



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

CLAUDENIR MORAIS SOARES

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO



São Luís

2018

CLAUDENIR MORAIS SOARES

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

São Luís

2018

Soares, Morais Claudenir.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO/ Claudenir Morais Soares. - 2018.

61 f.

Orientador(a): Prof^a. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. A Função Social. 2. A Função Social do Contrato. 3. Dignidade da Pessoa Humana. I. Soares, Morais Claudenir. II. A função social do contrato.

CLAUDENIR MORAIS SOARES

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) em: ____ / ____ / _____, às ____:____ horas.

Nota: _____ (.....)

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^ª Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os amigos e familiares que torceram pelo ingresso e conclusão deste curso de Direito e aos professores desta renomada Universidade Federal do Maranhão, que muito contribuiu para ampliar meus conhecimentos.

Dedico este trabalho, primeiramente aos meus pais, Getúlio Soares e Maria José Morais, pois sem eles não seria possível minha existência neste planeta e, dando-lhes orgulho de ser o primeiro filho a concluir um curso superior, em especial a minha mãe, que tanto se dedicou, nas suas possibilidades, em prol da nossa educação. E também aos meus irmãos e as duas mulheres da minha vida, Tatiane Fernandes, companheira que tanto suportou as adversidades nesta empreitada árdua de concluir o curso de Direito e a minha pequena filha Bárbara Soares, que mudou as minhas lentes de ver o mundo.

“É impossível progredir sem mudança, e aqueles que não mudam suas mentes não podem mudar nada.”

George Benard Shaw

RESUMO

A presente monografia discute uma dos principais desdobramentos da função social e que recai nas relações contratuais, a função social do contrato recai como um manto para evitar abusos ou uma das partes se utilizar da má-fé para prejudicar a relação contratual. Os contratos na visão contemporânea, apesar de conter o elemento do livre consenso entre as partes, devem obedecer a paradigmas que visam não prejudicar a terceiros ou interesses difusos e, cada vez mais, o princípio da função social contratual ganha maior relevância jurisdicional, em especial, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, mas sem interferir na força que possuem as vontades das partes, no jargão jurídico “*pacta sunt servanda*”

Palavras Chave: Função social. Relações contratuais. Vontade das partes.

ABSTRACT

This monograph discusses one of the main unfolding of the social function and that falls in contractual relations, the social function of the contract falls as a mantle to avoid abuses or one of the parties to use bad faith to undermine the contractual relationship. Contracts in the contemporary view, while containing the element of free consensus between the parties, should be based on paradigms that aim not to harm third parties or diffuse interests and, increasingly, the principle of contractual social function gains more jurisdictional relevance, in particular , with the advent of the New Brazilian Civil Code, but without interfering in the strength of the parties' wills, in the legal jargon "*pacta sunt servanda*"

Keywords: Social function. Contractual relations. Will of the parties.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. HISTÓRICO.....	12
3. CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	15
3.1 . O Contrato.....	20
3.1.1 Suposta crise dos contratos.....	23
3.2 A Função Social.....	26
3.2.1 O princípio da Função Social dos contratos: análise dos art. 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil.....	26
4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	40
4.1 . Dignidade da Pessoa Humana.....	40
5. IMPLEMENTAÇÕES INSERIDAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	41
5.1 O Princípio da Sociabilidade.....	41
5.1.1 Princípio da Eticidade.....	41
5.2 O Princípio da Boa-Fé.....	41
5.2.1 A boa-fé objetiva.....	42
5.2.2 O princípio da boa-fé objetiva ou boa-fé contratual. Análise do art. 422 do Código Civil.....	48
5.2.3 A boa-fé subjetiva.....	51
6. EFEITOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	52
6.1 Efeitos Intra Partes.....	52
6.2 Efeitos Extra Partes.....	52
7. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA JURISPRUDÊNCIA	53
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

1. INTRODUÇÃO

O trabalho é dividido em capítulos específicos acerca do tema, o capítulo histórico tratará da evolução dos contratos ao longo do tempo, em seguida a fundamentação teórica e conceituação, e logo depois, aspectos dos princípios da boa-fé objetiva, a função propriamente dita, aspectos constitucionais e, por fim, um apanhado dos julgados mais recentes dos tribunais. Sempre preocupando em levar a função social, que é o tema aqui tratado.

A evolução do contrato, especialmente no Brasil, teve grandiosa mudança ao longo do tempo. Todavia, a mais importante é a proteção dessas relações negociais frente à sociedade, a proteção dos abusos nessas relações contratuais, que historicamente nasceram dos interesses liberais. Os contratos na visão contemporânea, apesar de conter o elemento do livre consenso entre as partes, devem obedecer a paradigmas que visam não prejudicar a terceiros ou interesses difusos. Esse instituto é chamado de função social do contrato e possui elementos intrínsecos: a boa-fé objetiva, a sociabilidade, além de outros, mas este artigo, por questões práticas, se preocupará apenas com os principais elementos do princípio da função social do contrato.

A preocupação principal foi à questão das cláusulas abusivas, que proporcionavam um enriquecimento de uma classe, em detrimento da exploração de outra. A força, o poder, então, era sobreposta pela classe dominante aos demais, ou seja, o capitalismo se revigorava baseado na exploração. Por isso, houve a necessidade de repensar a tendência individualista e egoísta que tomava conta dos negócios e na busca do equilíbrio das partes, o estado avançou doutrinariamente e jurisprudencialmente sobre a função social do contrato civil, focalizando a justiça social com o intuito de abordar de forma clara e objetiva os problemas enfrentados quando as obrigações pactuadas não eram cumpridas, de forma a fornecer um instrumento valioso de segurança, repercutindo na sociedade as espécies de pactos relevantes e razoáveis.

2. HISTÓRICO

Nas primitivas civilizações é possível verificar a existência de contratos. Isso porque naquela época remota da história o homem já vivia em comunidade e se estabelecia pelo costume e tradições chamados de leis consuetudinárias, estas regulavam os contratos e eram concebidos naquele tempo como acordos realizados, ou seja, verdadeiros pactos. Tal situação ocorria mediante as condições que o homem se deparava e diante das dificuldades que enfrentavam. Formas específicas de contratos foram identificadas na antiga Mesotâmia, a partir das leis escritas, primeiros enunciados conhecidos acerca dos contratos. Estas leis eram chamadas de Leis de Eshnunna, promulgadas provavelmente no Séc. XVIII a.c., período que realizava compra, venda, arrendamento de bens e empréstimos a juros, ou seja, tratava-se de um povo que vivia do comércio.

O Direito Romano Antigo foi o primeiro a sistematizar e a regulamentar o contrato, criando algumas categorias de contratos já inventadas por outros povos antigos, anterior aos romanos. Assim, os aperfeiçoaram, inovando as relações jurídicas estipuladas por meio de contrato. Este ato submetia o devedor ao poder do credor por causa da forte presença dos dogmas religiosos, fazendo-os temer os castigos dos deuses. O cumprimento do contrato, portanto, era questão de honra e o vínculo jurídico era pessoal e em caso do devedor não cumprir com a obrigação, o credor poderia inclusive atingir o corpo do devedor fisicamente, inclusive poderia escravizá-lo. Deste modo, estava implementada a justiça privada, e, o vínculo, evidentemente, tinha caráter extremamente pessoal.

Na Idade Média, São Thomas de Aquino formulou pela primeira vez que os bens apropriados individualmente pela igreja teriam a finalidade comum e que o homem deveria respeitar. Essa ideia ganhou força apenas no Séc. XIX devido a profundas alterações sociais e econômicas daquele período.

O novo Código Civil instituído pela Lei 10.406 de 2002 acabou de vez com a celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da função social do contrato, que circundava o meio jurídico no período de quase cem anos, visto que o código civil de 1916 foi criado às sombras da Constituição liberal de 1891. A Constituição republicana seguia a base ideológica do liberalismo¹ que estava em ebulição, no fim do século XIX.

1. Liberalismo: doutrina que surgiu no Séc. XVII baseada na liberdade individual, no campo econômico, político, religioso e intelectual, contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal.

Um dos principais ideais defendidos por esse sistema político-econômico era a liberdade de contratar, de realizar o negócio jurídico sem a intervenção estatal. No início do Séc. XX houve o declínio do sistema liberal, justamente por abusos e má-fé realizados por esse sistema, crescia o desemprego e as crises econômicas.

Logo após a edição da Constituição Mexicana em 1917 e, logo em seguida, a Constituição de Weimar em 1919, na Alemanha, se verificou a necessidade do Estado intervir nas atividades da sociedade, foi o nascedouro dos direitos sociais. Entretanto, foram fortalecidos, por questões ideológicas partidárias, os governos totalitários, o nazismo, socialismo, comunismo e o fascismo, este último influenciou significativamente o governo totalitário brasileiro de Getúlio Vargas, com o Estado Novo, em 1937.

Após a Segunda Guerra Mundial, uma nova concepção de contrato foi proposta pelo Estado Social. A vontade perde o seu valor fundamental da relação contratual, surgindo elemento estranho às partes, porém básico para a sociedade do século XX como um todo: o interesse social. Esta concepção de contrato apresenta eminentemente uma função social, pois agora não só o momento da manifestação do consenso importa, mas também e, principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta. Sob este prisma, o Estado Social, na ótica do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, a dimensão econômica e social mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. Ele se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

As Constituições Sociais são assim compreendidas ao regularem a ordem econômica e social, com maior rigor, para evitar os abusos daqueles mais fortes economicamente em detrimento dos mais fracos. O que normalmente se constatava nos negócios jurídicos sob a vigência do Estado Liberal que tinha função exclusivamente individual no contrato, sendo esta incompatível com o Estado Social, resultante das transformações sociais, econômicas e políticas do século XX. Período em que surgem os novos preceitos no direito contratual que rege as atuais figuras vigentes no mundo contemporâneo, no que se refere à contratação de massa, consequência da massificação social e das relações sociais.

O paradigma do contrato paritário e do livre acordo entre as partes, praticamente não existe mais. Isto quer dizer que na modernidade prevalecem os contratos de adesão e neste a vontade de apenas uma das partes é livre, restando ao aderente a contratação em bloco, sem discussão de cláusulas, ou não se contrata. A industrialização permitiu a concentração de grandes capitais e a formação de grandes empresas, a produção em larga escala cresceu; tais

fatos também marcaram o início de uma profunda transformação no sistema de bens e serviços, que atingiu da mesma forma o campo contratual. Então, dificilmente se poderia falar em vontade livre, onde uma das partes impunha as condições ao contratar. Tudo isso contribuiu para liberação do paradigma clássico, individualista, formalmente igualitário e predominantemente privado para incorporar a interferência estatal, necessária observada como instrumento de equilíbrio social, o qual prioriza o interesse social ao privado.

No Brasil, a constituição de 1934, trouxe os primeiros direitos sociais estampados. Entretanto, suprimidos em 37 pelo regime ditatorial getulista. Até que com o advento da carta cidadã do Brasil, promulgada em 1988, se preocupou com a dignidade da pessoa humana e ampliou os direitos sociais. Ainda demorou até entrar em vigor o Novo Código Civil em 2002, que na verdade, a nomenclatura que melhor se adapta seria Código Civil Constitucional Brasileiro, visto que o novo código tem um matrimônio perfeito com garantias e direitos sociais da carta magna, em especial a função social da propriedade e contratual.

3. CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para a fundamentação da função social dos contratos, importa relembrar que o contrato, na moderna definição de Gagliano e Pamplona Filho, trata-se de um “negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendam atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (GAGLIANO, 2006, p.11).

Pontes de Miranda leciona que “o negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes com irradiação dos direitos próprios”. (PONTES DE MIRANDA, 1959, P.7).

O princípio da função social do contrato tem seu fundamento constitucional no princípio da solidariedade e na afirmação do valor social da livre iniciativa, cabendo ao Código Civil, enquanto legislação infraconstitucional, consolidar a funcionalização do contrato de forma a não causar efeitos negativos no contexto social e garantir sua aplicabilidade a todo e qualquer tipo de contrato. (SILVA).

A função social dos contratos pode ser conceituada como *um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade* (TARTUCE, Flávio. Função Social...,2007,p.145).

Como consequência dos tópicos abordados anteriormente, o princípio do contrato social é o desaguar desses elementos, em especial da decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, que este último está contido no princípio maior que é o da função social. O contrato ao ser celebrado deverá observar a boa-fé objetiva, a honestidade entre os contratantes, a fim de evitar os abusos decorrentes da antiga liberdade absoluta que o revestia anteriormente. É o principal objetivo da função social do contrato, mitigar a liberdade contratual em função da sociedade.

A lei nº 10.406/02 veio reforçar ainda mais o princípio da função social, ao estabelecer no art. 422, isto posto, e olvido do valor social do contrato implicaria o esquecimento do papel da boa-fé na origem e execução dos negócios jurídicos, impedindo que o juiz, ao analisá-lo, indique se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na lei civil.

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais,

como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferências aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas recíprocas e soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.

É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com a liberdade de acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.

Desde seu nascimento, o art. 421 do CC, no qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, vem sofrendo com as críticas de diversos civilistas. Entre eles, encontramos Giselda Hironaka, que chama a atenção para dois problemas decorrentes da redação do artigo.

O primeiro deles envolveria o termo “liberdade de contratar”, que implica na liberdade de escolher contratar ou não, bem como decidir com quem se acordaria. (HIRONAKA², 2004,p 195).

Realmente confundiu o legislador a “liberdade de contratar” com a “liberdade contratual”, à qual quis, provavelmente se referir. A primeira corresponde à livre faculdade de celebrar contratos, uma emanção do direito à liberdade. A liberdade contratual, diferentemente, respeita ao direito de escolher e discutir o conteúdo, as cláusulas do contrato.

A relevância da questão para a autora é grande, uma vez que, em sua opinião, tal liberdade de contratar não necessita da intervenção estatal, diferentemente da liberdade contratual, a qual exige uma análise do legislador. Portanto, para que se evitasse a imprecisão na redação do artigo, deveria estar escrito “liberdade contratual”.

O outro problema no texto do dispositivo estaria na utilização do termo “em razão”. Mariana Ribeiro Santiago esclarece que não se exerce a liberdade contratual em razão do princípio da função social, mas sim em razão da garantia constitucional de liberdade.

Em outras palavras, não é a função social do contrato que fundamenta a liberdade contratual, pois ela não a substitui. Independente de controvérsias, resta claro que o intuito do legislador era delimitar o conteúdo do instituto contratual, e não o direito de acordar garantido constitucionalmente – mesmo o referido artigo 421 não deixando clara a definição de função social do contrato.

2.HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 195.

É perceptível da mesma forma, que o código não discorre sobre a sua aplicação nos tribunais, constituindo um sistema aberto e admitindo o uso da cláusula geral na redação do dispositivo.

Sobre o assunto, discorre Lígia Neves Silva³:

A função social do contrato ultrapassa os contornos dos interesses individuais, pois busca o equilíbrio econômico entre os particulares e a coletividade. Sendo o contrato o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, transferindo a riqueza produzida entre partes interessadas e cumprindo a sua efetiva função social.

Quanto à cláusula geral, ela não passa de uma norma genérica. E não é necessariamente geral. Ela se caracteriza pela utilização de termos abstratos que, uma vez mandados ao juiz, guiarão a sua interpretação num sentido específico.

O uso constante da cláusula geral permite uma atitude bem mais confiante e ousada ao legislador quando ele for positivar o princípio e a norma. Restará ao magistrado apenas a análise detalhada de cada caso concreto que lhe aparecer. Neste contexto, ao se estabelecer a função social do contrato como sendo uma cláusula geral, dá-se ao aplicador do direito uma maior velocidade e operatividade no seu exercício.

Afinal, cada vez mais, nos dias de hoje, encontra-se a necessidade de se garantir ao juiz meio e modos mais práticos de exercer sua jurisdição diante à quase infinita demanda.

Diante do exposto, vale ressaltar que por ser cláusula geral, a função social do contrato não deve ser desmerecida diante de seus obstáculos conceituais, por ser matéria fundamental à resolução das relações contratuais, que leva em conta o seu papel perante a coletividade.

Na jurisprudência, a função social do contrato é aplicada de diversas maneiras a casos que envolvem vícios contratuais, os quais podem levar à nulidade do instrumento. Humberto Theodoro Jr. aponta alguns exemplos em que o princípio é violado por tais vícios:

3. SILVA, Ligia Neves. O princípio da função social do contrato. Conteúdo e alcance. Análise econômica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2015.

a) induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa; b) alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade; c) alugar quartos de apartamento de prédio residencial, transformando-os em pensão; d) ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros, e) qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores; f) qualquer contrato que, no mercado, importe o exercício de concorrência desleal (...); i) enfim, qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade com prejuízo para terceiros.

Um dos exemplos mais utilizados da aplicabilidade da função social do contrato está retratado na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça. Ela se ilustra no contrato de hipoteca, na compra e venda. O tribunal quis proteger um consumidor, observando a função social no contrato de hipoteca de compra e venda ora realizado. A parte adquirente de uma unidade em condomínio edilício foi surpreendida com um gravame ao qual não havia adquirido.

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

De imediato verifica-se o caráter sociológico do disposto, indo de encontro ao direito de sequência, entrando em conflito com o mesmo. Ora, se hipoteca configura contrato acessório, presume-se a existência de outro contrato, principal, que verá a sua obrigação garantida por ele. Quando alguém adquire um bem imóvel já hipotecado, e o acordado não é cumprido, não pode esse alguém, mesmo de boa-fé, pagar pelo não cumprimento da obrigação pela outra parte. O contrato não pode causar esse dano a terceiros.

Flávio Tartuce⁴ denota o quão comum é a criação de hipoteca sob o intuito de formar um condomínio edilício. Isso ocorre devido ao fato das construtoras, na maioria das vezes, não possuírem meios econômicos nem condições de continuar a construir suas obras. Em decorrência disso procuram empréstimos e colocam os imóveis do condomínio como garantia.

Pode-se esperar como resultado, levando em conta os princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da obrigatoriedade contratual, que a empresa pague sua dívida com o agente financiador e em seguida, venha a terminar o contrato. Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizou o princípio da função social do contrato para proporcionar uma solução menos gravosa para as partes, num contrato de alienação fiduciária:

4. TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes Súmulas do Supremo Tribunal de Justiça. Repertório de Jurisprudência IOB*. São Paulo, v.3, nº 13. p. 405-410.2006.

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

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. (cf. Enunciado n. 361 das Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).⁵

O magistrado precisa analisar o contrato em toda a sua extensão, e não apenas recorrer a literalidades da lei vigente. Ele deve levar em conta os fins socioeconômicos e os efeitos reais da peça processual perante as partes.

No caso apresentado, entendeu-se não caberem nem a extinção do contrato e nem uma ação de busca e apreensão do bem. Como boa parte do avençado já havia sido paga, o juiz procurou manter uma postura que fosse menos gravosa para os contratantes, se utilizando do princípio da função social dos contratos.

Outro exemplo remete à aplicação do princípio nos casos envolvendo planos de saúde. Diz a Constituição Federal, em seus arts. 196 e 197 que é dever do estado permitir e garantir a prestação de serviços à saúde. E em seu 199º artigo, parágrafo 1º, dispõe sobre a participação de empresas privadas na realização desses serviços.

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre partes que estipulam (contratantes).

Levando isso em conta, observa-se o julgado:

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

(...) A contratação de serviços de saúde é, em princípio, ampla, geral e irrestrita, podendo, é claro, se estabelecer restrições, mas não de forma a inviabilizar tratamento não excluído da cobertura e é isto exatamente o que deseja a apelante. **A função social do contrato de serviço de saúde é a preservação da vida e a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social da contratação (...).**⁶

5. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Resp. 272739. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ em 01.03.2001.

6. BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. TJPE. 6ª Vara Cível. Apelação Cível nº 0225562-5.

Há uma nulidade de cláusula contratual no julgado. Isso sugere que a existência do contrato apresentado depende do cumprimento do princípio da função social do contrato.

O bem tutelado nesse caso é a vida. A proteção jurídica da parte e desse bem tutelado deve ter certa força e prevalência. Se não tiver, seus efeitos atingirão o meio social em que o contrato de plano de saúde está inserido. Por isso, nesse caso, o juiz deu prioridade extrema ao direito à vida em detrimento ao cumprimento do contrato.

3.1 O Contrato

O contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico que decorre de mútuo consenso, da manifestação de vontades entre as partes e por liberalidade. A etimologia da palavra vem do latim, *contractu*, que se traduz em “tratar com”. Na verdade, de forma sucinta, o contrato é um acordo de vontades com o fim de resguardar, modificar, alterar ou extinguir direitos. Podemos ainda definir contrato como um negócio jurídico, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam. Essa relação negocial não se limita apenas nas relações obrigacionais, mas abarca outros ramos do direito, como do Direito civil, o Agrário, do Consumidor, dentre outros.

A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato.

A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa a primeira face da real função dos contratos.

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou

conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito clássico está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, estipula que *“il contratto è l'accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”* (o contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial). Entretanto, como se verá mais adiante, existem tentativas de alteração dessa construção, com a busca de um conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato.

Pois bem, nosso Código Civil de 1916, assim como outros Códigos (v.g., o alemão, o polonês, o suíço e o da antiga URSS), preferiu não trazer o conceito do instituto, talvez porque a tarefa de definição deve caber à doutrina. O Código Civil de 2002 segue na mesma esteira, e não o conceitua, apesar de trazer como um dos seus baluartes o princípio da operabilidade, que tende à facilitação do trabalho do jurista e aplicador da norma, pela menção expressa a conceitos jurídicos, constituindo esse um dos princípios do atual Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade. Aliás, é interessante observar que o Código Civil de 2002 conceitua as figuras contratuais em espécie, mas não diz o que é contrato, o que é um contrassenso.

Superada essa constatação, é imperioso concluir ser o contrato a fonte principal do direito das obrigações, revestindo-se como instituto primordial ao Direito Privado.

Para preencher essa lacuna deixada pela lei, a doutrina pátria ainda procura trazer à tona o conceito de contrato, fazendo-o com grande precisão. Vejamos, então, a excelência dos conceitos apresentados pelos nossos maiores civilistas de ontem, hoje e sempre.

Entre os clássicos, Clóvis Beviláqua afirma ser o contrato “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (Código..., 1977, p. 194). Para Orlando Gomes o contrato é “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam” (Contratos..., 1996, p. 10). Washington de Barros Monteiro conceitua o contrato como sendo “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (Curso..., 2003, p. 5).

Entre os contemporâneos, Álvaro Villaça Azevedo, seguindo o conceito italiano, conceitua o contrato como sendo “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar,

regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial” (Teoria..., 2002, p. 21). Na mesma linha, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (Curso..., 2003, p. 25).

Anote-se que esses são conceitos clássicos de contrato. Todavia, diante das profundas alterações pelas quais vem passando o instituto, alguns autores, como Paulo Nalin, propõem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato. Para o doutrinador paranaense, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros” (Do contrato..., 2005, p. 255). Olhando para o futuro, e porque não já para o presente, é de se concordar com esse conceito. Primeiro, porque o contrato está amparado em valores constitucionais. Segundo, porque envolve também situações existenciais das partes contratantes. Terceiro, porque o contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da função social dos contratos, como será estudado adiante.

Na civilística nacional, porém, ainda prevalece o conceito tradicional ou clássico de contrato, anteriormente exposto. Buscando a estrutura contratual, Maria Helena Diniz aponta dois elementos essenciais para a formação do instituto: um estrutural, constituído pela alteridade presente no conceito de negócio jurídico; e outro funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis (Tratado..., 2002, p. 8-12). Vale lembrar que a alteridade constitui-se pela presença de pelo menos duas pessoas quando da constituição do contrato.

Justamente pela existência desses dois elementos é que seria vedada a autocontratação, ou celebração de um contrato consigo mesmo. Mas dúvidas surgem quanto a essa possibilidade, se analisado o art. 117 do atual Código Civil Brasileiro, cuja redação nos é pertinente. De realce lembrar que a troca ou escambo, contrato tipificado pela codificação privada atual (art. 533 do Código Civil), era comum em várias sociedades arcaicas, constituindo um contrato no melhor sentido da expressão, repousando neste instituto nominado os primórdios do Direito Contratual.

Figura tipificada e presente no direito romano, poucos conceitos evoluíram tanto quanto o contrato. Tal evolução foi objeto de um estudo clássico de San Tiago Dantas, para quem a doutrina contratual representa o “termo de uma evolução, através da qual foram sendo

eliminadas normas e restrições sem fundamento racional, ao mesmo tempo em que se criavam princípios flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema” (Evolução..., Revista dos Tribunais..., 1981, p. 144).

Entretanto, na realidade contemporânea ou pós-moderna, alguns autores, tanto do Direito Comparado como do Direito Pátrio, têm apontado que o contrato está em crise, próximo do seu fim. Aqui, é interessante abordar essa suposta derrocada como natural evolução do instituto.

3.2.1 Suposta crise dos contratos

Como projeção natural da vontade e do consenso, o contrato é inerente à própria subsistência da sociedade moderna. Caio Mário da Silva Pereira chega a afirmar que “o mundo moderno é o mundo do contrato”, eis que “a vida moderna o é também, e, em tal alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O ‘*homo aeconomicus*’ estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria e a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários” (Instituições..., 1990, p. 9).

Apesar do respeito e da atenção que merecem os demais institutos civis, é de se concordar com as palavras transcritas, podendo-se afirmar que o contrato é o instituto mais importante de todo o Direito Civil e do próprio Direito Privado.

Mas, atualmente está em voga no Direito Comparado, e mesmo no Brasil, afirmar sobre a “crise dos contratos”, chegando Savatier a profetizar que o contrato tende a desaparecer, surgindo outro instituto em seu lugar. Luiz Gastão Paes de Barros Leães comenta tal crise, ao elucidar que “há alguns anos, a decadência do Direito contratual é apregoada num tom fúnebre, que anuncia iminente desenlace. Há inclusive quem já tenha lavrado a sua certidão de óbito. Grant Gilmore, em 1974, publicou um livro com título provocador – ‘The Death of Contract’ (Columbus, Ohio) – onde assinalou a ação demolidora dos novos tempos no edifício conceitual do contrato. O fenômeno da padronização das transações, decorrente de uma economia de ‘mass production’, teria subvertido inteiramente o princípio da liberdade contratual, transformando o ‘contrato’ numa norma unilateral imposta pela empresa situada numa posição dominante. Teria ocorrido assim um retorno ao ‘status’” (Prefácio, in STRENGER, Irineu. Contratos..., 1999, p. 17).

Sobre tal profetização, Fernando Noronha comenta que “para Gilmore, professor da Yale Law School, ‘contract is being reabsort into the mainstream of ‘tort’ A teoria clássica do contrato poderia bem ser descrita como uma tentativa para instituir um enclave dentro do domínio geral da responsabilidade civil (‘tort’). Os diques foram erguidos para proteger o enclave, está bastante claro, têm vindo a derrocar a uma velocidade cada vez mais rápida” (O direito..., 1994, p. 9).

Pela leitura do trabalho do Direito Comparado aludido, é forçoso deduzir que o contrato está sujeito a todas as variações possíveis pelas quais passa a sociedade, decorrentes da interpretação da lei no campo prático. Em verdade, superada a análise da obra de Grant Gilmore, tida como clássica no direito norte-americano, entendemos que a palavra crise significa mais mudança de estrutura do que possibilidade de extinção. E é realmente isso que está ocorrendo quanto ao contrato, uma intensa e convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral dos Contratos, que tem por função redimensionar seus limites, e não extingui-los.

A Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka também captou que não se pode falar em crise propriamente dita, no sentido de derrocada, mas em alteração de estrutura e de função, saudável para o Direito Privado. São suas palavras:

“Confundindo-se, muitas vezes, liberdade de contratar com liberdade contratual, o diagnóstico foi sempre muito pessimista, a respeito da sobrevivência institucional do contrato”. Mas, como o ‘sonho de John Lennon’, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder. Rui de Alarcão escreveu, e com toda a razão, que tal pessimismo foi claramente desmentido, a significar que o alarde foi exagerado e que a pós-modernidade prescreve a necessidade de novos modelos de realização do direito, estando entre eles, certamente, os novos modelos contratuais que todos os dias se multiplicam, indicando uma fertilidade inesgotável desses paradigmas e o seu verdadeiro e sempre renovado papel de organizador e autorregulamentador dos interesses privados. Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato que se transmuda e evolui sempre, como a própria transmudação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram [desde o início do anterior século], produzindo um movimento de edificação de uma teoria [geral do direito privado] tão sólida quanto volátil. Esse movimento é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, mesmo porque, dizendo respeito a relações de natureza intersubjetiva, quer dizer, dos sujeitos entre si, essas instituições se renovam com o próprio uso, e o seu

eventual desuso é que pode acarretar sua morte, por inércia. “O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo; sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da manutenção da segurança” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 jan. 2006).

Como não poderia ser diferente, concorda-se integralmente com a Professora Giselda Hironaka, uma vez que o contrato definitivamente não está em decadência, mas sim em seu apogeu como instituto emergente e central do Direito Privado.

Nesse sentido, cumpre observar que uma das principais alterações em matéria contratual se refere à autonomia da vontade das partes na avença. Discute-se muito atualmente a possibilidade da revisão do contrato, a liberdade de extinguir o pacto e de se decidir pela conclusão da relação entre as partes. A grande problemática do contrato, sem dúvida, está relacionada com os seus efeitos no tempo e no espaço, ou seja, às consequências jurídicas que dele advém após a sua celebração, inclusive na questão de sua eficácia perante terceiros estranhos à relação contratual. Nesse contexto, aduz-se que haverá uma crescente falta de certeza e segurança com essa alteração de estrutura, o maior desafio a ser encarado pelo civilista contemporâneo.

É um grave equívoco aceitar e compreender o contrato com sua estrutura clássica, concebido sob a égide do *pacta sunt servanda* puro e simples, com a impossibilidade da revisão das cláusulas e do seu conteúdo. Surgem princípios sociais contratuais como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a justiça contratual e a equivalência material. Diante de um campo minado negocial, em que muitas empresas cometem abusos no exercício da autonomia privada, tais princípios mitigam sobremaneira a força obrigatória do contrato, em prol de uma interpretação mais justa, baseada na lei e nos fatos sociais.

Assim, é de se repudiar a ideia de crise de contratos, conforme construída por alguns autores do direito alienígena. O melhor caminho é acreditar em um novo conceito emergente, dentro da nova realidade do direito social. Acatam-se as antigas, mas sempre atuais palavras de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, pelas quais “os contratos hão de ser sempre a fonte mais fecunda, mais comum e mais natural dos direitos de crédito” (Contratos..., 1957, p. 7). Concluindo, não se pode falar em extinção do contrato, mas no renascimento de um novo instituto, como uma verdadeira Fênix que surge das cinzas e das trevas. Uma importante revolução atingiu os direitos pessoais puros e as relações privadas, devendo tais institutos ser interpretados de acordo com a sistemática lógica do meio social. Em suma, este autor é adepto de uma posição otimista na análise do Direito Privado, acreditando na emergência e na efetividade de novos institutos jurídicos, renovando todo o

direito, afastando-se dos cientistas que afirmam estar ocorrendo uma verdadeira crise do Direito Privado. Superado esse ponto de pessimismo sombrio, parte-se à análise de uma das mais festejadas e atuais teses quanto aos contratos: o diálogo das fontes.

3.2 A Função Social

É um gênero maior que engloba outras espécies da mesma natureza, tal a função social da propriedade, a função socioambiental e a função social do contrato, a função social da pena, e outras mais. A finalidade da função social é evitar danos ou situação que possam colocar em risco a vida em comum, ou a própria sociedade. Essa função comporta outros elementos como a boa-fé objetiva, a solidariedade, a equidade e o princípio fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988, que é a dignidade da pessoa humana e corresponde a direitos transindividuais.

É importante frisar que foi o Código de Defesa do Consumidor a primeira lei infraconstitucional a trazer em seus dispositivos a preocupação com a função social após 1988. Ainda sobre o tema, que a função social em matéria de direito deve ter a integração com outros ramos do direito, tal como o Penal ou o Administrativo, onde deve prevalecer a supremacia do interesse público. O interesse público sem dúvidas é parte da função social.

Isto posto, observamos que a função social sempre guardará correlação com demais princípios e serve como veículo de aplicação dessa função. A função social dos contratos pode ser conceituada como sendo um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade (TARTUCE, Flávio. Função social..., 2007, p. 415).

3.2.1 O Princípio da Função Social dos Contratos: análise dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil.

Em matéria de contratos, faz-se necessária a transcrição do art. 421 do Código Civil de 2002, dispositivo que inaugura o tratamento do tema na atual codificação privada: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil, de autoria de Miguel Reale e datado de 16 de janeiro de 1975, consta como um dos objetivos da nova codificação “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar

só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica” (REALE, Miguel. O projeto..., 1999, p. 71).

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. Por esse caminho, a função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual. Essa nova concepção do contrato pode ser sentida em Enzo Roppo, que explicita o papel do contrato e a relação do instituto com as formas de organização econômico-social. Para esse doutrinador, “analogicamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais– corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como, aliás, de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido ” (ROPPO, Enzo. O contrato..., 1999, p. 71). Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana. De qualquer forma, é interessante analisar o teor do art. 421 do CC, apontando que o dispositivo traz dois equívocos técnicos, que possivelmente serão corrigidos pelo outrora Projeto Ricardo Fiúza (PL 6.960/2002), atualmente, PL 699/2011. Cumpre assinalar que a alteração do número do projeto legislativo se deu pelo fato de, em 31 de janeiro de 2007, o PL 6.960/2002 ter sido arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles...”). A alteração também se deu diante do falecimento do Deputado Fiúza, no ano de

2007. Acatando as sugestões formuladas por Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, professores da Universidade de São Paulo, o Deputado Ricardo Fiúza propunha mudança no texto, que passaria a ter a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Pela proposta, primeiro, haveria a substituição da expressão liberdade de contratar por liberdade contratual. Aqui já se demonstraram as diferenças entre os dois institutos, ficando clara a razão da proposta de alteração. Em verdade, a liberdade de contratar, relacionada com a celebração do contrato, é, em regra, ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raríssimas exceções. Por outra via, a liberdade contratual, relativa ao conteúdo negocial, é que está limitada pela função social do contrato. Assim sendo, justificasse plenamente a proposta de alteração, inclusive pelo teor do Enunciado n. 23 CJF/STJ. Segundo, o Projeto Fiúza visa a retirar a expressão em razão e, pois a função social não é a razão para o contrato, mas sim a autonomia privada. Na verdade, a função social representa, entre outras coisas, um limite ao conteúdo do contrato, pois fim social quer dizer finalidade coletiva. Para esclarecer o teor da proposta, vejamos o que aponta o próprio Deputado Ricardo Fiúza: “a alteração, atendendo a sugestão dos Professores Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, objetiva inicialmente substituir a Expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato, já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também se procedeu à supressão da expressão ‘ em razão ’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser” (O novo..., 2003, p. 76).

Este autor está integralmente filiado à proposta de mudança, assim como faz Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Ensina a também Professora Titular da USP que “bem adverte Junqueira de Azevedo que a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual, e efetivamente é. Não um limite à liberdade de contratar, como consideramos antes. E no que estaria fundada a liberdade de contratar, é a pergunta intrigante de Junqueira Azevedo, que respondeu a S. Exa., o Professor Miguel Reale e a S. Exa., o Deputado Ricardo Fiúza, naquele encontro na Ouvidoria Parlamentar, ao qual já me referi, antes, que no seu modo de ver – e lhe parece ser esse o pensamento implícito na Constituição Brasileira – baseia-se na dignidade da pessoa humana. No entanto – ele prossegue – esse artigo tem um viés trágico, porque determina textualmente que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social. Ora, nem se trata de liberdade de contratar, nem deverá ser exercida em razão da função social do contrato. Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de

ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada ” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 5 set. 2005).

Mas a previsão da função social dos contratos, no Código Civil de 2002, não se restringe ao art. 421, constando ainda do art. 2.035, parágrafo único, da codificação em vigor, dispositiva que é de grande importância para a compreensão de seu sentido. Muitas vezes, esse comando legal é esquecido ao se apontar o princípio em questão, sendo certo que é até mais importante que o primeiro. Por tal razão, cabe a transcrição destacada do seu inteiro teor: “Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Trata-se de uma regra indeclinável em um primeiro plano, por ser comando expresso de direito intertemporal que revelou a manifestação inequívoca do legislador em privilegiar os preceitos de ordem pública relacionados com a proteção da função social da propriedade em sentido amplo ou *lato sensu*, incluindo a função social da propriedade *stricto sensu* (art. 1.228, § 1.º, do CC) e a função social do contrato (art. 421 do CC).

Quando se lê no comando a expressão convenção, pode-se ali enquadrar qualquer ato jurídico celebrado, particularmente os negócios jurídicos constituídos antes da entrada em vigor da nova lei geral privada e cujos efeitos ainda estão sendo sentidos atualmente, na vigência da atual codificação. Em realidade, a princípio, não há como aplicar o preceito a contratos já celebrados, aperfeiçoados, satisfeitos e extintos, por uma questão natural de lógica e pelo que consta do art. 2.035, caput, da legislação privada emergente. Prevê esse diploma legal que “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece a dispositivos nas leis anteriores referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”. Conforme foi defendido, o aludido comando adotou a teoria de Pontes de Miranda quanto aos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, tema muito bem abordado por Marcos Bernardes de Mello e por Antônio Junqueira de Azevedo, entre outros (Escada Ponteano). Isso porque, quanto aos elementos relacionados à existência e validade do negócio, devem ser aplicados os preceitos que constavam na codificação anterior, se o negócio foi constituído na vigência dessa norma. Eventualmente, quanto à eficácia do negócio, poderão se subsumir os comandos legais previstos no Código Civil de 2002.

“Em reforço à constitucionalidade do comando legal em questão, opina Maria Helena Diniz que é plenamente justificável a previsão do art. 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil, eis que,” como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘ violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas reforçada. ’ Se assim é, incabível seria a existência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito contra norma de ordem pública, aplicável retroativamente a atos anteriores a ela. “O direito precedente cede a ela o lugar, submetendo-se aos princípios da função social do contrato e da propriedade, com os quais não pode conflitar, visto que têm supremacia por força da Constituição Federal” (Comentários..., 2003, p. 184). Pelo trecho final transcrito, não cabe a alegação de inconstitucionalidade da regra ora comentada, pela suposta infração à proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e, sobretudo, ao ato jurídico perfeito, conforme previsto no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e no art. 6.º da Lei de Introdução. Para afastar a suposta inconstitucionalidade, ensina Maria Helena Diniz que, no caso em questão, pode-se dizer que o legislador da atual codificação previa o surgimento de uma antinomia real entre a proteção constante do art. 5.º, XXXVI, da CF/1888 (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) e aquela constante do art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988 (função social da propriedade em sentido amplo, que engloba a função social da propriedade em sentido estrito e a função social do contrato). Sendo ambas cláusulas pétreas, por certo que o legislador civil revolveu privilegiar a segunda proteção. Para a renomada professora, “ se o princípio da função social do contrato e da propriedade são limitações de ordem pública ao contrato, sempre deverão ser aplicados pelos juízes e tribunais, sem que isso seja uma aceitação da retroatividade da lei” (Código..., 2005, p. 1.634). A propósito, na prática, a grande importância desse comando foi reconhecida em recente julgado do STJ, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha. Conforme o julgador, “consoante se extrai do art. 2.035 do CC, a intangibilidade do contrato compreende integralmente os planos de sua existência e validade, mas, apenas parcialmente, o plano de sua eficácia, podendo sua força obrigatória vir a ser mitigada. E essa mitigação terá lugar quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade, comprometendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva, valores

expressamente tutelados pela lei civil e pela própria CF” (STJ, REsp 1.286.209/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.03.2016, DJe 14.03.2016).

Na verdade, preferimos dizer que, no caso em questão, há uma retroatividade justificada ou motivada em prol da proteção dos preceitos de ordem pública. Isso porque a justificativa para a retroatividade da norma de ordem pública, no caso em questão, também encontra respaldo constitucional na proteção da função social da propriedade *lato sensu*, que consta do art. 5.º da CF/1988, especificamente dos incisos XXII e XXIII. Em reforço, como se sabe, constitui a proteção à função social da propriedade um princípio inerente à ordem econômica nacional, conforme a regra do art. 170, III, do Texto Maior. Com o preceito, reforçando, há a busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, sempre invocada (art. 1.º, III, da CF/1988).

Miguel Reale alertava em relação ao amparo constitucional do princípio da função social dos contratos, ao discorrer que “as alterações supervenientes de caráter factual ou axiológico podem influir na exegese do contrato – sobretudo quando sobrevêm paradigmas fundamentais, como, por exemplo, o de sua função social, corolário lógico da função social da propriedade, do que ele emerge – mas nunca até o ponto de se olvidar que o objetivo inicialmente visado representa o conteúdo mesmo do contrato, dando-nos o sentido real das operações e meios empregados pelas partes para o seu adimplemento, ou para descumpri-lo” (Questões..., 1997, p. 4). Fica claro que a função social do contrato é matéria de ordem pública, espécie do gênero função social da propriedade *lato sensu*, também com proteção constitucional, particularmente mais forte que a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Assim, não se pode afastar a aplicação da regra contida no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Por isso é que defendemos que o art. 2.035, parágrafo único, do CC, consagra o princípio da retroatividade justificada ou motivada, anexo à função social dos contratos, possível em casos excepcionais, em prol da função social da propriedade *stricto sensu* e da função social do contrato. Entre os doutrinadores atuais, Mário Luiz Delgado também explorou a questão, apontando que “se, por um lado, exige a vida social que a fé na segurança jurídica e estabilidade das relações não sejam ameaçadas pelo receio de que uma lei posterior venha a perturbar aquelas que validamente já se formaram, de outro também é de se exigir a submissão do ordenamento jurídico aos interesses maiores da coletividade, de modo a se atingir o ideal de justiça e de utilidade, representação do bem comum” (DELGADO, Mário Luiz. Problemas..., 2004, p.94).

Lembra o jurista que várias decisões recentes do Supremo Tribunal Federal aderiram à aplicação imediata das normas de ordem pública. Exemplificando e citando

Fernando Noronha, aponta que quando da promulgação da Lei Áurea, que aboliu a escravidão do País, foram declarados inválidos todos os contratos de compra e venda de escravos celebrados antes de sua vigência, em prol do bem comum. Por tal construção, pode-se constatar mais uma vez a costumeira influência do direito público e das normas de ordem pública sobre os institutos privados, o que faz crer que aquela velha dicotomia público X privado encontra-se parcialmente superada, conduzindo ao caminho sem volta do Direito Civil Constitucional. A título de reforço, interessante deixar claro que, quando da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi feita proposta de interessante enunciado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin, cujo teor merece destaque especial: “A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil brasileiro, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral cujo cumprimento pode se averiguar *ex officio* pelo juiz”. Constam como justificativas do referido enunciado, apresentadas por Fachin: “Debate-se no Brasil o sentido e o alcance dos contratos à luz do direito contemporâneo”. Presentemente, a função social dos contratos é um preceito de ordem pública. Inválido, por isso, pode ser considerado qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição, hoje inserida no Direito brasileiro pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil (Lei 10.406, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003). Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público.

Verificadas as previsões do princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002, o seu conceito e a sua dupla eficácia (interna e externa), parte-se ao estudo aprofundado desse preceito de ordem pública, relacionando o princípio com institutos jurídicos emergentes e com outras previsões legais que constam do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil em vigor. Os dispositivos que serão estudados a seguir trazem, sobretudo, efeitos internos da função social, no sentido de mitigação da força obrigatória do contrato e da proteção da parte vulnerável da relação contratual. Inicia-se pela abordagem do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Primeiramente, há, no âmbito da Lei 8.078/1990, a possibilidade de revisão contratual (art. 6.º, V), ou mesmo de resolução ou declaração de nulidade do contrato, devido aos abusos de direitos cometidos pelos fornecedores e prestadores.

Podem ser citados os arts. 39 e 51 do CDC, que preveem, respectivamente, as práticas e cláusulas abusivas, que podem gerar a modificação da avença ou a sua invalidade, cessando os seus efeitos. Esses dispositivos mantêm relação direta com a função social,

propondo a mitigação do *pacta sunt servanda*. Relembre-se que não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado; a sociedade mudou, vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve mudar a maneira de ver e analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo. Quanto à adoção do princípio da função social dos contratos pelo Código Consumerista, essa também é a conclusão a que chega Nelson Nery Jr., para quem a função social do contrato constitui uma cláusula geral à luz do CDC (Código..., 1999, p. 436). Este autor filia-se plenamente à posição do doutrinador, pois além de constituir importante cláusula geral, a função social dos contratos é princípio de ordem pública.

É que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre o público e o privado. Além disso, tal incidência abrange não apenas atos e negócios realizados após 11 de janeiro do ano de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do nosso Código Civil; a consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial. Por conseguinte, aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade.

Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública. O equilíbrio entre justiça e segurança jurídica provoca a compreensão desse cenário jurídico. O desafio é decodificá-lo para construir o futuro que não deve se resumir a um requestrar do passado. “Assim, no debate quanto à validade e à eficácia dos contratos no direito brasileiro, está presente um sistema de valores que contrapesa, no direito, a justiça e seu avesso à da função social como preceito de ordem pública”.

A função social dos contratos pode ser conceituada como sendo um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade (TARTUCE, Flávio. Função social..., 2007, p. 415), este autor deve deixar clara a sua posição quanto à dupla eficácia- sentido

externo e interno- da função social do contrato. O sentido interno está relacionado às partes contratantes; enquanto o sentido externo para além das partes contratantes. Cumpre destacar que, na doutrina contemporânea, Paulo Nalin não utiliza as expressões eficácia interna e externa, mas sim função intrínseca e extrínseca, que querem dizer a mesma coisa, respectivamente. Para ele, a função intrínseca está relacionada com a observância de princípios novos pelos titulares contratantes – seria a eficácia interna. Por outra via, a função extrínseca “rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato”, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito “(NALIN, Paulo. Do contrato..., 2005, p. 226)”. O doutrinador foi um dos primeiros, no Brasil, a investigar a dupla eficácia da função social dos contratos.

Aliás, a eficácia interna da função social é muito mais clara do que a eficácia externa. Justamente por isso, propusemos, na IV Jornada de Direito Civil, enunciado tratando da eficácia interna da função, que recebeu o número 360, tendo a seguinte redação: “O princípio da função social” dos contratos também tem eficácia interna entre as partes contratantes. A proposta inicial tinha a seguinte redação: “O princípio da função social dos contratos tem eficácia interna, entre as partes contratuais, podendo gerar a nulidade de cláusulas contratuais tidas como antissociais”.

Assim, a função social dos contratos também no plano da validade do contrato, além do plano da eficácia. Mas, infelizmente, a redação do enunciado foi alterada, pois a nulidade das cláusulas antissociais não é unanimidade doutrinária. Foram os pontos principais das nossas justificativas: “O princípio da função social dos contratos tem se revelado uma das mais comentadas inovações do Código Civil de 2002, pelas previsões constantes dos seus arts”. 421 e 2.035, parágrafo único, sem prejuízo de outros dispositivos que trazem o princípio implicitamente.

Quando da I Jornada de Direito Civil foi aprovado enunciado no sentido de que a função social dos contratos não exclui o princípio da autonomia contratual, mas apenas atenua o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta individuais ou interesses individuais relativos à dignidade humana (Enunciado 23). Em outras palavras, a função social dos contratos não afasta a autonomia privada, mas com ela se compatibiliza. Além da eficácia externa da função social, compreendida pela tutela externa do crédito (Enunciado 21 do CJP), o princípio em questão traz consequências para as partes contratantes, o que se pode denominar eficácia interna. (...). Para tanto, vale dizer que foram preciosos os ensinamentos

transmitido pelo professor Nelson Nery Jr., no sentido de que a experiência vivida nos contratos de consumo, particularmente no tocante às cláusulas abusivas, serve-nos agora para os contratos civis, visando entender o real sentido do princípio da função social dos contratos. O enunciado aqui proposto está em sintonia com outros, aprovados na III Jornada de Direito Civil. Primeiro com o de número 172, pelo qual as cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nos contratos de consumo, havendo também cláusulas abusivas nos contratos civis comuns, como aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002. Segundo, com o Enunciado 167 que confirma a aproximação principiológica entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, “a presente proposta visa complementar outros enunciados já aprovados”. Demonstrando clara evolução a respeito da matéria, na V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, foi aprovado enunciado que justamente coloca a função social do contrato no plano da validade do negócio. Vejamos a da proposta de Gerson Luiz Carlos Branco, que traduz pensamento sempre seguido pelo presente autor: “A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais” (Enunciado n. 431).

Partindo para uma concretização das cláusulas antissociais, também da V Jornada de Direito Civil, merece relevo a proposição de Wladimir A. Marinho Falcão Cunha, com a seguinte redação: “Em contratos de financiamento bancário são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva” (Enunciado n. 432). Ressalve-se que, apesar da menção à boa-fé objetiva, o presente autor considera que o melhor caminho seria o entendimento pela violação à função social do contrato.

De toda sorte, infelizmente, a jurisprudência superior entende pela possibilidade parcial de cobrança de tais valores pelas entidades bancárias, como fez o Superior Tribunal de Justiça, em 2013, em relação à taxa de abertura de da VI Jornada de Direito Civil, evento realizado em 2013, merece destaque outro enunciado doutrinário, que trata de cláusula flagrantemente antissocial. Nos termos do Enunciado n. 542 CJP/STJ, “a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato”. Conforme as suas precisas justificativas, “nos seguros de vida, o avanço da idade do segurado representa agravamento do risco para a seguradora”. Para se precaverem, as seguradoras costumam estipular aumento dos prêmios conforme a progressão da idade do segurado ou, simplesmente, comunicar-lhe, às

vésperas do término de vigência de uma apólice, o desinteresse na renovação do contrato. Essa prática implica, em muitos casos, o alijamento do segurado idoso, que, para contratar com nova seguradora, poderá encontrar o mesmo óbice da idade ou enfrentar prêmios com valores inacessíveis. A prática das seguradoras é abusiva, pois contraria o art. 4.º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003), que dispõe: ‘Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei’. A prática também é atentatória à função social do contrato. A cobertura de riscos é da essência da atividade securitária, assim como o mecanismo distributivo. Os cálculos atuariais permitiriam às seguradoras diluir o risco agravado pela idade entre toda a massa de segurados, equalizando os prêmios em todas as faixas de idade, desde os mais jovens, sem sacrificar os mais idosos. A recusa discriminatória de renovação dos contratos de seguro representa abuso da liberdade de contratar das seguradora e atenta contra a função social do contrato de seguro, devendo, como tal, ser coibida. Pois bem, a eficácia interna da função social dos contratos ainda pode ser retirada do Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que associa o princípio à conservação dos negócios jurídicos. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu tal relação, ao determinar a continuidade de um contrato de seguro de vida celebrado por longo período.

Vejamos a publicação no Informativo nº 467 daquele Tribunal Superior, afastando a possibilidade de extinção repentina do negócio, diante da função social do contrato e de outros princípios contemporâneos:

Contrato. Seguro. Vida. Interrupção. Renovação. Trata-se, na origem, de ação para cumprimento de obrigação de fazer proposta contra empresa de seguro na qual o recorrente alega que, há mais de 30 anos, vem contratando, continuamente, seguro de vida individual oferecido pela recorrida, mediante renovação automática da apólice de seguro. Em 1999, continuou a manter vínculo com a seguradora; porém, dessa vez, aderindo a uma apólice coletiva vigente a partir do ano 2000, que vinha sendo renovada ano a ano até, em 2006, a recorrida enviou-lhe uma correspondência informando que não mais teria intenção de renovar o seguro nos termos em que fora contratado. Ofereceram-lhe, em substituição, três alternativas, que o recorrente reputou excessivamente desvantajosas, daí a propositura da ação. (STJ. REsp. 691.738/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, j.12.05.2005, DJ 26.09.2005, p.372).

A Min. Relatora entendeu que a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. Verificado prejuízo da seguradora e identificada a necessidade de correção da carteira de seguro em razão de novo cálculo atuarial, cabe a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado por anos a fio. Logo, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira devem ser estabelecidos de maneira suave e gradual, por meio de um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser comunicado previamente. Agindo assim, a seguradora permite que o segurado se prepare para novos custos que onerarão, em longo prazo, o seguro de vida e colabore com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada com a simples notificação entregue com alguns meses de antecedência ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer. Daí a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, conheceu do recurso e a ele deu provimento. (STJ, REsp 1.073.595/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2011). De qualquer forma, a questão da eficácia da função social dos contratos está longe de ser unânime na doutrina brasileira. Vejamos. De início, há aqueles que entendem que o princípio em questão somente tem eficácia interna, entre as partes contratantes (SANTOS, Antonio Jeová dos. *Função social...*, 2004; NETO, João Hora. *O princípio...*, Revista Trimestral..., 2003, p. 286; SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil...* Revista de Direito..., 2002, p. 9; NORONHA, Fernando. *O direito...*, 1994; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil...*, 2006, p. 372-374).

Outros apontam que a função social dos contratos somente tem eficácia externa, para além das partes contratantes (NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, 2002; SILVA, Luis Renato Ferreira. *A função social...*, *O novo Código Civil...*, 2003, p. 135; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato...*, 2004). Ademais, há aqueles, como este autor, que concluem pela dupla eficácia, entendendo este que é o majoritário na doutrina brasileira (FACHIN, Luiz Edson. *Direito...*, 2014, p. 125; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso...*, 2015, p. 62; DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2007, p. 23-29; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil...*, 2004, p. 197; NALIN, Paulo. *Do contrato...*, 2005; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social...*, 2004; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil...*, p. 378; MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões...*, Revista..., 2005, p. 41-67; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos...*, 2007; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso...*, 2005, p. 53; BARROSO, Lucas Abreu. *A*

função..., Questões controvertidas..., 2005, p. 283; BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras..., 2003, p. 42; SIMÃO, José Fernando. Direito civil..., 2005; CASSETTARI, Christiano. A influência..., Questões controvertidas..., 2005, p. 295; ROSENVALD, Nelson. A função..., Direito..., 2008, p. 81; e SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O princípio..., 2005, p. 81-83).

Há, ainda, quem negue qualquer eficácia ao princípio da função social dos pactos como fazem tais correntes, limitando a função social à investigação da causa contratual (RENTERIA, Pablo. Considerações..., Princípios..., 2006). A partir desse momento, este autor pretende reforçar a corrente da dupla eficácia do princípio da função social dos contratos, para o preenchimento desse importante princípio social contratual, contribuindo para o debate jurídico que o envolve. Como é notório, o Código Civil Brasileiro é o único Código Civil no mundo a relacionar a função social do contrato à autonomia privada. Pode-se dizer, assim, que um dos grandes desafios da civilística nacional é dar sentido a esse importante princípio.

Passados mais de dez anos de vigência do Código Civil de 2002, o impacto na doutrina e na jurisprudência é profundo. Em resumo, a eficácia interna da função social dos contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social.

Ainda quanto à eficácia interna, a função social dos contratos, pelo que consta dos arts. 104, 166, II, 187 e 421 do Código Civil, pode se enquadrar nos planos da validade ou da eficácia do contrato, o que depende de análise caso a caso. Isso porque, havendo no exercício da autonomia privada um abuso do direito, estará configurado o ilícito, que pode eivar de nulidade a cláusula contratual ou mesmo todo o contrato. Por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (tutela externa do crédito, nos termos do Enunciado n. 21 do CJF/STJ); bem como das situações em que uma conduta de terceiro repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos.

Como exemplo de eficácia externa, ainda pode ser citada a função socioambiental do contrato. Dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 consagradores da função social dos contratos. Não há dúvidas de que a função social dos contratos constitui uma festejada mudança que revolucionou o Direito Contratual Brasileiro,

trazendo uma nova concepção do instituto, de acordo com todas as tendências socializantes do direito. As mudanças trazidas pelo novo princípio são inafastáveis e indeclináveis. Aliás, quanto a tudo o que vem ocorrendo nos planos teórico e prático já “ profetizava ” Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em artigo aqui citado (Contrato..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.com>).

Assim, é forçoso interpretar o contrato de acordo com o meio que o cerca. O contrato não pode ser mais concebido como uma bolha que envolve as partes, ou uma corrente que as aprisiona. Trazendo um sentido de libertação negocial, a função social dos contratos funciona como uma agulha, forte e contundente, que fura a bolha; como uma chave que abre as correntes. Em sentido muito próximo, ensina Teresa Negreiros, cujo trabalho inspirou as presentes conclusões, que “partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas ” (Teoria..., 2002, p. 206). Verificadas desse conceito as previsões do princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002, o seu conceito e sua eficácia (interna e externa), parte-se ao estudo aprofundado desse preceito de ordem pública, relacionando o princípio com institutos emergentes e com outras previsões legais que constam do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil em vigor. Os dispositivos que serão estudados a seguir trazem, sobretudo, efeitos internos da função social, no sentido de mitigação da força obrigatória do contrato e da proteção da parte vulnerável da relação.

O princípio da função social do contrato pode ser percebido pela interpretação contratual mais benéfica ao consumidor, conforme prevê o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. Em complemento, a não vinculação de cláusulas incompreensíveis, ininteligíveis ou desconhecidas por parte do consumidor vulnerável, conforme previsão do art. 46 da Lei 8.078/1990, é outro preceito relacionado com o comando social invocado. Sintonizado com o princípio da função social do contrato, não se pode afastar a importância do art. 51 do CDC para a visualização sociológica dos pactos e avenças celebrados sob a sua égide. Ora, quando o Código Consumerista reconhece a possibilidade de uma cláusula tida como abusiva declarar a nulidade do negócio, está totalmente antenado com a intervenção estatal nos contratos e com aquilo que se espera de um Direito pós-moderno mais justo e equilibrado.

4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O próprio preâmbulo da constituição de 1988 traz como valores supremos o exercício dos direitos sociais e o bem estar fundada na harmonia social. A carta máxima cidadã brasileira trouxe os princípios fundamentais que constitui o Estado Democrático de Direito e, cláusula indissolúvel e imutável a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III da Constituição federal, *ipsis litteris*:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e como **fundamentos**: (*grifo nosso*).

[...]

III- dignidade da pessoa humana;

[...]

4.1 Dignidade da Pessoa Humana

Sem dúvidas este é o grande princípio que rege nosso ordenamento jurídico, todavia é muito complexa sua constituição e deveras, sua definição legal e por possuir questões jusfilosóficas. A história nos conta que as atrocidades cometidas por grupos majoritários sobre grupos minoritários, eram de uma forma que a vida, a integridade física, o respeito ao próximo não tinha muita importância, até mesmo sobre direitos naturais. Sempre essas violências estavam ligadas a busca pelo poder, seja político ou econômico. O próprio Estado e particulares realizavam essas atrocidades. A partir da revolução francesa, que se buscou essa preocupação, com a queda da prisão estatal conhecida por Bastilha, que simbolizava a opressão do Estado. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e posteriormente com a Declaração dos Direitos do Homem, pela ONU, em 1948.

Este é o princípio gravitacional da pessoa humana, que os outros princípios são atraídos e não poderia ser diferente com o princípio da função social, que deste o decorre. É a definição de direitos naturais do homem como ser humano e tido como universais.

5. IMPLEMENTAÇÕES INSERIDAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O modelo clássico da principiologia adotada pelo modelo liberal já não mais acompanha os anseios de uma sociedade plural e despersonalizada. Com o advento do Novo código Civil Brasileiro, foram adotadas as chamadas “Cláusulas Gerais”, ou melhor, princípios norteadores para o ordenamento instituído, que tem o caráter de amplitude semântica e deve ser seguida rigorosamente, caso contrário macular o contrato. Estas são as principais cláusulas gerais instituídas pelo novo diploma e em consonância com a Constituição Federal.

5.1 O Princípio da Sociabilidade

O princípio da sociabilidade é aquele que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os valores individuais, respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana. Parte da doutrina versa que este princípio é decorrente ao da função social e não poderia ser diferente, pois há elementos comuns nestes dois princípios e defende o mesmo objeto, a sociedade. Pode ainda este princípio se desdobrar em outros subprincípios, dentre eles o chamado do eticidade, da boa-fé, da economicidade, da probidade, da cooperação, mas abordaremos os principais.

5.1.2 Princípio da Eticidade

Este subprincípio tem o objetivo de coibir condutas antiéticas que são os valores da ética e boa-fé, também previstas no art. 422 do Código Civil de 2002. Devem agir as partes com ética em todas as fases do contrato e este subprincípio é corolário ao princípio da Boa-Fé.

5.2 O Princípio da Boa-Fé

Não há como se falar na função social do contrato sem citar o princípio da Boa-Fé, em especial o da Boa-Fé objetiva. Está disposto no artigo 422 do novo Código Civil de 2002, *ipsis litteris*:

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

5.2.1 A Boa-Fé Objetiva

A Boa-Fé objetiva é conhecida também pela doutrina como a boa-fé da honestidade. Na hipótese do contrato conter lealdade e, que desperte o dever anexo de lealdade e, com isso, a boa-fé objetiva que se espera nas relações negociais e sem ela, caracteriza-se o abuso de direito que gera absoluta anulação da referida cláusula, todavia deve-se preservar todo o resto do contrato, desde que aja com a devida honestidade. Ademais, a boa-fé objetiva evita que um ato simulado cause dano frente a terceiro, é notório que a simulação, que é um vício do negócio jurídico gera em regra, a nulidade absoluta do negócio jurídico. Este princípio é um conceito de ordem pública e o legislador se preocupou em anular o negócio jurídico contratual simulado ou, se válido, preservar os direitos frente a terceiros, nos termos em que se observa no art. 167 § 2º do Novo Código Civil, *ipsis litteris*:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se simulou, se válido for na substância e na forma.

[...]

§2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em fase dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Novo Código Civil de 2002 refere-se a previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava da codificação anterior. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com a pessoa, bem ou negócio. Contudo, desde os primórdios do Direito romano, já se cogitava outra boa-fé, aquela direcionada a conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do jusnaturalismo, a boa-fé ganhou, no Direito comparado, uma nova faceta, relacionada com a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias.

Com essa evolução, alguns códigos da era moderna fazem menção a essa nova faceta da boa-fé, caso do Código Civil português de 1966, do Código Civil italiano de 1942 e do BGB alemão.

No BGB Alemão, por exemplo, está prevista a boa-fé objetiva no parágrafo 242, segundo o qual o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de

fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e bons costumes. No Direito Alemão, duas expressões são utilizadas para apontar as modalidades de boa-fé ora expostas. O termo *Guten Glauben* – que quer dizer, literalmente, bom pensamento –, denota a boa-fé subjetiva; enquanto *Treu und Glauben* – fidelidade e pensamento – a boa-fé objetiva. Ensina Álvaro Villaça Azevedo que o princípio da boa-fé “ assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito ”. As palavras são exatas, eis que aquele que contraria a boa-fé comete abuso de direito, respondendo no campo da responsabilidade civil, conforme previsão do art. 187 da atual codificação (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria..., 2002, p. 26).

Por certo é que adotou o Código Civil em vigor o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional. Nossa codificação segue assim a sistemática do Código Civil italiano de 1942, que traz a previsão do preceito ético em vários dos seus dispositivos. Vale destacar o seu art. 1.175, segundo o qual o devedor e o credor devem comportar-se segundo a regra da *correttezza*, entendida como um comportamento leal baseado na boa-fé objetiva, que traz às partes um dever mútuo de cooperação para o cumprimento da avença. O atual Código Civil Brasileiro, ao seguir essa tendência, adota a dimensão concreta da boa-fé, como já fazia o Código de Defesa do Consumidor em seu art.4.º , III, entre outros comandos, segundo o qual “ a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores ”.

Quanto a essa confrontação necessária entre o Código Civil e o CDC, preconiza o Enunciado n. 27 CJF/STJ que: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. Um desses estatutos normativos é justamente a Lei 8.078/1990, ou seja, deve ser preservado o tratamento dado à boa-fé objetiva pelo CDC. Além disso, o enunciado também traz como conteúdo a tese do diálogo das fontes, ao mencionar a necessidade de levar em conta a conexão com outras leis. Atualizando a obra, frise-se que a boa-fé objetiva também foi valorizada de maneira considerável pelo Novo Código de Processo Civil, consolidando-se na norma a boa-fé objetiva processual. Nos termos do seu art.

5.º, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Em reforço, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º do CPC/2015, consagrador do dever de colaboração processual). Destaque-se, também, a vedação das decisões-surpresa pelos julgadores, pois o art. 10 do Estatuto Processual emergente enuncia que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Merece ser mencionada, ainda, a regra do art. 489, §3.º, do CPC/2015, pela qual a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Feita tal pontuação frente ao Novo CPC, não restam dúvidas de que o princípio da boa-fé objetiva não pode ser desassociado do novo contrato, que surge com novos paradigmas, totalmente renovado. Nesse sentido, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que, “ acerca desse novo contrato, então – instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ao lado da propriedade e da família – seria desejável referir, prioritariamente, às denominadas cláusulas gerais, que constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa (...) –foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa fé, ‘*tout court*’, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral)” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006).

Ao contrário do que alguns poderiam imaginar, existia previsão expressa anterior quanto à boa-fé objetiva, de cunho contratual, em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, esta era a previsão do art. 131, I, do Código Comercial de 1850, constante na parte que foi revogada pelo Código Civil de 2002: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras ”.

O comando legal em questão, ao consagrar a boa-fé objetiva como cláusula geral, trazia implícito o princípio da função social do contrato, pois afastava a eficácia das palavras que constavam do instrumento contratual, em benefício do verdadeiro espírito do contrato. Entretanto, infelizmente, esse último dispositivo legal não teve, na prática, a merecida aplicação, conforme lembra Gustavo Tepedino (A parte..., 2003, p. XIX). Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé..., 1999).

A tese dos deveres anexos, laterais ou secundários foi muito bem explorada, no Brasil, por Clóvis do Couto e Silva, para quem “os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência ” (A obrigação..., 1976, p. 113).

O doutrinador gaúcho sustenta que o contrato e a obrigação trazem um processo de colaboração entre as partes decorrente desses deveres anexos ou secundários, que devem ser respeitados pelas partes em todo o curso obrigacional, ou seja, em todas as fases pelas quais passa o contrato. A quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado n. 24 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, do ano de 2002, com o seguinte teor: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. A violação positiva do contrato, com aplicação a todas as fases contratuais, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea, como nova modalidade de inadimplemento obrigacional. Essa responsabilização independentemente de culpa está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil (2006), segundo o qual: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”. O grande mérito do último enunciado, de autoria do Professor Wanderlei de Paula Barreto, é a previsão de que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública. A propósito, voltando ao Novo CPC, acreditamos que essa quebra dos deveres anexos também pode ocorrer no âmbito

instrumental, gerando uma responsabilidade civil objetiva do violador da boa-fé objetiva processual.

Como deveres anexos, utilizando os ensinamentos de Judith Martins-Costa e de Clóvis do Couto e Silva, podem ser citados, entre outros:

- a) O dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- b) O dever de respeito;
- c) O dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio;
- d) O dever de lealdade e probidade;
- e) O dever de colaboração ou cooperação;
- f) O dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Ainda no que concerne a esses deveres anexos, vale dizer que eles se contrapõem a direitos a favor da outra parte. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado n. 168 CJF/STJ, na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprirem favor do titular passivo da obrigação”.

Além da relação com esses deveres anexos, decorrentes de construção doutrinária, o Código Civil de 2002, em três dos seus dispositivos, apresenta funções importantes da boa-fé objetiva. A primeira é a função de interpretação do negócio jurídico, conforme consta no art. 113 do atual Código Civil, pelo qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos. O aludido comando legal não poderá ser interpretado isoladamente, mas em complementaridade com o dispositivo anterior, que traz regra pela qual, nas “declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112 do Código Civil). Quando esse último dispositivo menciona a intenção das partes, traz em seu bojo o conceito de boa-fé subjetiva. De qualquer forma, interessante perceber que o art. 113 do CC não traz como somente a boa-fé objetiva, mas também a função social dos contratos, ao prever que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos do lugar da sua celebração. Eventualmente, as diversidades regionais de nosso País entram em cena para integrar essa interpretação, o que está em sintonia com a ideia de contrato analisado de acordo com o meio que o cerca. O art. 113 do Código Civil de 2002 é, portanto, o dispositivo que traz tanto a boa-fé objetiva quanto a função social dos contratos, em uma relação de interação.

Marco Aurélio Bezerra de Melo também faz interessante associação entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato, lecionando que “há uma relação muito grande entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato, sendo válida a citação do ditado onde vai a corda vai a caçamba, que retrata o fato de alguém depositar uma caçamba para pegar água no fundo do poço, ou dizer que as pessoas são como unha e carne. Nenhum contrato em que haja desrespeito à função social será reputado de boa-fé objetiva, assim como a má-fé na condução do contrato afeta a função social para o qual o mesmo foi celebrado” MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso..., 2015, v. III, t. I, p. 89). Ademais, essa função de interpretação da boa-fé, repise-se, também está presente no Novo CPC, no seu art. 489, § 3.º, devendo o julgador ser guiado pela boa-fé das partes ao proferir sua decisão. Pensamos que essa regra terá grande incidência prática no futuro, podendo o julgador decidir da maneira mais favorável àquele que se comportou com probidade durante todo o processo, em detrimento da parte que sempre agiu de má-fé.

A segunda função da boa-fé objetiva é a denominada função de controle, conforme o art. 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico.

Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Repetimos, mais uma vez, com o respeito em relação ao posicionamento contrário, que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada ou mesmo no campo processual.

A terceira função da boa-fé objetiva é a função de integração do contrato, conforme o art. 422 do Código Civil, segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 CJF/STJ, da I Jornada, “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

Pelo Enunciado n. 170, da III Jornada, “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico. O último enunciado, o de número 170, é de autoria do Professor mineiro Francisco José de Oliveira, da Faculdade de Direito do Sul de Minas (Pouso Alegre).

5.3.2 O princípio da boa-fé objetiva ou boa-fé contratual. Análise do art. 422 do Código Civil

Como ficou claro, o sentido do princípio da boa-fé objetiva pode ser percebido da análise do art. 422 do Código Civil, pelo qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Compartilhando do parecer de Judith Martins-Costa, entendemos que não restam dúvidas de que a boa-fé objetiva constitui um princípio geral (A boa-fé..., 1999). Além disso, trata-se de uma cláusula geral, a ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso, de acordo com a ideia de senso comum. O dispositivo em análise consagra a necessidade de as partes manterem, em todas as fases contratuais, sua conduta de probidade e lealdade. Compreendemos, assim como Teresa Negreiros, que tal dispositivo legal traz especializações funcionais da boa-fé: a equidade, a razoabilidade e a cooperação (Teoria..., 2003, p. 133 154).

Essas três expressões servem como uma luva para demonstrar os deveres anexos. Em relação à eventual fundamentação constitucional do princípio, entendemos, mais uma vez conforme Teresa Negreiros, que “a fundamentação do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana” (Teoria..., 2003, p. 117), constante principalmente do art. 1.º, III, do Texto Maior, além de vários incisos do art. 5.º da CF/1988. Aliás, o próprio art. 5.º, XIV, da Constituição Federal assegura a todos o direito à informação, inclusive no plano contratual, caso visualizado esta em sentido amplo ou *lato sensu*. Nesse dispositivo reside, a nosso ver, outro fundamento constitucional da boa-fé objetiva. Mas não é só. Pela relação direta que mantém com a socialidade, a boa-fé objetiva também encontra fundamento na função social da propriedade, prevista nos art. 5.º, XXII e XXIII, e 170, III, da Constituição Federal de 1988. A confiança contratual, aliás, é conceito ínsito à própria manutenção da ordem econômica (art. 170 da CF/1988).

A boa-fé objetiva é, portanto, um preceito de ordem pública, como reconhecido pelo Enunciado n. 363 do CJF/STJ, aqui citado. Outros dispositivos do Código Civil também podem conduzir a essa conclusão. O primeiro deles é o art. 167, § 2.º, do CC, segundo o qual: “Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado”. O comando legal em questão consagra a inoponibilidade do ato simulado em relação a terceiros de boa-fé. Na opinião deste autor, a boa-fé mencionada nesse comando legal é a objetiva. O negócio simulado é agora nulo – nulidade absoluta prevista no art. 167, caput, do CC – e envolve matéria de ordem pública. Ora, a boa-fé objetiva por igual está relacionada à ordem pública, pois, caso contrário, nunca poderia se sobrepor ao ato simulado. É notório que somente um instituto de ordem pública pode fazer frente a outros institutos que tenham essa mesma natureza, servindo como escudo contra os últimos.

Para Nelson Rosenvald a boa-fé objetiva seria um preceito de ordem pública pela combinação do art. 422 com o art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002, outrora estudado (Dignidade..., 2005, p. 100). Em certo sentido, filia-se ao doutrinador, diante da mencionada relação entre a boa-fé e a função social do contrato. Destaque-se que esse mesmo autor expõe muito bem porque o conceito de boa-fé objetiva constitui um modelo: “A boa-fé obrigacional se apresentou inicialmente no direito pátrio como modelo dogmático (puramente teórico), para se concretizar como modelo jurídico em face da atividade concretizadora da Jurisprudência” (Dignidade..., 2005, p. 85). Uma pergunta que pode aqui ser formulada e que mantém relação direta com o instituto em debate é a seguinte: a boa-fé que está prevista no art. 422, escrita no texto legal, é a boa-fé objetiva – aquela relacionada com a boa conduta de colaboração – ou a boa-fé subjetiva – relativa à ignorância de um vício, ou com a intenção? Entendemos que a boa-fé que se encontra escrita nominalmente no dispositivo legal é a subjetiva. Ora, como se sabe, o dispositivo do Código Civil em análise consagra o princípio da boa-fé objetiva. Esta constitui a soma de uma boa intenção com a probidade e com a lealdade. Desse modo, a expressão e, que consta da norma, conjunção aditiva por excelência, serve como partícula de soma entre uma boa-fé relacionada com intenção (boa-fé subjetiva) e a probidade.

Para fins didáticos, arrisca-se enunciar uma simples fórmula matemática, a auxiliar na conceituação da boa-fé objetiva e que consta do quadro a seguir: Art. 422 do Código Civil – Princípio da Boa-fé Objetiva: Boa-fé Objetiva = Boa-fé Subjetiva (boa intenção) + (e) Probidade (Lealdade) Com essa fórmula, está amparada a construção segundo a qual dentro da boa-fé objetiva está a boa-fé subjetiva, em regra. Isso porque, na grande maioria das vezes, aquele que age bem o faz movido por uma boa intenção. Superado esse

ponto, analisando a função do princípio da boa-fé objetiva, percebe-se que ele exige das partes a conduta de probidade em todas as fases pelas quais passa o contrato. Quanto à conclusão e à execução do contrato, não restam dúvidas de que a boa-fé deverá estar presente, exigida que é das partes em decorrência do que consta expressamente no art. 422 do Código Civil. Indagações surgem pela falta de previsão legal, quanto à fase pré-contratual, ou de negociações preliminares.

No Direito Comparado, do exemplo português, não restam dúvidas de que a resposta é positiva. Ensina Almeida Costa, professor de Coimbra, que: “entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória –, o comportamento dos contratantes terá de pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais concreto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio, o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que esta lavre o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração, o de abster de propostas de contratos nulos por impossibilidade do objecto; e, ao lado de tais deveres, ainda em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um acto jurídico. O reconhecimento da responsabilidade pré-contratual reflecte a preocupação do direito de proteger a confiança depositada por cada um dos contratantes nas expectativas legítimas que o outro lhe crie durante as negociações, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração” (Direito..., 1979, p. 224).

Todavia, não há menção expressa no nosso atual Código Civil quanto à responsabilidade pré-contratual, não havendo expressão concreta na lei quanto à necessidade de as partes agirem com boa-fé na fase de negociações do contrato futuro. A codificação brasileira vigente, dessa forma, não seguiu o exemplo do Código Italiano de 1942, que prevê expressamente a necessidade de presença da boa-fé nas tratativas, conforme o seu art. 1.337. Vale lembrar que a aplicação da boa-fé objetiva em tal fase remonta a ideia de culpa in contrahendo ou de culpa ao contratar, desenvolvida no Direito Alemão por Ihering. Por tal razão, consta do Projeto 699/2011 – antigo PL 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza – proposta de alteração do art. 422 do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

A proposta, à qual se filia, pelo seu importante fim didático, amplia o conceito de responsabilidade contratual, exigindo a boa-fé, de forma expressa, na fase de negociações preliminares e também na fase pós-contratual. De qualquer forma, atualmente é possível aplicar a boa-fé objetiva na fase pré-contratual, conforme reconhecem os Enunciados 25 e 170 do CJF/STJ, outrora comentados. Visando a esclarecer e a ilustrar, vejamos alguns exemplos de aplicação da boa-fé objetiva nas fases contratuais, conforme a doutrina e a jurisprudência nacionais.

5.2.2 A boa-fé subjetiva

É em relação ao psicológico do indivíduo na relação contratual; como base na sua psique, no seu estado de animus, na sua capacidade de realizar um negócio jurídico. A boa-fé subjetiva foi a base nas relações contratuais do código civil de 1916. Dá-se apenas entre as partes contratantes, de estarem agindo a não causar danos à outra parte nessa relação jurídica.

6. EFEITOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato gera efeitos intra partes, ou como forma extra partes.

6.1 Efeitos Intra-Partes

Os efeitos intra-partes são na verdade o cumprimento dos requisitos subjetivos do negócio contratual que não podem ferir a honestidade e a boa-fé. São os efeitos que se relaciona apenas às partes envolvidas na relação negocial. Impõe-se aos contratantes que se utilize da honestidade, da probidade. Os requisitos subjetivos irão versar sobre a capacidade genérica, capacidade específica e o consentimento dos contratantes. O requisito objetivo implica sobre o objeto do contrato, usando a licitude e a existência ou possibilidade de existência do objeto. Finalmente a forma, que é livre, salvo se a lei vedar expressamente e podendo ser escrito ou de caráter público ou particular.

6.1 Efeitos Extra- Partes

Os efeitos extra partes são os que geram verdadeiramente a função social, devido ao fato que geram efeitos no mundo exterior a da relação negocial e devem sempre ser levados em consideração a não prejudicar os interesses de terceiros e da vida em comum, já versados neste trabalho.

7. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA JURISPRUDÊNCIA

Sendo o contrato um instituto utilizado diariamente em atividades econômicas comerciais, não é de espantar que o princípio da função social do contrato venha a ajudar o instrumento pactuante a ganhar forma de operação econômica e cause efeitos sobre o mesmo.

Por esse motivo, pode-se dizer que o princípio atinge primeiramente as partes e as cláusulas do instrumento, para só depois, num segundo momento, se projetar igualmente sobre a sociedade em que está inserido o pacto. No processo, a função social acaba por atender diversos valores infraconstitucionais que visam assegurar que a relação contratual venha a ser equilibrada e justa.

O atual Código Civil é um sistema aberto, ou seja, cabe ao juiz a interpretação e aplicação dos dispositivos legais – maior liberdade de decisão -, principalmente àqueles que possuem as cláusulas gerais. A função social do contrato é a porta de entrada do direito contratual conforme prevê o art. 421, do CC, sendo um conceito jurídico indeterminado. Verifica-se, então, que passa a ser necessária a análise jurisprudencial da aplicação e abrangência desse princípio. Para realizar tal análise, o juiz deve-se basear nas diretrizes teóricas estabelecidas pelo Código Civil de 2002 e elaborar fundamentos justos para suas decisões.

Podemos destacar algumas decisões de tribunais pelo Brasil, adotando a tese da responsabilidade civil pré-contratual por desrespeito à boa-fé objetiva, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou uma concessionária de veículos do Rio de Janeiro a indenizar um casal de gaúchos pelas despesas de transporte, estadia e alimentação, diante da expectativa gerada para uma suposta celebração de um contrato definitivo de compra e venda de veículo, que se encontrava na Cidade Maravilhosa. Além da indenização material, ainda foi determinado o ressarcimento moral, diante dos aborrecimentos causados. O entendimento constante do julgado é que o futuro comprador acreditou na celebração do contrato definitivo, crença que foi frustrada pela má-fé da outra parte:

“Reparação de danos materiais e morais. Responsabilidade pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva dos contratos. Negociações preliminares a induzir os autores a deslocarem-se até o Rio de Janeiro para a aquisição de veículo seminovo da ré, na companhia de seu filho ainda bebê, gerando despesas. Deslealdade nas informações prestadas, pois oferecido como uma joia de carro impecável, gerando falsas expectativas, pois na verdade o veículo apresentava pintura mal feita, a revelar envolvimento em acidente de trânsito. Omissão no fornecimento do histórico do veículo que poderia confirmar as suspeitas de tratar-se de veículo batido. Danos materiais, relativos às passagens aéreas e estadia e danos morais decorrentes do

sentimento de desamparo, frustração e revolta diante da proposta enganosa formulada. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível 71000531376, 2.ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. 08.09.2004).

Seguindo nas ilustrações, do Tribunal Paulista, a boa-fé objetiva foi aplicada à fase pré-contratual em hipótese envolvendo a negociação de compra e venda de um imóvel. A quebra da boa-fé ficou patente pelo fato de os promitentes vendedores falsificarem e omitirem informações pessoais que obstarium a concretização final do negócio:

“Contrato. Rescisão. Negócio interrompido pela certificação de que os compromissários-vendedores apresentavam diversos protestos de títulos. Regular notificação para a dissolução da avença. Apuração de falsidade de documento. Má-fé dos requeridos demonstrada. Retenção do sinal a título de indenização por perdas e danos. Inadmissibilidade. Violação do princípio da boa-fé objetiva, inclusive na fase pré-contratual. Sentença de procedência mantida. Recurso dos réus improvido ” (TJSP, Apelação com revisão n. 412.119.4/7, Acórdão n. 2652529, Santo André, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 11.06.2008, DJESP 27.06.2008).

Por fim, no que concerne à incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, colaciona-se interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2013, julgando que a parte interessada em se tornar revendedora autorizada de veículos tem direito de ser ressarcida dos danos materiais decorrentes da conduta da fabricante, “ no caso em que esta – após anunciar em jornal que estaria em busca de novos parceiros e depois de comunicar àquela a avaliação positiva que fizera da manifestação de seu interesse, obrigando-a, inclusive, a adiantar o pagamento de determinados valores – rompa, de forma injustificada, a negociação até então levada a efeito, abstendo-se de devolver as quantias adiantadas ”. O caso representa uma típica quebra da confiança na fase das tratativas negociais.

Ainda de acordo com o aresto em destaque:

“ com o advento do CC/2002, dispôs-se, de forma expressa, a respeito da boa-fé (art. 422), da qual se extrai a necessidade de observância dos chamados deveres anexos ou de proteção. Com base nesse regramento, deve-se reconhecer a responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo destas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. Nesse contexto, o dever de reparação não decorre do simples fato de as tratativas terem sido rompidas e o contrato não ter sido concluído, mas da situação de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material” (STJ, REsp 1.051.065/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 21.02.2013, publicado no seu Informativo n. 517).

A mais corriqueira aplicação do princípio da boa-fé objetiva ocorre na fase contratual, ou seja, vigente o negócio jurídico entre as partes. Parte da doutrina aponta como exemplo de desrespeito à boa-fé objetiva o célebre caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e duas cervejarias (ROSENVALD, Nelson. Dignidade..., 2005, p. 80). Relembrando o caso, o cantor Zeca Pagodinho tinha contrato publicitário com a Primo Schincariol S/A, mediante o uso do bordão “Experimenta”. Ainda vigente o contrato publicitário com a Nova Schin, o cantor participou de uma campanha publicitária da Brahma, cedendo a sua imagem e o seu talento artístico. No comercial da Brahma, Zeca Pagodinho entoava: “Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei”. O que se percebe, portanto, é que além do descumprimento contratual do contrato publicitário, houve violação da boa-fé objetiva por parte do cantor, pelo teor da música engendrada na campanha da Brahma. Nos autos do Processo 04.109.435-2, em curso perante a 36.^a Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, o cantor foi condenado a indenizar a Nova Schin em R\$ 930.000,00 a título de danos materiais e R\$ 930.000,00 a título de danos morais, tanto pela violação contratual quanto pelos danos causados à autora pela campanha publicitária da Brahma. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão, determinando que o valor de danos materiais deve ser apurado em sede de liquidação de sentença. No tocante aos danos morais da pessoa jurídica, foram reduzidos em R\$ 420.000,00, pois se entendeu que o valor anterior era exagerado (TJSP, Apelação Cível 7.155.293-9, 14.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Alexandrino Ablas, j. 09.04.2008). Além disso, nos autos do Processo 04.046.251-7, perante a 34.^a Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, há uma outra sentença. Trata-se de ação indenizatória promovida pelo cantor Zeca Pagodinho (Jessé Gomes da Silva Filho) contra a Primo Schincariol por suposta lesão a direitos da personalidade. Isso porque a Nova Schin, logo após a publicidade da Brahma, lançou nova campanha publicitária, em que ocorria uma festa em um bar. No canto do bar havia um sócio do cantor Zeca Pagodinho; sobre ele, uma placa com os dizeres: “Prato do Dia: Traíra”. Portanto, a nova publicidade dava a entender que o cantor era um traidor. O juiz da causa entendeu que a indenizatória deveria ser julgada improcedente, pois “A conduta do Autor, de bandear-se para outras sendas na vigência de um contrato, é típica do traidor, do desleal e, por isso, não há ofensa alguma a ser considerada”. Na opinião deste autor, o cantor descumpriu o contrato com a Nova Schin e violou a boa-fé objetiva, pelo teor da música da Brahma. Todavia, esse descumprimento contratual nada tem a ver com a lesão à personalidade suportada. Portanto, haveria sim, na opinião deste autor, o direito à indenização imaterial. De toda sorte, saliente-se que a decisão de primeira instância foi confirmada pela 2.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de

Justiça de São Paulo, em 24 de julho de 2012. Segundo o relator, Des. Luís Francisco Aguiar Cortez, em complemento à dedução constante da sentença:

“A notoriedade adquirida e, por vezes, desejada ou relacionada à própria necessidade da atividade profissional, implica na popularização do uso do nome (ou da imagem) da pessoa e no seu consentimento, implícito, porque aceita aquela condição da notoriedade, quanto ao uso em situações do cotidiano; o nome e a imagem de tais pessoas estão de certa forma, em domínio público, respeitados, evidentemente, os limites legais e, especialmente, o dever de não gerar dano” (Apelação 9062762-55.2007.8.26.0000).

Superada a análise desse intrigante caso, pode ser citado como exemplo de aplicação da boa-fé objetiva na fase contratual o teor da Súmula 308 do STJ: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Sabe-se que a hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, que recai principalmente sobre bens imóveis, e vem tratada entre os arts. 1.473 a 1.505 do atual Código Civil. Sem prejuízo dessas regras especiais, a codificação traz ainda regras gerais quanto aos direitos reais de garantia entre os seus arts. 1.419 a 1.430. Um dos principais efeitos da hipoteca é a constituição de um vínculo real, que acompanha a coisa (art. 1.419). Esse vínculo real tem efeitos *erga omnes*, dando direito de excussão ao credor hipotecário, contra quem esteja na posse do bem (art. 1.422).

Fica claro, pelo teor da Súmula 308 do STJ, que a boa-fé objetiva também envolve ordem pública, caso contrário não seria possível a restrição do direito real. Em reforço, é interessante perceber que a referida ementa traz, ainda, como conteúdo a eficácia interna da função social dos contratos, pois entre proteger o agente financeiro e o consumidor, prefere o último, parte vulnerável da relação contratual. Trata-se de uma importante interação entre os princípios, em uma relação de simbiose, o que se tem tornado comum na jurisprudência nacional. Outro exemplo interessante sobre a boa-fé objetiva na fase contratual envolve contrato de plano de saúde, caracterizado como um contrato de consumo. Viola a boa-fé objetiva a negativa da empresa em arcar com uma determinada cirurgia cuja cobertura consta do instrumento:

“Plano de saúde. Despesas médicas. Segurado. Legitimidade ativa. Cirurgia cardiovascular. Cobertura. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula contratual. Não se pode negar o direito do consumidor de discutir as cláusulas do contrato de plano de saúde, pelo simples fato de não ter participado da fase pré-contratual, haja vista que é ele o titular dos direitos reconhecidos no contrato, bem como de seus deveres e obrigações. – Estando o consumidor coberto pelo plano de saúde a que se

vinculou, mostra-se absurda e atentatória à boa-fé objetiva que deve orientar os contratos de consumo a imposição do pagamento pelo procedimento cirúrgico a que se submeteu, consistente em angioplastia com ‘stent’, ao fundamento de que, para a eficácia da cirurgia cardiovascular, necessária a implantação de uma prótese, que não estaria incluída na cobertura do contrato” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão 0424302-9, Ap.Cív., 2003, Belo Horizonte/Siscon, 8.ª Câm. Cív., Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, j. 18.06.2004, não publicado, v.u.).

Da jurisprudência estadual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou a responsabilidade pós-contratual decorrente da boa-fé objetiva, responsabilizando a credora que não retirou o nome do devedor de cadastro de inadimplentes após o pagamento da dívida:

“Inscrição no SPC. Dívida paga posteriormente. Dever do credor de providenciar a baixa da inscrição. Dever de proteção dos interesses do outro contratante, derivado do princípio da boa-fé contratual, que perdura inclusive após a execução do contrato (responsabilidade pós-contratual)” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Proc. 71000614792, j. 01.03.2005, 3.ª Turma Recursal Cível, Juiz Rel. Eugênio Facchini Neto, Comarca de Porto Alegre).

Em outubro de 2015, essa forma de julgar consolidou-se de tal modo que se transformou na Súmula n. 548 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito”.

Ressalte-se apenas que a sumular não deveria mencionar somente o integral e efetivo pagamento da dívida, pois pensamos que o acordo entre as partes já tem o condão de gerar o dever de retirar o nome do devedor do cadastro negativo. Com esses exemplos, encerra-se a abordagem da aplicação da boa-fé contratual em todas as fases do negócio. Falta ainda, o que é muito importante, expor de forma detalhada a função de integração que a boa-fé objetiva exerce. É importante conceitos advindos do Direito Comparado: *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium non potest* e *duty to mitigate the loss* – este último constante do Enunciado n. 169 do CJP/STJ.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, os contratos devem ser celebrados de acordo com o meio social, através do instituto da função social. Não pode o contrato conter onerosidade excessiva, desproporções ou conter injustiças sociais. A função social do contrato protege os interesses difusos, ou seja, os interesses da coletividade e, sempre relacionado com a dignidade da pessoa humana, isto posto no novo código civil de 2002, que veio consolidar o que já se propunha na constituição cidadã brasileira de 1988.

A função social do contrato cria uma espécie de cooperação entre as partes contratantes e, não somente a estes, estende-se também a terceiros envolvidos nessa relação e cuja obrigação varia conforme a sua posição nos efeitos externos desse contrato, de forma a garantir seu cumprimento.

O contrato é o meio mais eficaz pelo qual se podem solucionar conflitos sociais decorrentes da falta de cumprimentos das obrigações de fazer, de compromissos e promessas do acordo firmado. É a forma de garantir aquele que se sentir ameaçado ou lesado de seu direito possa recorrer ao Estado, órgão responsável pela tutela jurisdicional. Assim, uma promessa instrumentalizada por meio da adesão, ou não constante na formalidade que um contrato exige no mundo jurídico se pode garantir aos contratantes o cumprimento dos deveres previstos em lei. Para isso, algumas regras foram institucionalizadas pelo Novo Código Civil de 2002, algumas limitações na autonomia da vontade das partes foram adotadas visando a diminuição do individualismo da patrimonialidade do direito contratual e proporcionando direitos e garantias constitucionais que primam pela proteção da pessoa humana, de forma a minimizar o desequilíbrio social.

Então, o caráter social do contrato provoca mudanças em que a noção de equidade, de boa-fé e de segurança e por que não de justiça passam a serem princípios da teoria contratual. Como resultado desta nova ótica presente no contrato, ocorreu uma completa modificação no eixo interpretativo dos contratos, pois este passa a representar um instrumento de convívio social em defesa de interesses coletivos e autonomia da vontade é submetida antes as regras legais.

Embora o objetivo das relações contratuais esteja inserido no contexto de justiça social, na prática a teoria nem sempre é aplicada. Principalmente pelo fato do contratante ser o lado mais fraco e ter a necessidade de contratar, o que deixa uma visível vantagem ao lado mais forte da negociação, já que ele estabelece as condições do contrato. Apesar do Novo

Código Civil ainda ser imperfeito e não corresponder na prática a função social necessária a realidade moderna, as mudanças ocorridas eram imprescindíveis considerando-se o momento histórico presente. Além do mais, o princípio da autonomia privada foi suavizado, evitando que a disparidade ocorra por meio de proveito injustificado de uma parte em detrimento da outra. É indiscutível que o contrato é um instrumento central na geração de riquezas, fato que torna ainda mais relevante à necessidade de haver regulação no interesse das partes vinculada ao contexto social, pois o contrato na relação jurídica contribui para a distribuição de bens suscetíveis de valoração econômica. Ou seja, na sociedade pós-moderna, o contrato é um instrumento capaz de proteger os interesses socialmente relevantes. Desta forma, o Estado Social, fundamentado na dignidade do ser humano, estabelece que a autonomia da vontade precisa estar aliada a liberdade de princípios como a boa fé objetiva e da tutela do hipossuficiente para alcançar a justiça priorizando o interesse social. No atual modelo de contrato, a boa-fé representa os valores éticos como lealdade, correção e veracidade em contraposição ao voluntarismo jurídico.

A obrigação contratual busca equilíbrio entre as partes contratantes. Portanto, o contrato na sociedade pós-moderna deve ser encarado com um novo enfoque, tanto direta quanto indiretamente ligado aos interesses coletivos e não como um negócio destinado a satisfação pessoal e privada. Neste, a vontade das partes é regulada em razão da função social, priorizando a valorização da dignidade humana, conforme o art. 1º da Constituição Federal, devendo prescrever a ordem econômica e jurídica.

Enfim, as novas implementações impostas pelo novo diploma do código civil constitucional foi com intuito, em relação às espécies de contrato, de constituir as cláusulas gerais e assim, fortalecer a função social do contrato, sempre prevalecendo os interesses difusos na busca do bem comum e mitigando a liberdade contratual, mas preservando o restante do negócio jurídico e as cláusulas não abusivas.

REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO Brasileira. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>, acesso 19/08/2017 às 21:00h.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3º VOL. 14ª Ed. Edt. Saraiva. São Paulo, SP. 2016.

TARTUCE, Flávio ; BERNARDINA, Humberto Dalla. **Direito Civil – Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. VOL 3, 12ª Ed. Edt. Saraiva. São Paulo SP. 2017.

COÊLHO, Fábio Ulhôa. **Direito civil - Contratos - Ed.:** 3ª Edt. Atlas, São Paulo SP – 2017.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Campus Jurídico; rio de Janeiro. RJ. 2007.

NEVES, Joana. **História Geral – a construção de um mundo globalizado**. 1º Ed. Edt. Saraiva. São Paulo. SP. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ**, Resp. 272739. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ em 01.03.2001.

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

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. Disponível em: <<http://www.siabib01.univali.br.pdf>> acesso em 20/08/2017 às 08:00h.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 195.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes Súmulas do Supremo Tribunal de Justiça**. Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo, v.3, nº 13. p. 405-410. 2006.

SILVA, Ligia Neves. O princípio da função social do contrato. Conteúdo e alcance. Análise econômica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **TEORIA GERAL DOS CONTRATOS: típicos e atípicos – 3ª Ed.** Editora Saraiva. São Paulo. SP. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 2ª ED. Editora Saraiva. São Paulo. SP. 2018

NALIM, Paulo. **Do Contato**: Conceitos pós-modernos. 2ªed. Editora Saraiva. São Paulo.SP.2006

PEREIRA, Caio Maia Silva. **Instituições do Direito Civil: Contratos**. 22ª Ed. Vol. III .Editora Forense. São Paulo. SP. 2018.

PROJETO DE LEI 699/2011: **Altera o Código Civil**, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49455>> acesso em 05/05/2018, às 18h.