



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

GENILSON GOMES FELINTO

A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL: OS CONTRATOS E A TEORIA
DA IMPREVISÃO

SOUSA - PB
2008

GENILSON GOMES FELINTO

A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL: OS CONTRATOS E A TEORIA
DA IMPREVISÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2008

GENILSON GOMES FELINTO

A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL: OS CONTRATOS E A TEORIA DA
IMPREVISÃO

BANCA EXAMINADORA

Presidente (Orientador)

Membro

Membro

SOUSA - PB

2008

Dedicatória

A Deus, que me deu forças e determinação, a minha família, aos meus amigos e colegas que me incentivaram, para que depois de vinte e três anos eu pudesse retomar os estudos e ingressar em uma instituição de ensino superior.

RESUMO

O tema central do presente trabalho, “a função social”, é de enorme relevância no âmbito do Direito Civil nos dias atuais, haja vista que ele exerce grande influência nas relações jurídicas em meio à sociedade massificada em um mundo globalizado. Apesar de ser bem antigo, pois sua origem remonta aos primórdios do Cristianismo, quando a igreja, por intermédio dos pronunciamentos dos seus líderes, a exemplo das chamadas encíclicas papais, já reconhecia a índole social da propriedade, a função social evoluiu, passando por grandes transformações, principalmente ao longo dos dois últimos séculos, culminando com a sua positivação nos textos constitucionais de diversos países, e particularmente do Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que coloca como princípio basilar do Estado Brasileiro, a solidariedade e a socialidade como instrumentos de redução das desigualdades sociais. Na seara do Direito Contratual, a função social atua como uma bússola, como um instrumento norteador na formalização dos contratos, fazendo surgir uma nova principiologia dentro da Teoria Geral dos Contratos, e fortalecendo os seus princípios sociais, de forma a se evitar abusos nas relações contratuais e limitar a liberdade de fixação do conteúdo contratual. O Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade. Com o advento do Código Civil de 2002, a função social surgiu como limite positivo fundamental à liberdade de contratar, tornando-se a mais importante inovação no direito contratual comum brasileiro, demonstrando a preocupação estatal quanto à ordem social, mesmo na tutela de direitos privados. Como o contrato jamais poderá ser visto em prol apenas de um interesse particular, uma vez que o interesse público está indiscutivelmente inserto em todos os tipos de contratos existentes, torna-se necessário recorrer-se à Teoria da Imprevisão, também chamada de cláusula *rebus sic stantibus*, (estando as coisas assim), que se porta como exceção à cláusula *pacta sunt servanda*, expressão da força obrigatória dos contratos, sempre que houver onerosidade excessiva de uma parte, possibilitando a revisão dos contratos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes contratantes, sendo imperativa a necessidade de que o Estado interfira no negócio, porquanto em muitos casos o desequilíbrio já existe desde a celebração do contrato, quando há nítido domínio de uma parte em detrimento da outra. Pela acuidade da discussão na seara jurídica, houve a escolha do tema. A pesquisa tem como objetivos estudar os aspectos específicos dos institutos e a legislação pertinente à matéria, através dos métodos bibliográficos, histórico-evolutivo e indutivo, delimitados entre os três capítulos do trabalho.

Palavras-chave: Função social, solidariedade, contratos, equilíbrio econômico.

ABSTRACT

The theme of this work "The Social Function" is of great relevance in the context of civil law today is seen that it exercises great influence on legal relations in the midst of mass society of a globalized world. Despite being old and therefore its origin dating back to the earliest days of Christianity, when the church, through the pronouncements of its leaders, the example of so-called papal encyclicals, has acknowledged the social property, social function has evolved, passing through large changes mainly over the last two centuries, culminating with his positive in constitutional texts of various countries, and particularly in Brazil, with the promulgation of the 1988 Constitution, which poses as a principle of the basilar rule Brazilian State, the solidarity and the sociality as instruments of reduction of social inequalities. In field of the contract law, the social function serves as a compass, as a guiding tool in the formalization of contracts, making a new principiologia arise within the General Theory of Contracts, and strengthening their social principles in order to prevent abuse in the relationship contract and limit the freedom of establishment of contractual content. The Civil Code of 1916 ignored the social function of contract and property. Shortly went to the core values of the human person and feature distinctly individualistic, absorbed, too, values individualistic, patriarchal and conservative society of that time formed mainly by the lords of land, called colonels. With the advent of the Civil Code of 2002, the social function emerged as positive fundamental limit to freedom of contract, becoming the most important innovation in the Brazilian commercial contract law, demonstrating the concern about the state social order, even in the protection of private rights. As the contract can never be seen only in favor of a particular interest, since the public interest is undoubtedly insert in all types of existing contracts, it is necessary to resort to the Theory of Improvidence, also called the clause *rebus sic stantibus*, (being the stuff), which is port as an exception to the clause *pacta sunt servanda*, expressing the binding force of contracts, whenever there is excessive burden of a party, allowing the review of contracts, to restore the economic balance between the parties contractors, and the imperative need for the state interfere in the business, because in many cases the imbalance that already exists since the contract where there is clear dominance of one party at the expense of another. For accuracy of the discussion in legal field, there was the choice of theme. The research aims at studying the features of institutions and laws relevant to the material through bibliographic methods, evolutionary and historical-inductive, defined between the three chapters of work.

Keywords: Social Function, solidarity, contracts, economic balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	08
CAPÍTULO I - A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO:.....	11
1.1 Noções gerais, histórico e natureza jurídica:.....	12
1.2 A Função Social e sua Evolução no Constitucionalismo:.....	15
1.3 A Função Social na Constituição de 1988:.....	17
CAPÍTULO II - OS CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS:.....	21
2.1 Os Contratos e os Princípios da Teoria Geral dos Contratos:.....	21
2.2 A Perspectiva Civil-Constitucional do Contrato:.....	26
2.3 Princípios Sociais dos Contratos:.....	29
CAPÍTULO III - A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO:.....	32
3.1 A Função Social do Contrato no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002:.....	33
3.2 A Teoria da Imprevisão no Código Civil de 2002:.....	36
3.3 A Revisão dos Contratos e o Restabelecimento do Equilíbrio Econômico:.....	39
CONCLUSÃO:.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	47

INTRODUÇÃO

A Função Social, muito embora sem o substrato de doutrina ou teoria, como conhecida na atualidade, teve seus primeiros contornos delineados em tradicionais concepções filosófico-cristãs como o Cristianismo e o Jusnaturalismo. A igreja, por intermédio de seus pronunciamentos já reconhecia uma índole social da propriedade privada, cujo fundamento residia na afetação dos bens a uma finalidade produtiva.

Desde as primeiras referências doutrinárias até a efetiva positivação do tema Função Social em textos constitucionais e infraconstitucionais, houve uma série de transformações verificadas nos sistemas políticos, econômicos, sociais e jurídicos, revelando assim o grau de importância de que se reveste o tema no ordenamento jurídico.

Vivencia-se, nos dias contemporâneos, uma nova era do Direito Civil informada por valores democráticos, humanistas e solidários. Não é possível negar efetividade à noção da função social no Direito Civil. O grande desafio é investigar a intensidade, o conteúdo, os contornos e os efeitos da função social nas relações jurídicas intersubjetivas.

Diante das questões complexas que a Função Social no Direito Civil tem apresentado, certamente impregnadas de ideologias e interesses políticos, econômicos e sociais, é de grande relevância fazer uma análise dos antecedentes, fatores atuais e perspectivas pós-modernas da temática no direito, principalmente no que diz respeito ao direito contratual.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre a Função Social no Direito Privado, enfatizando nas suas noções gerais, a preocupação do Estado, que passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participar ativamente nas funções da vida social, na tentativa de equilibrar as relações econômicas e sociais, e alcançar um novo equilíbrio entre os interesses individuais e as necessidades coletivas e sociais. Fará também algumas considerações sobre o histórico da Função Social, cujos primeiros contornos foram delineados nas concepções filosófico-cristãs como o Cristianismo e o Jusnaturalismo, bem como tratará também a respeito da natureza jurídica da função social.

Será abordada ainda a evolução da função social ao longo da história do constitucionalismo, enfatizando os países pioneiros a incluírem em seus textos constitucionais os hoje chamados direitos sociais, como também as constituições

brasileiras, desde a imperial de 1824, a primeira do Brasil, que já previa a garantia do direito de propriedade em toda a sua plenitude, até a atual, de 1988, denominada de Constituição Cidadã, que exarou no art. 3º do seu texto, como objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a redução das desigualdades sociais.

O segundo capítulo tratará dos Contratos e os Princípios Sociais, onde será enfatizada a importância do contrato, como um dos mais antigos institutos da história da humanidade, e que apesar de ao longo do tempo ter passado por grandes transformações, tem harmonizado as relações pessoais, estabelecendo limites entre direitos e deveres. Também serão tratados nesse capítulo os Princípios da Teoria Geral dos Contratos, especificando os mais relevantes tanto em seu modelo clássico, bem como na nova principiológica do direito contratual, que atualmente se pauta em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigmas dos contratos. Comentará ainda a respeito dos contratos segundo uma perspectiva civil-constitucional, enfatizando que apenas os contratos que cumprem sua função social, merecem a tutela constitucional. Por fim o Capítulo II discorrerá sobre os princípios sociais dos contratos, da boa-fé objetiva, da equivalência material e da função social, os quais, na nova principiológica, não excluíram, mas limitaram profundamente o alcance dos princípios individuais do contrato.

Por último, o terceiro capítulo deste trabalho tratará sobre a Função Social dos Contratos e a Teoria da Imprevisão, fazendo uma análise das circunstâncias que a função social fosse ignorada pelo Código Civil de 1916, como também sobre a sua presença no Código Civil de 2002, que a tornou a mais importante inovação de todo o Código. Em seguida discorrerá sobre a Teoria da Imprevisão no Código Civil de 2002, onde fará uma explanação sobre sua origem, aplicação até a acolhida oficial no Código Civil de 2002. Apesar de sua admissão já ser pacífica no meio jurídico brasileiro mesmo antes, destacará a sua importância para o direito contratual brasileiro, no tocante ao cumprimento dos contratos.

Finalmente tratará da revisão dos contratos e o restabelecimento do equilíbrio econômico, frente à manifesta desproporção que existe entre os contratantes, principalmente nos chamados contratos de adesão, e enfocará a necessidade da revisão de cláusulas contratuais, de modo que em uma relação contratual a parte mais frágil não seja penalizada.

O objetivo deste trabalho é enfatizar a importância de que se reveste o tema “Função Social” nos dias atuais, como um instrumento de solidariedade social, que deve permear o pensamento doutrinário e jurisprudencial de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Para se alcançar este objetivo, os métodos de pesquisa utilizados foram o bibliográfico, o histórico-evolutivo e o indutivo, abrangendo apreciação, análise e conclusão crítica de todos os aspectos inseridos no tema. Por isso, tornou-se obrigatória a reunião de informações por meio de pesquisas de documentos sobre os tópicos acima indicados, com base na doutrina e na jurisprudência. As fontes documentais utilizadas compreenderam desde textos normativos até pesquisa específica relacionada ao tema da função social no direito civil, tanto em livros de doutrina de vários autores, como em diversos artigos retirados da internet.

CAPÍTULO 1 A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO

A célebre frase de León Duguit, “o homem social não pode ter direitos subjetivos, devendo a noção metafísica de direito subjetivo ser substituída pela noção realista de função social” (León Duguit, 1975) tornou-se o marco teórico original de todo o desenvolvimento da noção de função Social no Direito Privado.

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

Se antes a função dos institutos privatísticos se acobertava na idéia do atendimento aos interesses privados notadamente de alguns indivíduos, de maneira praticamente exclusiva, na atualidade surgem os imperativos da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a promoção e a proteção da pessoa humana em sua dignidade, a realização da justiça social e a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Dessa maneira, os valores e os interesses coletivos, difusos, supra-individuais mereceram reconhecimento paulatino a ponto de sua positivação no direito brasileiro.

Na virada do século XVIII para o século XIX, o Direito Privado consagrou o indivíduo como valor jurídico fundamental de proteção. Então, tratou de regular, sob o ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito.

Não houve no decorrer do século XX, uma mera publicização do Direito Civil com a paulatina intervenção do Estado na economia. Na verdade, operou-se uma transformação e mudança interna na própria estrutura do Direito Civil com reflexos de alteração das relações entre a esfera pública e a privada. Especialmente nesse contexto, destacam-se a constitucionalização do Direito Civil com a perda de sentido do antagonismo público-privado, a despatrimonialização e repersonalização do Direito Privado, a natureza normativa dos enunciados constitucionais, e principalmente, no âmbito das relações intersubjetivas, a releitura das normas infraconstitucionais sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Com isso, a pessoa humana substitui a noção de indivíduo, já que inserida no plano da vida comunitária e real e não distanciada dos dilemas sociais e econômicos existentes.

O estágio atual é o de negação ao exacerbado individualismo, marca indelével do período das codificações oitocentistas e, desse modo, o novo modelo fundado na integração dos valores coletivos nas relações intersubjetivas se instrumentaliza na noção de função social.

1.1 Noções gerais, histórico e natureza jurídica

No direito brasileiro, há um grande incremento no desenvolvimento de pesquisas e estudos relacionados ao tema função social no âmbito dos institutos jurídicos em geral, não escapando de tal consideração o Direito Civil. Fenômenos verificados no bojo do sistema jurídico mais conhecido como Direito Privado, como a descodificação, a criação de microsistemas legislativos, a constitucionalização e a recodificação, apresentam uma significativa influência na idéia da função social no âmbito das situações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Há muito tempo, mesmo com a existência de teorias que pregavam uma total abstenção estatal frente à ordem econômica, o Estado passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas funções da vida social, uma vez que ficou comprovado historicamente que as leis do mercado não conseguiam sozinhas afastar os abusos cometidos na atividade econômica. A presença estatal dá ao Direito uma nova função instrumental, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos, que tem por fim a reconstrução dos principais institutos do Direito moderno, objetivando alcançar novo equilíbrio entre os interesses meramente individuais e as necessidades coletivas e sociais.

Esse equilíbrio se impõe em decorrência da própria natureza da vida em sociedade. Como é sabido, o homem é um ser gregário, que vive da colaboração como instrumento da conservação da espécie. Não se pode imaginar uma pessoa que não precise de alguma espécie de trabalho ou serviço prestado por outra pessoa. Dessa forma, sendo indispensável a colaboração recíproca entre os seres humanos, a relação entre a dimensão individual e comunitária da pessoa humana acaba por relativizar o individualismo.

O querer individual soberano passa a ser questionado e não se pode mais admitir o livre jogo dos seus puros interesses sem qualquer consideração dos efeitos sociais que estes acarretam. Impõe-se adaptar os institutos jurídicos às exigências do bem comum, mostrando-se legítima a interferência estatal para esse fim dentro da perspectiva de coordenar o exercício das situações jurídicas em consonância com os valores mais importantes do ordenamento jurídico.

De acordo com TEIZEN JÚNIOR (2004, p. 116):

O sentido da expressão função social deve corresponder à consideração da pessoa humana. Nesse contexto, a doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face aos ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma transição do individualismo para a sociabilidade.

A idéia de função social como instrumento vem da própria etimologia da expressão. Em latim, a palavra *functio* é derivada do verbo *fungor* (*functus sem, fungi*), cujo significado é de cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar.

A Função social, muito embora sem o substrato de doutrina ou teoria, como conhecida na atualidade, teve seus primeiros contornos delineados em tradicionais concepções filosófico-teológicas, como o Cristianismo e o Jusnaturalismo. Por intermédio de seus pronunciamentos, a Igreja reconhecia uma índole social da propriedade privada, cujo fundamento residia na afetação dos bens a uma finalidade produtiva.

A Suma Teológica, doutrina cristã de São Tomás de Aquino (1265) afirmava que os bens disponíveis pertencem a todos, sendo destinados apenas provisoriamente à apreensão individual (Teizen Júnior, 2004, p. 120). Não se cogitava de um viés especulativo, uma vez que a propriedade era tida como um bem de produção e não como um bem inserido na riqueza de alguém. A utilização da propriedade deveria ter uma preocupação com o bem-estar comum, de maneira a conduzir o seu uso às melhores formas de justiça social. Carlos Frederico Marés, a esse respeito, registrou que São Tomás de Aquino distinguia o usar e o dispor, sendo este a faculdade do proprietário escolher como entregar aos necessitados o que lhe sobejava, enquanto aquele era um direito natural de todos os homens. Ele defendia que o excesso não podia ser acumulado, mas distribuído aos necessitados (Carlos Frederico Marés, 2003, p. 21).

Com base nessa concepção, surgiram as chamadas encíclicas papais, tais como: a *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de onde se extrai que o proprietário que tenha recebido bens em abundância não é possuidor absoluto, mas simples administrador da Providencia Divina, que lhe assegurou bens para o seu próprio proveito e também para o benefício de todos os demais; a *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que reconhecia a necessidade de se harmonizar a intervenção de forma que esta fizesse valer a função social; a *La Solemita e Oggi*, do Papa Pio XII, que reconheciam a propriedade privada como

fundamental para que se pudesse obter uma justiça social e previam que a expropriação deveria ser medida de sanção para aqueles que não dessem à propriedade um uso harmonioso com o interesse comum; a *Mate et Magistra*, do Papa João XXIII, que reconhecia que a propriedade privada tem, naturalmente intrínseca, uma função social, de tal forma que quem desfruta de tais direitos deve exercitá-los em benefício próprio e para utilidade de todos os demais, havendo uma espécie de hipoteca social que incidiria sobre a propriedade; a *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, que se manifestou contra o fato de aqueles que possuam a mais conservem para si os excessos, em detrimento dos que nada possuem.

A defesa da propriedade burguesa com o viés absolutista foi construída por John Locke sob o fundamento de que a origem da propriedade era o trabalho humano e que o excedente somente não pertenceria ao proprietário se estivesse em risco de se deteriorar. Para Locke, há uma propriedade natural, que vem do trabalho, e outra, a convencional, oriunda do dinheiro e do entesouramento, através do processo de troca, construindo todo o arcabouço teórico para legitimar a acumulação de riqueza com fundamento na idéia das trocas livres e da exclusividade do domínio da terra.

O marxismo representou a primeira grande crítica ideológica ao modelo teórico construído acerca da propriedade burguesa que, considerando a propriedade como elemento mobilizador da riqueza, determinava a supremacia do capital sobre o trabalho. Marx observava que o capitalista individual gradativamente perderia sua importância, tornando-se um personagem obsoleto e, por isso, buscava analisar o capitalismo, entendido como um sistema social, e não os capitalistas.

No entanto, muito embora justificada pela tentativa de combater de maneira incisiva o modelo feudal de propriedade, a Revolução Francesa aniquilou todas essas concepções filosófico-cristãs. Com foco no ideário de liberdade social e política, a propriedade passa a ser configurada de modo absoluto, irrestrito e incondicional, e para garantir esse modelo, a burguesia passa a limitar os poderes dos juizes através da lei, admitida apenas a interpretação dos comandos legais. O art. 544 do Código Civil Francês (1804), representa a afirmação máxima da função individual e do aspecto estático do direito de propriedade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão considerou a propriedade como um direito inviolável e sagrado.

No Brasil, o legislador, primeiro episodicamente, e depois, de maneira sistemática, atua de forma a intervir na economia, para reduzir as desigualdades sociais e econômicas e

atender os interesses básicos da população excluída e marginalizada e com isso impõe sérias restrições à liberdade contratual e de utilização da propriedade. Essa intervenção estatal explícita a necessidade de reconstrução dos institutos centrais do Direito moderno, na tentativa de buscar novo equilíbrio entre a esfera particular e a coletiva.

Com esse fim, surgem diversas explicações para essa nova dimensão dos direitos subjetivos, notadamente do direito de propriedade, havendo quem, por um lado, defendesse a reconstrução do instituto da propriedade, e quem, por outro lado, negasse a própria existência dos direitos subjetivos enquanto categoria jurídica.

Quanto à natureza jurídica da função social, alguns autores preferem denominá-la princípio, outros se utilizam das expressões atributo, diretriz ou cláusula geral e outros autores, ainda, denominam-na de doutrina da função social ou idéia-princípio. Independentemente da nomenclatura ou natureza jurídica que se proponha à função social, o importante mesmo é que se consiga compreender o seu real conteúdo e alcance e que se implementem de maneira efetiva os instrumentos aptos a cumprir sua finalidade em uma sociedade globalizada, como a atual.

1.2 A Função Social e sua evolução no constitucionalismo

A idéia fundamental de função social começou a ser tratada já na metade do século XIX, pelas obras de socialistas e anarquistas na Europa industrializada. Porém, esse conceito tomaria fulcro constitucional apenas em 1917, no México. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos traria para uma carta fundamental a influência direta do movimento anarco-sindicalista vencedor da revolução recém-declarada naquele país. O resultado primordial foi a disciplina de temas antes acostumados apenas às modestas leis civis limitantes da liberdade contratual na seara trabalhista. Temas como limitação da jornada de trabalho, proteção à maternidade ou fixação de idade mínima para ingresso no mercado de trabalho são alguns exemplos da preocupação daquela Carta Política latino-americana. Dessa forma, foi a constituição pioneira ao tratar dos hoje chamados direitos sociais, ainda que, em seu texto, não houvesse propriamente a disciplina da ordem econômica tal qual hoje se conhece.

Essa regulação aparecerá somente dois anos mais tarde, em solo europeu, em consequência do desencanto da *belle époque* provocado pelo fim da Primeira Guerra Mundial. Na Alemanha devastada, dois grupos principais surgiram para rivalizar com os

partidos liberais clássicos, os comunistas e os fascistas. A tensão política gerada seria, de alguma maneira, diluída pela nova Lei Fundamental, de 1919, que albergaria interesses comuns à maioria dos grupos de expressão política no país. A Constituição de Weimar moldou propriamente a Ordem Econômica da nação alemã, quando dispunha sobre regras específicas de controle da circulação de riquezas.

No Brasil, a Constituição imperial de 1824 já previa a garantia do direito de propriedade em toda a sua plenitude. Não houve mudança de enfoque com o advento da Constituição republicana de 1891, que manteve a idéia da propriedade como direito pleno, pois não havia espaço político para qualquer mudança de tratamento jurídico a respeito do tema, especialmente pelo fato de que a elite dominante era formada por latifundiários do café.

Durante o século XX, alguns textos constitucionais, sensíveis às mudanças sociais que reflexamente atingiram a estrutura econômica, passaram a reconhecer que a propriedade deve também atender aos interesses da sociedade. Apesar da evolução do Direito a respeito do tema, infelizmente ainda são pequenos os avanços práticos para a democratização da propriedade para torná-la menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção.

A Constituição de 1934 pode ser considerada um marco a respeito da noção da função social, pois pela primeira vez na história das constituições brasileiras, foi consignado em seu texto, que a propriedade não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo. A função social, como utilizada na Carta Constitucional de 1934, floresceu no vocabulário jurídico brasileiro como uma influência incomum de movimentos políticos europeus, pois ela trouxe consigo uma enorme gama de experiências, suficientes para a formação do conteúdo da função social no Direito Privado.

A redação do texto constitucional teve como referências normativas o corporativismo fascista, as prescrições sociais da Constituição mexicana (1917) e russa (1918), e o sistema econômico implantado na constituição alemã (Weimar) em 1919, ainda que tenha sua eficácia inviabilizada em decorrência de remeter o atendimento ao interesse social ou coletivo à edição da lei.

A reação dada no Velho Continente para a decadência do modelo liberal do século anterior parecia levar a uma única diretriz, à atribuição de finalidades para a utilização dos principais institutos jurídico-privados, pois não haveria melhor maneira de inibir os males da liberdade contratual sem limites concedida no cenário pós Revolução Francesa.

Dentro de um Estado de Direito, pensava-se que caberia ao Poder Público, a atribuição dessas finalidades e sua constante fiscalização, já que as mesmas deveriam ser socialmente aceitáveis. A intervenção estatal seria o método ideal para controlar essas ingerências no exercício dos direitos da esfera privada, principalmente nos relativos à propriedade, ou seja, o bem jurídico deveria ostentar uma função que respeitasse os interesses da comunidade, apresentando uma função social.

A Constituição de 1937 foi omissa a respeito da impossibilidade do exercício do direito de propriedade em contrariedade aos interesses sociais e coletivos.

Após o período de retrocesso com a Constituição de 1937, a Constituição de 1946, em seu art. 147, instituiu o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, permitindo a promoção da justa distribuição da propriedade.

A despeito da expressa menção da norma constitucional quanto à obrigatoriedade do exercício do direito de propriedade ser atrelado ao atendimento do bem-estar social, o certo é que a norma foi considerada norma constitucional programática de eficácia limitada, sem que se reconhecesse sua efetividade ou eficácia social.

Embora as constituições brasileiras de 1934 e 1946 tenham trazido os primeiros contornos da doutrina da função social, pois a constituição de 1937 silenciou totalmente a esse respeito, foi com a Constituição de 1967 e com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que a função social foi consagrada de forma mais ampla, como condicionante de toda ordem econômica e social. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 empregavam a expressão função social da propriedade pela primeira vez como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, mas não elevaram tal princípio à categoria de garantia fundamental do cidadão.

1.3 A Função Social na Constituição de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, a idéia de função social e de solidariedade social se espalhou por todo o discurso constitucional, tendo este Diploma consagrado, logo em seu art. 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais como objetivos da República Federativa do Brasil. A solidariedade, ou socialidade, é um dos princípios basilares do Estado, e deve ser entendida, em primeira colocação, como um elemento essencial de interpretação, na forma de interpretação conforme a Constituição, irradiada pelo princípio maior da democracia social e econômica.

Ademais, o princípio da solidariedade goza de certa coerção normativa, pois compõe o quadro de direito objetivo, sendo passível de provocar vinculação ao Estado e entes privados. Pode-se afirmar que, ao determinar-se uma finalidade estatal na direção da socialidade, a Constituição escolheu por unir os concidadãos numa comunidade onde todos têm o direito e o dever de contribuir para o bem do próximo.

A construção de uma sociedade imbuída de valores de respeito ao próximo e igualdade social perpassa por uma necessidade de transposição das antigas muralhas que separam o Direito e a Moral, reconhecendo que o primeiro pode ser oxigenado por valores extrínsecos ao mesmo, principalmente os de caráter ético e pluralista.

O Estado, em um dado momento histórico, funda-se pelo pacto constituinte, segundo o qual algumas finalidades devem ser perseguidas. Nesse esteio, a função que a sociedade espera de determinado instituto é dada pelas circunstâncias históricas e pelo conteúdo normativo da Carta Política. A função social da propriedade em 1934, por exemplo, não é a mesma daquela que hoje se concebe, e certamente será alterada no futuro.

A disciplina dos institutos privados recebeu dois importantes aportes teóricos no período entre Getúlio Vargas e a atual Carta Constitucional. Em primeiro lugar, o florescimento da idéia de eficácia máxima dada aos direitos fundamentais, no sentido de aperfeiçoar a proteção da dignidade da pessoa humana, onde não só os valores de segurança deveriam ser respeitados, mas também os de justiça social. Em segundo lugar, observou-se a evolução da idéia de socialidade, sobretudo derivada da necessidade de uma sociedade de massa que vivesse em harmonia. Sobre esses dois maiores fundamentos, a idéia de função social revigorou-se para atingir a forma que hoje se entende.

A dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida de que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é o foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas e não o inverso.

Sob o prisma jurídico, é importante e atual a conceituação da dignidade da pessoa humana apresentada por Ingo Sarlet (2001, p. 32):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Partindo de tal noção conceitual, transparece a dupla função defensiva e prestacional da dignidade da pessoa humana, especialmente quando esta é associada aos direitos fundamentais. O caráter dúplice da dignidade humana se apresenta tanto sob o prisma dos direitos de defesa e dos direitos às prestações fáticas e jurídicas que constituem suas concretizações, quanto no campo dos deveres de respeito e consideração e do dever de sua promoção e proteção.

A função social no Direito Civil, como uma das exigências fundamentais do Estado Brasileiro, é um aspecto componente do aparato de proteção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no sentido de viabilizar a consolidação efetiva dos princípios de igualdade material e justiça social. Como ensina Ana Paula Barcellos (2002, p. 110-113):

De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos; isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nessa linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade religiosa, liberdade civil e profissional, dentre outros.

O reconhecimento, por parte da atual Constituição, da fundamentalidade, da dignidade da pessoa humana e, por consequência, da função social, traduz, em primeiro lugar, a necessidade de persecução diuturna da extensão máxima dos direitos nela inscritos, e em segundo lugar, demonstra a urgência da aplicação dos mesmos com eficácia em todos os planos jurídicos.

É importante ressaltar ainda, que a função social, como qualquer tipo de norma constitucional, está sujeita a alterações de forma rigorosa, e tanto mais por ser cláusula pétrea. Todavia, deve-se anotar a importância da chamada mutuação constitucional nesse

particular, dado que o conteúdo do que seria socialmente desejável ou interesse coletivo é modificado a cada momento histórico. Sem dúvida, o Brasil experimentou inúmeras acepções para a expressão função social desde 1934. Da ênfase aos direitos sociais até a proteção do consumidor e do meio ambiente, inúmeras foram as alterações desse preceito no panorama constitucional brasileiro.

Vê-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja, a de redirecionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio.

O texto constitucional em vigor elenca também a função social da propriedade como direito fundamental em seu art. 5º, inc. XXIII, o que representa um aumento significativo de importância devido à condição de cláusula pétrea, como também em seu art. 170, onde condiciona a ordem econômica aos ditames de justiça social.

Essas normas constitucionais não devem ser vistas como meras declarações políticas ou objetivos a atingir, mas sim como verdadeiras normas de conduta, vinculando não só o legislador quando da edição das normas, mas também o intérprete da lei, assim como todos os destinatários das normas. Revela-se perfeitamente possível afirmar que a diretriz constitucional da solidariedade social, contida no inciso III do art. 3º do atual texto constitucional, é o grande alicerce e fundamento da função social no Direito Civil.

CAPÍTULO 2 OS CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS

O contrato é um dos institutos mais antigos na história da humanidade e no percurso da evolução das sociedades passou por grandes transformações, apresentando desenvolvimento de formas mais diversas, na medida em que sempre foi alvo de renovados valores que se sucederam. O contrato, na verdade, sempre significou a base da sociedade, vez que ao longo dos tempos regula as atividades humanas nas mais diversas dimensões, ensejando a harmonização das relações, vez que obriga ao respeito devido ao cidadão, estabelecendo limites entre direitos e deveres.

Contrato é todo acordo de vontade entre pessoas de Direito Privado que, em função de suas necessidades, criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres de caráter patrimonial, no dinamismo de uma relação jurídica. Todo contrato deve possuir objetivo jurídico, seja o de adquirir direito, como na compra e venda; seja o de resguardá-lo, como no seguro; seja o de transferi-lo, como na cessão de crédito ou na doação; seja o de conservá-lo, como na renovação dos contratos; seja o de modificá-lo, como na revisão dos contratos; ou seja o de extingui-lo, como no distrato.

A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda a convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

2.1 Os contratos e os princípios da teoria geral dos contratos

O contrato é meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, gera empregos, promove a dignidade da pessoa humana e ensina as pessoas a viverem em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral e ensinando-lhes a respeitar os direitos dos outros. Por meio dele, as pessoas aprendem a lutar pelo Direito como um todo, uma vez que, lutando por seus direitos contratuais, adquirem a visão necessária do funcionamento do ordenamento jurídico.

O modelo clássico dos contratos tem como paradigma a forma tradicional de contratar, onde duas pessoas, em igualdade de condições, discutem e negociam livremente, para então celebrar o contrato.

Com o avanço das relações interpessoais e internacionais, o desenvolvimento científico-tecnológico e a globalização da economia, fizeram com que a necessidade de contratar entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, se multiplicasse de tal forma que, tornou-se necessário repensar os princípios gerais dos contratos e os mecanismos para garantir sua revisão judicial.

Apesar de a doutrina não ser uniforme em apontar os princípios gerais do direito contratual em seu modelo clássico, os mais relevantes segundo César Fiúza (2004, p. 373-375) são: a) o princípio da autonomia da vontade, que é considerado o mais importante princípio, pois ele faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos, fundando-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como um fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social; b) o princípio da obrigatoriedade contratual, que defende que uma vez celebrados pelas partes, na expressão de sua vontade livre e autônoma, os contratos não podem mais ser modificados e devem ser cumpridos como se fossem lei, a não ser por mútuo acordo; e c) o princípio do consensualismo, que dita considerarem-se os contratos celebrados, obrigando as partes, no momento em que estas cheguem a um consenso. Este princípio é a regra geral, sendo, entretanto, limitado por várias exceções, quando a Lei exige formalidades extras para alguns contratos.

O Direito é fenômeno cultural modificável historicamente, influenciado por circunstâncias sociais, econômicas e políticas que variam ao longo do tempo. As transformações que ocorreram com o contrato e o surgimento de novas figuras no Direito Contratual aconteceram em função da massificação, especialização, socialização e incremento das relações contratuais, que viabilizaram a mudança do paradigma do Estado Liberal.

Com a evolução da sociedade, e a massificação do consumo, chegou-se a uma nova realidade contratual. A antiga concepção de relação contratual, onde se tinha dois contratantes em posição de igualdade discutindo individual e livremente as cláusulas do acordo de vontade, hoje existe em escala mínima e geralmente em negócios entre particulares.

Na atual sociedade de consumo, regida pelo seu sistema de produção, distribuição e prestação em massa, o originário comércio se despersionalizou, dando lugar aos métodos de contratação em massa, predominantemente entre grandes empresas e consumidores.

Fácil abstrair na sociedade de massa atual, a atividade empresarial, ou até mesmo do Estado, que por sua posição econômica, bem como por sua atividade desenvolvida

(geralmente a oferta de bens e serviços), se deparam na talvez falsa necessidade de despejar perante a sociedade uma série de contratos homogêneos, mais conhecidos por contratos de adesão.

A teoria liberal clássica teve o grande desafio de absorver as mudanças ocorridas no direito contratual desde o século XIX, com o advento dos contratos de adesão, o direito à informação, os mecanismos de nivelamento das relações de poder nos contratos, além do aumento do intervencionismo estatal, com a evolução para o paradigma do Estado Social.

O modelo tradicional de contrato desaparece para ceder lugar às novas formas de contratar: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários, etc. Em outras palavras, as pessoas já não contratam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais, pois os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos, bastando apenas preencher os espaços em branco, destinados à identificação do consumidor e o objeto do contrato. Deste modo, o consumidor recebe prontas todas as disposições contratadas, sem poder negociar os termos mais importantes a serem contratados.

Os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais.

Devido às alterações efetuadas no CC de 2002, o modelo clássico de contratos, atrelado à principiologia que vigorou no CC de 1916, já não atende mais aos reclamos e anseios de uma sociedade plural e despersonalizada.

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

Atualmente, o Direito Contratual se pauta em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigma dos contratos. Hoje, não se pode dizer que o modelo clássico de contratação, em que duas pessoas se sentam em uma mesa e negociam cláusulas, seja regra geral. No mundo moderno, a celebração de contratos se massificou. Se a principiologia clássica atendia ao modelo antigo, não se ajusta bem ao novo modelo de contratar. A doutrina teve que adaptar os princípios clássicos aos novos tempos, criando uma nova principiologia para o Direito Contratual.

Segundo a nova principiologia, o direito obrigacional só vincula por ser fenômeno social, realidade objetiva tutelada pelo Direito. Os interesses particulares devem estar em harmonia com os gerais.

O contrato realiza valores de utilidade social. Valores são verdades básicas, premissas. Para alguns doutrinadores, os valores fundamentais da sociedade moderna seriam três: ordem, justiça e liberdade, podendo-se acrescentar a dignidade humana. É com base nesses valores que o contrato intenta promover o bem comum, o progresso econômico e o bem-estar social. À liberdade, corresponde o princípio da autonomia privada; à ordem, o princípio da boa-fé; à justiça, o princípio da justiça contratual; à dignidade do homem, correspondem todos eles e os princípios da dignidade humana e da função social dos contratos. É preciso lembrar que dentre os novos princípios, alguns são clássicos que receberam uma nova roupagem, a exemplo da autonomia da vontade, que, adaptado aos tempos modernos, recebe o nome de autonomia privada. (Cezar Fiúza, 2004, p. 378).

a) O princípio da autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que às partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade porque neste todos são livres para decidir, como bem entenderem, sobre o contrato, o qual é visto como fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é um fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades que dizem respeito aos motivos contratuais.

b) O princípio da boa-fé se traduz no interesse social da segurança das relações jurídicas onde as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Em sentido amplo a boa fé é o conceito essencialmente ético definido pela consciência de não prejudicar outrem em seus direitos. Já em sentido estrito, é a mesma consciência de não lesar outrem com base no erro ou ignorância. Caracteriza-se, pois, na obediência às regras de conduta que devem ter as partes contratantes, segundo os padrões exigíveis de crença objetiva de comportamentos idealizados. O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. O sentido do princípio da boa-fé objetiva pode ser percebido na análise do artigo

422 do Novo 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.

c) O princípio da justiça contratual é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu. É modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar pessoas em relação que deve ser de paridade. A equidade é fundamental ao princípio da justiça contratual, porque impede que a regra jurídica, se entendida ao pé da letra, conduza a injustiças. O princípio da justiça contratual não se encontra propriamente expresso no texto da Lei Civil. Contudo, ele se reflete em uma série de regras de proteção ao hipossuficiente introduzidas pelo novo diploma legal, tais como o instituto da lesão, do estado de perigo e da excessiva onerosidade. Assim, ao se posicionar na defesa do economicamente mais fraco na relação contratual, o Estado interfere nas relações contratuais atuando em determinada direção a tutela do hipossuficiente, limitando a liberdade de contratar e fazendo do negócio jurídico, instrumento de justiça social.

d) A dignidade da pessoa humana é outro princípio da nova principiologia contratual. A dignidade humana constitui valor fundamental da ordem jurídica para a ordem constitucional que pretenda se apresentar como Estado democrático de direito. Foi consagrada na CF de 1988, como fundamento da República brasileira. É com base nessa dignidade que todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, bem como todas as situações e relações jurídicas deverão ser interpretadas, inclusive os contratos. Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade, ou seja, os contratos não podem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, é imperativo que alguns contratos devem ser tratados de forma diferenciada.

e) O princípio da função social do contrato é uma norma geral do ordenamento jurídico de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser necessariamente visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Serve justamente como instrumento indispensável para se possibilitar a supremacia e efetividade do princípio constitucional da solidariedade, mesmo quando esteja em jogo a livre iniciativa. Na atualidade, no contexto de uma sociedade massificada e plural ao extremo, não é mais aceitável, sob qualquer ótica a analisar, que o contrato seja um instrumento de ruína do contratante mais fraco, levando-o à miséria ou mesmo entregando sua liberdade em razão de eventual inadimplência

contratual, sem qualquer direito de defesa. O que se busca é a realização de um contrato que detenha a função social, ou seja, de um contrato que além de desenvolver uma função translativa-circulatória das riquezas, também realize um papel social atinente à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, segundo os valores e princípios constitucionais. A funcionalização social do contrato se atrela inexoravelmente à idéia de autonomia necessariamente vinculada à produção de efeitos socialmente úteis, em consonância com os valores sociais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da livre iniciativa.

2.2 A perspectiva civil-constitucional dos contratos

O Direito, enquanto ciência social sofre os reflexos decorrentes das diversas transformações da sociedade ocorridas ao longo do tempo. Tais mudanças influíram de forma decisiva no mundo jurídico, principalmente, com a transformação do Estado Liberal, baseado em idéias individualistas e iluministas do final do século XVIII, pelo Estado Social, fruto da sociedade massificada e do pós-guerra, que visa ao respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade material e à funcionalização dos institutos jurídicos.

As reivindicações sociais levaram o antigo Estado mínimo a tornar-se Estado interventor e social, capaz de impedir a exploração e os abusos praticados pelos economicamente mais fortes sobre os mais fracos, tutelando os interesses sociais, de modo abrangente. Em sede de Brasil, pode-se constatar que tais transformações conduziram à elaboração da Constituição Federal de 1988, ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Carta Magna de 1988 provocou um repensar, em decorrência das transformações nos antigos pilares do Direito Civil, quais sejam, a propriedade, a família e o contrato. O modelo de contrato do Estado Liberal, cujo princípio central era o da autonomia da vontade, não conseguiu dar respostas adequadas aos anseios e às necessidades da sociedade atual.

A Constituição surgiu como um documento político que teria por finalidade meramente a definição de normas de organização e competência estatal, não incidindo sobre os demais ramos do direito, salvo em situações excepcionais. Tal entendimento predominava, tendo-se em vista o caráter de instabilidade política deste momento histórico, sendo o campo do Direito Constitucional dominado pelo princípio da instabilidade.

A constitucionalização do Direito Civil importou na emigração dos princípios básicos contidos no Código de 1916 para a Constituição Federal, que passou a ocupar posição central dentro do ordenamento jurídico, transformando-se em um satélite do sistema constitucional.

A Constituição de 1988 produziu uma inversão ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Social Democrático de Direito, destituindo o Direito Civil de seu caráter eminentemente patrimonialista, herdado do século XIX e inspirador do Código Civil de 1916. O patrimônio deve submeter-se à pessoa, somente se legitimando enquanto meio de realização desta.

Na esteira dos movimentos constitucionais pós-modernos, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988, de caráter nitidamente intervencionista, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Em decorrência, a alteração do paradigma de caráter patrimonialista ao da pessoa humana, rompe a divisão radical que existia entre o Direito Público e o Privado, ademais, pelo fato de o Direito ter que situar o ser humano em relação a todos os demais socialmente considerados.

Na concepção tradicional de contrato, havia a exacerbada preocupação com a segurança jurídica, sendo protegida pela crença de que aquele que é livre não pode, ao submeter-se a um contrato, deixar de honrá-lo, até porque quem se diz contratual se diz justo. O modelo contratual construído no Estado Liberal, que tinha na autonomia da vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, não corresponde mais à realidade atual, tendo sido alterados seus princípios.

Na visão contemporânea, produto das inúmeras alterações sociais e da massificação das relações contratuais, ao contrário, o princípio da autonomia da vontade não configura algo absoluto, convivendo com outros princípios igualmente importantes para a melhor interpretação e solução dos conflitos resultantes de relações contratuais.

Segundo uma perspectiva civil-constitucional, a aplicação ao contrato dos novos princípios contratuais levou à quebra da hegemonia que era atribuída à autonomia da vontade. Tais princípios encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, seja como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, seja como princípios instrumentais da ótica solidarista, seja como corolários do valor social da livre iniciativa, seja na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional da qual o contrato é parte integrante.

O Código Civil não pode mais ser visto como uma categoria superior de carta constitucional, como acontecia nos diplomas oitocentistas. Este antigo paradigma não mais se impõe, tendo-se presente o império de uma Constituição normativa que coloca no centro do ordenamento a pessoa humana, consagrando a ela um valor preeminente. Deste modo, a pessoa humana coloca-se no ponto máximo do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que este valor pautará todos os setores do direito.

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

O atual estatuto civil não deve funcionar como um entrave à efetivação da Constituição, devendo preocupar-se em um primeiro plano com a dignidade da pessoa, sendo aplicado como um instrumento de emancipação do ser humano.

Tal premissa não configura apenas uma tendência metodológica e sim uma preocupação constante e necessária com a construção de um ordenamento jurídico apto a responder aos problemas e desafios da sociedade contemporânea. Entre estes encontra-se o direito contratual que, além de importar em operações de cunho econômico, esteja atento e voltado à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

Contudo, em pleno século XXI, ainda se sustenta a summa aplicação do princípio da autonomia da vontade, não dando a mínima importância a valores e princípios constitucionais que efetivamente vieram a modificar a moldura do contrato, incluindo-se neste plano, a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função sociais do contrato.

O que importa hoje não é mais a exigência pura e simples do cumprimento das cláusulas contratuais, pois o Estado interventor obriga que as relações sejam pautadas pela confiança, lealdade, boa-fé, não onerosidade excessiva, sem abuso de direito da parte mais forte economicamente sobre a mais vulnerável.

Várias são as possibilidades encontradas para o contratante prejudicado buscar a proteção de seus direitos enquanto pessoa, não apenas nos casos de vício de vontade e consentimento. Para que um contrato faça jus à tutela do Direito é necessário que observe a sua destinação social.

Desta forma, o contrato, além de desempenhar a função de propiciar a circulação de riquezas (função econômica), possui uma função social. A flexibilização e a funcionalização do contrato configuram imperativos, no sentido de sintonizarem a lei ao fato social, na busca da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana, cerne de todo o ordenamento jurídico. Assim, apenas o contrato que cumpre a sua função social merece tutela constitucional.

2.3 Princípios sociais dos contratos

Os princípios sociais dos contratos ingressaram no novo Código Civil uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor e quase um século de concepção e vigência do anterior Código Civil, cuja ideologia liberal e oitocentista tornou-se incompatível com a ideologia constitucionalmente estabelecida desde a Carta Constitucional de 1934, quando se inicia o Estado social brasileiro. A introdução dos princípios sociais do contrato no novo Código Civil chega com atraso de várias décadas e, por ironia da história, quando se fala em crise do Estado social.

O Código Civil de 2002 foi elaborado com critério a fim de preservar, quanto possível, as disposições do código anterior, em respeito a um patrimônio de pesquisas e estudos de um universo de juristas. Buscou deste modo, o referido diploma legal incorporar em seu bojo a diretriz da socialidade, uma vez que a sua estrutura é essencialmente social, ao contrário do contraste individualista do Código anterior, onde o espírito individual da época se sobrepunha aos interesses sociais.

Os princípios sociais dos contratos são três: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da equivalência material do contrato e o princípio da função social do contrato. É importante salientar que os princípios sociais não excluem os princípios gerais, mas limitaram profundamente seu alcance e conteúdo.

O princípio da boa-fé objetiva traz uma regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais impondo, por conseguinte, o dever de lealdade, transparência, veracidade e cooperação recíproca antes, durante e após as relações de consumo. Trata-se de um verdadeiro controle das cláusulas e práticas comerciais abusivas no mercado de consumo.

Tal princípio se traduz no interesse social da segurança das relações jurídicas onde as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. A boa-fé objetiva exige a valoração da conduta das partes que deve ser honesta, correta e leal.

As variadas acepções da boa-fé conduzem os dois sentidos básicos: um negativo, em que se visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade), e um positivo, de espírito mais moderno e exigente, em que se intenta promover a cooperação entre os contratantes (obrigação de cooperação). O que se procura demonstrar é que o contrato não produz somente os deveres que foram convencionados entre as partes, mas cria deveres que decorrem implicitamente dele. Tais deveres são denominados anexos ou secundários, por não constarem expressamente do contrato.

Por fim, vale ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva é essencial no campo do direito das obrigações, porque fundamenta a nova teoria contratual, estruturando os deveres anexos decorrentes do ato de contratar, além de limitar a prática dos direitos subjetivos, fazendo com que o contrato atinja sua função social a que constitucionalmente se obriga.

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis.

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra. O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato.

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode

estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.

O princípio da função social do contrato é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez a de todo o Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo Direito do Consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca do contrato, ainda que não configure contrato de adesão.

Este princípio determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes.

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica esteja submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato.

A aplicação do princípio da função social pressupõe ainda a observância dos deveres de correção, lealdade e de não abusar. Com isso, busca-se a partir de tais deveres, a tutela da confiança, não como um retorno ao voluntarismo, mas como forma de realização da função social do contrato.

Os três princípios sociais dos contratos (função social, equivalência material e boa-fé objetiva) são comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante. Porém, nas hipóteses em que há presunção legal de sua ocorrência, alguns princípios complementares adquirem autonomia e com eles se equiparam. Tal se dá com os princípios da vulnerabilidade e da informação, nas relações de consumo, os quais, no plano geral, desdobram os princípios da equivalência material e da boa-fé.

A compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios liberais, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito e do Estado moderno. No Estado social os princípios liberais são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis.

CAPÍTULO 3 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO

Atualmente, sobretudo após a ocorrência das duas guerras mundiais e da chamada Revolução Industrial, que conduziram o Estado à adoção de novas posturas, a função social do contrato adquiriu mais amplitude, prestigiando-se cada vez mais o elemento ético da boa fé que confere equilíbrio na expressão da vontade humana, tendo-se esta sempre vinculada às necessidades da vida moderna que, por sua vez, impõe modificações na ordem jurídica imperante, de tal modo que os contratantes exigem segurança do Estado e este passa a garantir a igualdade com a proteção do economicamente mais fraco e assim valoriza o interesse coletivo em detrimento do individual.

O contrato, tanto em sua formação, como na sua fase de execução, deve harmonizar a autonomia da vontade com a função social que exerce na contextura social. O ordenamento jurídico abandonou a fase individualista e patrimonial para adentrar, com absoluta segurança, em um ambiente que assegure uma humanização dos negócios jurídicos contratuais. Há uma transformação imposta ao direito privado que, embora não o desconfigure, passa a ser regido por princípios que visam a diminuir os efeitos de forças dominantes que, ainda pregam o liberalismo econômico.

De acordo com SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA (2002, p. 91):

Função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do Bem-Estar. Essa função social dos contratos também está referida no campo dos direitos reais no que tange à posse e à propriedade.

O princípio da função social dos contratos possui nítido relacionamento com o princípio da boa fé, que exige que as partes ajam com lealdade e confiança recíprocas, devendo colaborar, mutuamente, na formação e execução dos contratos, tudo na mais absoluta probidade. A função social instrumentaliza-se pelos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, ressaltando-se que o princípio do *pacta sunt servanda* não vigora mais em toda a sua intensidade.

Este princípio revela que o contrato não pode mais ser visto pela ótica meramente individualista, já que possui um sentido social para toda a comunidade. Considera-se

violado o princípio da função social dos contratos quando os efeitos externos do pacto prejudicarem injustamente os interesses da sociedade ou de terceiros não ligados ao contrato firmado.

O princípio imperativo da função social do contrato estatui que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros.

O atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

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

3.1 A Função Social do Contrato no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

Deve-se ter em mente sempre que a função social do contrato está para auxiliar a negociação, buscando sempre o equilíbrio das forças, de modo justo e o mais claro possível. Logo, não se pode de maneira alguma impor algo a alguém.

A função social do contrato é uma forma de se evitar abusos nas relações contratuais, ou seja, uma forma de limitar a liberdade de fixação do conteúdo contratual, ofertada pela autonomia privada, já que em muitas situações as partes se utilizam do contrato como um meio de opressão, uma forma de realizar a prisão de uma das partes, que ficaria sem saída, se não fosse tal princípio.

O Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade. Quando da elaboração do seu projeto, em 1899, fruto do empenho de Clóvis Beviláqua, com inegável influência do esforço dos juristas que o antecederam, vivia-se uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém-ingressada na República.

Esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, conseqüentemente, do contrato.

Com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código Civil de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade, mantendo ainda, a todo o custo, a estabilidade da família casamentária, pouco importando a dignidade ou o reconhecimento do filho bastardo.

Com efeito, o Código de 1916 tinha uma feição nitidamente individualista, expressão da concepção político-filosófica vigorante depois do triunfo da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes.

Logo após sua promulgação, inicia-se a intervenção do Estado, na qual se promove a edição de leis extravagantes que tinham como objeto o reequilíbrio do quadro social delineado pela consolidação de novas classes econômicas formadas na ordem liberal e que reproduziam os ideais da Revolução Francesa.

Essas novas leis eram tidas como de caráter excepcional, visto que introduziam princípios outros que não os consagradores do Código, permitindo que situações pudessem ser reguladas pelo Estado sem que fosse alterada substancialmente a centralidade e a exclusividade daquele Código. Teriam, então, caráter emergencial, sendo incapazes de afetar os pilares do direito civil, mantendo-se o caráter de exclusividade do Código Civil.

O Estado passou a intervir com maior freqüência e intensidade na ordem jurídica, mediante a contínua criação de um grande número de leis extracodificadas que já não apresentavam mais um caráter emergencial de excepcionalidade. Estas passaram a tutelar, de forma muito abrangente, uma vasta gama de situações não abordadas pelo Código Civil de 1916. Diante desta nova concepção, que ampliou o alcance das leis excepcionais, surgem as chamadas leis especiais, apresentando um caráter de especialização das respectivas matérias. Áreas específicas inteiras passaram a ser reguladas, apresentando um contexto legal técnico, objetivo e finalista, abalando a exclusividade do Código Civil na aplicação do direito nas relações sociais privadas.

Embora não se possa negar a sua grandeza técnica, sem se cometer grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu, demasiadamente, os valores individualistas,

patriarcais e conservadores da sociedade de então. Nesse contexto, os princípios norteadores do direito contratual adotados por aquele Código foram o da liberdade contratual, a obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos efeitos contratuais.

Pode-se dizer que tais princípios representavam, a um só tempo, que as partes podiam convencionar o que quisessem e como quisessem, desde que respeitado os limites de ordem pública; que o contrato tinha força de lei; e que os seus efeitos não podiam beneficiar nem prejudicar terceiros.

Ocorre que tais princípios já não mais conseguiam tratar com a necessária plenitude dos contratos, na medida em que se tornou necessário contextualizá-los com as novas relações sociais, políticas e econômicas ocorridas. Era preciso mitigar o postulado da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade dos contratos, instituindo mecanismos de combate à desigualdade substancial entre as partes, com a assunção de uma postura mais ativa e participativa do Estado, assim como reconhecer a projeção externa dos efeitos dos contratos sobre os interesses de terceiros.

Somente a partir do primeiro quarto do século XX, é que o Estado Liberal cederia lugar ao Estado Social, refletindo-se esse processo político na ordem jurídica mundial. Entretanto, no Brasil, após os anos negros da ditadura, esse reflexo só viria a ser sentido mais tarde, com o processo político de redemocratização e a implantação efetiva, no plano constitucional, do Estado de Direito.

No Código Civil de 2002 a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica.

A função social, no Código Civil de 2002, não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 421).

A função social preconizada no novo Código Civil destina-se a consolidar o entendimento segundo o qual o contrato hoje é um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade. O contrato não pode contrariar o interesse da sociedade.

O princípio da função social do contrato, insculpido no artigo 421 do Novo Código Civil, é um mandado de otimização, sendo certo que a função social é um fator limitativo da liberdade de contratar, inclusive no que se refere ao próprio conteúdo contratual. Na sociedade hodierna, massificada e globalizada, não é aceitável, sob qualquer ótica científica, que o contrato leve à ruína total do aderente, do contratante mais fraco, diante de um proponente ostensivo, economicamente voraz e no mais das vezes invisível, sob o aspecto fático.

Com a promulgação do Novo Código Civil, as relações contratuais passaram a se realizar através de um novo prisma, ressaltando o princípio da função social dos negócios jurídicos

A função social harmoniza-se com a modificação substancial relativa à regra básica de interpretação dos negócios jurídicos, introduzida pelo art. 112 do novo Código Civil, que abandonou a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela.

No entanto, apesar de o Código Civil de 2002 prever a função social do contrato, ele não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência traçar seus parâmetros de aplicabilidade, especialmente em relação aos princípios informativos da ordem econômica e social traçados pela Constituição Federal de 1988.

3.2 A Teoria da Imprevisão no Código Civil de 2002

A Teoria da Imprevisão define-se como um remédio jurídico destinado a sanar incidentes que venham alterar a base econômica, ou seja, a base negocial do contrato. Por isso, é aplicada excepcionalmente às situações extracontratuais que o atinja. Tanto o credor quanto o devedor podem servir-se deste remédio jurídico, desde que não estejam em mora, e ainda que tenha sobrevivido causa superveniente e imprevisível. Essa causa superveniente há de ser um fato extraordinário, capaz de alterar a própria base negocial do contrato; gerando, a uma das partes ou a ambas, uma dificuldade no cumprimento das prestações pactuadas. Deste modo, se o contrato fosse cumprido acarretaria uma lesão à parte adimplente.

Esta teoria é o que se chama de cláusula *Rebus Sic Stantibus*, podendo ser entendida como "estando as coisas assim" ou "enquanto as coisas estão assim". Buscando na origem, esta cláusula pronuncia-se *rebus sic stantibus* e deriva do trecho de uma glosa,

atribuída a Nerácio: "*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*" (Jus Navigandi, ano 8, 327), significando que os contratos que têm trato sucessivo ou dependência do futuro, entendem-se condicionados pela manutenção do atual estado das coisas.

A cláusula *Rebus Sic Stantibus*, de origem romana, do Direito Canônico, foi aceita e aplicada largamente na Idade Média, contexto no qual, praticamente, ressurgiu e se consolidou. O surgimento desta teoria é aptidão do direito natural, emanado da consciência do próprio homem que necessitava de princípios, que definissem a harmonia social na sua essência e indicasse os meios para alcançá-la.

Assim, nasceram as primeiras idéias sobre uma teoria que pudesse ser aplicada aos contratos e que visasse à manutenção dos mesmos dentro de certos aspectos de equilíbrio e boa-fé. Motivadas em princípios de direito já existentes como o da boa-fé, o do não-enriquecimento sem causa e o da equidade, aquelas idéias amadureceram e se somaram para criar a Teoria da Imprevisão como forma de manter o equilíbrio contratual e harmonizar as relações intersubjetivas.

Como é típico da Ciência jurídica, nada deve ser posto em termos tão absolutos, capazes de gerar a imutabilidade de qualquer ato. Assim, como reflexo de um fenômeno histórico-social, o Direito se coloca sujeito às variações e mutações no tempo e no espaço. Sob o prisma evolutivo a Teoria da Imprevisão se porta como exceção à cláusula *pacta sunt servanda*, expressão da força obrigatória dos contratos.

Todo o Direito é relativo e dinâmico, e por isto sempre questionável e polêmico. Mas o Direito das Obrigações, e particularmente o Direito dos Contratos, tem estas características ainda mais acentuadas porque trata das causas e dos efeitos das relações jurídicas entre as pessoas, que estão em toda parte, e as pessoas, claro, são imprevisíveis; porque abrange toda a manifestação de vontades, simplesmente a força vital da humanidade, e esta é insaciável; e porque lida com a constituição, a extinção e a modificação de direitos, sem os quais ninguém dá um passo sequer, e não é possível criar, mudar ou findar direito sem esbarrar no emaranhado de interesses e garantias de um sistema que o próprio homem estabeleceu.

Face a essa tendência evolutiva do Direito, muitas vezes, a melhor solução para a inexecução contratual, por causa superveniente, não será a resolução pura e simples do pactuado. Destaca-se, desse modo, como solução à esta problemática a Teoria da Imprevisão, na qual a doutrina dominante sinaliza para a revisão contratual, como forma de

manter e atingir um equilíbrio suportável entre os contratantes, conseqüentemente visando resguardar a função social do contrato.

A Teoria da Imprevisão tem natureza incidental nas relações contratuais, fundamentada no equilíbrio das prestações, na manutenção da base negocial sobre a qual foi emitida a vontade de contratar. Independentemente desta fundamentação, ainda estão presentes os requisitos de equidade, boa-fé, moralidade, confiança e do não-enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Tais requisitos são fatores basilares e indispensáveis a qualquer estrutura jurídica que se insere no campo do Direito.

No novo Código Civil a Teoria da Imprevisão está prevista no Livro I "Do Direito das Obrigações", Título V "Dos Contratos em Geral", Capítulo II "Da Extinção dos Contratos", na Seção IV que trata "Da Resolução Por Onerosidade Excessiva", sendo disciplinada nos artigos 478 a 480.

Característica marcante deste Código é a roupagem social que trouxe em seu conteúdo, principalmente reiterando os preceitos de uma "Constituição Social". São vários os dispositivos que enumeram o caráter social do novo código, demonstrado a preocupação e intervenção estatal quanto à ordem social, mesmo na tutela de direitos privados. Essa intervenção estatal é evidenciada no Parágrafo Único do art. 2.035.

É bem verdade que o Código Civil Brasileiro não inovou quanto a esta matéria, pois os artigos que tratam da imprevisão são cópias fiéis dos artigos 1.467, 1.468 e 1.469 do Código Civil Italiano. Os legisladores não se preocuparam em disciplinar o instituto da imprevisão, aprofundando-se na essência de seus fundamentos, mas simplesmente transferiram para o ordenamento as imperfeições do código italiano.

Pode-se dizer que o Código Civil perdeu a oportunidade de consubstanciar no seu corpo uma previsão moderna e eficaz da Teoria da Imprevisão que atendesse a nova realidade contratual, visando sempre à manutenção dos pactos e à função social do contrato.

No meio jurídico brasileiro, a admissão da Teoria da Imprevisão já era pacífica, não se tratando de uma inovação propriamente dita do Novo Código, mas sim de mera previsão legal. Contudo, o legislador brasileiro disciplinou o instituto de forma equivocada, não respeitando o fim a que se propôs a teoria, que é a manutenção dos pactos. O que fez o código foi ressaltar a resolução em vez da revisão contratual. Ora, nem sempre a melhor solução para o caso concreto será a resolução, o que deve ser colocado como regra é a possibilidade de revisão contratual a fim de manter o vínculo contratual.

Nesse aspecto, Arnaldo Medeiro da Fonseca (1958, p. 86) acrescenta a necessidade de:

[...] investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do Juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes.

Os dispositivos, que tratam da "onerosidade excessiva" no novo Código Civil, distanciam-se dos fundamentos da teoria da imprevisão, chegando a ferir princípios por eles enumerados como o da função social do contrato, o da boa-fé e o do cumprimento das obrigações.

3.3 A Revisão dos contratos e o restabelecimento do equilíbrio econômico

A grande problemática dos dias de hoje se impõe na falta de opção do consumidor nas contratações do dia a dia. A maioria dos serviços essenciais oferecidos está na mão de grandes organizações e do próprio Estado, e tais serviços são oferecidos somente através dos contratos de adesão, não restando, portanto, opções ao consumidor, a não ser aceitar as condições impostas. Muitas vezes as abusividades contidas nas cláusulas de tais contratos são propositalmente confusas e sequer são lidas ou entendidas pelos consumidores, e mesmo que lidas e verificada a desvantagem do conteúdo do contrato os consumidores são praticamente obrigados a contratar, pois muitos serviços oferecidos são imprescindíveis à vida moderna e se encontram em posição de monopólio ou quando todos os fornecedores daquele serviço oferecem praticamente as mesmas condições.

Outro ponto importante são as cláusulas abusivas geralmente contidas nos contratos de massa. O fato da elaboração destes contratos ser prévia e unilateralmente dirigida pela parte mais forte da relação, ou seja, as empresas em geral, faz com que estes possam direcionar o conteúdo e as cláusulas do negócio da maneira que mais lhes convêm, reforçando a posição econômica e jurídica do fornecedor, evitando, assim, um possível prejuízo. Não é raro, portanto, que os contratos de massa, em especial de adesão, contenham cláusulas abusivas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor, diminuindo seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimizando os custos de uma futura lide.

Grande parte dos contratos de hoje são os denominados contratos de adesão, pelos quais uma parte previamente estipula as cláusulas e a outra simplesmente as aceita, sem oportunidade de discuti-las. Esta limitação fere o princípio da liberdade de contratar, porque a parte economicamente mais forte domina a relação, o que acaba por obrigar o aderente a admitir disposições prejudiciais face à necessidade de sobrevivência financeira. Exemplo típico é o dos contratos bancários, em que as instituições financeiras são infinitamente superiores na relação com pequenas e médias empresas, e com os consumidores em geral.

A invasão dos contratos de adesão se deu por uma necessidade de mercado, ante uma sistemática contratual arcaica, que não se adaptava ao modelo econômico liberal. As grandes empresas e até mesmo o Estado, na iminência de estabelecer uma série de contratos em virtude da demanda do mercado por produtos e serviços essenciais prestados por estes entes, e buscando a racionalização, praticidade e até mesmo a segurança, passaram a oferecer um esquema contratual preestabelecido, condicionado à simples adesão do consumidor, abandonando um dos princípios inerentes à contratação que seria o acordo de vontades.

A doutrina é uníssona em reconhecer que os contratos, sejam ou não de adesão, não podem prejudicar uma parte em benefício da outra, porque ferem a igualdade e porque ferem a lei, seja o Código Civil, seja o Código de Defesa do Consumidor.

A necessidade da revisão de cláusulas contratuais decorre do desequilíbrio entre os direitos das partes. Em razão da preponderância de interesses do poder econômico sobre interesses do particular, a parte abastada rompe a barreira moral da justiça no pacto, e com isso vem ferir também a disposição da Lei sobre os princípios de igualdade, agora mais especificados em normas de proteção aos economicamente desfavorecidos.

Daí, através da lei, e sob provocação da moral, há a pronta interferência do Judiciário, que vem restabelecer o equilíbrio jurídico. O Código de Defesa do Consumidor reforçou a teoria da lesão, impedindo que os abusos continuassem a se camuflar pela presumida intangibilidade da vontade contratual, o *pacta sunt servanda*.

Sempre que há manifesta desproporção entre a prestação e a contraprestação, o que se tem é uma onerosidade excessiva que a lei não permite seja suportada por uma parte em benefício do enriquecimento fácil da outra. Há a imperativa necessidade de que o Estado interfira no negócio, porquanto em muitos casos o desequilíbrio já existe desde a

celebração do contrato, quando as partes se encontram nos pólos extremos de uma relação econômica em que há nítido domínio por parte de um em detrimento do outro.

O exemplo dos bancos é dos mais comuns no cotidiano do judiciário brasileiro. A lesão provocada pelo poderio da instituição financeira se reveste de uma unilateralidade intangível pelos pobres mortais que figuram do outro lado do contrato. E justamente em razão dessa unilateralidade tão repelida pelo mundo jurídico é que não poderia ser unilateral a correção dos abusos.

E é exatamente este o sentido que vêm tomando os contratos, genericamente considerados. Não há mais espaço para o arbítrio incondicional, onde o homem contrata livremente, visando exclusivamente a vontade privada. O contrato, assim como a propriedade, deve atender à função social, de modo a que, alcançando os fins pactuados entre particulares, não se desvie dos fins sociais.

É preciso que em cada negócio jurídico, se não se possa construir, pelo menos não se permita destruir o bem comum. E sempre que um homem é indevidamente lesado, ainda que por contrato formalmente lícito, haverá lesão à sociedade e destrói-se o bem comum.

Por isto e principalmente em razão da disparidade de culturas e da estratificação social contrastante, é que há uma nítida tendência de que a tudo o quanto se possa atribuir direito (bem jurídico) haja um correspondente controle legal. Mesmo que se trate de direito disponível, individual e de caráter privado, há que se vigiar o devido uso deste direito.

Em se tratando de contratos, estes não de orbitar o ordenamento jurídico, sob pena de, debaixo do manto da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, escaparem ao fim máximo do Direito, que é a justiça, ou ao fim último da justiça, que é o bem comum.

Quando um homem de cultura mediana ou economicamente debilitado contrata com uma parte mais bem provida de informação ou de economia auto-suficiente, há uma grande probabilidade de que a parte frágil se submeta à vontade da outra, sem conhecer ou sem poder contestar as condições do pacto, em seu próprio prejuízo, justamente por conta da necessidade de atingir outro fim.

Neste sentido subjetivo já é fundamental o controle do equilíbrio. Muito mais o é objetivamente, quando circunstâncias alheias incidam negativamente no pacto, como é o caso da teoria da imprevisão.

Arnoldo Wald (2000, p. 183) sabiamente acrescenta:

[...] atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, e num vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por

ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes. Assim, em vez de contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes podem e devem adaptar para que ele possa sobreviver, suportando, pelo eventual sacrifício de alguns interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer de sua existência.

A rigidez do dogma do *pacta sunt servanda* passou a ser visto com certo relativismo, surgindo a predominância do *rebus sic stantibus*, (teoria da imprevisão), como forma de manter o equilíbrio contratual naqueles casos de reconhecida anormalidade, onde não foi possível a identificação prévia no ato da contratação. Assim, em nome da boa-fé, da estabilidade e do equilíbrio na relação contratual, tal princípio vem sustentado pelo novo Código Civil, nos arts. 477, 478 e 479, cumulados com os arts. 421 e 422 desse mesmo diploma legal.

O contrato, na verdade, passou a atender sua função social, cabendo-lhe conciliar os interesses individuais com os da coletividade, sem afastar a função individual a que se propôs. O legislador, sob este aspecto, começou a admitir a revisão contratual nos contratos bilaterais e unilaterais, por motivo de onerosidade excessiva e ainda a anulação dos negócios jurídicos que desrespeitarem os parâmetros legais de validade e existência.

O Estado, através de sua supremacia, começou a dar um conteúdo de ordem pública aos contratos. Como a verdadeira função social do contrato é o equilíbrio procurado no ato negocial, e ao mesmo tempo desenvolver a circulação de riqueza, o Estado deve proporcionar com o emprego de normas, a sua efetivação.

De acordo com a atual conjuntura, a inadequação do conceito tradicional do contrato clássico, obrigado pela autonomia da vontade que transmitia o ideal de liberdade, foi sendo ocupado por novos métodos de se contratar, pois não é mais concebível, que um contrato gire em torno de uma liberdade total, sendo que se assim fosse o contrário ocorreria, pois não se pode tratar iguais os desiguais.

Então, se um contrato jamais poderá ser visto em prol apenas de um interesse particular, uma vez que o interesse público está indiscutivelmente inserto em todos os tipos de contratos existentes e naqueles que não possuem característica própria, o contratante deve estar sempre atento às normas que procuram proteger o interesse público sobre o interesse privado, uma vez que a verdadeira razão de se estipular um contrato está em que

as partes estão reciprocamente necessitando de algo, ou seja, uma almeja o objeto, outra a prestação devida.

É neste contexto que o Estado está encarregado de cuidar da função almejada por ele, que é a circulação de riqueza de modo que uma das partes do contrato não sofra com as injustiças que o mercado econômico venha a promover.

Assim sendo, o contrato deve hoje ser tratado como um todo social, e não mais apenas como um encontro de vontades particulares, pois o Direito Contratual auxiliado pelo Estado como hoje está, tenta promover de modo bem eficaz o verdadeiro equilíbrio no interior das negociações, pois como afirma Lacordaire, citado por Orlando Gomes (2000, p. 35), “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

Daí a importância, que é crescente, do controle e da proteção deste equilíbrio, que vem aos poucos se incorporando à filosofia dos doutrinadores, dos julgadores e, finalmente, dos legisladores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto e explanado ao longo deste trabalho, ficou demonstrada a importância de que se reveste a Função Social, bem como a influência necessária que ela exerce de modo impactante sobre a sociedade massificada e globalizada de hoje.

No entanto, a função social para alcançar esta importância ao longo de toda a sua história, passou por grandes transformações, principalmente quando o Estado passou a intervir diretamente na ordem social, com participação ativa nas funções da vida social, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas entre os interesses meramente individuais e as necessidades coletivas e sociais, contrariando as teorias que pregavam uma total abstenção estatal na ordem econômica.

Essa intervenção se deu de maneira lenta, uma vez que durante muitos séculos a igreja já vinha se preocupando com a função social, por intermédio dos pronunciamentos dos seus líderes, mas nem por isso o Estado positivava em seus textos constitucionais o instituto da função Social, fato que só veio a começar a acontecer nos dois últimos séculos, quando vários países introduziram em suas constituições a teoria da função social.

No Brasil, particularmente, ao longo da história de suas cartas constitucionais, a função social foi consignada na maioria delas, embora de forma superficial, sem a devida importância que merecia. Somente em 1988, com o advento da atual Constituição Federal, foi que o legislador se preocupou em atribuir à função social a instrumentação para a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre justa e solidária.

Do tema função social no Direito Civil, depreende-se que o movimento de 1988 conjugou as principais tendências mundiais sobre o assunto com as conquistas já alcançadas em Cartas anteriores. Ao inserir esse tema no âmbito dos direitos e garantias fundamentais o constituinte concedeu proteção e fulcro para o desenvolvimento das teorias que legitimam esse tipo de leitura dos institutos privados, que não podem mais ser guiados de forma egoísta e na contramão do princípio da solidariedade social.

A efetividade da Constituição, aliada ao seu majestoso conteúdo, propiciaram o florescimento de medidas legislativas e judiciais que puseram em prática o que antes era alvo apenas de discussão doutrinária. Não apenas o conteúdo relativo a direitos sociais, mas também o enfoque a outras finalidades constitucionais, como a proteção da criança e do adolescente, ou do meio ambiente, além de sua eficácia horizontal, mostraram a

importância que o termo ganhou nos meios político e jurídico, o que, mais uma vez reforça a atualidade e discussão.

A atual Constituição deu um novo impulso para a consolidação da função social como elemento imprescindível na sociedade massificada em que se vive hoje, pois ela reconheceu a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, que culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja a de redirecionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa.

A partir daí, o Código Civil, de 2002, buscou incorporar em seu texto a diretriz da socialidade, uma vez que a sua estrutura é essencialmente social, ao contrário do Código de 1916, que por ter uma feição nitidamente individualista, ignorou a função social e absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então, que vivia uma economia rudimentar, pós-escravocrata e recém ingressada na República, e onde o espírito individual se sobrepunha aos interesses sociais.

Vivencia-se, na contemporaneidade, uma sensível e significativa reformulação da estrutura, noção e função dos institutos de Direito Civil. Diante das mudanças da civilização e com crises de toda ordem, com a gradativa aceleração da intolerância dos indivíduos, o clima de exacerbação do individualismo e do modelo globalizado de exclusão social, qual será o futuro da humanidade no planeta Terra? O Direito exerce necessário e insubstituível papel de atuar eficazmente em prol dos bens e valores socialmente escolhidos no curso da história, não sendo mero receptáculo da realidade subjacente e oculta. No contexto de tal problematização, insere-se a Função Social dos institutos do Direito Civil à luz da experiência constitucional comparada brasileira.

A temática envolvendo a função social no Direito Civil e os direitos fundamentais na ordem jurídica do país é ampla, recheada de questionamentos e de aparentes conflitos entre bens jurídicos, interesses e direitos das pessoas humanas e da coletividade. Daí ser fundamental que se aprofundem os debates, discussões e diálogos sobre temas tão relevantes e atuais, propiciando a implementação do princípio e valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro da dignidade da pessoa humana, em suas várias perspectivas e aplicações, tanto na sua dimensão individual, quanto na comunitária.

A Função Social deve ser tida como cláusula geral, permitindo ao jurista uma reflexão e construção de acordo com os valores éticos, econômicos e sociais. Não pode o intérprete e aplicador do direito se manter apático diante das transformações ocorridas no seio social, sobretudo quando esse comando é determinado pelo próprio legislador.

A importância da função social se irradia sobre os diversos institutos do Direito Civil, e os reflexos dessa irradiação vêm sendo sentidos pelas alterações promovidas na legislação infraconstitucional. A exposição feita neste trabalho, sobre a visão histórica da Função Social no Direito Civil permite compreender quão complexa se mostra a temática da funcionalização social de institutos anteriormente compreendidos sob uma vertente individualista e liberal, buscando trazer questionamentos e caminhos para o aprofundamento de pesquisas sobre este tema.

Portanto, cabe ao intérprete e aplicador do direito se aprofundar, pesquisar e reanalisar os institutos relacionados às situações jurídicas subjetivas no âmbito do denominado Direito Privado, redesenhando o conteúdo dos institutos e instituições tradicionalmente concebidos à luz da legalidade constitucional, desenvolvendo atividade exegética e concretizadora no contexto de um ordenamento jurídico que prestigia e privilegia valores existenciais, como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e sociais, alicerçado nos ideais humanistas, solidários e de justiça distributiva no Brasil. Dentro desse quadro é que merece ser visualizada a Função Social no Direito Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DONOSO, Denis. *Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº. 269, 2 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5030>>. Acesso em: 10.abr.2008.

DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho privado. In: Las transformaciones generales Del derecho (publico y privado). Trad. de Adolfo G. Posada e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FONSECA, Arnaldo Medeiro da. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. 3a edição. Rio de Janeiro: Revista Forense: 1958.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. IV, tomo 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. 17ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 10.abr.2008.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Francisco Serrano. *A teoria da imprevisão e a revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº. 327, 30.mai.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5240>>. Acesso em: 20.mai.2008.

MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº. 55, mar.2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em: 20.mai.2008.

NETTO Paulo Luiz. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº. 55, mar.2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 15.04.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *O impacto do novo código civil no mundo dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Geral Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos – Volume II*. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: RT, 2000.