solidariedade]... seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um, com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.”³⁹

O princípio da função social do contrato não exclui a liberdade de contratar, bem como os princípios de *pacta sunt servanda*. Os princípios

³⁶ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. 1999.

³⁷ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. 1999.

³⁸ SAMPAIO, Rodolfo Barreto. *A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo*. Revista do Conselho Nacional de pesquisa e pós Graduação em Direito. [on line] Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf

³⁹ SAMPAIO, Rodolfo Barreto. *A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo*. Revista do Conselho Nacional de pesquisa e pós Graduação em Direito. [on line] Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf

sociais inseridos no instituto contrato “alteram profundamente o conteúdo da atividade contratual, ao exigirem uma postura mais humana e social.”⁴⁰

Há quase unanimidade na doutrina que o disposto no art. 421 do Código Civil constitui cláusula geral de qualquer contrato (...) Não há dúvida, pois, que o novo Código Civil rompeu a tradição liberal dos contratos, contemplando figuras típicas como a boa-fé objetiva, o abuso do direito e a excessiva onerosidade, bem como e principalmente reconhecendo a função social dos contratos, de modo que o dogma da autonomia da vontade reclama nova leitura.⁴¹

O artigo 421 do código civil determina que os interesses individuais de ambas as partes contratantes sejam atribuídos em virtude dos interesses sociais, prevalecendo sempre os princípios sociais.

Para Miguel Reale o “contrato é um elo que põe o valor do individuo como aquele que o cria, mas, estabelece a sociedade como lugar onde o contrato vai ser executado” Para o autor o contrato nasce da relação entre o individuo e os valores da coletividade.⁴²

O modelo clássico de contrato, por exemplo, de cunho individualista e voluntarista, dá lugar a um modelo novo, que privilegia a concretização material de princípios e valores constitucionais voltados, em uma última análise, à efetivação da dignidade da pessoa humana, rompendo-se com aquela idéia de ser o contrato apenas um instrumento da realização da autonomia da vontade privada, para desenvolver uma função social.⁴³

⁴⁰CARVALHO, Paulo César de. *Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade*. Jus Navigandi, 2006. [on line] Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/8077/clausulas-gerais-no-novo-codigo-civil/2>

⁴¹CARVALHO, Paulo César de. *Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade*. Jus Navigandi, 2006. [on line] Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/8077/clausulas-gerais-no-novo-codigo-civil/2>

⁴² REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 1986.

⁴³ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direitos existenciais*. 2004. [on line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29273.pdf/rev630302Funcionalizacao.pdf>.

Neste sentido, a função social do contrato encontra embasamento e validade na medida em que o contrato é interpretado em função do valor justiça e da boa fé.⁴⁴

O Código civil de 2002 dispõe de outro princípio também inerente ao instituto contratual, a boa fé objetiva. A intenção do legislador, nesse sentido, foi inferir na conduta dos contratantes ideais de lealdade e honestidade.⁴⁵ Com isso, as partes contratantes “devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante.”⁴⁶

1.2.1 – A boa fé objetiva

A boa-fé conceitualmente é um estado de espírito que se identifica nas ações humanas, no âmbito contratual a boa-fé conceitua-se como o respeito de certas regras morais pelos contratantes.⁴⁷ Essas regras se encontram entre dois pólos, um subjetivo e outro objetivo. O subjetivo conceitua a boa-fé como lealdade, e o objetivo, que determina que o indivíduo somente está de boa-fé quando agir de forma correta.⁴⁸

O código civil de 1916, bem como o de 2002, quando tratam de boa-fé, referem-se principalmente a boa fé subjetiva. Porém cabe frisar que o presente trabalho apenas tratará da boa fé objetiva presente no âmbito do instituto contratual.⁴⁹

⁴⁴ AGUIAR, Ruy Rosado Junior. *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. 1999.

⁴⁵ MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boafefe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁴⁶ MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. . [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boafefe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁴⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 69.

⁴⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 70.

⁴⁹ VENCELAU, Rose Melo. *Cláusula geral da boa fé objetiva*. Revista da faculdade de direito candido mendes: nova fase - v.7 n.7 jan. / dez. 2002 pg 120

“A boa fé objetiva, como regra de conduta, constitui-se de um dever de agir conforme determinado padrões de honestidade, com o intuito de não frustrar a confiança legítima da outra parte.”⁵⁰

O artigo 422 do código civil em complementaridade ao definido no dispositivo anterior inclui os princípios da boa-fé e da probidade como partes indispensáveis para a validade do contrato. O dispositivo a seguir citado é considerado norma de ordem publica.⁵¹

Dispõe o artigo 422, *in verbis*; “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁵²

O principio da boa fé utilizado no âmbito contratual é objetivo, ou seja, independe da subjetividade da conduta das partes contratantes. Aqui a boa fé é posta como regra de conduta inerente ao contrato.⁵³

Estando a teoria geral dos contratos dotada do princípio da boa-fé objetiva, o magistrado passa a exercer um papel de fundamental importância, na exata medida em que participará da construção de uma nova noção do direito contratual como sendo um sistema aberto que pode evoluir e se completar, a cada momento, diante dos mais variados casos que podem surgir na vida social.⁵⁴

O magistrado, portanto, baseando-se em um sistema aberto e possuidor de cláusulas gerais, poderá ponderar a conduta das partes

⁵⁰ VENCELAU, Rose Melo. *Cláusula geral da boa fé objetiva*. Revista da faculdade de direito candido mendes: nova fase - v.7 n.7 jan. / dez. 2002 pg 123

⁵¹MATEO, Ramon Junior. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. . [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁵² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Artigo 422.

⁵³MATEO, Ramon Junior. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. . [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁵⁴MATEO, Ramon Junior. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002.

contratantes a qualquer momento, quando desviada sua finalidade principal, sendo ela, a observância da função social e da boa-fé objetiva.

A boa fé “assume função semelhante ao da figura do abuso do direito, não admitindo condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, atingindo a função social que lhe é cometida.”⁵⁵

Hoje a cláusula geral da boa-fé objetiva tem enorme importância no instituto do direito contratual, principalmente com a mitigação da autonomia da vontade, tema a ser abordado posteriormente.

Segundo Judith Martins Costa;

A boa fé se conduz nos seguintes termos nos contratos; como norma de interpretação e integração, para determinar o comportamento devido, como limite ao exercício de direitos subjetivos, sistematizando e especificando casos que na ausência de cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos; e como fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional.

Com a extrema necessidade do direito de se desenvolver e se atualizar, o legislador, com o mesmo intuito, dispôs no atual código civil as cláusulas gerais, que permitem “uma freqüente oxigenação do ordenamento jurídico, uma vez a utilização da mesma ocorre de acordo com situações casuísticas que acompanham tempo e lugar específico.”⁵⁶

1.3- Função social do contrato e a mitigação à autonomia privada

A função social do contrato, como já discorrido anteriormente, é vista como uma inovação do direito civil, consolidada pela constituição de 1988, intitulada a constituição cidadã. O texto constitucional traz a ideia de

⁵⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no novo código civil. 2005. pg 73.

⁵⁶ VENCELAU, Rose Melo. *Cláusula geral da boa-fé objetiva*. Revista da faculdade de direito candido mendes: nova fase - v.7 n.7 jan. / dez. 2002 Pg 137

função social da propriedade, porém como analisado adiante, possui implicitamente a função social aplicada ao instituto dos contratos.

[...] o que seria o contrato, senão o instrumento que faz circular riquezas e adquirir a propriedade, enquanto esta é o segmento estático da ordem econômica, aquele é o dinâmico, portanto, tratando de um, estará, por via reflexa, tratando do outro.⁵⁷

O conceito do princípio da função social do contrato, repercute o entendimento sobre o instituto, ressaltando o aspecto público do contrato em detrimento do privado.⁵⁸

A lei civil nesse contexto “opera um avanço na concepção da finalidade da relação jurídica contratual”⁵⁹. A autonomia privada, antes abordada de forma diferenciada no antigo código civil, é hoje acometida da idéia de socialidade disposta na Constituição Federal.⁶⁰

Antes da promulgação da Constituição Federal, bem como do atual Código Civil, a autonomia da vontade era tida como absoluta no âmbito do instituto contratual.

Na visão de Pontes de Miranda, para quem a autonomia da vontade consistia no *auto-regramento da vontade*, a chamada autonomia da vontade é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o gestum que a vincule [...] se a vontade expressa não se chocasse com a

⁵⁷ SILVANY, Arnaldo. *A função social do contrato e a boa-fé objetiva*. [on line] Disponível na Internet: http://www.direitonet.com.br/doutrina/textos/x/52/44/524/direitonet_textojur_524.doc

⁵⁸ ANDRADE, Anelise Seyffarth, *A função Social e a boa-fé do contrato no novo código civil: novos paradigmas*. 2010, p. 27.

⁵⁹ MATEO, Ramon Junior. *A função Social e o Princípio da boa-fé nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁶⁰ MATEO, Ramon Junior. *A função Social e o Princípio da boa-fé nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

*ordem pública e os bons costumes, estabelecia verdadeira lei entre as partes.*⁶¹

A autonomia privada conceitua-se pelo princípio da autonomia da vontade, consagrado no atual Código Civil, atribuindo aos contratantes o poder decidir sobre objeto e forma dos contratos.⁶²

Para Luiz Guilherme Loureiro a liberdade de contratar é de extrema importância, no que tange a eficácia dos contratos, já que confere às pessoas o direito de decidir como e com quem contratar.⁶³

Os fundamentos filosóficos dos contratos eram sustentados pelo liberalismo econômico e respondiam adequadamente às exigências do mercado existente no início do século XIX [...], conseqüentemente, um contrato livremente firmado era considerado justo e o Estado não podia intervir na relação privada formada entre as partes.⁶⁴

Porém houve certa mudança no entendimento da autonomia da vontade, devido ao próprio desenvolvimento da sociedade. A partir desse momento, com o advento do código civil de 2002 e a concretização da função social do contrato, o instituto inevitavelmente teve que incluir a idéia de socialidade nas relações contratuais.⁶⁵

“O curso da história impunha uma evolução no modo de pensar o contrato; reclamava uma mudança principalmente tocante à formação do vínculo jurídico e na sua execução.”⁶⁶

⁶¹ MIRANDA Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1971. 3º ed.

⁶² SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006, p. 63.

⁶³ SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006, p. 65.

⁶⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 42

⁶⁵ MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁶⁶ MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. [on line] Disponível em:

Atualmente, a codificação dos contratos leva em conta não só o seu caráter privado, mas também o comunitário.⁶⁷ O Código Civil, neste contexto, garante a moralidade contratual buscada pelas partes, “mediante a adoção de novos institutos”⁶⁸, como a função social.

Como discorrido anteriormente, a publicização do direito privado, trouxe o estado como pólo interventor das relações privadas. O estado passou a intervir na esfera contratual de maneira mais relevante.

Como exemplo da evolução e publicização do direito privado, foi o advento do artigo 421 do Código Civil, ao dispor sobre a função social inerente ao instituto contratual, determinando que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato.

Hoje, o artigo 421 do Código Civil, o qual aborda a função social do contrato, trouxe uma nova visão sobre autonomia privada. O exercício da autonomia privada foi mitigado, ao restringir-se em decorrência da função social atribuída aos contratos.⁶⁹

Existe nesse sentido uma complementaridade no artigo 421, que se utiliza sem contradição da liberdade de contratar e da respectiva função social, advinda do princípio da socialidade.⁷⁰ O diploma legal traz a idéia de liberdade de contratar, porém, no âmbito da idéia de socialidade.

No entendimento de Judith Martins costa;

(...) a função social do contrato é uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, a restringir o exercício da autonomia privada quando incompatível

<http://jus.com.br/revista/texto/2786/a-funcao-social-e-o-principio-da-boa-fe-objetiva-nos-contratos-do-novo-codigo-civil>

⁶⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 41

⁶⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 45

⁶⁹ SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006, p. 64.

⁷⁰ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009 p. 53.

com as exigências da socialidade, e concebe o princípio da liberdade contratual como pressuposto daquela função, por fundar as bases da disciplina contratual. Assim, afirma que por ser o contrato dotado de função social, a liberdade contratual encontra barreiras, para que seja regularmente exercida.⁷¹

O contrato, atualmente, não é mais composto apenas pelas vontades contratantes, mas sim “por uma soma de fatores que influenciam o conteúdo do negócio jurídico patrimonial, delineando um novo significado ao princípio da autonomia da vontade.”⁷²

A liberdade individual [autonomia privada] e a socialidade estão condicionadas numa relação permanente e progressiva que impede a compreensão de uma sem a outra, pois forma uma unidade concreta em sua relação, na perspectiva de coimplicação e de funcionalidade, cujo resultado é uma totalidade de sentido ao contrato integrado na realidade econômica e social.⁷³

Cláudio Luiz Bueno de Godoy antevém “que a nova noção de autonomia privada não mais encontra justificativa em si mesma, por estar claramente relacionada com a função social do contrato.”⁷⁴

Nesse sentido, a autonomia privada quando conflitante com a socialidade, bem como com a própria função social do contrato, restringe-se, já que o contrato não é mais estabelecido apenas pela vontade dos contratantes.⁷⁵

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 159.

⁷² TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao novo código civil*. São Paulo: Método, 2005.

⁷³ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009 pg 200

⁷⁴ SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006, p. 67.

⁷⁵ SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006, p. 69.

Em outras palavras, o contrato deve orientar as diversas relações de forma a atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a equidade, a solidariedade e a produção de riquezas. Descumprido um desses objetivos, tem-se que o contrato não cumpre sua função social.⁷⁶

Hoje, a função social do contrato foi posta “como fundamento da liberdade de contratar”⁷⁷. O conteúdo social deve ser reconhecido no âmbito da autonomia privada.

O legislador, ao dispor sobre a função social e liberdade de contratar, mostra preocupação com a negociação de um contrato justo, “observando as diferenças econômicas, sociais e culturais entre as partes.”⁷⁸

A norma do artigo 421 do Código Civil torna explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, o que implica a supremacia dos princípios da boa-fé e da equidade, preceitos fundamentais para que o juiz possa analisar a relação contratual não só com base no direito positivo, mas notadamente a luz das regras morais e éticas que correspondem ao interesse da sociedade como um todo.⁷⁹

A autonomia privada deve ser vista, hoje, sob um novo prisma, afastando-se da idéia de liberalidade do Código Civil de 1916. A autonomia privada deve se adequar as atuais situações e as “profundas alterações verificadas no plano dos fatos, ou seja, ter uma nova compreensão e valoração dos elementos que compõem a existência e vontade humana.”⁸⁰

⁷⁶ ANDRADE, Anelise Seyffarth, *A função Social e a boa-fé do contrato no novo código civil: novos paradigmas*. 2010, p. 32.

⁷⁷ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. pg 201

⁷⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005. pg 50

⁷⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005.

⁸⁰ REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*, Revista dos tribunais. 1992. pg 16

CAPÍTULO 2 - A Função Social do Contrato Civil no Ordenamento Jurídico.

2.1 – As diretrizes teóricas do código civil de 2002

O Brasil ao tempo em que se apresentou o código civil de 1916 era uma nação incipiente, rudimentar, onde a indústria mais expressiva era a lavoura, mantida por trabalhadores nacionais e colonos europeus.⁸¹

A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados.⁸²

Neste contexto social, elaborou-se o código civil de 1916, que teve como mentor Clóvis Bevilacqua, adepto da escola exegese. Doutrinariamente, o diploma legal de 1916 estava “inserido em um sistema jurídico fechado, hermético e monolítico. Amparava-se no Positivismo Jurídico, com o objetivo de criação de um sistema jurídico de maior previsibilidade e segurança.”⁸³

O Código Civil foi criado para uma sociedade ainda com traços coloniais, monárquicos e paternalistas, essencialmente agrária e rural.⁸⁴

Neste sentido, as camadas emergentes da sociedade, essencialmente burgueses e fazendeiros, esperavam uma legislação que

⁸¹ GOMES, Orlando. *Raizes históricas do Código Civil*. 2003, p. 24/25.

⁸² GOMES, Orlando. *Raizes históricas do Código Civil*. 2003, p. 25.

⁸³ NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2> .

⁸⁴ SILVA, Rodrigo Alves da. *Diretrizes e bases principiológicas do Código Civil de 2002. Análise histórico-comparativa ao Código Civil de 1916*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2145, 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12712>>.

“favorecesse a dilatação das forças produtivas do sistema colonial, evitando qualquer obstáculo à livre iniciativa.”⁸⁵

Portanto o código civil de 1916 foi elaborado em um sistema fechado, onde cabia aos “juristas fazerem apenas a exegese dos dispositivos legais lá consubstanciados.”⁸⁶

Com o evidente desenvolvimento da sociedade, coube ao legislador elaborar novos dispositivos que evoluam no mesmo contexto em que evolui todo o coletivo. “As mudanças sociais trazidas pelo decorrer dos anos exigiram uma nova codificação, que teve como principal mentor o professor Miguel Reale”⁸⁷

O código civil vigente, de 2002, diferentemente do anterior, se afasta do formalismo excessivo, “operando a necessária passagem de um ordenamento individualista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e jurisprudência.”⁸⁸ A sua criação traz como resultado a “prevalência de valores coletivos sobre os individuais, sem que valores inerentes a pessoa fossem descartados”⁸⁹

Hoje, o código civil esta amparado em quatro diretrizes teóricas fundamentais, sendo elas, a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a socialidade.⁹⁰

O Código Civil foi embasado primeiramente pela diretriz teórica da sistematicidade. A sistematicidade assegura a unidade conceitual

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas do Código Civil*. 2003, p. 34.

⁸⁶ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro*. p. 53.

⁸⁷ SILVA, Rodrigo Alves da. *Diretrizes e bases principiológicas do Código Civil de 2002. Análise histórico-comparativa ao Código Civil de 1916*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2145, 2009. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12712>.

⁸⁸ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. 2003. pg. 21.

⁸⁹ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. 2002, p. 50.

⁹⁰ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. 2002, p. 131.

do Código Civil, coordenando os comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Neste sentido, visa manter a segurança jurídica.⁹¹

Do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema adotado no código civil caracteriza-se por um eixo central e um eixo em que o sistema é aberto, permitindo a constante incorporação e resolução de novos fatos apresentados.⁹²

Portanto o Código Civil atual se divide em dois pólos, um tem sua formação inspirada na Constituição Federal, baseado nos “princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, função social, ética nos negócios jurídicos, proteção a família, valorização do trabalho, todos contribuindo para um pacífico ambiente social.”⁹³ O outro pólo se baseia em um sistema aberto, o qual o legislador deverá legislar sobre questões específicas, não definidas no Código Civil.⁹⁴

A sistematicidade já era notada no antigo Código Civil de 1916, já que o mesmo procurava também a unicidade de seus dispositivos. Porém o Código Civil de 1916 não conseguia acompanhar mais a realidade insurgente do país, provocando a fragmentação do referido diploma legal.

Hoje a sistematicidade continua como diretriz teórica norteadora do Código Civil, mas de maneira distinta, houve, nesse momento, a fragmentação do direito civil.⁹⁵

Como exemplo da aplicação da sistematicidade no Código Civil cita-se o artigo 21, *in verbis*

⁹¹ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. 2002. p. 117.

⁹² BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. 2002. Pg 118

⁹³ Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003, p.6

⁹⁴ Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003, p.7

⁹⁵ NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2> Elaborado em 02/2003.

“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

A norma acima citada não “estipula qual será a providencia a ser adotada pelo julgador, porém é clara a conduta do juiz vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”⁹⁶

O artigo 187 explicita: "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." O ato ilícito cometido causador de dano gera reparação (art. 927). A expressão "excede manifestamente os limites impostos" é de natureza indefinida. Vai caber ao juiz dizer, em face dos fatos que lhe foram apresentados, quando ocorre ação que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁹⁷

Tem-se também como princípio norteador do código civil de 2002 a operabilidade, cujo objetivo é garantir a verdadeira efetividade do Direito, através da análise casuística, proporcionada pelas cláusulas gerais, abertas à interpretação do julgador.⁹⁸ Inovando com a possibilidade de se recorrer a “elementos exteriores para se atingir a Justiça.”⁹⁹

A operabilidade das normas civis foram elaboradas de modo a serem operacionalizáveis no caso concreto, visando garantir-lhes maior efetividade por meio de normas com textura aberta, permitindo maior flexibilidade a atividade hermenêutica do julgador.¹⁰⁰

A diretriz teórica da operabilidade tem sua aplicação, como exemplo, no artigo 1.228, pgf 4º, in verbis

⁹⁶ DELGADO, José Augusto. *A Ética no Novo Código Civil*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003, p.7

⁹⁷ DELGADO, José Augusto. *A Ética no Novo Código Civil*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003, p.7

⁹⁸ SANSANA, Maureen Cristina *Cláusulas gerais no Código Civil de 2002*. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. Elaborado em 01/2010. Jus Navigandi

⁹⁹ HENTZ, André Soares. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006

¹⁰⁰ HENTZ, André Soares. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006

Artigo 1.228: (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.¹⁰¹

Destarte, dentro do princípio da operabilidade, houve outra inovação do código civil, vigente são as cláusulas gerais, que visam uma maior liberdade na aplicação da norma pelo julgador; e operador do direito. As cláusulas gerais são princípios pautados dentro da operabilidade do código civil.

Neste sentido, a operabilidade traz essas cláusulas como normas jurídicas abertas, permitindo assim, sua alteração na medida em que a sociedade evolui.¹⁰²

“As cláusulas gerais trazem modelos jurídicos abertos e flexíveis que promovem a possibilidade de escolha e criatividade, logo, de discricionariedade dos juízes.”¹⁰³

Aqui o legislador foge do “exagerado formalismo do Código Civil de 1916 e pauta a sua conduta para inserir normas refletidoras da vinculação do homem na prática de suas relações privadas.”¹⁰⁴

No âmbito da existência das cláusulas gerais a jurisprudência tem sua aplicabilidade muito mais proeminente como fonte do direito no atual modelo jurídico.

¹⁰¹ Brasil. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Art 1228, pgf 4º.

¹⁰² REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 1999, p. 11.

¹⁰³ SANSANA, Maureen Cristina. *Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária*. Revista Jus Navegandi. 2010.

¹⁰⁴ Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003, P.3.

“Na codificação atual, revela-se uma normatização aberta, com a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, dos princípios éticos-orientadores, que apresentam um direito positivo mais flexível às mudanças sociais.”¹⁰⁵

“A função das cláusulas gerais é a de permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. Tal função permite que o código acompanhe a velocidade das mudanças sociais.”¹⁰⁶

A eticidade, outra diretriz teórica em que o Código Civil se ampara, é a valorização da lealdade, da conduta moral, enfim, da expectativa da ordem jurídica de realização pelo indivíduo de padrões ideais de comportamento.

José Augusto de Delgado em sua obra *Novo Código Civil, questões controvertidas*, leciona que a ética trazida no novo Código Civil é a ética Kantiana, ou seja, é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo seu semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas.¹⁰⁷

Em vários artigos pode-se observar, como uma das salientes características do Código Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência na proteção da confiança que deva existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como mandamento de equidade, seja, ainda, como dever de proporcionalidade.¹⁰⁸

A ética sempre permeou o sistema jurídico, entretanto, em razão de o positivismo do Código Civil de 1916 valorar excessivamente o

¹⁰⁵ STORER, Aline. *As cláusulas gerais do código civil e a renovação dos princípios contratuais*. 2008..

¹⁰⁶ HENTZ André Soares. *O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5219>.

¹⁰⁷ DELGADO, Mário Luiz, Jones, Figueiredo Alves (coord.). *Novo Código Civil (Questões Controvertidas)*. São Paulo: Método, 2006, p. 177

¹⁰⁸ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. 2002.

aspecto patrimonialista das relações privadas, o princípio da eticidade era interpretado apenas de forma individualista.¹⁰⁹

No Código Civil de 1916, diferentemente do atual, os princípios da eticidade e socialidade eram interpretados como o dever de cumprir a obrigação na forma contratada, ainda que a estipulação contratual induzisse ao absoluto desequilíbrio entre as obrigações a ponto de gerar inequívoco prejuízo a um dos contratantes.¹¹⁰

O atual Código Civil ao se referir à eticidade, à boa-fé, aos bons costumes, não se alude apenas a ética ou moral, mas sim ao emprego de sua denominação subjetiva, variável, que deve presidir na conduta humana.¹¹¹

Destarte, são exemplos da aplicação da eticidade no código civil; o artigo 422, “os contratantes são obrigados aguardar os princípios de probidade e boa-fé”; bem como o artigo 167, parágrafo 2º, “Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”¹¹²

O princípio da socialidade guarda íntima relação com o princípio da eticidade, já que, as regras dotadas de conteúdo social são fundamentalmente éticas e as normas éticas têm afinidade com a socialidade¹¹³.

¹⁰⁹ SILVA, Viviane Mandato Teixeira Ribeiro da. *Desdobramentos pragmáticos dos princípios da eticidade e da socialidade na teoria dos contratos regidos pelo novel código civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 39, 2007.

¹¹⁰ SILVA, Viviane Mandato Teixeira Ribeiro da. *Desdobramentos pragmáticos dos princípios da eticidade e da socialidade na teoria dos contratos regidos pelo novel código civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 39, 2007

¹¹¹ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Princípios e diretrizes do novo código civil*. 2004

¹¹² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹¹³ HENTZ, André Soares. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9221>>.

“Para Léon Duguit o princípio da socialidade parte do fato de que o homem sempre viveu em sociedade, e que a sociedade humana é um fato primário e natural baseado na soliariedade.”¹¹⁴

Conseqüentemente, a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõe. É na socialidade que reside o verdadeiro fundamento do direito.¹¹⁵

“O sentido social é uma das características mais marcantes do código civil de 2002, em contraste com o sentido individualista que condicionava o antigo Código Civil de 1916.”¹¹⁶

“A preocupação com a socialidade se encontra em diversos dispositivos legais do Código de 2002, como na exigência expressa de que a propriedade e o contrato cumpram com sua função social, bem como no dispositivo do artigo 112, onde as declarações de vontade atenderão mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”¹¹⁷

Os principais institutos do direito privado estão hoje sob a ótica da socialidade, conseqüentemente, a empresa, a família, a propriedade e o contrato não podem sucumbir as suas respectivas funções sociais, pois como norma de ordem pública, tem sua observância imperativamente necessária.¹¹⁸

¹¹⁴ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 2005. p. 19.

¹¹⁵ Segundo Léon Duguit a regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de só existir porque os homens vivem em sociedade. DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 2005. p. 23.

¹¹⁶ REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/509>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

¹¹⁷ BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro*. 2002. Pg 50.

¹¹⁸ STORER, Aline. DELGADO, José Augusto. *A Ética no Novo Código Civil*. 2008.

Cabe frisar que a socialidade ao inserir no ordenamento jurídico a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, não o faz perder o valor fundamental da pessoa humana.¹¹⁹

A Constituição Federal incorpora valores sociais a sua essência, inerentes a um Estado social. Assim, os indivíduos presentes em uma comunidade terão a satisfação de seus interesses com liberdade, porém em harmonia acerca de um bem comum.¹²⁰

Por fim, importante é observar a mudança e evolução que o Código Civil de 2002 trouxe para toda a comunidade jurídica. Suas diretrizes teóricas norteadoras participam ainda de um código atualizado. As cláusulas gerais visam o não perecimento do direito com o transcorrer dos anos, pois são verdadeiros marcos interpretativos, variando conforme a época, momento histórico e socioeconômico, como por exemplo, os conceitos de bons costumes e boa-fé.¹²¹

2.2 - A função social do contrato no código de 2002

Inicialmente, cabe definir um dos institutos mais relevantes do direito, o contrato. O civilista Caio Mario da Silva Pereira ensina que “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de

¹¹⁹ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 1999, p.7.

¹²⁰ KIELING, Antônio Carlos. *O Código Civil Brasileiro - Aplicabilidade e Suas (De)Codificações*. 2006.

¹²¹ SILVA, Rodrigo Alves da. *Diretrizes e bases principiológicas do Código Civil de 2002. Análise histórico-comparativa ao Código Civil de 1916*. 2006. Teresina, ano 14, n. 2145, 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12712>>Revista

adquirir, resguardar, transferir, conservar ou modificar direitos; produzindo então efeitos jurídicos.”¹²²

No mesmo sentido, para Silvio Rodrigues, o contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico, ou seja, “um negócio jurídico bilateral que decorre do acordo de mais de uma vontade.”¹²³

Com a união dos conceitos já citados, cabe dizer que o contrato uma espécie de negócio jurídico que se diferencia na sua formação, pois estabelece pelo menos duas partes.¹²⁴ É a manifestação de pelo menos duas vontades distintas com um objeto em comum para criar, regular ou extinguir uma relação jurídica.¹²⁵

No código civil de 1916 o legislador tinha uma visão diferenciada do atual conceito e doutrina contratual. O diploma legal citado baseava-se estritamente nas práticas patrimoniais e individualistas, conseqüentemente para os doutrinadores da época, como Clovis Bevilacqua, “o contrato era praticamente a lei entre os contratantes.”¹²⁶

“A dimensão social do contrato era desconsiderada para que não prejudicasse a realização individual, o interesse individual era o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e bons costumes, não cabendo ao Estado e ao direito considerações de justiça social.”¹²⁷

O Código Civil de 1916 prescindiu de uma forte idéia de autonomia da vontade e liberdade de contratar, as quais tinham como conseqüência a ampla liberdade de estipulação contratual. O diploma legal de 1916 se restringia a alguns dispositivos sobre a limitação da autonomia da

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 14° ed, 2010.

¹²³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 2007, p. 9.

¹²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26° Ed. 2008. Pg. 4

¹²⁵ ALVES, Ester Beiriz Viana. *O pacta sunt servanda X a função social do contrato*. 2010.

Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830

¹²⁶ PEREIRA, Lizandro Mello. *Função social do contrato: Alguns tópicos e visões diversas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 42, 2007

¹²⁷ PEREIRA, Lizandro Mello. *Função social do contrato: Alguns tópicos e visões diversas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 42, 2007

vontade. A exemplo cita-se o antigo artigo 115, que proibia as cláusulas meramente potestativas, limitando nesta situação a eficácia do contrato.¹²⁸

A Constituição Federal de 1988 trouxe outra visão para a teoria contratual. Por meio da “resignificação da idéia de propriedade e dos demais diplomas legais dela decorrentes”¹²⁹ o contrato passou a ter um novo contexto para o direito.

A função social na relação contratual nasce do principio da função social da propriedade, elencada no artigo 170 da Constituição Federal, com intuito de garantir a ordem econômica fundada na justiça social.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência; (...)¹³⁰

O Código Civil em 2002 reforçou a idéia de função social do contrato, trazendo a “necessária harmonização dos interesses privados das partes envolvidas no negócio jurídico com os interesses de toda a coletividade.”¹³¹ O principio função social nasceu em contrapartida ao liberalismo iniciado durante revolução industrial, sendo inicialmente adotada

¹²⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. P. 8.

¹²⁹ OLIVEIRA, Maria da Conceição Melo. *Função Social do Contrato na Legislação Brasileira*. <http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao03/discentes/FUNCAO-SOCIAL-DO-CONTRATO.pdf>

¹³⁰ BRASIL.. Constituição da Republica Federativa do Brasil. 1988. Artigo 170.

¹³¹ TALAVERA, Glauber Moreno. *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil*. Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002

pela referida carta magna de 1988, passando a se impor como “diretriz das relações jurídicas”.¹³²

Gagliano e Pamplona Filho conceituam função social do contrato de uma forma mais moderna a partir do momento que incluem os princípios da função social e da boa-fé objetiva:

(...) entendemos que o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.¹³³

O contrato, ganha nova dimensão, indo além da esfera jurídica das partes contratantes, admitindo uma dimensão social,¹³⁴ prevalecendo a justiça distributiva e não mais a retributiva.¹³⁵

Atualmente a doutrina acerca do tema contratos contém, além dos princípios clássicos iniciais, como a autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, três princípios contratuais; são eles a boa-fé, equilíbrio econômico e a função social.¹³⁶

O presente trabalho tem por finalidade o estudo específico do princípio da função social, adotado pelo código atual, como uma das premissas norteadoras do contrato.

“A função social do contrato consiste em uma norma estrutural da autonomia privada no plano do direito contratual, acolhida a partir de idéias formadas ao final do século XIX, em torno da teoria do negócio jurídico e sua perspectiva social.”¹³⁷

¹³² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2010, p. 21

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume IV: contratos, 2006, p. 11.

¹³⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato, de acordo com o novo Código Civil*. 2004, p. 4.

¹³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2010, p. 21.

¹³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26º Ed. 2008. Pg 25

¹³⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Função Social dos Contratos*. 2009, p. 202

O homem, num dever jurídico, não pode ser visto “apenas como ser individual, cujos atos praticados digam respeito tão somente a sua esfera patrimonial e moral, sem atentar-se para as conseqüências de seus atos perante os demais indivíduos que compõe a sociedade.”¹³⁸

A intenção do legislador ao estruturar o Código Civil de 2002, foi de guarnecê-lo em princípios Constitucionais, ornados na Carta Magna de 1988. Os contratos param de ser vistos apenas como obrigações a serem cumpridas entre as partes, visando apenas os interesses individuais; para terem uma função social. Além da prestação devidamente instituída entre as partes, o contrato deve atender também a coletividade e aos princípios sociais.¹³⁹

Ao entrar em vigor, o código civil de 2002 incluiu o princípio da função social do contrato, com sua principal referencia no art 421, in verbis:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”¹⁴⁰

A função social como princípio já foi trazida no artigo 5º da lei de introdução ao Código Civil, com a finalidade de direcionar a aplicação da lei pelo julgador, que deve fazê-la seguindo princípios e fins sociais bem como observando as exigências do bem comum.¹⁴¹

“(…) Os fundamentos do artigo 421 do Código Civil vão além da lógica contratual, encontram-se nos valores sociais – justiça e ordem, certeza e segurança – que fundamentam

¹³⁸ BUSNELLO, Saul José. *O Princípio da Função Social do Contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/25091.htm>

¹³⁹ REALE, Miguel. *A Função Social do Contrato*. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>

¹⁴⁰ BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

¹⁴¹ MANCEBO, Rafael Chagas. *A função Social do Contrato, de acordo com o Novo Código Civil*. 2005 P. 24

expressões como fim social, bem comum e justiça social (...)"¹⁴²

O código Civil não delimita incisivamente o conceito de função social do contrato, porém fixa normas que deixam transparecer elementos essenciais da função social, como a moral, equidade, probidade e boa-fé.¹⁴³

Neste sentido tem-se o artigo 422, in verbis;

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

A doutrina atual tenta delimitar o conteúdo doutrinário da função social do contrato. Assim, doutrinariamente existem duas correntes principais que justificam a aplicabilidade da função social no instituto contratos do Código Civil atual.¹⁴⁴

A primeira corrente entende que o artigo 421 do Código Civil procura dar uma “proteção de interesses externos às partes contratantes”. A segunda corrente traz um entendimento mais amplo, já que “vislumbra outras aplicações práticas, como a ofensa a interesses coletivos,” quando o contrato não respeitar sua função social.¹⁴⁵

Nesse contexto, é certa a existência de dois princípios aparentemente conflitantes, a liberdade de contratar e a expressão função social. “A liberdade de contratar deriva do princípio clássico da autonomia da vontade, já a função social decorre do ideal de Justiça Social, originária do Estado Social.”¹⁴⁶

¹⁴² MANCEBO, Rafael Chagas. *A função Social do Contrato, de acordo com o Novo Código Civil*. 2005 P. 25

¹⁴³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Contratos no Novo Código Civil*. 2002, p.47.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26° ed. 2008, p. 49

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26° ed. 2008, p. 50

¹⁴⁶ NETO, João Hora *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. 2003. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2>

A limitação da liberdade de contratar segundo o artigo 421 atinge a autonomia privada no que tange a liberdade de decidir a respeito da celebração do contrato, seu conteúdo e rescisão, assim a estipulação do teor do contrato está vinculada a boa-fé, aos bons costumes e principalmente à concepção de função social.¹⁴⁷

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo :

"No novo Código Civil a função social surge relacionada à liberdade de contratar como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do Direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato".¹⁴⁸

A função social do contrato alia-se, a princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, porém, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam na relação.¹⁴⁹

Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher esse axioma com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar no caso concreto. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato.¹⁵⁰

¹⁴⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do código civil*. 2009, p.203

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42, p. 191

¹⁴⁹ NUNES Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales. 2010. [on line] Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/09/

¹⁵⁰ NUNES Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales. 2010. [on line] Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/09/

Acrescenta-se que os conceitos adotados pelo Código Civil de 2002 inauguram uma “nova condição de validade dos contratos; subordinando estes à observância de determinados modelos de probidade, lealdade e sociabilidade”. O contrato hoje não é visto mais isoladamente, mas sim em um contexto geral do “ordenamento jurídico em que está inserido”¹⁵¹

Neste sentido, entende-se que a função social é elemento indispensável para a validade da relação contratual, ou seja, parte inerente do instituto do contrato.¹⁵²

Para o legislador os efeitos dos contratos não são apenas internos, ou seja, inter partes, mas também externos; indo além dos contraentes, “se um contrato for ruim para as partes, de maneira indireta, será maléfico para a comunidade, na medida em que não atendeu a sua finalidade social.”¹⁵³

O Conselho de Justiça Federal aprovou na I Jornada de Direito civil o seguinte enunciado, tratando sobre a função social dos contratos no Código Civil:¹⁵⁴

“Enunciado 22: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”¹⁵⁵

A legislação atual entende que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social, prevalecendo o interesse público

¹⁵¹ NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. 2003. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2>

¹⁵² QUITES, Pollyanna. *A Função Social do Contrato de Compra e Venda*. 2009. [on line] Disponível em: <Http://pmqadvogadosbh.blogspot.com/2010/06/funcao-social-do-contrato-de-compra-e.html>

¹⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. IV. p. 54.

¹⁵⁴ LANDIM, Leonardo de Araujo *A função social dos contratos*. 2010. Artigonal. [on line] <http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-funcao-social-dos-contratos-1916702.html>.

¹⁵⁵ Enunciados de Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal. Nº 22.

sobre o individual. Por meio deste, o legislador visa garantir que o ato de contratar de iniciativa das partes contratantes, seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia na medida em que o mesmo cumpra “seu novo papel” estipulado pelo sistema vigente, no interesse de todos, do bem comum.¹⁵⁶

Destarte, a função social do contrato vem para “impedir o abuso de direito e ilicitude na relação contratual, de modo a manter o equilíbrio das partes contratantes, preservando o interesse social.”¹⁵⁷

O contrato não deve representar fonte de enriquecimento sem causa ou violar o princípio básico da equidade, sua função é de circulação de riquezas, porém favorecendo o progresso social.¹⁵⁸

A consagração da função social do contrato impõe ao interprete levar em consideração os interesses gerais coletivos de forma que se conjuguem harmoniosamente todos os princípios que regem a ordem econômica do país, bem como os referentes a dignidade da pessoa humana.¹⁵⁹

O princípio da função social do contrato permite que o magistrado, a partir dos vários entendimentos obtidos pela cláusula geral da função social, “restabeleça o equilíbrio entre as partes por meio da revisão judicial do contrato, possibilitando um desfecho diverso do pactuado pelas partes.”¹⁶⁰

Atualmente, exemplificando a operabilidade da função social dos contratos, temos o artigo 187 do Código Civil, o qual delimita como ilícita

¹⁵⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato, de acordo com o novo Código Civil*. 2004. P. 119.

¹⁵⁷ STORER, Aline. *As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios ontratuais*. Mestrado. Centro Universitário Euripedes da Marília – Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. 2008, p. 77.

¹⁵⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. 2002, p. 52.

¹⁵⁹ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea, função social do contrato e boa-fé*. 2004, p. 90/91.

¹⁶⁰ STORER, Aline. *As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios ontratuais*. Mestrado. Centro Universitário Euripedes da Marília – Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. 2008, p. 77.

a prática de ato que “manifestadamente excede limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”¹⁶¹ O legislador, aqui, prevê que o ato praticado sem atender a função social a que é determinado torna-se ilícito.

No ordenamento jurídico civil, hoje, possui vários exemplos quanto a aplicabilidade da função social do contrato, como observado na sumula 308 do STJ em relação ao contrato de hipoteca, e no contrato de compra e venda.

A hipoteca é um contrato acessório, pressupondo a existência de um contrato ou uma obrigação principal por ele garantido. Quando um terceiro adquire bem imóvel já hipotecado, e o referido contrato não é cumprido, não pode o terceiro adquirente, moldado na boa-fé, pagar pelo não cumprimento do contrato pela outra parte. O direito de seqüela nesse caso fica prejudicado.¹⁶² A sumula 308 do STJ prevê:

"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".¹⁶³

O Superior Tribunal de Justiça ao sumular o assunto teve a intenção de proteger o consumidor observando a função social dos contratos de promessa de compra e venda, onde o adquirente de unidade autônoma em condomínio edilício era surpreendido no curso do contrato com um gravame ao qual não havia adquirido.

Outra aplicação da função social encontra-se nos contratos com planos de saúde. Os contratos com planos de saúde são contratos de adesão, com “termos do ajuste pré-determinados pelo prestador de serviços,

¹⁶¹ Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 187.

¹⁶² TARTUCE, Flávio. *A função Social dos Contratos, a boa-fé objetiva e as recentes. Sumulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista EPD, Escola Paulista de Direito. Ano 1 n.1. mai/ago 02.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sum: 308. 30/03/2005 - DJ 25.04.2005.

independentemente da participação do contratante que vincula-se aos mesmos.”¹⁶⁴

Ao analisar o contrato de adesão feito com planos de saúde, observa-se que determinadas cláusulas estão em visível desrespeito a boa-fé e a lealdade. Como a cláusula que limita a internação, impedindo o contratante de ser atendido como deveria, em um caso grave, pela Unidade de Tratamento Intensivo (UTI).¹⁶⁵ Neste sentido o STJ sumulou o respectivo assunto, nos termos da sumula 302, *in verbis*:

“É abusiva a cláusula contratual do plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do assegurado.”

Observa-se na respectiva sumula, tem-se a aplicação direta da função social dos contratos, pois a referida cláusula destoa do objetivo inicial a ser contratado, o atendimento efetivo na rede hospitalar particular. Assim, o fornecedor utiliza-se de sua posição dominante para criar cláusulas abusivas.¹⁶⁶

O enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, determina que:

“23: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”¹⁶⁷

¹⁶⁴ SOUZA, Amanda Thais Zanchi. *Os planos de saúde como contratos de consumo*. Revista Direito Net. 2005. [on line] Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2060/Os-planos-de-saude-como-contratos-de-consumo>.

¹⁶⁵ TARTUCE, Flavio. *A função Social dos Contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista EPD, Escola Paulista de Direito. Ano 1 n.1. mai/ago 02.

¹⁶⁶ TARTUCE, Flavio. *A função Social dos Contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista EPD, Escola Paulista de Direito. Ano 1 n.1. mai/ago 02.

¹⁶⁷ BRASIL. Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal. [on line] Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>

A autonomia contratual não pode prevalecer diante de um interesse maior. A cláusula que limita tal atendimento torna-se abusiva, e conseqüentemente nula de pleno direito.

Por fim, entende-se que a função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa, pois se tem a mesma como princípio constitucional implícito,¹⁶⁸ conforme será desenvolvido no próximo tópico.

2.3 – Função social do contrato como princípio constitucional implícito.

A Constituição Federal enalteceu como uma de suas diretrizes iniciais a socialidade, iniciando o entendimento de que os interesses individuais não devem transpor os interesses coletivos.¹⁶⁹ Neste contexto positivou a idéia de socialidade em vários dispositivos, como o artigo 5º inciso XXIII, artigo 5º parágrafo 2º; bem como no artigo 170.

A Carta Magna de 1988 desconstituiu a idéia patrimonialista que o direito civil herdara do antigo código civil de 1916, instituindo o valor social como princípio básico do direito privado. Neste passo, “temos o surgimento do fenômeno da repersonalização do Direito Civil, que coloca o ser humano, em todas as suas dimensões, como o fim maior a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.”¹⁷⁰

O Código Civil de 1916 abordava a segurança no desenvolvimento das relações privadas, impedindo que o estado interfira no

¹⁶⁸ NERY, Nelson Junior. *Código Civil Comentado*. 2009, p. 531.

¹⁶⁹ NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. Revista Jus Navegandi. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2> 2003.

¹⁷⁰ NUNES, Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*. em *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, agosto 2010,

setor privado contratual. O entendimento, hoje, englobado pela Constituição Federal é de abordar temas que “faziam parte apenas do direito privado, como organização da família, função social da propriedade e limites da atividade econômica.”¹⁷¹

Os preceitos constitucionais foram conduzidos de forma a estabelecer como princípio básico a socialidade, definindo a dignidade da pessoa humana como valor inerente ao estado social.

A atual Constituição, muito embora, não tenha explicitado a função social específica do contrato, “assim o fez, de forma implícita, ao positivizar a função social da propriedade”¹⁷². Neste sentido, o contrato deixou de ter caráter extremamente individualista para seguir os preceitos definidos pela constituição federal, sendo regido inicialmente pela função social a que é destinado.¹⁷³

Hoje é indispensável à releitura do Código Civil a luz dos princípios constitucionais atinentes a nova visão contratual, revogando as regras contrárias aos seus preceitos, que são hierarquicamente superiores a todos os demais.¹⁷⁴

“Rejeita-se, assim, o antigo modelo de concepção do Direito privado, para o início de uma doutrina mais ligada aos anseios da sociedade contemporânea. Com isso,

¹⁷¹STORER, Aline. *As cláusulas gerais do Código Civil e a renovação dos princípios contratuais*. 2008. Tese de mestrado do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM

¹⁷²NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. Revista Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2> 2003.

¹⁷³GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5814>>.

¹⁷⁴GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5814>>

socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno.”¹⁷⁵

O princípio da Supremacia da Constituição é trazido ao mesmo contexto apresentado, pois por força da supremacia da carta magna “nenhum ato jurídico, manifestação de vontade pode subsistir validamente se incompatível com a lei fundamental.”¹⁷⁶ A constituição possui superioridade jurídica sobre demais atos normativos.

A Constituição Federal inicia com o entendimento implícito de que a função social é princípio inerente ao contrato, como é da propriedade, porém, nesse certame, a função social da propriedade já é determinada explicitamente pela Constituição Federal.

Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.¹⁷⁷

A função social do contrato esta disposta na Carta Magna de 1988 de forma implícita e inerente ao instituto contratual. O art 5º parágrafo 2º elucida referida afirmação, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais

¹⁷⁵ NUNES Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil, en Contribuciones a las Ciencias Sociales*. 2010. www.eumed.net/rev/ccss/09/nara

¹⁷⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7º ed. 2009. p. 165.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *A função social do contrato*. 2003. [on line] Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>

em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁷⁸(grifo nosso).

Judith Martins Costa, em sua obra *A boa fé no direito privado, sistema e tópica no processo obrigacional*, entende que o contrato tem como uma de suas funções, a instrumentalização da aquisição da propriedade, portanto o inegável vínculo de ambos institutos.¹⁷⁹ A Constituição Federal traz, neste contexto, o sentido social do contrato como “expressão do valor constitucional expresso no artigo 5º inciso XXIII, como garantia fundamental da coletividade.”¹⁸⁰ Diante disso, entende-se que a função social inerente ao contrato encontra-se como princípio implícito do atual texto constitucional.

A leitura do Código Civil à luz da Constituição Federal implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade do direito contratual, mas não no sentido de "revogar" tal posição, mas sim em recondição-a aos direitos e garantias constitucionais que primam pela proteção à pessoa humana.¹⁸¹

A função social do contrato fez com que o legislador utilizasse, dentro de relações do direito privado, uma forma intermediária de elaboração legislativa. Diferentemente dos dispositivos utilizados no antigo código de 1916, o legislador “une o interesse individual com o social de maneira complementar, segundo cláusulas abertas que propiciariam a soluções mais equânimes.”¹⁸²

O Código Civil de 2002 buscou na Constituição Federal, dentre outros princípios, o princípio da socialidade para embasar a função social como diretriz inerente as relações contratuais. A socialidade encontra-

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal. Artigo 5º pgf 2º.

¹⁷⁹ COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. 1999. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 351

¹⁸⁰ COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. 1999. Revista dos Tribunais. São Paulo

¹⁸¹ GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5814>.

¹⁸² REALE, Miguel. *A função social do contrato*. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>

se na necessidade “de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes.”¹⁸³

Para Luiz Renato Ferreira nas relações contratuais, a função social do contrato deve ser analisada “a partir da idéia de constitucionalização do direito privado, sob a incidência de objetivos fundamentais positivados no artigo 3º da Constituição Federal.”¹⁸⁴ A concepção defendida pelo autor traz a idéia da solidariedade constitucional instituída na sistemática dos contratos.

Segundo Flávio Tartuce, a função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social da propriedade lato sensu (art. 5º, XXII e XXIII), bem como no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), na busca da isonomia (art. 5º., caput) e de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I).¹⁸⁵

¹⁸³ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos. Interpretação a luz do código civil* 2009, p.249

¹⁸⁴ FERREIRA, Luiz Renato. *A função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a Solidariedade Social. O novo Código civil e a Constituição*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Método, 2007

CAPITULO 3 - Função Social do Contrato na Jurisprudência.

3.1 – Análise de Casos.

O contrato, como já analisado anteriormente, é fenômeno existente no cotidiano da sociedade em geral. Ao exercer qualquer atividade comercial, bem como ajustes habituais do dia a dia, a sociedade utiliza do instituto contratual.

A luz do Código Civil de 2002, as diretrizes teóricas nele inserido são o ponto de partida para a utilização do princípio da função social do contrato na jurisprudência.¹⁸⁶ Com ênfase na diretriz da socialidade, o julgador elabora suas decisões baseadas no princípio da função social do contrato.

Os casos a serem analisados, a seguir, demonstram como o interprete se utiliza das diretrizes teóricas do Código Civil, bem como da cláusula geral da função social do contrato.

Para Tutikian se o contratante não cumprir com o determinado na lei, poderá sofrer interferências no seu direito de contratar, vez que a prevista função social dos contratos almeja coibir as desigualdades dentro da relação contratual.¹⁸⁷

Neste sentido, exemplificando a utilização da cláusula geral da função social do contrato, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, entende: TJRJ, Apelação Cível n. 2000.001.05203, 6º Câmara Cível, Rel. Des. Ronald Valladares, 13.02.2001:

[...] as contratações, nos tempos atuais, **perderam o caráter individualista de que se revestiam no passado e se impregnaram da indispensável idéia de função social**, transformando-se em verdadeiros instrumentos de realização

¹⁸⁶ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos. Interpretação a luz do Código Civil*. 2009. p. 282

¹⁸⁷ TUTIKIAN, Cristiano. *Sistema e codificação: o código civil e as cláusulas gerais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 130 – 131.

do bem estar de toda a sociedade. Hoje, os pactos são preponderantes as cláusulas gerais pertinentes a segurança, a confiança e a boa-fé.[...] (grifo nosso).

Neste mesmo contexto o Tribunal de Justiça de Goiás também assevera o entendimento de um novo contexto contratual para as relações de hoje;

APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. TEORIA CONTRATUAL. NOVO CÓDIGO CIVIL. Hodiernamente a **teoria contratual pactua-se não mais pela rigidez contratual** pauta-se não mais pela rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, mas **sim, pelos princípios erigidos no Novo Código Civil, quais sejam, o da função social do contrato**, o da boa-fé e o do equilíbrio econômico (arts. 421, 422, parágrafo único do art. 2.035) e na aplicação das Teorias da Imprevisão e da Lesão, arcabouço legal que permite ao Judiciário rever as cláusulas do contrato para restabelecer o equilíbrio sócio-econômico do pacto. (grifo nosso)¹⁸⁸

Para Ruy Rosado de Aguiar Junior;

Em vez de considera-se as intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade [...]¹⁸⁹

A aplicabilidade do princípio da função social do contrato apenas confirma a intenção e entendimento de Miguel Reale na exposição de motivos do atual código civil Brasileiro; “reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais. [...]”¹⁹⁰

A função social do contrato quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. TJGO. n. 2005.007.23898

¹⁸⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto do Código civil. As obrigações e os contratos*. in: Branco, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos. interpretação a luz do Código Civil* 2009. p. 38

¹⁹⁰ REALE, Miguel. *Exposição de motivos do código civil*. 1975. p. 23.

partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.¹⁹¹

A função social do contrato deve ser vista como pressuposto de validade do instituto,¹⁹² já que desempenham relevante papel na sociedade.¹⁹³

Neste cenário, o contrato não poderia servir apenas de instrumento de proteção ao individualismo, o que se revela mediante sua função econômica, mas deve também oferecer proteção ao ser (enquanto pessoa), buscando-se a tutela de valores (sociais) que passaram a informar a ordem jurídica, por meio da sua função social.¹⁹⁴

O atual Código Civil traz os contratos para um novo prisma na sociedade. Hoje o contrato representa não só um meio de distribuição de riquezas, mas também “uma fonte de equilíbrio social.”¹⁹⁵

A revogação do Código Civil de 1916 foi último ato que pôs fim à supremacia do contrato sob o manto dos ideais liberais individualistas [...] a lei do inquilinato, o decreto lei n. 58/37, o estatuto da terra, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros, já consagravam o novo modelo contratual, no qual o contrato devia cumprir uma função social.¹⁹⁶

Os julgados que se baseiam no princípio da função social do contrato consagram o instituto na medida em que se impõe a necessidade e exigência do contrato ser útil e justo. A liberdade de contratar permanece,

¹⁹¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. 2002. p. 206.

¹⁹² PEREIRA, Jose Luciano Castilho de. *Liberdade de contratar – limites impostos pela função social do contrato*. 2003. Disponível em:

<http://www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/LIBERDADEDECONTRATAR.pdf>

¹⁹³ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva*. Revista jurídica n° 308 – junho/2003. p. 10.

¹⁹⁴ SETTE, André Luiz Menezes de Azevedo. *Direito dos contratos – seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. 2003. p. 66

¹⁹⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos*. Editora Saraiva, 2003.

¹⁹⁶ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. p. 307.

porém não representa ato unicamente individualista e egoísta, deve ser exercida indissociavelmente da diretriz socialidade.¹⁹⁷

3.2 – Função Social do contrato de leasing.

A aplicabilidade do princípio da função social do contrato é notada em julgados sobre contratos de leasing atrelados a moeda americana (dólar), definidos entre os anos de 1999 e 2000, durante uma extrema desvalorização da moeda brasileira.

O contrato de leasing foi bastante utilizado no país para a compra de veículos automotores. O leasing (arrendamento mercantil) é um negócio jurídico realizado entre pessoa física e pessoa jurídica, cujo objeto é um bem móvel ou imóvel. O bem é de propriedade da arrendadora, pessoa jurídica, e a arrendatária, pessoa física tem o direito de uso do objeto mediante locação agregada a opção de compra.¹⁹⁸

Neste sentido,

TJRJ, Apelação Cível n. 2000.001.13932, 2º câmara cível, Rel. Des. Leila Mariano.

Apelação Cível. Revisão Contratual. Arrendamento Mercantil. “Leasing”. Veículo automotor. Operação regida pelas normas do CODECON. Variação das prestações atreladas ao dólar. Desvalorização inesperada da moeda brasileira. Desproporcionalidade entre as prestações. Ofensa ao princípio da transparência, da confiança e da boa fé objetiva. Rompimento da base do negócio jurídico.¹⁹⁹

O caso acima apresentado ocorreu durante a maxivalorização da moeda americana no país (dólar), no ano de 1999 e 2000. Durante este

¹⁹⁷ BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. p. 305.

¹⁹⁸ JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Manual de direito comercial*. 2010. p. 473.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.13932, 2º câmara cível, Rel. Des. Leila Mariano. DJ: 13/03/2001

período foram acordados vários contratos de Leasing vinculados ao dólar para a compra de veículos automotores. Porém, devido a super valorização do dólar as prestações atreladas ao mesmo não puderam ser adimplidas.

No entendimento de Claudia Lima Marques o instrumento jurídico contrato existe sob uma nova percepção. “A nova concepção do contrato é social, para a qual não só o momento da manifestação de vontade importa, mas os efeitos do contrato na sociedade também serão levados em conta.”²⁰⁰

Para a autora a lei e conseqüentemente os aplicadores da mesma deverão observar a perspectiva social do contrato. A lei deverá proteger determinados interesses sociais; “valorizando a confiança depositada no vínculo e a boa-fé das partes contratantes”.²⁰¹

Outro julgado similar determina a revisão do contrato por estar atrelada a moeda estrangeira no momento de sua maxivalorização;

TJRJ – Agravo de Instrumento nº 2009.002.08867

Direito privado. Revisão de contrato atrelado a moeda estrangeira. Imprevisibilidade dos efeitos da crise financeira que assola o Planeta. Aparente modificação da base objetiva do negócio jurídico. **Necessidade de observância do princípio da função social do contrato.** Antecipação da tutela para suspender a exigibilidade das prestações, condicionada à prestação de caução. (grifo nosso).

TJMG. Proc. N. 2.0000.00.507220-0/000

ARRENDAMENTO MERCANTIL. APRECIÇÃO EXCEPCIONAL DO DÓLAR AMERICANO. CLÁUSULA DE VARIAÇÃO CAMBIAL. TEORIA DA IMPREVISÃO.

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2005. P. 210.

²⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2005. P. 210.

[...] A moderna concepção de contrato impõe aos operadores do direito o **dever de examiná-lo sob a ótica de sua função social, considerando sua importância dentro do contexto social onde é avençado, e não sob o império do pacta sunt servanda da outrora teoria clássica**. Assim como os contratos em geral, o arrendamento mercantil não está imune da intervenção judicial, sempre que circunstâncias supervenientes e imprevisíveis alterarem substancialmente o equilíbrio original das obrigações das partes. [...]

Atualmente, predominam os novos rumos da contratação, de forma a prevalecer o interesse coletivo e social, onde as avenças possuem proteção, não só quando de sua formação, mas, principalmente, quando de sua execução e dos seus efeitos.

A mudança da política cambial promovida em janeiro de 1999, ao trazer forte e imediata desvalorização do real frente ao dólar, onerando sobremaneira a contraprestação atrelada à moeda americana, mete-se a rol dos acontecimentos extraordinários, supervenientes e imprevisíveis, pelo que justifica a intervenção do juiz no contrato, como forma de restabelecer o equilíbrio das obrigações das partes.

O objeto desses julgados é a busca, através da tutela jurisdicional, da revisão do contrato de leasing, nos moldes legais, para que o reajuste deixe de ser feito pela variação cambial na época, o que tornava as obrigações extremamente onerosas.²⁰²

O Superior Tribunal de Justiça analisou e julgou no ano de 2000 um dos primeiros casos de contrato de leasing atrelado ao dólar, o qual, devido a super valorização do moeda, tornou desproporcionais as parcelas a serem pagas.

O julgado, naquele momento sem precedentes, tratava de um financiamento de veículo automotor, definido pela empresa ABN AMRO arrendamento mercantil s/a.

²⁰² SILVA, Paulo Roberto Pereira. *Liminar em ACP contra dolarização em contratos de leasing*. 1999. Revista Jus Navigandi. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16314/liminar-em-acp-contradolarizacao-em-contratos-de-leasing>.

Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (leasing) - Relação de consumo Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

- O preceito insculpido no inciso V do artigo 6o do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

- A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.

- A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano.

- É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6o, III, e 10, "caput", 31 e 52 do CDC).

- Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova da captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94.²⁰³(grifo nosso).

O contrato de leasing atrelado ao dólar foi firmado antes da super valorização da moeda estrangeira. O caso em tela foi o primeiro a ser julgado pelo STJ, nos moldes aqui analisados.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 268.661 – RJ (2000/0074504-9) 16/08/2001

A decisão ocorreu antes da entrada em vigor do atual Código Civil de 2002, e tem como fonte norteadora a código de defesa do consumidor; bem como princípios basilares sociais já citados.

Ao analisar o referido caso, observa-se que o julgador, nos termos da lei de introdução ao código civil, ao aplicar a lei deverá dentre outros atender aos fins sociais a que se destina cada situação.

O Código Civil traz em sua lei de introdução nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942²⁰⁴ traz preceitos fundamentais os quais o aplicador do direito deve observar ao analisar cada caso.

Artigo 5º da lei de introdução ao Código Civil, in verbis, determina que o juiz em seu papel de aplicador da lei deve atender aos fins sociais que cada caso se destina;

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

O principio da função social do contrato, já atendido anteriormente a promulgação do atual código vem a ser positivado infraconstitucionalmente somente após a vigência do código civil de 2002²⁰⁵

Para Maria Helena Diniz, na falta de “definição legal do termo fim social o intérprete-aplicador em cada caso deverá averiguar se a norma a aplicar atende a finalidade social, que é variável no tempo e no espaço” [...] ²⁰⁶

Ricardo Fiúza em sua obra Código Civil Comentado entende que o art 5º da lei de introdução ao código civil indica ao juiz o caminho a ser tomado em cada situação, “a interpretação deve ser no sentido de busca dos

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942. Publicado do Diário Oficial da União dia 17 de Setembro de 1942.

²⁰⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato, novos paradigmas*. 2002. p. 206.

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil Brasileiro interpretada*. 2010. P. 189

valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais.”²⁰⁷

Alguns julgados analisados sob o aspecto da função social do contratam abordam a aplicação do direito do consumidor. Para tal finalidade abre-se ao interprete da lei a possibilidade de um diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Basta analisar o artigo 1º da lei n. 8.078 de 11 de Setembro de 1990 (atual Código de Defesa do Consumidor), o qual define que as normas de proteção e defesa do consumidor deverão atender dentre outros ao interesse social nos termos da Constituição Federal.

Cláudia Lima Marques entende que quando duas normas regem o mesmo fato, o Juiz não precisa aplicar apenas uma, inutilizando a outra, mas pode buscar em cada uma delas os melhores preceitos para fazer justiça ao caso concreto.²⁰⁸

Os contratos de leasing acima analisados ocorreram em um momento *sui generis*, o desequilíbrio decorrente da valorização excessiva do dólar tornou os princípios de justiça e equidade vulneráveis. “Se o contrato nascido justo se volta injusto, se o contrato que consagra uma mudança equitativa se torna inequitativo, a revisão se impõe”.²⁰⁹

3.3 – Função Social dos contratos de alienação fiduciária

Alienação fiduciária é modalidade de negócio jurídico previsto no Código Civil, porém com regulamentação própria. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, alienação fiduciária é definida como a “transferência ao credor

²⁰⁷ FIUZA, Ricardo. *Código civil comentado*. 2010.

²⁰⁸ MARQUES, Claudia lima. *Comentário ao CDC*. Revista dos tribunais, 2003.

²⁰⁹ ITURRASE, Jorge Mosset. *Contratos em dólares*. 1989, p. 27-28. In SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do contrato*. 2004, p. 259.

do domínio e posse indireta da coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação, resolvendo-se com a solução da dívida garantida.”²¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da função social do contrato, nos moldes defendidos, em contratos cujo objeto é a alienação fiduciária;

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. FALTA DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura da ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, **de modo a fazer preponderar a função social do contrato** e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. (cf. Enunciado n. 361 das Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)²¹¹

Neste sentido, não cabe a extinção do contrato, bem como a ação de busca e apreensão do bem em questão, quando grande parte do avençado já foi pago. Observa-se neste contexto, com base no princípio da função social do contrato, a situação menos gravosa para os contratantes.

A teoria do adimplemento substancial do contrato não é prevista no atual Código Civil, porém vem sendo aplicada com base no princípio da boa fé, bem como da função social do contrato.

²¹⁰ Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v4, p. 362. In: Oliveira, Celso Marcelo. *Alienação fiduciária em Garantia*. 2003. P. 29.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Resp. 272739. Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, dj em 01.03.2001.

O objetivo da aplicação da teoria é de ter o resultado mais justo e benéfico para ambas as partes contratantes. A teoria se baseia na análise se os pontos relevantes do contrato foram adimplidos, portanto ao se basear no respectivo entendimento, o contrato não pode ser resolvido quando houver o pagamento de parte substancial das obrigações assumidas.²¹²

A aplicabilidade da função social do contrato nos julgados analisados anteriormente é reflexo inicialmente do constitucionalismo do direito privado. A constitucionalização da ordem civil determinou a adoção pelo Código Civil de 2002, de diretrizes fundamentais, em especial a socialidade, demonstração da solidariedade social.²¹³

O contrato é avaliado pelo adimplemento total e não de forma secundário com o inadimplemento específico.²¹⁴

Para Luiz Edson Fachin,

Se a função do Direito é compreender a sociedade, regulando-a valorativamente, o jurídico não pode permanecer indiferente ao social. O protagonista do Direito é o homem, que elabora as normas e, ao mesmo tempo, é o seu destinatário. Por isso, toda conduta humana intersubjetiva é valorável juridicamente. (...) Por conseguinte, cabe ao jurista perscrutar a vida humana social, bem como realizar a sua valoração, não se prendendo exclusivamente ao formalismo.²¹⁵

A concretização da função social do contrato confere ao interprete, na elaboração de sua decisão, considerar os interesses gerais e

²¹² VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Adimplemento substancial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. [on line] Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11703>>.

²¹³ PAES, Arnaldo Boson. *A função social do contrato e sua aplicação nas relações de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. [on line] Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19545>>.

²¹⁴ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Adimplemento substancial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11703>>.

²¹⁵ FACHIN Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001, p. 48

coletivos de forma a uniformizar os interesses individuais com os da sociedade.²¹⁶

Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social [...] é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma base marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos "objetivos fundamentais da República"²¹⁷

Nesse aspecto, “a função social do contrato insere-se dentro da perspectiva da funcionalização do direito”²¹⁸. A cláusula geral da função social do contrato traz uma nova perspectiva e atuação do instituto contratual nas relações atuais. O contrato deve ser analisado “de modo que não esteja apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade.”²¹⁹

3.4 - Função Social do contrato de plano de saúde.

Os contratos dispostos sobre planos de saúde são contratos de seguro, os quais o segurador se obriga mediante pagamento garantir interesse legítimo do segurado, contra riscos pré-determinados.²²⁰

A constituição federal dispõe em seus artigos 196 e 197 sobre a assistência obrigatória de saúde pelo estado. É dever do estado em garantir a prestação de serviços de saúde. A atuação de empresas privadas para a prestação dos mesmos serviços é disposto no artigo 199 pgf 1º da

²¹⁶ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea. Função social do contrato e boa-fé*. 2004. p. 91.

²¹⁷ MARTRINS Costa, Judith; BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro*, 2002, p. 144.

²¹⁸ PAES, Arnaldo Boson. *A função social do contrato e sua aplicação nas relações de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19545>.

²¹⁹ PAES, Arnaldo Boson. *A função social do contrato e sua aplicação nas relações de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19545>.

²²⁰ JUNIOR, Waldo Fazzio, *Manual de direito Comercial*. 2010. p. 511.

Constituição Federal, como forma suplementar de prestação de serviços a saúde.

Para Theodoro Júnior 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 estipulam (contratantes)”²²¹.

A realização da função social do contrato de plano de saúde se caracteriza claramente com a desconsideração da seleção adversa, que consiste na tendência de o plano de saúde incorporar ou absorver indivíduos de maior risco, com a igualdade de preços independentemente da situação de saúde do contratante, pelo que os mais saudáveis mantêm-se e aportam recursos no plano para garantir a assistência aos que mais precisam, considerando que quanto maior a massa assistida maior a diluição dos custos e menor o impacto no ônus para cada indivíduo.²²²

O direito atravessa continuamente mudanças decorrentes da própria evolução da sociedade. O princípio da função social do contrato é resultado da necessidade de ampliar a visão sobre o instituto, de uma forma mais justa, equânime e digna. Os julgados cujo objeto é o embasamento neste princípio só corroboram com o entendimento do presente trabalho.

Neste contexto;

TJPE. 6º CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL N. 0225562-5 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NULIDADE DE CLAUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO CDC. NEGATIVA DE CUSTEIO. CONDUITA ABUSIVA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. SENTENÇA PRESERVADA.

[...] A contratação de serviços de saúde é, em princípio, ampla, geral e irrestrita, podendo, é claro, se estabelecer restrições, mas não de forma a inviabilizar tratamento não excluído da cobertura e é isto exatamente o que deseja a apelante. **A função social do contrato de serviço de saúde**

²²¹ THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*. 2004, p. 31.

²²² SOARES, Natanael Dantas. *A função social do contrato de plano de saúde*. 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3802.pdf>

é a preservação da vida e a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social da contratação [...].

Aqui além do princípio da função social do contrato o julgador utilizou-se para sua decisão de princípios inseridos o Código de Defesa do Consumidor, já analisados anteriormente.

A nulidade da cláusula contratual disposta no julgado acima infere que o contrato só existirá e terá sua eficácia plena se respeitar o princípio da função social do contrato, portanto observa-se que o princípio do *pacta sunt servanda* não vigora em sua totalidade.

O entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo confirma a idéia aqui discorrida;

PLANO DE SAUDE – Quando um hospital celebra contrato de prestação de serviços médico-hospitalares com pessoas de 73 anos de idade, não poderá inserir, para exonerar-se da obrigação, cláusula que exclui tratamento de doenças crônicas, terminais ou geriátricas, porque esse tipo de regulamento **atrofia a função social do contrato**, prejudicando a expectativa do aderente de optar por outros contratos alternativos transparentes. Invalidez de cláusula por seu sentido abusivo.[...] ²²³

No caso de contratos de plano de saúde o bem aqui tutelado é a vida, portanto o individualismo contratual deve ser posto em uma posição secundária, “enquanto a proteção jurídica sob as formas coletivas, comunitárias deve ganhar prevalência”. ²²⁴

O atual entendimento dos tribunais é unânime em supramencionar o direito a vida e o respeito a dignidade da pessoa humana em detrimento ao cumprimento do contrato.

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP – AC 134.439-4/0. Rel, Des. Ênio Santarelli Zuliani. DJ: 28.01.2003.

²²⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro. *A função Social do Contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*. 2003. p.28.

Ementa: Antecipação de tutela - plano de saúde – contrato coletivo celebrado com a associação dos metalúrgicos aposentados do abc - ama - rescisão contratual descabimento - desprezo à

Situação dos beneficiários, constituídos, em sua maioria, seguramente de idosos e de portadores de seqüelas de acidentes do trabalho e de doenças profissionais verossimilhança de desrespeito à função social do contrato

(cc, art. 421)

Na verdade, a liberdade de contratar e de as partes se conduzirem ao longo de toda a vida do contrato deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, nos termos do que dispõe o art. 421 do CC. Tendo em vista o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isso significa no dizer de NELSON ROSENVALD, que "**a função social do contrato objetiva conjugar o bem comum dos contratantes e da sociedade**" e que, do ponto de vista interno, "concerne a indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor" (cf. Código civil comentado. Coord. Min. Cezar Peluso. 4ª Ed., São Paulo/Barueri: Ed. Manole, 2010, p. 480).²²⁵ grifo nosso.

Para Gerson Luiz Branco a confiança que cada parte contratante tem em relação a outra consiste na expectativa real de observância da boa-fé e função social que o contrato se destina.²²⁶

O grande desafio a ser enfrentado na aplicação da cláusula geral do artigo 421 é o de coadunar o contrato como instrumento para a realização dos interesses das partes e ao mesmo tempo respeitar os valores determinados por imperativos sociais.²²⁷

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 0402083-75.2010.8.26.0000. DJ: 09/02/11

²²⁶ BRANCO. Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. p.287

²²⁷ BRANCO. Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009. p. 304

A aplicabilidade da função social dos contratos na jurisprudência atual decorre da publicização do direito privado bem como a “aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas do direito privado.”²²⁸

A socialização do contrato, em que pese ser amparada tanto pelo sistema constitucional Brasileiro, como aplicada expressamente no Código Civil (artigo 421), não poderia ser mitigada nem sofrer nenhuma restrição normativa, “sob pena de averiguarmos flagrante inconstitucionalidade”.²²⁹

Neste mesmo contexto, ao descumprir sua função social, o contrato elucidará duas conseqüências específicas, sendo elas a nulidade da cláusula específica ou do contrato como todo, nos termos do artigo 2.035²³⁰, parágrafo único do Código Civil.²³¹

Por fim, observa-se a intenção do legislador de inserir o princípio da socialidade em uma cláusula geral definindo padrões legais de aplicação, como a liberdade de contratar exercida em razão da função social do contrato.

²²⁸ MORAES. Maria Celina Bodim. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de direito civil, n. 25, p 23 e 24.

²²⁹ Nunes Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, 2010. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/09/nara.htm

²³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 2.035 (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

²³¹ Nunes Apolinário y Reina Abib: *O princípio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, 2010. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/09/nara.htm

CONCLUSÃO

O direito contratual passou por uma relevante alteração quando da promulgação do Código Civil de 2002. A Carta Magna de 1988, já incluiu em seu artigo 5º inciso XXIII, artigo 5º parágrafo 2º, bem como artigo 170 a idéia de socialidade utilizada como base para o principio acima analisado.

A lei de introdução ao Código civil também enuncia que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”²³² Com isso, inserido em uma nova realidade o instituto do contrato, objeto das relações negociais, passou a ser observado também sob uma perspectiva social.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que a publicização do direito privado é uma realidade. É fato que o Código Civil de 1916 foi elaborado durante um período marcado pela influencia colonial, onde o direito privado abordava a propriedade privada, contratos e outros institutos com uma visão extremamente individualista. Neste sentido, o direito privado hoje não é apenas um direito entre particulares.

O atual Código Civil deixou para traz as características extremamente patrimonialistas e conservadoras para ser inserido em um contexto mais social. Pautou-se na diretriz da socialidade para abordar no instituto contratual um alcance menos individualista.

O diploma civil é pautado em um sistema aberta de cláusulas gerais, dentre elas a função social do contrato. O legislador no momento de inclusão da referida cláusula teve o objetivo de facultar ao individuo o direito de contratar, porém vinculado ao interesse social.

²³² BRASIL. lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil. Artigo 5º.

O segundo capítulo aborda as diretrizes teóricas utilizadas na elaboração do Código Civil de 2002, enumerando alguns exemplos da aplicabilidade de cada uma no ordenamento jurídico. A diretriz da socialidade é utilizada para nortear o princípio da função social do contrato.

As cláusulas gerais oriunda do sistema aberto do atual Código Civil são utilizadas no sentido do não perecimento do direito, abrindo o leque de aplicação da letra da lei nos casos concretos, que sempre estão em desenvolvimento. É neste contexto que observa-se a função social do contrato como requisito inerente as relações contratuais.

No terceiro capítulo foi abordado a efetiva aplicabilidade da função social do contrato no âmbito dos tribunais. Para isso, foi analisado como os interpretes da lei utilizam das diretrizes teóricas do Código Civil e da cláusula geral da função social do contrato para julgar determinados casos. É fato que o princípio da função social do contrato é abordado em vários julgados e situações anteriormente apresentadas, o que corrobora com o entendimento demonstrado no presente estudo monográfico.

Tendo em vista o exposto, entende-se o princípio da função social do contrato como princípio explícito do Código Civil de 2002, e como última análise do instituto, observou-se a efetiva aplicação da função social do contrato na relação entre particulares.

O princípio da função social do contrato não limita os princípios do pacta sunt servanda, bem como o da liberdade de contratar, a idéia do presente estudo é colocar o princípio como parte integrante do instituto contratual. As relações contratuais entre particulares devem necessariamente observar o âmbito coletivo de social que as mesmas podem alcançar.

Neste diapasão, o princípio referido no presente estudo, não é observado apenas como uma limitação, mas sim como elemento inerente do instituto contratual.

A hipótese levantada no início da pesquisa restou verificada validamente conforme os argumentos jurídicos esposados neste estudo monográfico. Com isso, confirmou-se a aplicação do princípio analisado nas relações jurídicas contratuais entre particulares, efetivando-se como elemento essencial do instituto contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado. *Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 775, p. 18-31, mai. 2000.

ALVES, Ester Beiriz Viana. *O pacta sunt servanda X a função social do contrato*. 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830

ANDRADE, Anelise Seyffarth, *A função Social e a boa-fé do contrato no novo código civil: novos paradigmas*. 2010.

ARAUJO, Alexandre. *A constitucionalização do Direito Civil*. 2008. Revista Artigonal. Disponível em: <http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/constitucionalizacao-do-direito-civil-431269.html>

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7º ed. 2009.

BRANCO, Gerson Luiz. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. 2009.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

BRASIL. Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942. Publicado do Diário Oficial da União dia 17 de Setembro de 1942.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sum: 308. 30/03/2005 - DJ 25.04.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 0402083-75.2010.8.26.0000. DJ: 09/02/11

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP – AC 134.439-4/0. Rel, Des. Ênio Santarelli Zuliani. DJ: 28.01.2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.13932, 2º câmara cível, Rel. Des. Leila Mariano. DJ: 13/03/2001

BUSNELLO, Saul José. *O Princípio da Função Social do Contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/25091.htm>

CARVALHO, Paulo César de. *Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade*. Jus Navigandi, 2006.

CASTRO, Monica. *A desapropriação judicial no novo código civil*. Revista Mundo Jurídico. [on line]. 2003. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/artigos

COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. 1999. Revista dos Tribunais. São Paulo

DELGADO, José Augusto. *A Ética no Novo Código Civil*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n. 2, p. 137-265, Jul/Dez. 2003.

DELGADO, Mário Luiz, Jones, Figueiredo Alves (coord.). *Novo Código Civil (Questões Controvertidas)*. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil Brasileiro interpretada*. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Vol.1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 2005.

Enunciados de Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal. Nº 22.

FACHIN Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

FERREIRA, Luiz Renato. *A função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a Solidariedade Social*. O novo Código civil e a Constituição.

FIGUEIREDO, Luciano L. *Os reais contornos do principio da função social das propriedades: acesso X funcionalização*. Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA. Nº 13. Jan-dez 2006

FIUZA, Ricardo. *Código civil comentado*. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORGIANNI, Micheli. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, v. 747, jan.1998.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato, de acordo com o novo Código Civil*. 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26° Ed. 2008.

_____ *Raízes históricas do Código Civil*. 2003.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea, função social do contrato e boa-fé*. 2004.

GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5814>>.

HENTZ, André Soares. *O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5219>.

_____ *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006

ITURRASE, Jorge Mosset. *Contratos em dólares*. 1989, p. 27-28. In SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do contrato*. 2004.

JUNIOR, Waldo Fazzio, *Manual de direito Comercial*. 2010.

KIELING, Antônio Carlos. *O Código Civil Brasileiro - Aplicabilidade e Suas (De)Codificações*. 2006.

LANDIM, Leonardo de Araujo. *A função social dos contratos*. 2010. Artigonal. [on line] <http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-funcao-social-dos-contratos-1916702.html>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999.

_____ *Princípios Sociais dos Contratos no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito Privado*. 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2005.

_____ *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. 2002.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função Social do Contrato, de acordo com o Novo Código Civil*

MARQUES, Claudia lima. *Comentário ao CDC*. Revista dos tribunais, 2003.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7788>.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Princípios e diretrizes do novo código civil*. 2004

MIRANDA Pontes de. *Tratado de direito privado*.

MORAES, Maria Celina Bodim. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de direito civil, n. 25.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato, novos paradigmas*. 2002. p. 206.

NETO, João Hora. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. 2003. Revista Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8262/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-de-2002/2> 2003.

Nunes Apolinário y Reina Abib: *O principio constitucional da função social do contrato e sua aplicabilidade na órbita do Direito civil*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2010. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/09/nara.htm

OLIVEIRA, Maria da Conceição Melo. *Função social do contrato na legislação brasileira*.

OLIVEIRA, Michele C. S. Colla de. *Breve análise da função social do contrato*. Disponível em: Revista jurisway. 2009. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1782

PAES, Arnaldo Boson. *A função social do contrato e sua aplicação nas relações de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. [on line] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19545>.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Funcionalização versus comutarismo: análise da proteção dos direitos existenciais*.

PEREIRA, Lizandro Mello. *Função social do contrato: Alguns tópicos e visões diversas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 42, 2007

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 14° ed, 2010.

QUITES, Pollyanna. *A Função Social do Contrato de Compra e Venda*. 2009. Disponível em: [Http://pmqadvogadosbh.blogspot.com/2010/06/funcao-social-do-contrato-de-compra-e.html](http://pmqadvogadosbh.blogspot.com/2010/06/funcao-social-do-contrato-de-compra-e.html))

REALE, Miguel. *A função social do contrato*. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>

_____ *Estudos preliminares do Código Civil*.

_____ *O projeto do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 2007.

SAMPAIO, Rodolpho Barreto Junior. *A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo*. Revista do Conselho Nacional de pesquisa e pós Graduação em Direito. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior-1.pdf

SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato*. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 10.

SANTOS, Enoque Ribeiro. *A função Social do Contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*. 2003.

SCAFUTO, Aline Abrahão, *A função social do contrato e o princípio da autonomia da vontade*. 2006.

SILVA, Heraldo de Oliveira. *A publicização do direito privado e a privatização do direito público*. Academia Paulista de Magistrados. Disponível em: http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=121#_ftn1

SILVA, Paulo Roberto Pereira. *Liminar em ACP contra dolarização em contratos de leasing*. 1999. Revista Jus Navigandi. [on line] Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16314/liminar-em-acp-contra-dolarizacao-em-contratos-de-leasing>.

SILVA, Rodrigo Alves da. *Diretrizes e bases principiológicas do Código Civil de 2002*. Análise histórico-comparativa ao Código Civil de 1916. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2145, 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12712>

SILVA, Viviane Mandato Teixeira Ribeiro da. *Desdobramentos pragmáticos dos princípios da eticidade e da socialidade na teoria dos contratos regidos pelo novel código civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 39, 2007.

SOARES, Natanael Dantas. *A função social do contrato de plano de saúde*. 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3802.pdf>

SOARES, Sávio de Aguiar. *Teoria Geral dos Contratos e funcionalização no Direito Privado contemporâneo*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 04 julho. 2008.

STORER, Aline. *As Cláusulas Gerais do Código Civil e a Renovação dos Princípios ontratuais*. Mestrado. Centro Universitário Eurípedes da Marília – Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. 2008.

TALAVERA, Glauber Moreno. *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil*. Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002

TARTUCE, Flávio. *A função Social dos Contratos, a boa-fé objetiva e as recentes. Sumulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista EPD, Escola Paulista de Direito. Ano 1 n.1. mai/ago 02.

_____ *A função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao novo código civil*. São Paulo: Método, 2005

TEPEDINO, Gustavo. *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.

THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*. 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Adimplemento substancial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. [on line] Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11703>>.