

ANA LÚCIA LEONEL

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO
SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

**UNIFIEO
Osasco
2007
ANA LÚCIA LEONEL**

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à banca examinadora do Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Pública, Social e Econômica”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob orientação do Professor Doutor Eduardo Carlos Bianca Bittar.

**UNIFIEO
Osasco
2007**

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

- Aos meus pais José Vaz Leonel e Aparecida Soares Leonel

Minha referência de vida. Por terem me ensinado a respeitar meu semelhante.

- Ao meu marido Eduardo, meu grande companheiro, de quem subtraí horas de convívio para escrever esta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, “Minha Fonte de Sabedoria”, pela realização de mais este sonho.

Agradeço aos meus irmãos Carlos, Inês, Lourdes, Paulo, Sergio, Vicente, Eliseu e Silvia, pelo carinho e incentivo.

Agradeço aos meus professores do Curso de Mestrado, que através de seus ensinamentos, me fizeram entender com mais clareza o verdadeiro valor da pessoa humana e o respeito à sua dignidade.

Agradeço a todas as pessoas que de alguma forma colaboraram para a conclusão desse trabalho.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Faço um agradecimento especial ao meu professor e orientador Eduardo Carlos Bianca Bittar, que sem medir esforços, passando-me seus conhecimentos jurídicos, com muita dedicação e paciência, me levou ao caminho correto para o perfeito desenvolvimento desta dissertação.

De coração, muito obrigada.

“O primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo, capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

(Fábio Konder Comparato)

LEONEL, Ana Lúcia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato no direito privado brasileiro**. 2007. Dissertação para obtenção do título de mestre em Direito, Centro Universitário FIEO, Osasco.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade examinar como o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo aplicado nas relações de direito privado, em especial nos contratos, ao discorrermos sobre o princípio da função social do contrato, consagrado no artigo 422 do Código Civil de 2002.

Analisado à luz do texto constitucional, o princípio da função social do contrato tem como objetivo fazer com que as partes envolvidas em um negócio jurídico, inobstante almejem seus interesses pessoais recíprocos, devem agir em um clima de cooperação e solidariedade, a fim de que o resultado do negócio não venha trazer prejuízo para uma das partes envolvidas na avença ou para a sociedade, evitando-se assim o desequilíbrio contratual e a injustiça social.

É através do contrato que se realiza a circulação de riquezas que impulsiona a sociedade, por essa razão, ele não pode ser empregado como um instrumento de poder e opressão, mas sim de justiça, que deve cumprir sua função social, realizando a vontade das partes embutidas em seu conteúdo em perfeita harmonia com os desejos da sociedade.

Embora referido princípio restrinja a autonomia privada, limitando a liberdade de contratar, seu único objetivo é fazer com que as pessoas coloquem um pouco mais de humanização em suas relações privadas, em homenagem à concretização dos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras chaves – direito privado – função social do contrato – dignidade da pessoa humana.

LEONEL, Ana Lúcia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a função social do contrato no direito privado brasileiro**. 2007. Dissertação para obtenção do título de mestre em Direito, Centro Universitário FIEO, Osasco.

ABSTRACT

The present work has as an objective to examine how the dignity principle of the human person is being applied in the private right relations, specially in the contracts, when discoursing about the contract social function principle, consecrated in the article 422 of the 2002 Civil Code.

Analyzed under the light of the constitutional right, the contract social function principle aims to make that the involved parts in a law business, although long for their mutual interests, act in a cooperation and solidary environment, so the result of the business does not bring any damage to one of the involved parts in the agreement, or to the society, avoiding, this way, the contract unbalance and the social injustice.

It is through the contract that it is accomplished the wealth circulation that impulses the society, because of this, it cannot be used as na instrument of power and oppression, but of justice, that must execute its social function, achieving the will of the involved parts in its content in perfect alignment with society's wishes.

Although the referred principle restricts the private autonomy, limiting the freedom to contract, its only objective is to make people put a little more humanity in its private relations, in honor of the concretization of the human rights and of the person dignity principle.

Key-words: – private right – contract social function – human person dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
2. DIMENSÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
3. DO DIREITO PRIVADO	
3.1 Publicização do Direito Privado.....	24
3.2 A Função Social do Contrato	34
3.3 Classificação dos Contratos.....	46
3.4 Autonomia da Vontade e o Dirigismo Contratual.....	61
3.5 A Função Social do Contrato como Cláusula Geral.....	68
3.6 O Juiz como Intérprete das Cláusulas Gerais.....	70
CONCLUSÃO	75
BIBLIOGRAFIA	77

INTRODUÇÃO

O grande desafio da sociedade contemporânea para a efetivação dos direitos humanos envolve necessariamente a ambição de consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, que se realiza no homem como sujeito de direitos, e, por isso, merecedor de respeito e consideração não só por parte do Estado, mas também pelos demais seres humanos.

Mas, para que isto ocorra, é imprescindível que seja reconhecido e garantido o direito de realização de sua personalidade e a tutela, pública e privada, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Procurar-se-á demonstrar, através do presente trabalho, como os operadores do direito vêm tratando esta questão, e em que papel está sendo colocado o homem dentro do nosso sistema jurídico, bem como, de que forma vem sendo compreendido e aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões, em especial nas relações privadas.

À luz dos princípios constitucionais e das disposições contidas no Código Civil de 2002, demonstrar-se-á, ainda, que o estudo do direito privado é um assunto que merece preocupação e maiores reflexões por parte dos operadores do direito, já que é na esfera privada, dentro de seu contexto social, que o homem exercita seus direitos, concretiza seus anseios e encontra a sua felicidade.

A função social do contrato, princípio consagrado no artigo 422 do Código Civil de 2002, aparece como elemento mitigador da autonomia privada e razão determinante da liberdade contratual, e tem como causa determinante trazer para os negócios jurídicos um clima de entendimento, cooperação e respeito, tendo como fundamento os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, e, além de manter o equilíbrio contratual, fazer com que a finalidade do negócio esteja em perfeita

consonância com os desejos da sociedade, assunto sobre qual se procura levar adiante uma reflexão que se debruça sobre a literatura jurídica existente a respeito.

Através do que é chamado de *dirigismo contratual*, o Estado vem interferindo mais e mais nas relações privadas, limitando a autonomia da vontade e restringindo a liberdade contratual, com o objetivo de proteger as partes envolvidas nos negócios jurídicos, bem como toda a sociedade. E isto decorre da edição de normas de ordem pública, bem como da nova sistemática do direito privado, adotada pelo Código Civil de 2002, que permite ao juiz, dentro de um critério de valoração, intervir e interpretar o contrato, sempre em atendimento aos fundamentos da Constituição Federal, garantindo, assim, a proteção do princípio da dignidade humana.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tarefa bastante árdua é a de construir um conceito para o princípio da dignidade humana, e não é por outra razão que a doutrina tem encontrado dificuldades para conceituá-lo, esta dificuldade “decorre certamente ao menos também da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’”, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet.¹

Esta dificuldade se dá também pelo fato de que, diferentemente do que ocorre com os demais direitos fundamentais, o princípio da dignidade não possui aspectos da existência humana, tais como a intimidade, a integridade física, a vida, etc, mas de uma qualidade tida pela maior parte da doutrina, como inerente à toda e qualquer pessoa humana.²

Tais dificuldades vêm se reduzindo dia a dia, já que hoje são muitos os juristas e estudiosos do direito que se preocupam em estudar princípio de tamanho valor, podendo-se afirmar que é um conceito em processo de constante desenvolvimento. Mas uma coisa é certa, não há como negar a sua existência e seu reconhecimento, ainda que de forma vagarosa, vem sido alcançado progressivamente.

Mas, como explica Eduardo Bittar, “deve-se superar esta sensação de ‘beco’, de ‘encruzilhada’, sem direção”,³ já que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado primeiramente como fundamento do Direito e do próprio Estado, por essa razão, deve nortear toda e qualquer ação governamental e social, com o objetivo de realizar o homem plenamente no convívio social.⁴

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16

² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 17

³ BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade**. In: Livro do Curso de Mestrado da Unifief. Org. Eduardo E.B. Bittar e Anna Cândida das Cunha Ferraz. São Paulo: Edifio, 2007, p. 48

⁴ Idem, *Ibidem*, p. 49

Com efeito, questão sobre a qual não destoa a doutrina, é a de que o princípio da dignidade é inerente a cada pessoa humana, e, portanto, qualidade integrante do ser humano, que com ele nasce, e dele não pode ser retirada, mas somente reconhecida, respeitada e protegida, não podendo, portanto, ser objeto de pretensão de qualquer ser humano.

E assim, por ser considerado um valor intrínseco da pessoa humana, todos são possuidores de dignidade, independentemente de raça, cor, sexo, capacidade, merecimento pessoal ou social, como bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet, “em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos”.⁵

Como qualidade intrínseca da pessoa humana, basta a condição humana para ser portador de dignidade, podendo-se afirmar neste sentido, que a dignidade nasceu antes mesmo que o Estado, ela preexiste ao próprio direito. Dada a sua importância é reconhecida como fundamento da ordem jurídica e, mesmo que um determinado sistema normativo não a reconheça como tal, seu reconhecimento se impõe, já que em todo sistema constitucional está presente a determinação de que sejam reconhecidos e garantidos os direitos fundamentais.

A expressão dignidade tem um alcance muito maior do que se possa imaginar, já que ela tem como fundamento o respeito aos direitos humanos. Portanto, para que o homem tenha sua dignidade respeitada, é preciso que em primeiro lugar ele seja reconhecido como ser humano que é, centro do universo, e, por isso, merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos demais seres humanos. Conforme assevera com propriedade Eduardo Bittar: “Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 20.

dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana.”⁶

E para que o Estado respeite a dignidade é necessário que assegure de forma concreta os direitos individuais ao lado dos sociais, ambos vistos como reciprocamente complementares, em nossa constituição previstos no artigo 6º, pois, não é possível se imaginar que uma pessoa possa viver com dignidade se não tiver garantido saúde, educação, trabalho, assistência social, proteção à família, maternidade e infância e demais direitos fundamentais, condições mínimas para se ter uma vida saudável.

A eficácia de tais direitos deve ser feita de tal forma que faça com que o homem tenha consciência dessa respeitabilidade e reconheça o seu verdadeiro valor, para que possa respeitar a sua própria dignidade e conseqüentemente a dignidade de seu semelhante.

Ingo Wolfgang Sarlet nos dá também um conceito da dignidade da pessoa humana bastante abrangente e esclarecedor:⁷

“[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

⁶ BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2005, p. 302.

⁷ Op. cit. p. 37.

Maria Celina Bobin de Moraes, seguindo o mesmo pensamento, nos dá o seguinte conceito: “O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tão pouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico”. (**O conceito de dignidade humana. Substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118).

sua participação ativa e co-responsável no destino da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Em razão das atrocidades de que foi vítima o ser humano, principalmente após o Holocausto e as conseqüências advindas da Segunda Guerra Mundial, constatou-se necessário proteger o homem, não apenas com o intuito de permanecer vivo, mas de viver com dignidade.⁸ O ser humano já não podia mais ser considerado uma “coisa”, como no campo de concentração nazista, em que era identificado por um número, onde era despojado de seu próprio ser e da sua personalidade.⁹ “Foram necessárias diversas violações, diversas experiências de indignidade, diversas práticas de exploração da condição humana, para que a própria noção de dignidade surgisse um pouco mais clara aos olhos do pensamento contemporâneo”, como afirma Eduardo Bittar.¹⁰

Na verdade, no curso da história, o homem somente passou a ser considerado sujeito de direitos e portador de dignidade, após ser vítima de muita dor física e sofrimento moral. Cabendo ressaltar, no entanto, que toda forma de desumanização atinge não só a pessoa-vítima, mas toda a humanidade, pois, toda vez que uma pessoa é aviltada, colocada em situação de degradação, atingida em sua dignidade, toda a sociedade é também atingida, e sofre também as conseqüências de tais atrocidades.

Exatamente por ser portador de um valor absoluto, e ainda, portador de dignidade, o homem não pode ser tratado como um objeto descartável que se usa e “joga fora” quando não mais for útil, ou quando já se tenha alcançado o objetivo desejado, mas deve sim, ser respeitado por si próprio e pelos demais seres humanos. É a aplicação do princípio Kantiniano de que a pessoa humana jamais deve ser utilizada

⁸ Cf. ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. In: Revista Interesse Público. São Paulo: Editora Notadez, n.4, out/dez, 1999, p. 29.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos**. Direitos Humanos, visões contemporâneas. São Paulo: Método Editora, 2001, p. 29

¹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, op. cit. p. 51.

como meio para se alcançar um objetivo qualquer, mas deve ser considerada como um fim em si mesmo.¹¹

O tema dignidade da pessoa humana começou a ser discutido pelos filósofos na modernidade, e foram os modernos quem primeiro se preocuparam em dar um significado para o termo, o qual, dentro de uma análise histórico/filosófica, já vinha sendo discutido nas doutrinas do mundo todo, preocupados em lhe dar uma concepção. E, entre os filósofos modernos, Kant, partindo da idéia de igualdade/liberdade, é quem coloca em debate a questão da natureza racional do homem, e seu pensamento é voltado para a idéia de que a concepção de dignidade estava relacionada com a capacidade de autodeterminação do homem na imputação de regras de comportamento.¹²

Mas é na pós-modernidade no século XX, após a segunda guerra mundial, depois do homem ser vítima das maiores atrocidades, vale dizer, ser vítima de muita indignidade, conforme já salientado acima, é que o termo dignidade da pessoa humana passou a ser preocupação das políticas internacionais e motivo de perturbação para o mundo todo, acabando por ser reconhecida e positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Era preciso que a noção de dignidade fosse alvo de maiores discussões, para que se chegasse a um “denominador comum”, sobre a sua verdadeira identidade entre

¹¹ Importante também neste aspecto a lição de Maria Celina Bodin, nos seguintes termos: “Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro. Op. cit. p. 115

A mesma autora demonstra sua preocupação quanto a utilização do homem como coisa, agora no campo da biomédica, questão que merece de fato muita preocupação nos dias atuais, quando se trata de preservar a vida do homem e sua dignidade, assim se expressa Celina Bodin, “ No entanto, na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito da não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas”. Op. cit. p. 131.

¹¹ Cf. BITTAR, Carlos Eduardo Bianca, op. cit. p. 41/42.

o pensamento dos contemporâneos, e é na pós-modernidade que isto passa a acontecer.

E ainda, de forma vagarosa, o princípio da dignidade humana passou a ser introduzido nas constituições contemporâneas, propagando-se em todos os ramos do direito, isto em razão da necessidade de colocar o homem em seu lugar de destaque no mundo, devolvendo-lhe o seu papel de valor absoluto e portador de dignidade. Conforme adverte Eduardo Bittar, “Pensar na perspectiva que se amplia para o século XXI, é pensar no fato de que a dignidade passa a recuperar o seu valor, seu sentido, recompondo-se para fazer parte do discurso jurídico do milênio, que irrompe já marcado por inúmeras violações aos direitos fundamentais da pessoa humana”.¹³

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, aparece pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, e vem consagrado no artigo 1º. Inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, em razão de sua supremacia.

Como se vê, o princípio da dignidade humana foi colocado em posição de destaque em nossa Constituição, e isto significa que o Estado existe para o homem, e que ao homem deve assegurar as condições econômicas, sociais, políticas e jurídicas, para viver com o mínimo de dignidade, criando mecanismos a serem colocados à sua disposição, a fim de garantir a eficácia e o respeito ao decreto constitucional.

¹³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2005, p. 299.

2. DIMENSÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .

Considerando que a dignidade da pessoa se encontra, de alguma forma, ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como deixar de considerar a existência da necessária dimensão social desta mesma dignidade, já que todos são reconhecidos iguais em dignidade, conforme proclama em seu preâmbulo a Declaração Universal de 1948, nos seguintes termos: *“Todos são iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros”*.

Na verdade, cada ser humano tem sua própria dignidade, que é a ele inerente, e, por ser considerado um bem maior, ela deve ser respeitada e resguardada, não só pelo Estado, mas também pelos cidadãos dentro de sua comunidade. Vale dizer, referido princípio não deve ser observado apenas no aspecto jurídico-normativo, como um mandamento constitucional, mas também cada cidadão, no convívio social, deve se abster de praticar atos que possam, de alguma forma, ferir/desrespeitar a dignidade de outrem.

Não há dúvidas de que cabe ao Estado, em primeiro lugar, proporcionar a todos meios que garantam a efetivação deste princípio fundamental, tanto é verdade que o colocou dentre os fundamentos do Estado Brasileiro, conforme preconizado no artigo primeiro da Constituição Federal, e nestes termos, tem o dever de assegurar o respeito a este princípio constitucional, pois, somente desta forma é que os direitos fundamentais serão também respeitados, como assevera José Afonso da Silva: *“ Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”*.¹⁴

É o que Ingo Wolfgang chama de “direitos à proteção”, que se traduz na idéia de que cabe ao Estado, em razão do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais,

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105

zelar pela proteção de tais direitos, com a adoção de medidas efetivas, não só contra agressões providas dos poderes públicos, mas também dos particulares.

E assim, por ser o direito o instrumento adequado para a auto-realização e auto-desenvolvimento da pessoa humana em suas relações intersubjetivas, cabe à ordem jurídica, através do Estado, assegurar com eficiência a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos que deste princípio decorrem. Conforme salienta Béatrice Mauer, “A ética se interessará, todavia, no essencial, pela dignidade atuada, sendo do domínio do direito proteger absolutamente a dignidade fundamental da pessoa humana”.¹⁵

Mas até para que o indivíduo possa cobrar esse dever do Estado, ele deve também, na condição de ser humano, portador de dignidade, respeitar e impedir que desrespeitem e firam a dignidade de seu semelhante.¹⁶

É também chamada de dimensão intersubjetiva da dignidade, que parte da situação do ser humano e sua relação com os demais. Parte-se ainda, da noção de igual dignidade de todas as pessoas, com a participação ativa de todas no respeito a esta dignidade, umas com as outras.

Neste aspecto, é relevante a lição de Ingo Wolfgang que assevera: (...) “a dignidade da pessoa humana - no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva - implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor extrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente

¹⁵ MAUER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Organização e Tradução, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 87.

¹⁶ No mesmo sentido Peter Häberle destaca a “referência ao outro” e assevera que o reconhecimento da igual dignidade “humana dos outros” forma a ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um, tal como dá conta a jurisprudência praticada pelo Tribunal Constitucional Federal: In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, p. 61-87. Organização e Tradução, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 127.

instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao `florescimento humano”¹⁷.

Atualmente, os direitos humanos estão mais voltados para a dignidade humana, por essa razão, este princípio é considerado como última proteção contra a lógica do neoliberalismo e a barbárie. É por isso que os direitos humanos exigem uma atuação positiva por parte do Estado e dos Particulares, em defesa do respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁸

Ocorre que, hoje já não faz mais sentido para o homem que vive em comunidade, voltar-se para si, e de forma egoísta pensar somente em seus interesses, sem se preocupar com os interesses de toda a comunidade. Por essa razão, o homem precisa conscientizar-se que não vive sozinho, e que deve haver uma unicidade entre ele e o grupo, como se fossem uma única pessoa, lembrando sempre, que todos são iguais em dignidade, e quando se atinge a dignidade do outro, está se atingindo a própria dignidade. Peter Häberle, assevera:¹⁹

“A dignidade humana habita, de antemão, a dimensão comunicativa social, que pode ganhar realidade tanto na esfera privada quanto na pública. Dignidade humana significa também, mas não somente, o espaço interno do homem. Sua abertura social, o momento da responsabilidade diante de outros homens e da comunidade, pertence a ela do mesmo modo e revela-se tão constituinte como o momento da auto-responsabilidade, no sentido de autodeterminação”.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

¹⁸ Cf. MAURER, Béatrice, op. cit. p. 78.

¹⁹ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Organização e Tradução, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.139.

Celina Bodin, neste sentido assim leciona: “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser demonstrado em quatro postulados: i) o sujeito (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. Op. cit. p. 119.

Conforme lembra Rizzatto Nunes, nenhum indivíduo é isolado, pois ele nasce, cresce e vive no meio social, e nesta circunstância ele ganha e tem o direito de ganhar mais dignidade. Ele nasce com integridade física ou psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.²⁰

É preciso que haja uma mudança no relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade, alcançando-se assim, o respeito à dignidade humana.

A solidariedade social, na sociedade contemporânea não pode ser vista apenas como aquela baseada na “caridade”, com caráter beneficente. A construção de uma sociedade solidária é colocada como um dos objetivos da República Federativa do Brasil e, como tal, não deve ser considerada somente no momento da elaboração de leis ordinárias e execução de políticas públicas, mas também pelos operadores do direito quando da interpretação e aplicação do direito, e ainda, por toda a sociedade, que são seus principais destinatários.²¹

E ainda neste contexto imperioso a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:²²

“Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Essa regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo de algum modo no lugar de qualquer outro’. É o conceito dialético de ‘reconhecimento’ do outro”.

²⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

²¹ Cf. BODIN DE MORAES, Celina. Op. cit. p. 140.

²² Idem, Ibidem, p. 141.

A partir do momento em que os homens respeitarem uns aos outros, e agirem com mútua consideração e cooperação, preocupando-se, em primeiro lugar, em ter uma convivência baseada na fraternidade, solidariedade e harmonia, estarão respeitando a dignidade do outro, e desta forma, alcançarão a tão almejada justiça social.

A expressão Função Social do Contrato traz em seu bojo exatamente este sentido, “viver bem em comunidade”, respeitar dentro do negócio jurídico a dignidade da parte envolvida e de toda a sociedade.

Por essa razão, toda vez que em um negócio jurídico uma das partes esteja sendo lesada por encontrar-se em situação desvantajosa, ou ainda, quando estas mesmas partes estejam realizando um negócio que não esteja em harmonia com os interesses da sociedade, caberá ao Estado, através do Poder Judiciário, intervir neste negócio, e tomar as medidas cabíveis a fim de restabelecer o equilíbrio contratual perdido, para que o contrato cumpra a sua função social, nos exatos termos do artigo 421 do Código Civil.

E é neste exato momento, que deverá o julgador recorrer às normas de ordem pública, e se utilizar dos princípios constitucionais de direito, a fim de garantir que seja respeitada a dignidade das partes envolvidas e de toda a sociedade, assegurando a participação igualitária de todos na vida social.

3. DO DIREITO PRIVADO

3.1 Publicização do Direito Privado

A divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado teve sua origem em Roma, e é no *Disgesto* (533 d.c), que vamos encontrar a definição de que o Direito Público era aquele que dizia respeito ao Estado ou à coisa romana, enquanto que o Direito Privado se relacionava às utilidades dos particulares. Já em outras passagens podemos encontrar outra distinção, colocando a supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado.

Os juristas costumam distinguir o Direito Público do Direito Privado adotando critérios variados, questão sobre a qual não vamos nos aprofundar, tendo em vista que não é objetivo deste estudo apontar eventuais dicotomias entre estes institutos, mas, nosso principal objetivo é evidenciar, como o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo aplicado nas relações privadas, pelos operadores do direito.

É importante sabermos, no entanto, que quando falamos em relações de Direito Público, estamos nos referindo à proteção da pessoa em face do Estado, e quando falamos em relações de Direito Privado, estamos nos referindo à proteção da pessoa em face dos outros indivíduos em suas relações na sociedade. Conforme assevera Rosa Nery,²³ “(...) se de um lado o Direito *Público* respeita a estrutura mesma do poder, de onde emana a ordem necessária para a construção e manutenção do próprio sistema jurídico, o Direito *Privado* se volta para o elemento mais importante desse sistema, que é o homem. Se de um lado a estrutura de poder precisa sempre encontrar motivo e razoabilidade para o seu existir e para o seu regular e eficiente funcionamento, de outro, não se pode negar ao ser humano a realização de sua humanidade, no seio da sociedade (estrutura) a que pertence”.

E, para que o homem possa se realizar e encontrar a sua felicidade é preciso que a sua vida, sua liberdade, sua intimidade, sua honra e sua dignidade sejam respeitadas e protegidas, e é na esfera privada que ele poderá exercer tais direitos,

²³ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

vale dizer, é no direito privado que o homem encontrará a proteção de seus direitos fundamentais.²⁴

O Código Civil de 1916, inspirado no Código de Napoleão, é fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas, e colocava o indivíduo como valor fundamental. Na época o Código Civil era considerado a Constituição do Direito Privado, pois regulava,²⁵ do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, e era considerado a garantia mais elevada das relações patrimoniais, protegendo as partes contra a interferência do Estado ou de particulares.

As profundas transformações trazidas pela industrialização e o consumo em massa do século XIX, e a globalização que veio posteriormente, trouxeram também grandes mudanças no Direito Privado, não havendo mais lugar para o individualismo e o egoísmo, no qual imperava apenas a vontade das partes, com prevalência das normas por elas estabelecidas.

Com o desenvolvimento do capitalismo, forma-se uma classe cada vez mais numerosa, as novas condições econômicas provocam profundas mutações da sociedade, e estas novas relações necessitam de regulamentação. Conforme leciona Orlando Gomes, “Só a observação consciente das condições sociais, em certo momento histórico, pode ditar com segurança, as normas reguladoras da atividade humana na sociedade”.²⁶

Novas leis especiais passaram a ser editadas a fim de que pudessem se adaptar à nova realidade social, que agora era composta de novas situações nas relações privadas, para apaziguar os conflitos sociais que se manifestavam, advindos da nova realidade econômica. “Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não

²⁴MARTINS-COSTA, Judith, também neste aspecto escreve de maneira bastante clara, “É sobre estas relações, desenvolvidas concomitantemente na esfera privada no “mundo comum” e no espaço do resguardo da intimidade, que se ergue, hoje em dia, o direito privado, conjunto de normas que ordenam tanto a vida em comum, dos homens em associação, quanto os mais recôntitos loci da vida privada. E é neste espaço que se promove, sobre as ruínas da robusta oitocentista, a sua necessária reconstrução”. **A Reconstrução do Direito Privado**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

²⁵ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas**. Temas de Direito Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

²⁶ GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. 1ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 26.

mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito”, conforme observa Tepedino.²⁷

Em razão da necessidade de se dar uma maior proteção aos indivíduos em suas relações sociais, já que em vez da justiça social, o que estava ocorrendo era a exclusão social, chegou-se à conclusão de que o Direito Privado já não podia mais viver autonomamente, momento em que passou a haver uma inter-relação do Direito Público com o Direito Privado, começando então a ocorrer a intervenção estatal.

E, aos poucos, o Estado passou a ganhar espaço no âmbito das relações privadas, reduzindo a autonomia da vontade, interferindo no conteúdo dos negócios jurídicos e na liberdade legal de contratar. A forma como vinha sendo tratado o contrato, já não atendia mais às necessidades peculiares da sociedade de consumo, da contratação em massa e coletiva.²⁸ Como exemplo podemos citar o artigo 39, inciso IX do Código do Consumidor e agora o artigo 421 do Código Civil, que disciplina a Função Social do Contrato.

O Estado restringe e controla, mediante sanções específicas, um campo pertencente às relações jusprivadas,²⁹ fenômenos aos quais se dá o nome de Publicização do Direito Privado.³⁰

Segundo Eugênio Facchini Neto,³¹ “Isso decorre do fato de que o Estado Social e as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras,

²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 6.

²⁸ “Certamente o individualismo jurídico, que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Os excessos do liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das novas necessidades materiais da vida social burguesa”. (WOLKMER, Antonio Carlos. In: **História do Direito Brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 29.

²⁹ Cf. LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia**. In A Reconstrução do Direito Privado. Coordenadora Judht Martins Costa. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

³⁰ Observa Orlando Gomes, que ao intervir nas relações de direito privado, o Estado desempenha sua função social, e assim se expressa: “Desenha-se nitidamente sua função social. Sobrepõe-se à autoridade paterna, proibindo o trabalho de menores de certa idade, nas fábricas. Impede a ganância dos capitalistas, se pretendem fazer do trabalho um instrumento de opressão. Muita vez, a pureza de um princípio jurídico é sacrificada, em obediência à conveniência social”. (GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. 1ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 26).

segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transporte), serviços médicos, assistência social, educação, etc; quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (v.g., disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.)”.

Aos poucos, as Constituições Federais passam a codificar normas e princípios relacionados com o Direito Privado, questões que antes eram reservadas ao Código Civil, e cujo foco central era o indivíduo, passa agora a ser a sociedade. Passou-se então a ter uma maior preocupação com as atividades exercidas pelos particulares em suas relações privadas, e as consequências que estas atividades pudessem trazer para a sociedade.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Social, foi um ponto marcante desta evolução, o legislador constituinte mostrou-se bastante preocupado com as relações no âmbito privado, pois traz em seu bojo diversas normas e princípios que disciplinam as relações privadas, com o objetivo de coibir comportamentos que possam ferir a dignidade da pessoa humana. Como diz Regina Beatriz Tavares da Silva, “as atenções voltaram-se para a pessoa em si mesma, para a tutela de sua personalidade, de sua dignidade como ser humano”.³²

As mudanças constantes na Constituição Federal de 1988 são frutos da necessidade de uma formação política nova, autônoma e soberana que abolisse o autoritarismo e o arbítrio vigentes no país, já que as constituições anteriores não continham normas que atendessem aos anseios da sociedade em redemocratização.

³¹ NETO, Eugênio Facchini. **A Reconstrução do Direito Privado**. Coordenadora Judht Martins Costa. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

³² TAVAREZ DA SILVA, Regina Beatriz. **A Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Fundamental de Direito Constitucional e de Direito de Família**. In Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais, em homenagem ao Professor Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 112.

A realidade social demonstrava a necessidade de se estabelecer um novo conjunto de normas, que melhor atendesse às necessidades e às aspirações da sociedade, mas o jurista estava insensível à ocorrência de tais fatos, o direito estava inerte a toda mudança que vinha ocorrendo, e continuava prestigiando apenas os grandes e fortes, enquanto os pequenos e fracos ficavam à mercê de sua própria sorte. Em seus escritos de 1955, observava Orlando Gomes: “[...] o direito conserva-se ausente para milhares de seres, enquanto se abarrota de preceitos que interessam raras vezes, a meia dúzia de afortunados”.³³

As constituições de 1824, 1891 e 1934 continham normas que atendiam mais os interesses das elites agrárias locais, do que a legitimidade dos movimentos gerados pelas lutas populares por cidadania.³⁴

As demais constituições brasileiras, as de 1937, 1946, 1967 e 1969, não foram muito diferentes, pois representavam um constitucionalismo que negava a democracia (no sentido popular), sem a participação do povo em sua plenitude, e tinham como característica uma realidade individualista, formalista e programática.³⁵

A verdade é que as constituições brasileiras anteriores à de 1988, continham normas que além de sufocar as manifestações coletivas, não refletiam os desejos e as necessidades mais urgentes da sociedade. Demonstra a nossa história que o Direito Público era, ideologicamente, dotado de uma doutrina que continha um visível perfil liberal-conservador, que estava longe de admitir democracia.³⁶

³³ GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, p. 23.

³⁴ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito Brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 112.

³⁵ Idem, *Ibidem*, p. 112.

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 114

Apesar de conterem algumas normas cujo conteúdo versava sobre direitos sociais, a maioria das constituições eram convertidas em preceitos meramente programáticos, por inaplicabilidade e decurso do tempo.³⁷

A despeito de ser vítima de críticas de muitos operadores do direito, a Constituição Federal de 1988 trouxe várias disposições normativas que se aproximam da realidade da sociedade vivida em nosso país, com vários dispositivos que consagram os direitos sociais fundamentais, dentre eles, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.³⁸

Traz ainda um capítulo próprio no qual consagra os direitos sociais (artigo 6º.), os quais têm como destaque a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados.

No artigo 7º. elenca direitos sociais específicos aos trabalhadores, tais como, o salário mínimo, o seguro desemprego, licença maternidade, repouso semanal remunerado e tantos outros de suma importância para o amparo e bem-estar do trabalhador.

E a Constituição de 1988 não avançou apenas neste aspecto, já que, além de conceder tais direitos, coloca à disposição de toda a sociedade remédios processuais adequados para garantir a efetividade de tais direitos, e não é por outro motivo que ela é chamada de Constituição do Estado Social.

³⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 370.

³⁸ Conforme enfatiza Antonio Carlos Wolkmer: “Ainda que possa ser acusada de um texto analítico, demasiadamente minucioso e detalhista, a constituição de 1988, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, além de ter contribuído para enterrar a larga etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista –, Expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados”. In: **História do Direito Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 114.

É claro que ainda há muito que fazer para que se possa garantir de forma efetiva e plena os direitos sociais elencados na Constituição de 1988, mas pode-se afirmar que um grande passo já foi dado. Conforme adverte Paulo Bonavides, “[...] não é possível compreender o constitucionalismo do Estado Social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantam aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”.³⁹

Trouxe ainda a Constituição Federal de 1988 diversas normas de caráter eminentemente privatista, e ainda, como demonstração de sua preocupação com a pessoa humana, recepciona aquilo que as constituições mais avançadas do mundo já regulavam, ao consagrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa Brasileira. Princípio este, que pela sua grandeza e finalidade, deve ser utilizado como diretriz para a hermenêutica constitucional e fundamento para a legislação infraconstitucional. Conforme destaca com muita propriedade Kenzo Gama Soares: “Ao fazer menção à dignidade da pessoa humana (art. 1º. III) e ao valor social da livre iniciativa (art. 1º. IV) como fundamento da República; à justiça e solidariedade da sociedade (art. 3º., I) como objetivos da República; à função social da propriedade (art. 5º., XXIII) e outros temas de caráter privado, a Constituição impôs aos operadores do direito guardarem essas premissas como imperativas na aplicação das normas infraconstitucionais de direito privado e dos negócios jurídicos”.⁴⁰

O Código Civil de 2002, espelhando-se nas normas e princípios da Constituição Federal (fenômeno denominado constitucionalização do direito civil), traz estampado em vários artigos a socialidade e a eticidade, base do direito privado moderno, e o

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 373... /; Cf. BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. O Direito na Pós Modernidade, p. 186.

⁴⁰ SOARES, Kenzo Gama. **Função Social dos Contratos**. In: Função Social do Direito Privado. Coordenação Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 445.

pensamento que se pode extrair do artigo 422 do citado diploma legal, já que este dispositivo, ao mesmo tempo que limita a liberdade de contratar, reconhece que hoje, nas relações privadas, o que deve prevalecer é o interesse social.

E é por essa razão, que para que uma situação subjetiva receba a tutela do Estado não basta apenas estar em conformidade com a vontade do titular, mas deve estar em consonância com o interesse social, ou seja, os direitos subjetivos são limitados, e seu exercício deve estar em harmonia com os fundamentos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal.⁴¹

E, dentro deste contexto, podemos afirmar que a Função do Direito Privado, nos dias atuais, é fazer com que as normas jurídicas cumpram sua função social, sempre com o objetivo de assegurar o respeito à dignidade humana.

A preocupação primeira do Direito Privado, conforme já salientado, é o homem, visto como o elemento mais importante do sistema. Por essa razão, a intervenção do Estado ocorre também em vários campos do direito, como nas relações de consumo (CDC), no direito de família, no direito das sucessões, e tantos outros, que estão recheados de normas de ordem pública.⁴²

Aliás, o que se constata é que a tendência do legislador é elaborar cada vez mais normas de ordem pública a serem aplicadas nas relações privadas, na busca de se estabelecer a igualdade material e o equilíbrio social.

As normas de ordem pública estão positivadas entre os mais elevados princípios constitucionais, e devem ser aplicadas toda vez que se verificar uma pendência entre

⁴¹ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O conceito de dignidade humana. substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 110.

⁴²“O discurso pós-moderno, dentro ou fora das ciências jurídicas, e mesmo dentro delas, desde o direito civil ao direito constitucional e à teoria do Estado, parece falar a língua da proteção irrestrita à dignidade da pessoa humana, à defesa das liberdades fundamentais e às expressões da personalidade humana, preocupações estas demonstradas com o crescimento da publicização do direito privado, bem como com o crescimento da discussão e do debate da importância dos movimentos teóricos em torno de direitos fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade.** 1 ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2005, p. 298).

particulares, o exercício da opressão e exercício de poder do mais forte sobre o mais fraco.

Uma nova definição deve ser dada às normas de ordem pública e o direito deve ser revisto à luz dos preceitos constitucionais, prestigiando os valores não patrimoniais, com intuito ao respeito à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento de sua personalidade.⁴³

Conforme observa Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, “O sistema jurídico atual tem como eixo central o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso a manifestação da vontade particular, tanto sob o prisma do direito privado quanto sob a ótica econômica, deve caminhar concomitantemente com este princípio. Ou seja, as relações privadas devem pautar-se na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴⁴

Esta crescente intervenção do Estado na esfera privada, ao que nos parece, não tem como objetivo uma invasão do público sobre o privado, a fim de que este último fique totalmente absorvido pelo primeiro, mas fazer com que os interesses privados fiquem subordinados aos interesses da coletividade, representada pelo Estado.⁴⁵

Ocorre que hoje não é possível interpretar a sociedade como um mero aglomerado de indivíduos, o que torna forçoso o reconhecimento no interior mesmo dos direitos individuais, nas relações privadas, de cláusulas que protejam a integração social, trazendo a visão do convívio para dentro da interpretação do uso dos direitos e deveres civis. Como adverte Rosana Guida Krastins Marcelino,⁴⁶“(…) o real

⁴³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Privado. Temas de Direito Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

⁴⁴ AMARAL GURGEL, Fernanda Pessanha do. **Liberdade e Direito Privado.** In Função do Direito Privado. Coordenação Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

⁴⁵ Gustavo Tepedino manifesta pensamento semelhante, “A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permitem que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual”. Op. cit. p. 21.

⁴⁶ MARCELINO, Rosana Guida Krastins. **Os princípios de direito privado e a liberdade.** In Função do Direito Privado. Coordenação Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

fundamento do direito não se encontra na atividade utilitária do homem individual, mas no homem enquanto membro da sociedade”.

A cláusula geral da função social do contrato, contida no artigo 421 do Código Civil, é uma dessas cláusulas que tem o objetivo de fazer com que as partes envolvidas numa relação contratual convivam num clima de cooperação e humanização, no sentido de não causar danos uma à outra e também para a sociedade.⁴⁷

⁴⁷Cf. GOMES, Orlando: “Todas essas inovações levam o sinete na humanização porque visam acautelar os interesses do operário e do camponês dos prejuízos que possam advir da liberdade contratual em tese, uma vez que, praticamente ela só existia para o proprietário”. **A Crise do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad. 1955, p 29.

3.2 A Função Social do Contrato

São notórias as transformações sociais, econômicas e políticas decorrentes do desenvolvimento do capitalismo, que teve início na modernidade, associadas à Revolução Industrial e à Urbanização, que acabaram por acarretar em uma grande mudança em toda a sociedade.

Para que fosse conquistada a tão almejada justiça social, que sempre foi o anseio de todos os povos, e pela qual sempre lutaram, foi preciso deixar de lado a concepção individualista do Estado Liberal, a qual considerava que só se conquistaria o bem comum quando houvesse a satisfação pessoal de cada indivíduo.

Com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social passou-se, então, dentro de uma concepção coletivista, a buscar não apenas a satisfação pessoal e egoísta de cada um, mas a satisfação da sociedade como um todo, momento em que os valores coletivos passaram a exercer preponderância sobre os valores individuais,

Mas, se considerarmos que a Justiça Social tem como principal fundamento a dignidade da pessoa humana, não seria razoável admitir que o indivíduo fosse atingido em sua personalidade, como justificativa para alcançar o bem geral da sociedade.

Por essa razão, entendemos que, para que se atinja de forma mais eficaz e verdadeira a Justiça Social, é necessário que haja uma combinação entre a concepção individualista e a coletivista, onde, sem se desrespeitar a dignidade de cada pessoa individualmente, promova-se o bem comum. Como bem assevera Miguel Reale: ⁴⁸ “Sendo um ser, cuja autoconsciência exige o reconhecimento da correspondente dignidade alheia, o bem do homem não pode deixar de ser integração de duas perspectivas a do ego e a do alter”.

⁴⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 271.

E, para que sejam atendidos os ditames do interesse social, é preciso que se coloque um grau de cooperação e aperfeiçoamento nas relações sociais, onde, sem um anular o outro, obtendo cada qual suas realizações pessoais, coloquem os interesses da sociedade como objetivo final.

É dentro deste contexto que deverá se realizar a função social do contrato, como veremos adiante, onde as partes contratantes, envolvidas num clima de cooperação e solidariedade, inobstante almejem seus interesses recíprocos, não percam de vista a influência deste negócio na vida de terceiros pessoas. Como diz Luis Renato Ferreira da Silva:⁴⁹ “Nesta idéia de cooperação entre os contratantes, mas também com relação a terceiros, é que se concretiza no direito contratual, a idéia solidarista insculpida no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal”.

No campo do direito privado, foram grandes as transformações ocorridas em razão das mudanças sociais. A massificação da sociedade e das relações sociais trouxe também nas relações contratuais grandes mudanças, onde já não existe mais a personalidade que outrora existia, onde os contratantes tinham a liberdade de discutir as cláusulas contratuais e estabelecer seus parâmetros de acordo com a vontade de ambos.

Hoje, o contrato paritário já é uma exceção, pois o que predomina são os contratos padronizados e de adesão, no qual apenas uma das partes expressa sua vontade livremente, cabendo à outra (aderente), apenas concordar com as cláusulas preestabelecidas, sem que lhe seja dada a oportunidade de discuti-las ou questioná-las.

Este é mais um sinal da constante mudança social, e o direito não pode ficar alheio a estas mudanças, vale dizer, deve acompanhá-las, pois se a sociedade muda,

⁴⁹ DA SILVA, Luis Renato Ferreira. **A função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social**. In: O Novo Código Civil e a Constituição. Organizador Ingo Wolfgang Starlet. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147/170.

com ela deve mudar também o direito, já que não se pode impor a uma sociedade um direito baseado em valores, que não existam mais nesta sociedade.⁵⁰

Conforme leciona Fernando Noronha,⁵¹ existe uma relação de interdependência entre o direito e a sociedade, pois os acontecimentos que ocorrem em uma esfera produzirão efeitos também na outra, e a dependência entre o direito e a sociedade é bem maior do que da sociedade em relação ao direito.

O direito deve, portanto, acompanhar as mudanças sociais, sob pena de não atingir seus objetivos de justiça, criando normas que se insiram dentro da nova realidade da sociedade moderna. E, neste contexto é de rigor destacar a lição de Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka.⁵²

“Notamos, via de regra pasmos, a realidade fática absolutamente desligada de antigas formulações legislativas, num franco descompasso entre os direitos e os fenômenos sociais”.

Não é possível negar a urgência que aflui, no sentido de se recuperar o equilíbrio social, refazendo-se de alguma forma, as matrizes filosóficas do Direito.”

E é exatamente dentro dessa nova realidade social que o princípio da função social tem seu nascimento, tendo como essência a prevalência dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, sem se perder de vista, é claro, o valor fundante da pessoa humana, conforme já salientado.

Quando falamos em função de algum direito, estamos nos referindo à finalidade que deve ter este direito, e quais os objetivos que deve buscar. Nas palavras de Luis Renato Ferreira da Silva:⁵³ “Ao supor-se que determinado instituto jurídico esteja

⁵⁰ Cf. SANTOS, Eduardo Sens dos. **O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato**. In: Revista de Direito Privado.. Coordenadores, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, abr/jun 2002, p. 25.

⁵¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 26.

⁵² HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **A Função Social do Contrato**. In: Revista de Direito Civil, n. 65, p. 139.

⁵³ DA SILVA, Luis Renato Teixeira. Op. cit.. p. 154.

funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando restabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função”⁵⁴

A palavra Social, por sua vez, está relacionada com a comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país,⁵⁵ com o objetivo de harmonizar o comportamento nas relações interpessoais.

A função social não é privativa dos contratos, veio consagrada primeiramente em nossa Constituição na proteção da propriedade, que tem como objetivo adaptar o direito à propriedade aos interesses da coletividade, mas projetou-se sobre outros institutos do Direito Privado, estando, também, agora presente nos Contratos.

Atento à nova realidade social, andou bem o legislador ao introduzir no Código Civil de 2002 disposições que disciplinam a vida em sociedade, tendo como fim último a tutela dos interesses da coletividade. Aliás, por ter um conteúdo de cunho puramente social, o Código Civil contém vários dispositivos nos quais o princípio da função social é destacado.

A função que sempre se destacou no contrato é a econômica, com o objetivo de circulação de riquezas, transferindo-a de um patrimônio para outro. Mas o contrato não deixou de exercer sua função econômica, apenas foi acrescentada a cláusula da função social, a fim de evitar que houvesse uma atividade contrária aos interesses da sociedade, mas referida cláusula é tão ou mais importante do que o aspecto

⁵⁴ Ainda neste aspecto importante destacamos a lição de Calixto Salomão Filho, “(...) é bastante evidente que a estrutura de direito função imprime caráter bastante peculiar ao instituto. Introduce a obrigação no direito subjetivo. Essa característica essencial é demonstrada pelo fato que sua primeira, mais célebre e talvez mais fiel tradução jurídica tenha se dado em termos de obrigação pura e simples (o famoso ‘a propriedade obriga da constituição de Weimer). É obvio que esta obrigação varia ao longo do tempo, e não poderia ser de outra forma. À crescente complexidade das relações jurídicas corresponde também uma montante necessidade de distinguir e destacar as obrigações que gera essas relações”. (**Função Social do Contrato: primeiras anotações**. In: Revista de Direito Mercantil, n. 132, p. 9).

⁵⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A Função Social do Contrato e o Direito do Trabalho**. In: Revista Legislação do Trabalho, v. 67, n. 12, dez/2003, p. 1462.

econômico. A sociedade precisa do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas.⁵⁶

A função social do contrato vem disciplinada no artigo 421 do Código Civil, o qual tem a seguinte redação: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Cabe esclarecer que embora este dispositivo legal faça menção à liberdade de contratar, os limites nele impostos dizem respeito à liberdade contratual, e visa proteger a manifestação entabulada no conteúdo do contrato,⁵⁷ pois a liberdade de contratar diz respeito à liberdade que têm as partes de realizar um contrato, enquanto que a liberdade contratual está relacionada ao seu conteúdo, que mesmo elaborado de acordo com a vontade das partes envolvidas, deve sujeitar-se aos interesses do bem comum.

Pelo princípio da função social do contrato, os contratos passam a desempenhar um papel importante na sociedade, já que devem os contratantes negociar dentro de um clima de entendimento, cooperação e respeito, tendo como base os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Como ensina Teresa Arruda Alvim, “A função social dos contratos significa que estes devem desempenhar *papel na sociedade*, representando um meio de negociação sadia de seus interesses e não uma forma de opressão”.⁵⁸

⁵⁶ WALD, Arnold. **A dupla função econômica e social do contrato**. In Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo, vol. 5, Jan/Mar-2004, p. 5.

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva**. In: Revista de Legislação Trabalhista, v. 67, n.4, maio/2003, p. 13.

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma Reflexão sobre as “Cláusulas Gerais” do Código Civil de 2002 – A Função Social do Contrato**. In: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 831. São Paulo, 2005, p. 64.

O termo função social, contido no artigo 421 do Código Civil, deve ser analisado sob dois aspectos,⁵⁹ um primeiro que diz respeito ao tratamento que devem as partes contratantes dispensar uma a outra, em um clima de cooperação e lealdade, respeitando cada qual a dignidade do outro. E, num segundo aspecto, é preciso que estas mesmas partes não estabeleçam cláusulas que vão de encontro com os interesses da coletividade. Como enfatiza Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka:⁶⁰

“A função social do contrato emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos”.

O equilíbrio contratual deve estar presente em toda e qualquer avença, pois é nele que se encontra a justiça contratual. Por essa razão, para que este equilíbrio exista, é preciso que haja uma igualdade entre as partes envolvidas, no sentido de que nunca haja a exploração do mais fraco pelo mais forte,⁶¹ *tudo em respeito à dignidade da pessoa humana*.⁶²

⁵⁹ Neste entendimento temos ainda a lição de Thaissa Garcia Gomes : “A função social do contrato apresenta-se de duas formas: inter e ultra partes. Na primeira, observa-se a relação entre as partes, analisando se há equilíbrio contratual e se as intenções das partes são livres de vício e na outra, existe a preocupação quanto aos efeitos gerados perante terceiros, visa proteger o bem estar social”. (**Princípios Constitucionais**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005. v. 94, n. 838, p. 740).

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes Giselda. **A Função Social do Contrato**. In: Revista de Direito Civil. n. 65, p. 141.

⁶¹ Embora entendam a maioria dos doutrinadores de que este dispositivo do Código Civil, tem, também o objetivo de proteger o mais fraco na relação contratual, Arnoldo Wald entende de forma diferente, e ao escrever sobre a matéria faz a seguinte afirmação: “O atendimento da função social na área do Direito Civil, não constitui uma espécie de ação afirmativa em virtude da qual os interesses do contratante mais fraco devam merecer sempre maior proteção. Significa tão somente que a finalidade do contrato não deve ser distorcida do interesse de uma das partes e em detrimento da outra”. O Interesse Social no Direito Privado. In: Revista Ajuris. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: n. 101, mar/2006, p. 15.

⁶² E neste sentido tem se manifestado nossa jurisprudência. “TUTELA ANTECIPADA – Requisito – Seguro de vida e acidentes pessoais – Não-renovação por parte da seguradora do contrato de seguro de vida e acidentes pessoais – Concessão de tutela antecipada em primeiro grau para que se proceda à renovação – Cabimento – Presunção dos requisitos da antecipação de tutela – Princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e dignidade da pessoa humana como base para a caracterização da prova inequívoca dos fatos alegados – Recurso improvido.(Agravo de Instrumento nº 1.084.641-0/8 – São Paulo – 29ª Câmara de Direito Privado – 06.12.06 – Rel. Desembargador LUIS DE CARVALHO – vu. – Voto 10349). (destacamos).

CONTRATO - Cláusula abusiva - Previdência privada - Desconstituição por decisão judicial - Admissibilidade - Impossibilidade da prevalência de convenção que contrarie preceito **voltado a garantir a função social do contrato** - Inteligência do art. 2.035, par. ún., do CC (de 2002) (TJAP) - RT 836/244. (destacamos).

O objetivo é proteger o mais fraco na relação jurídica, a fim de garantir o equilíbrio contratual, não bastando para tanto a licitude do ato ou negócio jurídico, mas é preciso que cumpra sua função social, cuja inobservância pode justificar uma sanção jurídica e a intervenção do Estado, para restabelecer o equilíbrio contratual e garantir a preservação do interesse da sociedade.⁶³ Como bem esclarece Sergio Brotel:

(...) “a solidariedade social, um dos princípios em que se funda a ordem constitucional vigente, impõe a todos o dever de cooperação e de colaboração nas relações jurídicas, dever este também exigível em razão da tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. Este dever, registre-se, é de observância obrigatória em todas as relações jurídicas, impondo-se reconhecer como abusiva, arbitrária, e, portanto, inconstitucional, a conduta daquele que exerce os direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento em dissonância com essa normativa”.⁶⁴

Vivemos atualmente em uma sociedade de massificação, na qual os contratos são, na sua maioria, padronizados e de adesão, nos quais uma das partes contratantes apenas adere às cláusulas pré-estabelecidas. Em sua maioria, são pessoas com pouco grau de instrução, sem esclarecimento suficiente para terem noção do teor do negócio que realizam, e das conseqüências advindas de tal ato. Sendo, portanto, inegável a desigualdade, quer econômica, social ou técnica das partes envolvidas. Como explica Thaissa Garcia Gomes:⁶⁵ “O grande objetivo da justiça contratual é evitar que uma das partes seja prejudicada em razão de uma situação econômica, social, política ou

TUTELA ANTECIPADA – Seguro – Vida e acidentes pessoais – Ação civil pública – Contrato de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade – Não renovação por parte da seguradora – Concessão de tutela antecipada em primeiro grau para que se proceda à renovação – Cabimento – Presunção dos requisitos da antecipação da tutela – Princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e dignidade da pessoa humana como base para a caracterização da prova inequívoca dos fatos alegados – Recurso improvido (Agravo de Instrumento n. 1.054.471-0/9 - Birigui - 29ª Câmara de Direito Privado – Relator: Luís Camargo Pinto de Carvalho – 28.06.06 - V.U. - Voto n. 9663). (destacamos).

⁶³ GOGLIANO, Daisy. **A Função Social do Contrato: causa ou motivo.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004. v. 99, p. 155.

⁶⁴ BROTEL, Sergio. **A eficácia jurídica da pós-datação do cheque em relação ao endossatário – concorrência entre os princípios cambiários e o princípio da função social dos contratos – repercussão na contagem do prazo prescricional.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo. 2005. v. 54, n.137, p. 152.

⁶⁵ GOMES, Thaissa Garcia. **Princípios Constitucionais.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2005. v. 94, n. 838, p. 737.

cultural desfavorável. Negócios ruins não são vedados e acontecerão sempre, o que não se admite é a exploração de uma parte pela outra”.

Frise-se, no entanto, que estas pessoas, quase sempre, não têm outra alternativa, tendo em vista que tais contratos são utilizados no dia-a-dia do mundo econômico, como por exemplo os realizados nas relações de consumo, pois diferente do que ocorre nas relações contratuais privatistas, os contratos realizados nas relações de consumo são, na sua grande maioria, de adesão, nos quais o consumidor só pode aderir sem discutir uma cláusula sequer. Na compra de produtos e serviços o consumidor pode apenas examinar as condições já estabelecidas pelo fornecedor, e pagar o preço, o que também deve ser feito dentro das normas estabelecidas pelo fornecedor.⁶⁶

E, se não existir da parte do mais forte e mais informado a esperada cooperação, lealdade e solidariedade, caso venha a estabelecer cláusulas que sejam a ele mais favoráveis, que acabem por acarretar o desequilíbrio contratual, é necessário que haja a intervenção do Estado, para que seja restabelecido este equilíbrio, resgatando assim, a justiça contratual e a dignidade humana violada.⁶⁷

⁶⁶ Cf. RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁶⁷“MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – Seguro de vida e acidentes pessoais. Concessão da liminar inaudita altera parte para viger provisoriamente a apólice de seguro em grupo. Alusão da seguradora em exercitar o direito potestativo de desinteresse pela renovação da apólice face ao implemento do termo final anuo. Dispensabilidade. Os elementos fáticos do pagamento contemporâneo do prêmio, da missiva noticiando a não renovação da apólice na hipótese do segurado não aderir à nova condição de seguro, regramento que considera abusivo diante da informação da redução do capital segurado e do prêmio mensal, ou desistência do seguro mediante o resgato de vinte e cinco pontos percentuais do capital segurado no limite máximo de R\$ 10.000,00, já que os comprovantes de pagamento delimitam o capital segurado em R\$ 74.084,64, propiciam, sim, salvaguardar a plausibilidade do direito em observância ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos em geral, **ao vetor da função social do negócio jurídico em testilha, ao objetivo maior da pacificação com justiça, e a idéia de dignidade da pessoa humana como princípio orientador das relações patrimoniais** bem assim o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, caso operada a resolução do contrato após cumpridos mais de quarenta anos do pagamento do prêmio, alegação esta não impugnada pela seguradora. Por conseguinte, vislumbrando o direito plausível agregado ao justo receio de dano, legitimou-se a concessão da medida de urgência regida pelo caráter da provisoriedade. Recurso desprovido”. (Agravo de Instrumento no. 1.126.986-0/8, 28ª. Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça de SP, Relator : Des. Julio Vidal, julgado em 21/08/07). (grifamos e destacamos).

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), considerado o que existe de mais moderno em proteção do consumidor,⁶⁸ trouxe em seu contexto novos fundamentos do direito contratual, limitou a autonomia da vontade, e está recheado de princípios e novas técnicas de contratação em massa, com o objetivo de proteger a parte mais fraca no contrato, sempre na busca do equilíbrio contratual. Como diz Cláudia Lima Marques: “O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito dos direitos das obrigações, e relativo à máxima pacta sunt servanda. A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactue determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual”.⁶⁹

Instituiu o princípio da boa-fé objetiva (art. 4, III), do equilíbrio contratual (art. 51 IV e parágrafo 1º., III), interpretação dos contratos mais favoráveis ao consumidor (art. 47), revisão dos contratos (art. 6º., V) e outros tantos.

Pois bem, se o que se busca é a igualdade, para que ela seja alcançada é necessário que, sendo as partes desiguais, devam ter um tratamento diferenciado, vale dizer, devam ser tratadas de forma desigual, pois só assim haverá a igualdade garantida pela Constituição Federal.

Conforme assevera João José Sady,⁷⁰ não podemos esquecer que em cada ponta do contrato temos um ser humano, por mais pessoas jurídicas que os escondam. Explica ainda o insigne Professor⁷¹ que a limitação colocada pelo ordenamento jurídico à liberdade contratual é colocada como garantia para que os homens não possam oprimir uns aos outros, utilizando como instrumento o seu poder econômico, já que a liberdade entre os desiguais é extremamente opressora.

⁶⁸ Cf. RIZZATO NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. Ed. Revista dos Tribunais. 2004, p. 693.

⁷⁰ SADY, João José. **O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho: A Função Social do Contrato**. In Revista LTr. Vol.67, n 7, julho/2003, p. 820.

⁷¹ Idem, Ibidem, p. 820.

O contrato hoje não pode ser visto apenas como um negócio jurídico, que apesar de atingir seu objetivo econômico, não atinja, concomitantemente, o desejo das partes envolvidas, e para tanto, é necessário que haja efetiva outorga de consentimento de ambas as partes, já que ele não pode ser um instrumento de injustiças.

Dentro dessa concepção, sendo o contrato um instrumento de circulação de riquezas, que impulsiona a sociedade economicamente, e por ser considerado uma das maiores manifestações de vontade, ele não deve ser um instrumento de poder e opressão, e muito menos levar o homem à miséria. Deve sim, ser um instrumento de justiça e cumprir sua função social, realizando a vontade das partes, embutida em seu conteúdo, diminuindo, assim, as desigualdades entre os indivíduos em proteção da dignidade de cada um.

O contrato estará ainda cumprindo sua função social quando, inobstante as partes contratantes exercerem o livre jogo de seus interesses,⁷² o seu conteúdo atenda às exigências do bem comum, ou seja, deve haver uma harmonia entre os interesses individuais e coletivos, devendo sempre prevalecer este último.

Ocorre que, nos dias atuais, em razão das mudanças ocorridas na sociedade, onde já foi afastado o individualismo jurídico, o contrato também mudou de feição, e seus termos não importam somente aos contratantes. Por essa razão, devem as partes envolvidas se abster de realizar uma avença que possa, de alguma forma, ferir os interesses da sociedade, pois este último sempre prevalecerá sobre o primeiro.

Essa limitação da liberdade contratual não quer dizer apenas que os contratos não devam gerar efeitos não desejados pela sociedade, esclarece Teresa Arruda Alvim⁷³ que, mais do que isso, “o contrato deve ser, em si mesmo, positivo para a sociedade e não, pura e simplesmente, deixar de gerar mal”.

⁷² Cf. MOURA, Mário Aguiar. **Função Social do Contrato**. In Revista do Tribunais. n. 630, p. 249.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. p. 64.

Para que seja cumprida a função social do contrato, nos termos agora tratados, é necessário que haja uma harmonização entre os interesses privativos dos contratantes com os interesses de toda a coletividade, compatibilizando-se a liberdade com a igualdade.⁷⁴

Deve ficar claro, no entanto, que inobstante as mudanças ocorridas no campo contratual, permanecem intactos os princípios informadores clássicos dos contratos, como o *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade, o consensualismo, a cláusula *rebu sic stantibus*, e a relatividade dos contratos; mas, em decorrência dos novos contratos de massa, globalizados, tais princípios devem ser complementados com os princípios modernos norteadores das relações interpessoais, dentre eles, o princípio da boa fé objetiva e o da função social do contrato.⁷⁵

O contrato é hoje considerado o principal instrumento das operações econômicas, que tem como objetivo a circulação e transferência de riquezas, fatos que constituem o desenvolvimento econômico da sociedade. Neste prisma, a constituição e o desenvolvimento de uma sociedade não é questão que interessa a cada um individualmente, mas à sociedade como um todo. Por essa razão, para não ocorra de apenas alguns serem beneficiados, ou – melhor ainda, para que todos sejam beneficiados igualmente, é necessário que se coloque um pouco mais de humanização nas relações contratuais, no sentido de que cada parte consiga enxergar, “uma na outra”, um ser humano merecedor de um tratamento leal e sincero, sem querer apenas “levar vantagem”, sem se importar na desvantagem do outro.

O fato é que, nos dias atuais, o contrato já não pode ser visto apenas do ponto de vista econômico em razão de sua função social, já que a vontade das partes deve estar subordinada à vontade e interesses da sociedade, em respeito aos direitos

⁷⁴ TALAVERA, Glauber Moreno. **A Função Social do Contrato no Novo Código Civil**. In: Revista IOB-Repertório de Jurisprudência. São Paulo. 2002, n. 13, p. 341.

⁷⁵ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. **Contratos Cativos de Longa Duração: Tempo e Equilíbrio nas Relações Contratuais**. In: IOB-Repertório de Jurisprudência, n. 10, São Paulo, 2006, p.319.

fundamentais do ordenamento jurídico que trata a Constituição Federal no Título I, que elenca os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo de maior relevância para o presente trabalho os princípios da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de criar uma sociedade justa, livre e solidária.

3.3 Classificação dos Contratos

A doutrina no Brasil, após a edição do Código Civil de 2002, tem considerado a seguinte classificação para o exame das modalidades de contratos vigentes, considerando a consolidação das matérias civil e comercial no interior do novo Código.

76

a) Quanto à “Natureza” da Obrigação os Contratos podem ser: Unilaterais e Bilaterais; Onerosos e Gratuitos; Comutativos e Aleatórios; Paritários e por Adesão.

a.1) Unilaterais – é a modalidade de contrato na qual somente uma das partes assume obrigação, vale dizer, não há contraprestação, (ex., contrato de doação pura e simples, depósito, o comodato, o mútuo, o mandato).

a.2) Bilaterais – os contratos bilaterais geram obrigações para ambas as partes, cada uma delas é simultânea e reciprocamente credora e devedora. Também chamado de contrato sinalagmático, em razão da dependência recíproca de obrigações, (ex., contrato de compra e venda, contrato de sociedade, de locação, de prestação de serviços).

a.3) Onerosos – são aqueles contratos que trazem vantagens para ambos os contraentes, existe um sacrifício patrimonial que corresponde a um proveito desejado, (ex., contrato de locação, compra e venda, troca, contrato estimatório ou de consignação).

a.4) Gratuitos – são os contratos nos quais uma só das partes obtém um proveito, proporcionando uma vantagem a outra, sem que haja contraprestação, (ex., doação

⁷⁶DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; / GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; / VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. v.3. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005; / NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

pura e simples, depósito, comodato, mútuo sem retribuição). Importante observar, no entanto, que o sacrifício da parte nem sempre importa em diminuição patrimonial, como no caso do comodato e mútuo, ao passo que, no caso da doação, existe uma diminuição no patrimônio daquele que fez a doação.

a.5) Comutativos – é comutativo o contrato no qual as partes conhecem suas respectivas obrigações no ato de sua celebração, bem como existe uma equivalência entre as prestações assumidas. O contrato comutativo pode ser considerado como uma subclassificação dos contratos onerosos e bilaterais. Explica Maria Helena Diniz, que: “[...] o que caracteriza esse contrato é o fato de o ônus e o proveito de qualquer dos contraentes poderem ser avaliados no próprio ato em que se celebra o ajuste”.⁷⁷ E como exemplo podemos citar o contrato de compra e venda, no qual aquele que vende sabe que receberá o valor por ele almejado, enquanto que o comprador terá a transferência do domínio do bem que pretendeu comprar.

a.6) Aleatórios – a característica principal dessa modalidade de contrato é justamente a imprevisão com relação ao negócio concretizado pelas partes. A álea é o fundamento do contrato, que significa sorte, perigo, azar. Sendo assim, o contrato aleatório é aquele em que pelo menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da celebração do contrato. Existe, na verdade, uma probabilidade de ganho ou perda para os contraentes. Desta forma, são aleatórios por sua natureza os contratos de seguro, jogo, aposta, rifas, bilhete de loteria, e outros).

No entanto, um contrato de compra e venda que normalmente é comutativo, pode ser transformado em um contrato aleatório se as partes assim o quiserem, como por exemplo, a aquisição de uma futura colheita.

Consoante disposto nos artigos 458 e 459 do Código Civil, a álea do negócio jurídico pode ser quanto a existência do bem objeto do contrato, como com relação a sua quantidade.

Mas, seja com relação ao objeto ou a existência do bem, o risco será sempre o principal elemento do contrato aleatório.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 84.

a.7) Paritários – contratos paritários são aqueles em que as partes envolvidas no contrato são colocadas em pé de igualdade. Em razão do princípio da autonomia da vontade, podem discutir os termos do contrato, dirimindo eventuais divergências de acordo com a vontade de ambos.

a.8) Por Adesão – nos contratos por adesão, ao contrário dos contratos paritários, não existe a liberdade de convenção, tendo em vista que as cláusulas já vêm preestabelecidas por uma das partes, cabendo à outra tão somente aceitar tais cláusulas, não podendo discuti-las, (ex., contrato de seguro, alguns contratos bancários, transporte, gás e eletricidade)

b) Quanto à “Forma”: Consensuais, Formais e Reais.

b.1) Consensuais – são os contratos que se aperfeiçoam simplesmente pela anuência das partes, vale dizer, o contrato se forma pelo acordo de vontades, (ex., contrato de compra e venda de bens móveis, locação, mandato, transporte).

b.2) Formais ou Solenes: são aqueles em que a lei prescreve forma especial para sua celebração, de modo que, se o negócio for concretizado sem a observância da forma prescrita em lei, este contrato não terá validade. Conforme leciona Silvio Venosa, “Aqui há uma distinção de importância, qual seja, os contratos cuja forma é exigida pela lei *ad probationem* e aqueles cuja formalidade tem caráter constitutivo ou solene. Assim, nos contratos que são além de formais, solenes, se não obedecidas as formalidades, o negócio carece de efeito, como ocorre entre nós na alienação de imóveis de valor superior ao legal. Por outro lado, a formalidade só é exigida para a prova do negócio em outras situações em que a lei condescende com a validade do ato, ou para a geração de algum defeito entre as partes”.⁷⁸

b.3) Reais – os contratos reais são aqueles que só se aperfeiçoam com a entrega da coisa por uma parte à outra. “Antes da entrega efetiva da coisa, ter-se-á mera promessa

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo, Op. cit. p. 384.

de contratar e não um contrato perfeito e acabado”, conforme adverte Maria Helena Diniz ⁷⁹, (como exemplo podemos citar o contrato de comodato e mútuo).

c) Quanto à Designação: Nominados e Inominados.

c.1) Nominados – ou típicos são os contratos que contém nominação própria, como leciona Maria Helena Diniz, ⁸⁰ tais contratos possuem uma denominação legal e própria, formam espécies definidas e estão regulados por norma jurídica. Vários tipos dessa espécie de contrato estão esquematizados no Código Civil, e outros tantos vêm disciplinados em lei, (ex., contrato de compra e venda, doação, mandato, depósito, e tantos outros).

c.2) Inominados – ou atípicos, ao contrário dos nominados, são aqueles que não se acham especificados e regulados pela lei, mas sua criação por particulares é juridicamente possível, desde que os seus termos não contrariem a lei e os bons costumes. Como adverte Silvio Venosa, com propriedade: “Nos contratos atípicos, a determinação formal é dada pelas partes. Isso não significa que a lei não proteja essa manifestação de vontade. Como estamos no campo da autonomia da vontade, respaldada pelo ordenamento, a descrição das condutas feita pelas partes nesses contratos, estará inserida em um negócio jurídico perfeitamente válido e eficaz.” ⁸¹

d) Quanto ao Tempo de “Execução”: de execução imediata; de execução diferida e trato sucessivo.

d.1) de execução imediata – ou de execução instantânea, são aqueles contratos que possuem execução única, se esgotam mediante uma única prestação, com a conseqüente extinção da obrigação, (ex., contrato de compra e venda cujo pagamento é feito à vista, com entrega imediata do bem, contrato de troca).

⁷⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 93.

⁸⁰ Idem, Ibidem. p.94.

⁸¹ Cf. VENOZA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 380.

d.2) de execução diferida – a prestação se dará em um outro momento, em termo futuro, quando então se extinguirá a obrigação.⁸²

d.3) de trato sucessivo – ou contrato de duração continuada, as obrigações são cumpridas sucessivamente, em prestações. Leciona Orlando Gomes, que não se deve confundir o contrato de execução diferida com o contrato de duração, pois enquanto o primeiro tem execução instantânea, o último tem execução continuada, seja pelo fato das prestações se repetirem periodicamente, se dividem necessariamente no tempo, ou porque se executam continuamente,⁸³ (ex., contrato de locação, contrato de fornecimento de mercadorias com entregas periódicas e pagamentos efetuados mediante as entregas).

É na modalidade de contrato de execução diferida ou continuada que é possível a aplicação da Teoria da Imprevisão, nos termos do artigo 478 do CC, se ocorrer no decurso de adimplemento do contrato acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tornem a prestação para uma das partes extremamente excessiva, com vantagem para outra, momento em que as condições originárias contratadas podem ser alteradas, de modo a influir juridicamente no cumprimento do contrato, podendo até mesmo ocasionar a sua rescisão.

f) Quanto à “Pessoa” do Contratante: Pessoal ou “*Intuitu Personae*” e Impessoais.

f.1) Pessoal – ou “*Intuitu Personae*” são os contratos nos quais a pessoa contratada é considerada elemento determinante para a conclusão do negócio, as partes especificam quem irá executar o contrato, não sendo permitido que terceira pessoa o faça, exatamente por se tratar de obrigação personalíssima, vale dizer, que só pode ser executada por determinada pessoa em razão de sua idoneidade, competência ou habilidade. Leva-se em conta, o fato subjetivo da confiança ou a qualidade técnica ou artística da parte.⁸⁴

⁸² Cf. NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 376.

⁸³ Cf. GOMES, Orlando, Op. cit. p. 97.

⁸⁴ Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 389.

f.2) Impessoal – são os contratos que podem ser executados por qualquer pessoa, neste caso, o único objetivo é que a prestação seja cumprida.

g) Quanto “Aos Sujeitos” Contratantes: Civis, Comerciais e Administrativos.

g.1) Civis – são os realizados por pessoas naturais, que não seja em razão de alguma atividade empresarial.

g.2) Comerciais – são aqueles que têm como partes, ainda que seja apenas uma delas, empresa ou comerciante, que desenvolva atividade empresarial.

Cumpra observar que, em razão da tendência de unificação do direito privado, nos dias atuais já diminuiu muito a importância em se saber se um contrato é utilizado no Direito Civil ou no Direito Comercial, hoje denominado Direito Empresarial.⁸⁵

g.3) Administrativos – são os contratos realizados pela administração pública, contratos estes que podem ser realizados com particulares ou qualquer outra entidade administrativa, cujo objeto do contrato será sempre de interesse público.

h) Reciprocamente considerados os contratos podem ser: Principais e Acessórios.

h.1) Principais – são os contratos que têm existência própria, vale dizer, são autônomos, já que não dependem de nenhum outro contrato para existirem, (ex., contrato de locação, compra e venda, mandato).

h.2) Acessórios – os contratos acessórios por sua vez, dependem da existência de um contrato principal. A função principal destes contratos é garantir o cumprimento de obrigações contraídas no contrato principal, (ex., fiança, caução, penhor, anticrese).

A classificação dos contratos reveste-se de tamanha importância para o presente trabalho, tendo em vista algumas espécies de contrato que, em razão de suas

⁸⁵ Idem, Ibidem, p. 389.

características ou pela forma de execução, podem colocar uma das partes em situação desvantajosa com mais facilidade do que outras espécies, e, por essa razão, ao intervir no contrato para garantir a observância da cláusula geral da função social, caberá ao Juiz, em cada caso concreto, observar qual a espécie do contrato em análise, os ônus e as vantagens de cada parte envolvida, bem como os seus efeitos jurídicos, para melhor aplicação de sua função social.

O que de imediato se percebe é que a noção de função social do contrato ganha forte colorido e acompanha a diversidade das exigências que são típicas e intrínsecas à cada modalidade contratual.

Por isso, a noção de função social sempre cobra do magistrado uma concepção sensível de relação entre tipo/espécie de contrato e contexto social aplicativo.

Uma das modalidades de contrato que merece especial atenção do julgador quando de sua interpretação, por exemplo, é o Contrato de Adesão, já que conforme é sabido, essa espécie de contrato por não permitir discussão de suas cláusulas, coloca o aderente em uma situação de desvantagem e vulnerabilidade, sendo considerada, por isso, a parte mais fraca do negócio.⁸⁶ Como assevera com propriedade Rizzato Nunes, “Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor, o que implica maneira própria de interpretar (...)”.⁸⁷

⁸⁶ Neto Lobo denomina como “débil” a parte mais fraca do contrato, e afirma que nem sempre o aderente é o contratante economicamente débil, apalavra débil não significa mais pobre, e sim pode se encontrar na condição de parte mais fraca por não compartilhar de predispor as condições gerais, e ressalta: “A debilidade fática do aderente decorre de fatores adicionais que não podem ser desprezados: normalmente não se apercebe das condições que lhe são desfavoráveis, por estarem disseminadas no texto extenso ou compacto do contrato ou do documento preliminar; ou por estarem redigidas em termos técnicos; ou por estarem impressas em caracteres minúsculos, induzindo a desnecessidade da leitura; ou por não dispor de tempo para ler e refletir; ou por confiar pura e simplesmente no conteúdo equitativo do texto”. (NETO LOBO, Paulo Luiz. **Condições Gerais dos Contratos e Clausulas Abusivas**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70).

⁸⁷ RIZZATO Nunes, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 586.

Conforme já tivemos a oportunidade de salientar, por vivermos atualmente em uma sociedade de massificação, a maior parte dos contratos (bancários, de consumo, de seguro, de plano de saúde, e outros tantos) revela este caráter de serem por adesão, e a parte aderente, em sua maioria, não tem sequer a noção do negócio que realiza, seja pela condição econômica ou social, razão pela qual é flagrante a desigualdade das partes envolvidas no negócio, o que acarreta o desequilíbrio contratual.

O Contrato de Adesão vem disciplinado nos artigos 423 e 424 do Código Civil, e, para contratos típicos de consumo no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Não é diferente o entendimento da Jurisprudência dominante em nosso país, pois os Tribunais vêm ressaltando em seus julgamentos a preocupação com a parte mais fraca envolvida no contrato, em razão da desigualdade econômica e social existente entre os contraentes nos contratos de adesão, determinando na maioria deles a aplicação do princípio da função social do contrato, a fim de restabelecer o desequilíbrio contratual perdido em razão da desigualdade.

Ao negar provimento a um Recurso de Apelação,⁸⁸ a vigésima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tinha como apelada uma Cooperativa de Serviços Médicos, o D. Relator do acórdão asseverou que:

⁸⁸ Ementa do acórdão: “CONTRATO - Plano de Saúde – Cláusula que limita internação em hospital – Abusividade – Ocorrência – Aplicação do art. 51, IV e XV, do CDC – A função social do contrato de saúde é a preservação da vida e a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites e em razão dessa função – Súmula 302 do STJ e entendimento jurisprudencial – Cabe à Cooperativa médica (denunciada) reembolsar ao réu as despesas médico-hospitalares por ele pagas ao autor em ação de cobrança – Recurso desprovido”. (Apelação Cível no. 1.044.913-1, 20ª. Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator : Des. Álvaro Torres Júnior, julgado em 30/01/2007). No mesmo sentido: CONTRATO DE ADESÃO – Assistência médico-hospitalar – Nulidade de cláusulas abusivas do contrato – No direito atual, não mais prevalece o legalismo estrito, mas cada vez mais se abre espaço aos princípios jurídicos, tal como a função social do contrato, que configura substrato jurídico para invalidar cláusulas abusivas, em especial na hipótese de contrato de adesão – Visa-se, assim, a prevalência de interesse social maior, no caso, a saúde e a vida, em prejuízo da gana pura e simplesmente financeira, vez que “a magnitude da saúde humana, não encerra estimativa econômica” – Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 380.045-4/2-00 - São Paulo – 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: João Carlos Garcia – 12.04.05 – V.U.)

“Não se pode deixar de mencionar que se trata de contrato de adesão, em que não são discutidas suas cláusulas pelo consumidor, que a tanto adere, muitas vezes, sem ter pleno conhecimento de seus termos”.

(...)

“É que os contratos são celebrados por uma função econômica e social que existe para ser cumprida (CF, art. 5º. Inciso XXXVI) notadamente quanto aos contratos relativos a plano de saúde, que são garantidos pela lei ante a sua finalidade social. A função social do contrato de serviço de saúde é a preservação da vida, e a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites dessa função (art. 421 do Código Civil)”. (grifamos)

Destacamos ainda decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁸⁹ em cujo acórdão o D. Relator acentua a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva e da função social nos contratos, em amparo à parte mais fraca na relação jurídica e proteção à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

“[...] aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, de trato sucessivo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, sendo de se reconhecer a sua vinculação, também, além dos princípios gerais do sistema jurídico, como a

⁸⁹ Ementa: Apelação Cível. Sistema Financeiro de Habitação. Ação de Consignação em Pagamento. Plano de Comprometimento de Renda (PCR). Redução da Renda Familiar. Desemprego. Renegociação da Dívida. Depósitos Insuficientes Não Importam na Improcedência da Demanda. (Apelação Cível no. 70005402060, 9ª. Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/11/2004).

No mesmo sentido: DIREITO DO CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO CIVEL INTERPOSTA PELO BANCO. TESES QUE NÃO DE SUSTENTAM. Cediço que de nosso Direito Pátrio extraem-se princípios norteadores dos contratos, dentre eles o do equilíbrio entre as partes, no intuito de não haver enriquecimento exagerado por um dos pólos da relação, em virtude de visível exploração do contratante mais fraco. Compulsando os autos verifica-se que o pedido foi julgado improcedente sob o argumento de que as cláusulas contratuais são abusivas e a lei 8.078/90 estipula a nulidade das mesmas e admite a análise ex-offício. Sabe-se que cabe ao poder judiciário a integração do contrato, conforme o disposto nos artigos 47 e 51, parágrafo segundo do mesmo diploma. Aplica-se no caso concreto a relativização ao princípio da conservação do contrato, haja vista que cabe ao magistrado de ofício determinar que se expurgue os encargos abusivos, ainda que previstos contratualmente. Não se pode olvidar que a revisão contratual é direito do consumidor e no Código Civil a **Boa-fé Objetiva e a Função Social do Contrato** colocam-se como formas de superação da desigualdade. Conhecimento do Recurso para negar provimento. (Apelação Cível no. 2007.001.22901, 12ª. Câmara de Direito Civil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator : Des. Siro Darlan de Oliveira, julgado em 18/09//2007). (destacamos e grifamos).

função social e a justiça do **contrato**, a **boa-fé objetiva** e a não-abusividade, aos seguintes princípios específicos, consoante jurisprudência do STJ: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH, para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação (art. 6º. da CF/88), **sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade**; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, economicamente e financeiramente muitas vezes mais forte (...). (destacamos)

O fato é, que em razão de suas peculiaridades, aos contratos de adesão deve ser aplicada a norma contida no artigo 112 do Código Civil, o qual reza que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

No que diz respeito aos contratos de execução continuada ou diferida, e este é outro exemplo que destacamos, estando o magistrado diante de um contrato desta espécie, observando que a prestação se tornou excessivamente onerosa para uma das partes, com grandes vantagens para outra, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis,⁹⁰ deverá, observando o disposto nos artigos 317 e 478 do Código Civil, proceder à revisão deste contrato, restituindo assim, o equilíbrio contratual perdido, com aplicação da cláusula da função social do contrato, nos termos do artigo 421 do CC.

Os contratos inominados, por sua vez, conforme se demonstrou acima, são aqueles que não estão regulados expressamente pela lei, e podem ser livremente criados pelas partes, em razão da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Tais contratos merecem maior atenção do julgador e intérprete, já que embora devam os

⁹⁰ Motivos Imprevisíveis: Jornada I STJ 17: “A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do CC 317, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

contraentes exercer a liberdade de contratar dentro dos limites legais (art. 425 do CC), não se pode esquecer que seus termos são elaborados, livremente, de acordo com a vontade das partes envolvidas no negócio, e é muito comum esta liberdade contratual extrapolar os limites legais, ocasionando assim, o desequilíbrio contratual. Cabe ao juiz, nestes casos, promover a revisão do contrato, restabelecendo o equilíbrio contratual, pela aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, (arts. 421 e 422 do CC). Conforme enfatizam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, “Essa idéia de *socialidade* do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que *o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes*”.⁹¹

Em recente julgamento de Recurso de Apelação,⁹² que teve como relator o Desembargador Ruy Coppola, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de Direito Privado, por votação unânime, deu provimento ao recurso interposto por um segurado contra a Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, em ação ordinária na qual o apelante (segurado) pleiteava renovação de contrato de seguro que mantinha com a apelada para cobertura de incapacidade temporária, por acidente ou doença, cujo contrato vigorou até 1997 e foi sucessivamente renovado, tendo sua renovação sido recusada pela seguradora.

Justificou a seguradora que não é obrigada a contratar com quem não deseja, e uma vez vencido o prazo do contrato, cumpridas as regras de notificação prévia, tinha o direito de não renovar a avença. Fundamento que foi utilizado pelo magistrado de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido do autor, acrescentando ainda o julgador “*a quo*” que vigora em nosso direito a liberdade de contratar, devendo prevalecer a autonomia da vontade nos termos do artigo 421 do CC.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 405.

⁹² O citado acórdão teve a seguinte ementa: “Ação Ordinária. Contrato de seguro por incapacidade temporária. Impossibilidade da seguradora deixar de renovar contrato de seguro de vida. Artigo 760 do código civil que deve ser examinado conjuntamente com o artigo 421 do mesmo diploma legal. Função Social do contrato. Princípio da boa-fé objetiva. Cláusula Contratual permitindo a não renovação que se mostra abusiva, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade evidente da cláusula. Ação Procedente. Recurso Provido. (Apelação Cível no. 1092133 -0/8, 32ª. Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator : Des. Ruy Coppola, julgado em 26/07/2007).

O D. Relator foi bastante claro ao enfatizar que a liberdade de contratar, na qual se baseou o apelado, encontra limite na função social do contrato, e assim se manifestou:

(...) “Na verdade a seguradora busca, findo o prazo fixado no contrato, não renová-lo, sem oferecer qualquer justificativa plausível para sua conduta. A regra do artigo 760 do Código Civil deve ser interpretada em consonância com outra, do mesmo diploma legal, estampada no artigo 421.

Diz a norma que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. E como a apelada invoca sua liberdade de contratar, deve observar o que diz o Código Civil”. (grifamos)

Conforme destacado também no v. acórdão citado, aplica-se, neste caso, as disposições do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV e XV), já que a cláusula que permite a não renovação do contrato é abusiva, devendo o julgador estar atendo ainda ao fato de que se trata de contrato de adesão.

A proibição contida no artigo 51, IV do CDC, tem a finalidade de impedir a inserção nos contratos de disposições obrigacionais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, coibindo assim, por via de consequência, a quebra do equilíbrio contratual.

Para as modalidades de contratos que têm como elemento integrante e principal o risco (mercado financeiro, seguro, etc), como ocorre com os contratos aleatórios, a avaliação da função social do contrato também deve observar a critérios a serem avaliados com muita particularidade pelo magistrado.

Os contratos aleatórios vêm disciplinados nos artigos 458, 459, 460 e 461 do Código Civil, conforme asseverado, são aqueles que têm como característica principal a imprevisão com relação ao negócio concretizado pelas partes. A álea é o fundamento do contrato, que significa sorte, perigo, azar. Sendo assim, o contrato aleatório é

aquele em que pelo menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da celebração do contrato. “A natureza aleatória do contrato resulta de sua própria função econômico-social”, conforme adverte Orlando Gomes.⁹³

Nos contratos de seguro, por exemplo, o segurador só terá vantagem se o sinistro não se verificar ou se não se verificar em um prazo certo. Para os seguros de vida, a maior longevidade do segurado representa vantagem para o segurador. Já nos contratos de seguro de saúde, ao contrário, o envelhecimento do segurado faz aumentar o risco de sinistro, pois como é sabido, as pessoas idosas têm uma maior probabilidade de ficar doente.

O que não pode ser admitido, e aí deve estar atento o julgador/intérprete, já que esta prática está se tornando corriqueira entre as seguradoras de serviço médico, é que tais empresas impeçam a renovação dos contratos de seguro saúde exatamente no momento em que os segurados mais necessitam de tratamento médico.

Observa-se que o aumento do risco de sinistro, com o envelhecimento do segurado, é elemento intrínseco do próprio contrato de seguro, em razão da álea, não pode a seguradora alegar aumento do custo do contrato como justificativa para negar a renovação do mesmo ao segurado, mormente ao segurado que sempre cumpriu suas obrigações contratuais.

Felizmente, a jurisprudência vem solidificando o entendimento de que é abusiva a conduta das seguradoras que obstam a renovação do contrato do consumidor idoso.

Em julgamento de Recurso de Apelação⁹⁴ em que tinha como apelada a AGF Seguros S.A., a 5ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

⁹³ GOMES, Orlando, Op. cit. p. 411.

⁹⁴ Ementa: SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO ANNUAL AUTOMÁTICA. RECUSA DA SEGURADORA. CANCELAMENTO ABUSIVIDADE. 1. É abusiva a conduta da seguradora que, em razão da redução de sua margem de lucro causada pelo envelhecimento de seu cliente, obsta a renovação do contrato do consumidor idoso, que certamente encontrará dificuldades insuperáveis para contratar um seguro similar com outra companhia. 2. Caso em que o novo contrato proposto pela seguradora, ao invés de proporcionar a diluição dos riscos cobertos entre os

negou provimento ao apelo da seguradora, mantendo o contrato de saúde do apelante, pessoa idosa.

O D. Relator salientou a inadmissibilidade da escusa apresentada pela seguradora, de que o prêmio cobrado do segurado estava muito abaixo para a garantia do risco, e dissertando sobre o verdadeiro contexto que trás o artigo 421, no que diz respeito à liberdade contratual, asseverou:

“O que ocorre nos autos, ao que tudo indica, é que ao perceber a sua redução de margem de lucro, em razão do envelhecimento de seu cliente, agora simplesmente se recusa a renovar o contrato do consumidor idoso, que certamente encontrará dificuldades insuperáveis para contratar um seguro similar com outra companhia.”

Como admitir uma prática comercial que desampara alguns dos consumidores mais vulneráveis da ré em homenagem à liberdade contratual?

“É oportuno lembrar que a moderna noção de autonomia privada se insere dentro de um quadro onde os fins condicionam os meios. Supera-se a mera noção de poder individual para que se dê lugar a uma visão de poder-função, voltada para uma sociedade massificada onde o indivíduo perde como tal, mas ganha como membro da comunidade. Desvinvula-se cada vez mais a solução dos problemas do domínio do dogma da vontade e aprende-se a tratá-los como conflitos de valores entre a tutela do indivíduo e a proteção do tráfico jurídico”. (grifamos)

Deixou ainda claro o D. Relator, que não se trata de desconsiderar a autonomia privada, ou que ela fosse reputada ineficaz aos olhos do Judiciário, mas o que se depreendia nos autos era daquelas hipóteses em que o interesse social sobrepuja a liberdade individual.

segurados, suavizando seus efeitos sobre o patrimônio do consumidor, desnatura o contrato, porque o torna demasiado custoso, onerando o patrimônio do segurado ao invés de proporcionar-lhe uma garantia. 3. Consiste prática comercial desleal a imposição de condições de renovação contratual que oneram excessivamente o consumidor. 4. A liberdade de contratar é um instituto delimitado pela função social do contrato. Art. 421 do Código Civil de 2002. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível no. 70020658126, 5ª. Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator : Des. Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 22/08/2007). (grifamos).

Concluindo, podemos afirmar que, é bem verdade que inobstante as várias modalidades de contrato, todas devem ser exercidas na razão e nos limites da função social, conforme preconizado no artigo 421 do CC, mas não é menos verdade que algumas modalidades, em razão de suas particularidades, conforme se procurou demonstrar nos exemplos acima, merecem uma maior reflexão e uma análise mais cuidadosa do julgador/intérprete, pois somente desta forma aplicará a verdadeira justiça contratual.

3.4 Autonomia da Vontade e o Dirigismo Contratual

O termo autonomia da vontade tem como fonte o pensamento de Kant, inspirado na idéia de que o direito à liberdade do ser humano estava relacionado ao direito à sua autodeterminação, que tinha como analogia o exercício de sua vontade real, podendo ser entendida como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

No campo dos negócios jurídicos, a autonomia da vontade ou autonomia contratual é a liberdade que têm as partes de realizar um contrato e estabelecer livremente os seus termos. Como ensina Orlando Gomes,⁹⁵ este princípio “particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*”, acrescentando o insigne professor, que “o conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade”.⁹⁶

A primeira impressão que se tem ao ler os termos do artigo 421 do Código Civil, o qual estabelece a cláusula geral da função social do contrato, é que este dispositivo legal suprime a autonomia da vontade, mas é uma idéia equivocada, já que esta não foi a intenção do legislador, como bem salienta Nelson Nery Júnior,⁹⁷ a função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas a ela se coaduna e se compatibiliza.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

⁹⁶ Carlos Alberto Bittar nos dá também um conceito bastante esclarecedor e define a autonomia da vontade como sendo um princípio “pelo qual as partes livremente se obrigam ou deixam de vincular-se, fixando as condições que regerão as suas relações, em razão do respectivo interesse. Significa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses”. (BITTAR, Carlos Alberto e Carlos Alberto Bittar Filho. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122).

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**. In: O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 441.

“À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República (...)” 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. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. (XXXII).

Esta também é a conclusão da “Jornada de Direito Civil”, STJ 23, que tem a seguinte redação: “A função social do contrato prevista no artigo 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais relativos à dignidade da pessoa humana”.

Importante ressaltar que, apesar desse dispositivo legal restringir a liberdade contratual, não está tolhendo às partes contratantes sua manifestação de vontade, esta idéia é errônea, pois foi colocado apenas um limite à liberdade contratual, liberdade esta que será tolhida, se e quando o conteúdo do contrato trazer um desequilíbrio econômico entre as partes. Como diz João José Sady:⁹⁸ “[...] a liberdade entre desiguais é extremamente opressora e é preciso que este direito de escolha para ajustar com a contraparte seja limitado pelo equilíbrio econômico na relação”.

Alguns juristas, no entanto, defendem a idéia de que a liberdade contratual só pode ser exercida plenamente, sem limites. Por essa razão, chegam até a falar em “morte do contrato”, idéia que também é equivocada, pois o que se deve considerar é que as mudanças ocorridas na sociedade trouxeram com elas os malefícios da sociedade em massa, e a conseqüente desigualdade econômica, e para que não ocorressem injustiças sociais, foi necessário que os contratos acompanhassem estas mudanças, conforme ressalta Caio Mário da Silva, “Não é o fim do contrato, porém um capítulo de sua evolução”.⁹⁹

O contrato deve, portanto, ser adequado à nova realidade da sociedade moderna, e não é mais nos dias atuais, como diz Arnaldo Wald, “um negócio jurídico isolado, uma relação estática”, razão pela qual, ele deve sempre evoluir de acordo com

⁹⁸ SADY, João José. **O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho: A Função Social do Contrato**. In Revista LTr. n. 67, p. 820.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Curso de Direito Civil**. v. p. 13. Ainda neste contexto, observa o autor na mesma obra, que “[...] O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica ; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação preventiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada [...]”.

as circunstâncias, mantendo sempre a equivalência econômica estabelecida inicialmente entre as partes contratantes.¹⁰⁰

E neste contexto é de rigor a lição de Carlos Alberto Bittar:

“Quebra-se, então, a rigidez de certos princípios, atenuam-se certos conceitos e noções, admite-se a ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual”.

Modificam-se, pois, as estruturas tradicionais, insinuem-se novas posições, alteram-se dados da realidade, aos quais se tem de ajustar o Direito, à luz do qual se tem manifestado o dirigismo nos Estados Modernos”.¹⁰¹

A liberdade contratual, na verdade, nunca foi absoluta, pois sempre foi limitada pela supremacia da ordem pública e dos bons costumes, mas como essas limitações não foram suficientes para impedir a prática de abusos, que ocorriam principalmente em certos tipos de contrato, foi necessária a intervenção do Estado impondo medidas legislativas, com o objetivo de limitar a liberdade contratual.¹⁰²

Quando se diz que os termos do contrato devem estar em consonância com a ordem pública e os bons costumes, se quer dizer que a liberdade contratual está restringida, devendo tais princípios ser observados quando da realização do negócio, pois a lei ordena e proíbe certos comportamentos, os quais não podem ser abolidos pelas partes, e por elas pactuados no contrato.

Como observa Orlando Gomes,¹⁰³ os termos ordem pública e bons costumes são dotados de certa imprecisão, por essa razão, eles devem ser restringidos ou ampliados, de acordo com as idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas da época. Mas inobstante tais variações, o que se tem procurado é fixar o conceito destes termos, a fim de evitar que variem ao sabor de convicções pessoais dos aplicadores do direito.

¹⁰⁰ WALD, Arnoldo. **O Interesse Social no Direito Privado**. In: Revista Ajuris, n. 101, mar/2006, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, p. 13.

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, op. cit. p. 122.

¹⁰² Cf. GOMES, Orlando. op. Cit. p. 26.

¹⁰³ GOMES, Orlando. op. Cit. p. 24.

Com a funcionalização do contrato, a autonomia da vontade, que alguns atualmente preferem chamar de autonomia privada,¹⁰⁴ está agora condicionada à função social do contrato, que se consubstancia no equilíbrio contratual e submissão dos interesses das partes aos interesses da coletividade, em outras palavras, a liberdade contratual continua sendo reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato.

Os limites impostos pela lei têm como objetivo promover um ajuste perfeito entre a autonomia contratual e os ditames constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, fundamento do Estado Social Moderno, consagrado em nossa Constituição Federal, no qual se procura dar maior importância à pessoa humana. Conforme assevera Gustavo Tepedino, “Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais”.¹⁰⁵

Os contratos têm que cumprir sua função social, então, toda vez que este princípio estiver sendo violado, seja porque esteja havendo uma desigualdade entre as partes contratantes – em razão da supremacia da parte economicamente mais forte sobre a parte economicamente mais fraca,¹⁰⁶ -- ou seja porque o conteúdo do negócio colide com os interesses da sociedade, é legítima a intervenção Estatal, a fim de que

¹⁰⁴ Na realidade, existe uma proposta da doutrina nacional e da doutrina estrangeira para que haja uma substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada. E, neste contexto, Gisele Maria Fernandes Novaes Horonaka e Flávio Tartuce, que também são a favor desta mudança asseveram que: “Pode-se afirmar que o princípio da autonomia privada substitui a autonomia da vontade diante da valorização da pessoa humana (a autonomia não é da vontade mas da pessoa) e também tendo em vista a contemporânea mitigação da vontade nas relações sociais. (In: DIREITO CONTRATUAL – Temas Atuais. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 77).

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas**. In: Temas de Direito Civil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10.

¹⁰⁶ Também neste sentido, assevera Leonardo Martins Pereira, que é tarefa do juiz “controlar e rever certas cláusulas contratuais firmadas sobre uma desproporção considerável de forças, considerável ao ponto de afetar a autonomia privada da parte mais fraca”. (**O Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e Suas Implicações Práticas**. In: Revista Ajuris, Porto Alegre. 2005. v. 32, n.98, p. 172).

possa o juiz corrigir a inobservância deste princípio, através da revisão do contrato, como bem coloca Álvaro Villaça Azevedo,¹⁰⁷ “A intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigam os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco”.¹⁰⁸

As partes contratantes podem, portanto, com total liberdade, fixarem as cláusulas e condições do contrato, pois continuam com seu direito indeclinável de auto-regulamentar os seus interesses, os quais encontraram limites nas normas de ordem pública.¹⁰⁹ E sua liberdade contratual só será restringida quando a lei for desrespeitada, momento em que será necessário a intervenção do Estado para corrigir estas distorções, trazendo de volta o equilíbrio perdido, e a igualdade entre as partes, corolário lógico da Justiça Contratual.

A intervenção do Estado na economia do negócio jurídico contratual é chamada de *dirigismo contratual*,¹¹⁰ o Estado intervêm no negócio revisando e, se necessário, alterando as cláusulas contratuais, a fim de restabelecer o equilíbrio entre as partes envolvidas no contrato. Atenua Maria Helena Diniz,¹¹¹ que a intervenção do Estado não se consubstancia apenas na aplicação de normas de ordem pública, mas também com a adoção da revisão dos contratos, com sua alteração, se for o caso, estabelecendo condições de execução, ou até mesmo exonerando a parte lesada, com a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e de supremacia do interesse coletivo.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva.** In: Revista de Legislação Trabalhista, v.67, n.4, p. 13.

¹⁰⁸ Ainda neste aspecto a lição de Thaissa Garcia Gomes que observa: “O dirigismo contratual, termo usado primeiramente pelo francês Josserand, é reflexo da exploração dos mais fracos pelos mais fortes, que impunham condições a pessoas que não tinham poder de barganha. O tratamento igualitário formal da lei dava margem ao abuso, o que levou o Estado a exercer um papel mais ativo na sociedade. (**Princípios Constitucionais.** In: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 838, São Paulo, 2005, p. 736).

¹⁰⁹ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro.** In: Direito Contratual. Temas Atuais. . São Paulo: Editora Método, 2007, p. 49.

¹¹⁰ “É preciso, então, esta alerta para o fato de que vivemos um momento histórico totalmente diferente daquele que deu origem ao constitucionalismo quando imperava a crença de que a sociedade seria capaz de reger a si mesma, com o mínimo de interferência estatal, o que hoje se mostra indispensável, embora não com o recurso exclusivo aos mecanismos clássicos de coação e (pseudo) comandos, mas, de preferência, através de uma motivação indireta da obediência dos agentes sociais”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teroria Processual da Constituição. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.** 1 ed. São Paulo : Editor Celso Bastos., 2000, p. 211).

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80.

Nelson Nery explica que ao intervir no contrato, o juiz exerce uma função integrativa, uma vez que sua decisão faz lei entre as partes e torna-se norma jurídica, e acrescenta, “Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais”, ¹¹² obedecendo os comandos da Constituição Federal, como veremos ao tratarmos com mais vagar das cláusulas gerais.

A intervenção do Estado na economia do contrato retira dos contratantes a possibilidade de fazerem constar no contrato cláusulas que possam causar algum prejuízo às partes contratantes e à coletividade, restringindo assim, a liberdade contratual, a fim de que ela seja exercida em obediência aos ditames constitucionais. Cabendo lembrar que a nossa Constituição Federal possui um caráter social, onde existe uma preocupação com o homem dentro do contexto social, e a fim de que se cumpra essa determinação constitucional, é preciso que sejam reguladas as relações contratuais, para que não sejam os contratos meios de se cometer injustiças.

Os limites que paulatinamente foram colocados na autonomia privada, com a crescente intervenção estatal nos negócios jurídicos, ocorreu principalmente pela necessidade de se dar uma maior proteção às relações ocorridas no âmbito privado, em razão das desigualdades que vinham ocorrendo, e também porque a forma como vinham se desenvolvendo os negócios nas relações inter-pessoais não atendiam aos anseios da sociedade.

O que deve ser observado, no entanto, ao celebrar um contrato, é que o sistema jurídico atual tem como essência o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a manifestação de vontade do particular, vista sob o ponto de

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 378.

vista do direito privado ou sob o aspecto econômico, deve caminhar concomitantemente com este princípio, ¹¹³ sob pena do contrato não cumprir sua função social.

¹¹³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Liberdade e Direito Privado**. In: Função do Direito Privado., Coordenação, Rosa Maria de Andrade Nery. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2001, p. 30.

3.5 A Função Social do Contrato como Cláusula Geral

Tendo como fundamento a eticidade, dando ênfase ao caráter valorativo, o Código Civil de 2002 optou por uma técnica legislativa mista, própria do sistema aberto, e está repleto das chamadas “*cláusulas gerais*”, que são normas dotadas de conceitos abertos e indeterminados, os quais deverão ser preenchidos pelo juiz quando de sua decisão em cada caso concreto.

Com o termo “função social”, é muito comum o legislador utilizar de termos vagos, tais como, “mulher honesta”, “fins sociais”, “bem comum”, “boa-fé objetiva”, e outros tantos, a fim de permitir que o aplicador da norma possa adaptá-la ao momento social, e as peculiaridades do caso concreto.¹¹⁴

As cláusulas gerais, diferentemente das demais normas, em vez de traçar de forma precisa a hipótese e suas conseqüências, permite por sua indefinição semântica a incorporação de princípios diretrizes, que se encontram no sistema jurídico e até fora dele, “cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou para outros espaços do sistema, ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social”, conforme observa Judith Martins.¹¹⁵

Na sociedade contemporânea, em decorrência das mudanças que vêm ocorrendo de forma muito rápida, as normas tradicionais já não são capazes de manter a disciplina da vida social, por essa razão, as cláusulas gerais são consideradas as mais adequadas para manter a ordem social, já que se amoldam às necessidades da sociedade moderna.¹¹⁶ Conforme pondera Judith Martins:

¹¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 143.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil**. In: Revista dos Tribunais, v. 753. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 29.

¹¹⁶ E nesta linha de raciocínio explica ainda Teresa Arruda Alvim: “A vanguarda ou a indeterminação de um conceito costuma erradamente ser apontada como uma imperfeição das línguas. Entretanto, às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos. A indeterminação dos conceitos não é,

“As cláusulas gerais, mais do que um ‘um caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*”, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universo metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”.¹¹⁷

A adoção do sistema aberto em nossa legislação, fato que vem permitindo a inserção das cláusulas gerais nos códigos civis e nas leis especiais, é a prova de que o legislador está atento às mudanças que vêm ocorrendo de forma acelerada em nossa sociedade, e não poderia ser de outra forma, pois manter o sistema fechado é provocar a paralisia do próprio direito, o qual deve acompanhar as transformações sociais e a elas se adequar de forma a permitir que as normas sejam criadas e interpretadas com o único objetivo de atender aos anseios da sociedade, e de se fazer justiça.¹¹⁸

pois, um defeito da linguagem, mas uma característica, que tem funções positivas nitidamente ligadas às necessidades das sociedades dos nossos dias.

A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque uso destes conceitos, como já observamos, consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçãoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais”. (WANBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma Reflexão sobre as “Cláusulas Gerais” do Código Civil de 2002 – A Função Social do Contrato**. In Revista dos Tribunais. n. 831. p. 61).

¹¹⁷ Judith Martins, op. cit. pag. 26.

Na definição de Teresa Arruda Alvim, “Cláusulas Gerais são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil aptidão para acolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demanda disciplina”. (Op. cit. p. 59)

¹¹⁸ “(...) O legislador conhecedor do papel da interpretação e das possibilidades do sentido que abre, não evita o uso de termos vagos no seio da legislação. Se proposital ou não, tal uso é freqüente, e basta esta constatação para que se vislumbre nessa trilha um ponto importante de equilíbrio e conjugação entre as duas realidades; uma primeira, técnica e deontológica, a esfera do dever-ser, e uma segunda, atécnica a esfera do ser. AS variações contextuais, culturais, sociais... explicam tal medida de caráter político tomada pelo legislador no seio das práticas normativas de sentido”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2005, p. 503.)

3.6 O Juiz como Intérprete das Cláusulas Gerais

As cláusulas gerais têm como destinatário o juiz de direito, que embora fique a elas vinculado, tem a liberdade de decidir,¹¹⁹ devendo no entanto, ao aplicá-las, recorrer aos métodos hermenêuticos de integração das normas, aplicando-os ao caso concreto, tendo como fundamento as normas Constitucionais, sempre com vistas a garantir a proteção da dignidade da pessoa humana.

Alguns doutrinadores entendem que as cláusulas gerais possuem um lado positivo e outro negativo, e explicam que a vantagem das cláusulas gerais está no fato de que elas fazem com que haja uma associação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, fato que mantém o sistema jurídico sempre atualizado, no dizer de Paulo Nalin, “uma técnica para manter o sistema como um todo aberto e oxigenado”.¹²⁰

Embora as cláusulas gerais tenham esta característica positiva de manter o sistema aberto e dinâmico, em contrapartida, elas podem também ser causa de insegurança nas relações jurídicas, já que proporcionam ao juiz uma total liberdade para atribuir ao conceito vago o valor que entender ser justo.¹²¹ A questão está em saber estabelecer os limites de tais cláusulas, e é por essa razão que nenhum código pode ser formulado tendo como base apenas cláusulas gerais, pois o grau de certeza jurídico seria mínimo.¹²²

O fato é que, por mais liberdade que seja dada ao magistrado, ele não poderá agir a seu livre-arbítrio, mas deverá sim, sob pena de incorrer em subjetividade, dosar o

¹¹⁹ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**. In: O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 428.

¹²⁰ NALIN, Paulo. **Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil**. In Revista Trimestral de Direito Civil.. Rio de Janeiro: Padma. Vol 23. 2005, p. 69.

¹²¹ “Cuida-se de 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 das demais disposições normativas”. (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. Editora Renovar. 3.ed. Rio de Janeiro. 2007. (XIX)).

¹²² Cf. Judith Martins, op. cit. p. 30

uso dessa liberdade, sempre em obediência aos ditames constitucionais.¹²³ Como adverte Gustavo Tepedino: “(...) Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma da-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916.”¹²⁴

O juiz, na realidade, fará nestes casos o papel de intérprete das cláusulas gerais, sendo de sua responsabilidade fazer a integração do sistema jurídico, sempre em consonância com os ditames constitucionais. Como explica Eduardo Bittrar: “(...) Dessa forma, com o que se discutiu, pode-se perceber a existência de limites para a interpretação jurídica, que vêm à tona quando se demonstra a existência de fatores regulatórios utilizados pelo legislador, que, além de coibir e prescrever condutas, também disciplina interpretações e sentidos normativos. Dessa forma atuando, o legislador vincula a participação do intérprete na construção do texto jurídico. Dessa forma, atuando, o legislador vincula a participação do intérprete na construção do texto jurídico” .¹²⁵

Ao deparar com uma cláusula geral, o juiz é chamado a solucionar a lide, procurando no sistema normativo o sentido valorativo que melhor se encaixa ao caso concreto, sem perder de vista o interesse público, criando assim a norma que dará uma melhor solução ao caso em julgamento. Vale dizer, por meio da interpretação, o juiz formulará o direito ao caso concreto, criando uma nova norma.

No caso específico do artigo 421 do Código Civil, em mãos com o caso concreto, deverá o magistrado dar um significado da função social do contrato, declarando as

¹²³ Cf. MARTINS, Leonardo. Op. cit. p.

¹²⁴ 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. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. (XX).

¹²⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, **Guilherme Assis de Almeida**. Curso de Filosofia do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 505.

conseqüências de sua inobservância, dando os conceitos necessários para a elucidação do caso em exame.¹²⁶

Ao valorar se um contrato é economicamente ou socialmente relevante, e entender que é caso de intervenção e modificação de suas cláusulas, ao fundamentar tal decisão, deverá o julgador revelar uma razão jurídica ou social relevante, cuja importância deve ser reconhecida por lei ou por padrões socialmente típicos.¹²⁷ O indispensável é que o juiz fundamente sua decisão, procurando dentro do ordenamento jurídico, principalmente na Constituição Federal, normas de cunho social, as quais, após serem analisadas, poderão levar à conclusão que naquele caso em concreto está havendo uma violação ao princípio da função social do contrato. Este papel que exerce o juiz de preencher os vazios na aplicação da lei, modificando o conteúdo do contrato, é denominado sentença determinativa.

A liberdade que é dada ao juiz para intervir na autonomia privada, como fundamento de cumprimento da função social, só se justifica nos casos em que o contrato estiver sendo usado por uma das partes como instrumento de poder, em detrimento da outra parte, considerada a mais fraca na relação jurídica, ou ainda quando o contrato não estiver em consonância com os anseios da sociedade, momento em que promoverá a revisão do contrato, trazendo de volta o equilíbrio perdido.¹²⁸

¹²⁶ Cf. NALIN, Paulo. Op. citada. p. 70.

¹²⁷ Cf. BRANCO, Gerson. Op. cit. p. 231.

¹²⁸ EMENTA: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISIONAL DE CONTRATO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. CDC. CONTRATO DE ADESÃO. ABUSIVIDADE. JUROS LIMITADOS. TABELA PRICE. TR. POUPANÇA. PERCENTUAL SOBRE RENDA. JUROS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. VEDADA A CUMULAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA COM COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. 1. REVISÃO DOS CONTRATOS. No Estado constitucional e democrático de Direito, o contrato é importante instrumento funcionalizador de direitos subjetivos sociais, cabendo ao Poder Judiciário adequá-lo à realidade sócio-cultural, podar os abusos e equilibrá-lo. 2. FATOR DE CORREÇÃO. A TR é o indexador da Caderneta de Poupança, enquanto que a remuneração das Cadernetas de Poupança, além da TR, inclui juros. 3. SALDO DEVEDOR. Quando o contrato estipula correção do saldo devedor pela poupança, são embutidos juros mês a mês no valor remanescente da dívida, incidindo sobre os anteriores, incorporados ao saldo, o que significa computação de juros sobre juros. Estes não de ser excluídos, mantendo-se somente a TR, a qual, admite-se como índice de correção. 4. TABELA PRICE. Afasta-se a incidência iníqua da tabela price, adotando-se o método de cálculo de juros simples, com o intuito de evitar o anatocismo e a progressão geométrica e exponencial dos juros. 5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Considero inacumuláveis a comissão de permanência e a correção monetária, ao suporte da súmula 30 do STJ. Mesmo que não seja cobrada cumuladamente, considero-a uma cláusula abusiva na medida em que se trata de taxa variável, estabelecida pelo mercado e, portanto, pelos próprios credores. 6. CAPITALIZAÇÃO. Vedada a cobrança de capitalização de juros (súmula 121 do STF). 7. LEILÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO. A

Embora seja dada certa autonomia ao juiz, é preciso que fique claro que, a ele não é dado o livre-arbítrio de alterar toda e qualquer cláusula contratual, mas somente aquela que tenha sido elaborada em desacordo com a lei, e não pode também agir com subjetivismo, já que sua função, neste aspecto, é fazer com que a lei seja cumprida. Por esta razão, ele deve tão somente aplicar a lei, e nunca criá-la ou modificá-la. “A função social é uma cláusula geral, inserida no Código Civil, que atribui ao juiz maior liberdade para assegurar a socialidade que permeia o novo diploma, sem, entretanto, constituir uma carta branca para que o magistrado decida ao arrepio da lei e de princípios sedimentados”, Conforme ressalva Arnoldo Wald, “¹²⁹

Por essa razão, é necessário que sejam construídos limites para a aplicação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, a fim de se garantir sua eficácia e aplicação da verdadeira justiça, devendo ainda haver, pelos operadores do direito, um constante controle das decisões judiciais, para se garantir que em todas elas está se preservando o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, neste contexto, importante a lição de Fábio Konder Comparato:

“As normas jurídicas que contêm standards, ou termos de sentido valorativo, abrem ao magistrado a possibilidade de adequar tecnicamente as suas decisões a esses objetivos fundamentais do Estado brasileiro, submetendo as leis ao espírito da Constituição, bem como os interesses próprios de cada classe ou grupo social à supremacia do bem comum.

O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade do ato de julgar consiste em fazer justiça, não aplicar cegamente as normas do direito

pendência de litígio acerca do débito de mútuo hipotecário torna controvertida a liquidez da dívida e a mora, conferindo verossimilhança ao alegado direito à sustação da execução, para proteção da moradia, indispensável à operacionalização da garantia constitucional à dignidade humana, que se sobrepõe a direitos meramente patrimoniais. 8. RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. Considero possível renegociar-se a dívida mantida junta a instituição financeira, a fim de adequar a renda familiar, quando se impôs nova situação do mutuário na sua relação de emprego. 9. UTILIZAÇÃO DO FGTS PARA O ABATIMENTO DO DÉBITO. Trata-se de pedido que deve ser feito, inicialmente, na via administrativa. Somente no caso da negativa deste pedido deve-se cogitar da via judiciária competente. 10. Precedentes do STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70007720204, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/04/2004)

¹²⁹ WALD, Arnold. Op. cit. p. 15.

positivo. Ora, a Justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo pela sua própria natureza, é a dignidade da pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável. “¹³⁰

Exige-se, na verdade, um esforço maior do juiz, que deverá agir com mais responsabilidade, não bastando “recorrer a receitas prontas, catalogadas na lei”, conforme adverte José de Oliveira Ascensão.¹³¹ O juiz moderno deve estar atento ao momento histórico em que vivemos, não pode estar alheio às transformações da sociedade em que está inserido, bem como as leis aplicáveis naquele momento, para que seja capaz de projetar um olhar que preencha de sentido, a cada momento histórico, em cada caso, a significação da expressão da função social do contrato.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos**. In: Direitos Humanos, visões contemporâneas. São Paulo: Método, 2001, p. 29.

¹³¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Cáusulas Gerais no Código Civil de 2002**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Pádua. Rio de Janeiro, a.7, n. 28, p. 80. Observa ainda referido autor: “O exercício de cláusulas gerais não pode se transformar numa esgrima de conceitos indefinidos ou num apelo a emoções. Deve ser aprofundado e racionalizado, porque só assim permite atingir a justiça sem por em causa a segurança. O intérprete tem de saber manejar as grandes categorias que se lhe deparam para fazer um uso racional e certo delas. Porque só a racionalidade da decisão, seja ou não fundada em cláusulas gerais, explica a ordem vigente e o sistema de recursos. Ao juiz não se pergunta qual o seu sentimento ou as suas preferências, pede-se a solução correta do caso”.

CONCLUSÃO

A edição do Código Civil de 2002, que trouxe consigo uma série de inovações normativas, provocou a necessidade de reflexões em torno de expressões, dentre as quais se encontra a “função social do contrato”, que trazem desafios para a interpretação e aplicação do direito privado contemporâneo.

Ao discorrer sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, demonstrou-se como o referido princípio encontrou seu lugar dentro das constituições contemporâneas, especialmente a Constituição Pátria, que o consagrou como fundamento da República Federativa do Brasil, procurando-se destacar a sua aplicação em suas diversas dimensões, especialmente nas relações intersubjetivas.

Ao analisar a questão da Publicização do Direito Privado, demonstrou-se que este fato se deu em razão da necessidade do Estado interferir nas relações privadas, seja editando novas leis que se adaptassem à nova realidade social, ou restringindo a autonomia da vontade, interferindo no conteúdo dos negócios jurídicos, já que não havia mais lugar para o individualismo, próprio do Estado Liberal. E neste sentido, procurou-se ressaltar as mudanças ocorridas em nossa Constituição Federal, que por conter normas de caráter privado, voltadas para proteção do homem em seu contexto social, é chamada de Constituição Social, fundamentos que espelharam o legislador do Código Civil de 2002, que traz em seu bojo vários dispositivos de cunho social.

Sobre o princípio da função social do contrato, foi destacado que este novo mandamento legal, disposto no artigo 421 do Código Civil de 2002, deve nortear todo e qualquer contrato, e tem como finalidade igualar os sujeitos de direito envolvidos em um negócio jurídico, a fim de manter o equilíbrio contratual, e, para tanto, as partes envolvidas no contrato, devem agir de forma tal que o conteúdo do negócio não prejudique nenhuma delas e, também, a sociedade como um todo.

Ao classificar os contratos em suas várias modalidades, procurou-se mencionar a importância de sua classificação para o juiz/intérprete, ressaltando-se a necessidade de sua maior atenção para alguns tipos de contrato, os quais possuem um maior potencial lesivo, capaz de colocar uma das partes em desvantagem na avença, trazendo para tanto alguns julgados de nossos tribunais, que vêm aplicando o princípio da função social do contrato e o da dignidade da pessoa humana, como corolário da justiça social.

Ao discorrer sobre a autonomia da vontade e o dirigismo contratual, destacou-se que, diferentemente do entendimento de alguns operadores do direito, o princípio da função social do contrato não retira das partes contratantes a liberdade contratual, mas apenas a restringe, a fim de que os termos contratuais que são fixados livremente pelas partes, sejam efetuados de acordo com os da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais.

Questão também relevante diz respeito ao princípio da função social como cláusula geral, nova técnica normativa adotada pelo Código Civil de 2002 em alguns de seus dispositivos, e que tem como destinatário o Juiz de Direito. Deve-se salientar, no entanto, que embora seja dada ao magistrado certa autonomia para intervir nos contratos, a ele não é dado o livre-arbítrio de intervir em todo e qualquer negócio, mas somente naqueles em que esteja sendo violado o princípio da função social do contrato e, conseqüentemente, o da dignidade da pessoa humana.

Pontofinalizando pode-se assinalar que, respeitar a dignidade humana e trazer a justiça para dentro das relações privadas não é missão apenas do legislador e do juiz, mas de cada indivíduo que compõe a sociedade, que deve se conscientizar de que para alcançar a tão almejada justiça social, deve pautar suas condutas dentro de valores éticos e sociais, indispensáveis para a harmonização da vida em sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma aproximação latino-americana.** In: Revista de Direito Privado. Coordenação Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, out/dez. 2004, p. 156-183.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** In: Revista Interesse Público. 1999. São Paulo: Notadez, n.4, out/dez. 1999, p. 23-48.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, **Cláusulas Gerais no Código Civil de 2002.** In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. Pádua, a7, n. 28, p. 77-92.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva.** In: Revista de Legislação Trabalhista, v.67, n.4, p. 393-402, maio/2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana.** In: Revista dos Tribunais, v. 797, p. 11-26. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto e Carlos Alberto Bittar Filho. **Direito Civil Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade.** 1 ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2005.

_____ **Linguagem Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____ **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade**. In: Livro do Curso de Mestrado da Unifiefio. Org. Eduardo Carlos Bianca Bittar e Anna Cândida das Cunha Ferraz, p. 35-65. São Paulo: Edifio. 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O conceito de dignidade humana. substrato axiológico e conteúdo normativo**. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 118.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Gerson. **Limites da Atuação Judicial na Aplicação da Função Social do Contrato**. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 105, março/2007, p. 219-236.

BROTEL, Sergio. **A eficácia jurídica da pós-datação do cheque em relação ao endossatário – concorrência entre os princípios cambiários e o princípio da função social dos contratos – repercussão na contagem do prazo prescricional**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 54, n.137, p. 150-158. São Paulo. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos. Direitos Humanos, visões contemporâneas**. São Paulo: Método Editora. 2001.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e Sua Conexão Com a Solidariedade Social. In: **O Novo Código Civil e a Constituição**. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet.. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livradia do Advogado, p. 147-170, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOGLIANO, Daisy. **A Função Social do Contrato: causa ou motivo**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 99, p. 153-198. São Paulo. 2004.

GOMES, Daniela Vasconcelos. **O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos**. In. Revista de Direito Privado, n. 29, jan/mar/2007, p. 78-92. Coordenadores, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ **A Crise do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad. 1955.

GOMES, Thaissa Garcia. **Princípios Constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 838, p. 725-744. São Paulo. 2005.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Liberdade e Direito Privado**. In: Função do Direito Privado, p. 9-33. Coordenação, Rosa Maria de Andrade Nery. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, p. 89-152. Organização e Tradução, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HINORAKA, Giselda M. Fernandes Novaes Giselda. **A Função Social do Contrato.** In: Revista de Direito Civil, n. 65.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro.** In: DIREITO CONTRATUAL. Temas Atuais. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 42-80.

ORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia.** In A Reconstrução do Direito Privado. Coordenadora Judht Martins Costa. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-117.

MANCIBO, Rafael Chagas. **A Função Social do Contrato.** 1 ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil.** In: Revista dos Tribunais, v. 753, p. 25-48. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

_____ **A Reconstrução do Direito Privado.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MARTINS, Leonardo Pereira. **O Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e Suas Implicações Práticas.** In: Revista Ajuris, v. 32, n.98. Porto Alegre: 2005, p. 161-193.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, p. 61-87. Organização e Tradução, Ingo Wolfgang Sarlet. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOURA, Mário Aguiar. **Função Social do Contrato.** In: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 630, p. 247-249. São Paulo. 1988

NALIN, Paulo. **Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil.** In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 23, 2005, Rio de Janeiro: Padma, p. 59-75.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil.** O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 398-444. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

NETO, Eugênio Facchini. **A Reconstrução do Direito Privado.** 1ª ed. São Paulo: São: Revista dos Tribunais. 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica, n. 33, Dez/2001 à mar/2002 Bauru, São Paulo, p. 137-151. ITE

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, Justiça Contratual)**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed. Saraiva, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, O Princípio Res Inter Alios Acta, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos**. In: Revista dos Tribunais. v. 93, n. 821. São Paulo, 2004, p. 80-90.

SADY, João José. **O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho**. In: Revista Legislação do Trabalho, v. 67, n.7. São Paulo, 2003, p. 819-824.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função Social do Contrato: primeiras anotações**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 42, n.132, São Paulo, 2003, p. 7-24.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato**. In. Revista de Direito Privado, n. 12, abr/jun 2002,

Coordenadores, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-37.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A Função Social do Contrato e o Direito do Trabalho**. In. Revista Legislação do Trabalho, v. 67, n. 12, dez/2003, p. 1460-1468.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 7-43.

_____ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. Em Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

_____ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Fundamental de Direito Constitucional e o Direito de Família**, p. 107-120. In: Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais. Eduardo Carlos Bianca Bittar e Silmara Juny Chinelato. 1ª ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2002.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. **Contratos Cativos de Longa Duração: Tempo e Equilíbrio nas Relações Contratuais**. In: IOB-Repertório de Jurisprudência, n. 10. São Paulo, 2006, p. 320-319.

TALAVERA, Glauber Moreno. **A Função Social do Contrato no Novo Código Civil**. In: Revista IOB-Repertório de Jurisprudência, n. 13. São Paulo, 2002, p. 340-342.

TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos, a Boa-Fé Objetiva e as Recentes Sumulas do Superior Tribunal de Justiça**. In IOB-Repertório de Jurisprudência, n.13. São Paulo, 2006, p. 405-410.

TAVAREZ DA SILVA, Regina Beatriz. **A Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Fundamental de Direito Constitucional e de Direito de Família**. In Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais, em homenagem ao Professor Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Forense Universitária. 2002, p. 107-120.

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. Coordenador Gustavo Tepedino. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

_____ **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas**. Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. v.3. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. **O Interesse Social no Direito Privado**. In: Revista Ajuris, n. 101, mar/2006, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, p. 9-21.

_____ **A dupla função econômica e social do contrato**. In Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: vol. 5, Jan/Mar-2004, p. 5.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma Reflexão sobre as “Cláusulas Gerais” do Código Civil de 2002 – A Função Social do Contrato.** In: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 831. São Paulo, 2005, p. 59-79.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.