

INTRODUÇÃO

O tema do artigo a seguir é um dos mais instigantes trazidos a lume pelo novo Código Civil, pois expressa a opção do legislador nacional por um novo modelo de Código. A adoção das cláusulas gerais e dos princípios, em especial a função social do contrato (art. 421, CC)¹ se alinha com diretrizes emanadas da Constituição Federal como a da solidariedade, ínsita em várias disposições constitucionais, *v.g.* art. 1º, III. Não obstante a elaboração do novo Código tenha sido realizada antes da promulgação da Constituição de 1988, durante sua tramitação no Congresso Nacional, nas décadas de 80 e 90, acabou recebendo a influência de outras legislações contemporâneas calcadas em uma pauta axiológica, é dizer, em valores éticos, referidos por Miguel Reale em sua obra sobre a história do Novo Código Civil.

Ao prever expressamente a cláusula geral da função social do contrato, o Código de 2002 adotou a teoria funcional do Direito, pela qual o Direito deve se prestar a uma finalidade, a um fim a ser cumprido. Há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico de um instituto e o cumprimento de sua função social.

Nosso objetivo, então, é o da análise de uma das cláusulas gerais do novo Código Civil, sua inter-relação com a Constituição Federal e de como a jurisprudência gaúcha vem utilizando tal cláusula/princípio em seus julgamentos em determinado período – especificamente os últimos 6 (seis) meses de 2013 -, através de uma pesquisa efetuada nas ementas publicadas no *site* de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pretende-se verificar, portanto, como o novo instituto (função social do contrato) é tratado pelos julgadores em casos concretos.

Assim, o primeiro item do artigo trata do contrato na linha do tempo; o segundo aborda a constitucionalização do Direito Privado, analisa a função social do contrato; e busca inter-relacionar essa cláusula geral do novo Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor; enquanto o terceiro item traz o resultado da análise da jurisprudência gaúcha nos últimos meses sobre a utilização da cláusula geral da função social do contrato nos julgamentos do colegiado. Em Considerações Finais são alinhados aspectos conclusivos sobre a história do contrato; a adoção da cláusula geral da função social do contrato e de como essa vai ao encontro da solidariedade preconizada pela Constituição Federal, bem como conclusões sobre a utilização da cláusula geral em comento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ao final, reitera-se que este trabalho tem um viés histórico-jurídico, vez que o

¹ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37 e seguintes.

contrato é um dos institutos jurídicos mais propícios à realização de tal tipo de pesquisa, no qual se percebem as mudanças da sociedade ao longo do tempo como é o caso da transformação de uma sociedade agrária, de economia simples, em uma sociedade industrial, de economia complexa e consumo ou como lembra Roppo, um mundo de relações massificadas e estandarizadas, em que a relação contratual nasce e produz efeitos não sobre a base de declarações válidas, mas sim com base no contato social.²

Sob esse viés, a cláusula geral/princípio da função social do contrato adotada pelo novel Código Civil representa uma alvissareira mudança em direção à construção de um direito menos individualista e patrimonialista. Esperamos contribuir de alguma forma à tão importante tema civil-constitucional.

1 O CONTRATO NA LINHA DO TEMPO

O contrato, designando um acordo de vontades livres e soberanas, é uma instituição da vida socioeconômica mais antiga do que a civilização romana. Em geral, fecham-se os olhos às civilizações da Antiguidade Oriental, tão importantes quanto as civilizações da Antiguidade Clássica, por existir o senso comum de que Roma seria a fonte originária de todas as estruturas socioeconômicas ocidentais. O contrato, porém, é anterior à própria categorização jurídica como fonte do direito das obrigações, tal categorização tem sua gênese no direito romano, pois foi este que desenvolveu a teoria da *obligatio*,³ mas em outras civilizações existiram manifestações com conteúdo jurídico-legal idêntica aos contratos.

A ligação entre Oriente e Ocidente é mais próxima do que pode parecer em um primeiro momento, embora as “vontades” dos romanos fossem distintas das dos egípcios ou dos mesopotâmicos. Antes mesmo do chamado contrato de compra e venda dos romanos, as trocas comerciais entre os mesopotâmicos geraram um rudimentar contrato desse tipo e, tão antigos quanto tais contratos, foram os contratos de doação do Egito antigo, de acordo com o conteúdo do *Papiro Broklyn*.⁴

A análise a ser feita sobre o contrato na linha do tempo, então, inicia-se em civilizações anteriores às denominadas civilizações clássicas. Tradicionalmente a historiografia faz uma classificação da História Antiga, referindo-se à História Antiga Oriental

² Cf. o Capítulo V – As transformações do contrato na sociedade contemporânea. “Declínio” ou “relançamento” do instrumento contratual. In ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 295-348.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴ CARDOSO, Ciro Flamarion. *Trabalho compulsório na antiguidade: ensaio introdutório e coletânea de fontes primárias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, pp. 93-4.

e História Antiga Clássica. Usaremos deste critério tão-somente para situarmos nosso objeto de estudo. Assim, as civilizações egípcia e mesopotâmica se incluíam na História Oriental e Grécia e Roma na História Clássica.

São muitos os estudos dos historiadores do direito⁵ que tratam dos institutos jurídicos – família, sucessão, propriedade e contrato – e eles, em sua maioria, fazem um breve relato evolucionista de tais institutos a partir de Roma. O que se pretende, aqui, ao contrário, não é tratar do tema sob os influxos de um suposto avanço evolucionista, pois nem sempre a história socioeconômica e cultural dos povos é feita de avanços. Cada período histórico tem o seu próprio DNA, mas esse é transmitido a outros períodos históricos.

Com a divisão social do trabalho e a fixação à terra, foram geradas novas necessidades – o homem nômade deixou de sê-lo, passou a cultivar os campos e a comercializar o excedente de sua produção – e o direito à propriedade nasceu nestes tempos imemoriais. Do comércio do excedente da produção, surgiu a propriedade mobiliária, anterior, portanto, à imobiliária, já que, primitivamente, o solo era considerado sagrado e a exploração do mesmo era coletiva. A necessidade de adquirir bens, móveis ou imóveis, foi a mesma, tanto no reino de Larsa (pré-Hammurabi), em torno de 1800-1700 a.C., como na província da Trácia (pertencente à Roma imperial), em 300 d.C., mais de mil e quinhentos anos depois.

Nosso ponto de partida são as civilizações orientais, colacionando o escrito (e decifrado) em tabuletas de argila e papiros. Após, será analisado o contrato nas denominadas civilizações clássicas, em especial a Roma do Baixo Império. Na continuidade, se passará à época moderna da formação das nações ocidentais ligadas ao Mediterrâneo e à Revolução Francesa, cujos cânones inspiraram ao Código Civil francês (*Code Napoleon*) e o surgimento de um contrato moderno. Alertamos, desde já, que, propositadamente, não serão analisados os contratos no Medievo, instituto já tão magistralmente analisado por Paolo Grossi.

1.1 Contratos pré-hammurabianos

Os contratos anteriores à unificação da Mesopotâmia são objeto de estudo de assiriólogos⁶ dedicados à época anterior a Hammurabi, entre 2017-1763 a.C. e principalmente ao período de unificação da civilização, sob os caldeus (Babilônia) e os assírios, que nasceu às

⁵ No sistema do *Civil Law* devem ser citados os nomes de Paolo Grossi, Pietro Barcellona, António Manuel Hespanha, Franz Wieacker, R.C. Caenegem e René David.

⁶ No Brasil os estudos de Emanuel Bouzon são de relevância. Sua recente obra *Contratos pré-hammurabianos do reino de Larsa* é a primeira em português a traduzir e comentar o texto original cuneiforme das tabuletas provenientes do antigo reino de Larsa (situado próximo a Uruk e Ur, hoje território do Iraque). Ver BOUZON, Emanuel. *Contratos pré-hammurabianos do reino de Larsa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

margens do Tigre e Eufrates. Nesta civilização unificada, o Código de Hammurabi é a fonte histórica por excelência; o qual abrange os mais distintos aspectos da vida sócio-econômica da Mesopotâmia. Porém, antecedente a ele já existiam as Leis de Eshuna,⁷ fonte documental importante e as manifestações por escrito de atos negociais de Larsa, cujas tabuletas de argila pertencem ao acervo dos museus do Louvre, de Berlim e à coleção de textos babilônicos da Yale University (USA).⁸

Os contratos do reino de Larsa têm principalmente como objeto a compra e venda de propriedades, a permuta de propriedades e o aluguel dos campos, o que comprovaria que a instituição propriedade privada já estava presente naquele reino, bem como uma estrutura do sistema de intercâmbio comercial, vez que tais contratos configurariam os negócios realizados na época. As operações comerciais também ocorrem entre o palácio e os súditos, especialmente no setor de construção, pois só os trabalhadores em razão da corvêia não eram suficientes à execução das grandes obras da época. Nas tabuletas encontradas foi identificado o período dos reinados de Warad-Sîn e de seu irmão, Rim-Sîn (1822-1763 a.C.), sendo que durante o governo do último, Larsa atingiu seu apogeu político e econômico. Foi nesse período que houve o crescimento de transações comerciais com propriedades privadas, e, concomitantemente, o gradual acúmulo das propriedades nas mãos de poucas famílias. No período áureo de Larsa,

Uma intensa atividade comercial de compra, venda e troca de propriedades rurais, de diferentes naturezas, entre pessoas privadas é amplamente testemunhada nos documentos da época. Por outro lado, os textos mostram-nos, também, que a grande família extensa e indivisa, tão importantes em épocas anteriores, entra, agora, em crise. Os inúmeros testamentos deste período atestam o costume de os irmãos procederem à divisão dos bens da família logo após a morte do pai de família ou por ocasião do casamento de um dos filhos.⁹

Dentre as tabuletas de argila que contêm os contratos pré-hammurabianos, optamos por transcrever o conteúdo de um de compra e venda, traduzido e interpretado pelo historiador Emanuel Bouzon. A escolha levou em consideração o tipo de negócio realizado, em especial a compra e venda de propriedades imobiliárias e de pessoas:

§ 100 Texto: YOS 8,8 (YBC 5727) Data: ano 9 de Rim-Sîn Transmissão: tábua cuneiforme 'Hazirum é o seu nome (1), de Sîn-mušallim, seu pai, e de Gamultum, sua mãe, Balmunamhe comprou, 1/3 de mina de prata, como seu preço total, ele pesou. Que no futuro, Sîn-musallim e Gamiltum não retornarão, em nome do rei [eles juraram] (2). Diante de Itti-Ea-mil[ki], diante de Ginadum, [x-x] diante de Sîn-gamil, mus[en.dù] (3), diante de Abi-illala ... Selo das testemunhas. Mês: bára.zag.gar. Ano: o canal Lagaš até o mar ele escavou.
Comentários

⁷ As *Leis de Eshuna* foram encontradas no norte da antiga Mesopotâmia, hoje território do Iraque.

⁸ BOUZON, Emanuel. *Contratos pré-hammurabianos do reino de Larsa*. Porto Alegre, p.13.

⁹ Op. Cit, p. 29

- (1) Este contrato registra a compra e venda de um escravo chamado Hazirum. Os vendedores são seus próprios pais. Trata-se, pois, certamente, de um tipo de escravidão a título de pagamento de dívidas contraídas. Cf. sobre este costume o § 117 do Código de Hammurabi (cf. E. Bouzon, O Código de Hammurabi, p. 131 s.).
- (2) É usada a fórmula simples *mu lugal.la.bi in.pàd.meš*.
- (3) Na tábuia lê-se, apenas, o sinal cuneiforme HU. Trata-se, provavelmente, do sumerograma *mušen.dù*, que corresponde ao acádico *ušandum* e indica o passarinho, o criador de aves (cf. A. Deimel, SL, I, p. 177, 41; AHw, p. 1437).¹⁰

A acumulação de riqueza somente por algumas famílias em detrimento de outras causou desequilíbrio, levando ao empobrecimento das outras camadas da população, iniciando-se, assim, a queda do reino de Larsa e sua posterior anexação por Hammurabi. Dessa época há documentos que revelam o latente estado de decadência do reino, vez que, em razões de dívidas contraídas junto às famílias ricas, inúmeros pessoas vendiam a si próprias e também familiares, como foi o caso de pais que venderam o filho para a quitação de dívidas.

Essa “espécie” de contrato de venda de um ser humano não perdurou nas civilizações posteriores, ao contrário da prisão civil por dívidas, que perdurou até o século XX.

1.2 No Egito dos faraós

No Egito antigo foram encontrados documentos escritos – papiros – que revelam que naquela sociedade também existiram várias espécies de contratos, sendo o contrato de matrimônio um exemplo dos tipos mais utilizados pelos egípcios. Nos seguintes termos:

No sétimo ano do reinado de Alexandre, filho de Alexandre, o décimo quarto ano de satrapia de Ptolomeu, no mês de Dío. Contrato de casamento de Heráclides e Demétria. Heráclides toma como sua legítima esposa Demétria, de Cós, ambos livres, do seu pai Leptines, de Cós, e de sua mãe Filótis, trazendo um enxoval de panos e ornamentos, no valor de mil dracmas, e Heráclides deverá fornecer à Demétria tudo que é devido a uma esposa nascida livre. Viveremos juntos onde, de comum acordo, parecer melhor a Leptines e Heráclides. Se Demétria for descoberta atentando à honra de seu marido Heráclides, será privada de tudo que trouxe consigo, mas Heráclides deverá provar sua acusação a Demétria, diante de três homens que ambos aceitem. (...) Esse contrato será válido para todos os efeitos, sempre que Heráclides utiliza-lo contra Demétria, ou se Demétria e os que a ajudam para exigir reparação o solicitarem, e terá força de lei como se fosse apresentado neste fórum. Heráclides e Demétria terão o direito de manter as cópias do contrato nupcial em sua guarda e poderão utilizar contra o outro cônjuge. Testemunhas: Clêon, Gelan, Antícrates, Têmnian, Aristômaco, Cirenato, Aristódico, Coano. (Contrato de matrimônio, Papiro n. 311).¹¹

Embora não tenha sido, ainda, encontrado qualquer vestígio de uma codificação de leis, situação distinta da Mesopotâmia, sabe-se, através dos achados arqueológicos, que os

¹⁰ Idem, p. 30-4.

¹¹ FUNARI, Pedro Paulo A. *Antigüidade Clássica: a História e a cultura a partir dos documentos*. 2ª ed., Campinas: Unicamp, 2003, p. 107.

egípcios adotaram a prática do contrato para firmarem compromissos, desde matrimoniais até comerciais. Conforme Maciel,¹²

discute-se se os egípcios tiveram um direito codificado ou não. Entendemos ser estéril essa discussão, já que até o momento não foram encontrados textos que atestassem diretamente esse fato. O que realmente importa, independentemente de algum arqueólogo em breve achar hieróglifos que comprovem a codificação, é que tiveram um direito extremamente evoluído, sendo em vários pontos comparado ao direito romano, que surgirá mais de dois mil anos após. Essas informações sobre as leis egípcias chegam até nós de forma indireta, quer pelo texto dos julgamentos que se preservaram, quer pela literatura, que abordava amplamente o tema.

Como era uma sociedade teocrática, os deuses também eram invocados no ato de realização do contrato, embora fosse perfectibilizado perante um escriba real. Além dos contratos matrimônios, foram decifrados papiros contendo disposições testamentárias, logo, o testamento existe nas sociedades humanas há milhares de anos, mais antigo que o próprio testamento romano. Quanto à forma e conteúdo do testamento egípcio, tal documento consistia de uma declaração oral, feita pelo indivíduo diante da corte ou de testemunhas, registrada por um escriba profissional, que conferia validade legal ao documento.

São conhecidos dos estudos dos egiptólogos os testamentos datados da época do Novo Império, sendo que os mesmos têm grande valor informativo, tanto pela sua raridade como pela sua referência em várias fontes, o que reforça a origem e autenticidade. Esclarece a historiadora Margaret Bakos que, além do denominado *testamento de Naunakhte*, somente dois outros testamentos, também datando do Novo Império, foram tão bem conhecidos.¹³

A civilização egípcia desapareceu e os vestígios da mesma (papiros e outros documentos) somente vieram à tona em fins do século XIX com a famosa expedição de Napoleão, capitaneada por Champollion, à terra do rio Nilo. Foi graças às descobertas da famosa expedição que tomamos conhecimentos dos contratos no antigo Egito.

1.3 O Baixo Império Romano, o direito na época de Justiniano e os contratos

A civilização romana nasceu à beira do rio Tibre e em uma versão mitológica da origem mais remota de Roma é encontrada na fuga do príncipe troiano Enéas,¹⁴ o qual, fugindo da destruição de seu reino pelos gregos, chegou às terras da Etrúria e se uniu aos etruscos, povo local que, mais tarde, deu origem aos romanos e à lenda de Rômulo e Remo,¹⁵ os irmãos gêmeos que fundaram Roma em 753 a.C e foram “amamentados” por uma loba.

¹² MACIEL, José Fábio e AGUIAR, Renan. *História do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

¹³ BAKOS, Margaret Marchiori. *O povo da esfinge*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2000, p.47-8.

¹⁴ Cf. o verbete “Enéas” in *Dicionário Greco-latino*. São Paulo: Abril Cultural, 1976, p. 51.

¹⁵ Idem, p. 86.

O desenvolvimento do Direito Romano iniciou com a fase da Realeza (de 753 a.C até meados do século II), tendo se estendido pela República (509 a 27 a.C) e pelo Império por quase mil anos. Foi durante o Império (27 a.C a 476 d.C) que os institutos do direito de família, do direito das coisas e das obrigações foram aperfeiçoados com a criação de leis e a construção da jurisprudência. Os contratos, por exemplo, tiveram notável desenvolvimento ao longo do tempo conforme esclarece Maciel:

Diferentemente da nossa realidade, em que o contrato é ato jurídico bilateral, e todo contrato gera obrigações, no direito romano arcaico o simples acordo não gerava obrigação. Para haver a *obligatio* era necessário fundamento jurídico, não bastando o acordo de vontades. Nessa época os romanos reconheciam apenas os contratos formais, denominados *nexum* e *stipulatio*, com várias formalidades para as suas concretizações, como presença de testemunhas, atos simbólicos, etc. Com o desenvolvimento do comércio foi necessário flexibilizar, instituindo-se novas formas de contrato, elaboradas pela jurisprudência republicana. Não só o *nexum*, forma mais rigorosa, caiu em desuso como os contratos ganharam cada vez mais o aspecto verbal, realizando-se por meio do pronunciamento de certas palavras.¹⁶

Foi somente na Época Clássica que os denominados contratos reais (mútuo, depósito, penhor e o comodato) ganharam força e tendo como característica principal o formalismo. O Direito Romano é formalista por excelência e no campo contratual o relevo da forma era fundamental, inclusive sendo conhecida famosa passagem do jurisconsulto Gaio, em que adverte o risco em perder o pleito pela pessoa que, litigando contra quem lhe cortasse videiras, empregasse o vocábulo *vites* ao invés de *arbores*, preceituado na Lei das XII Tábuas.

Na Época Pós-Clássica ou Época do Baixo Império houve modificações em relação a vários institutos, como é o caso da adoção. No direito justinianeu (do imperador Justiniano) foram admitidos dois tipos de adoção – ao contrário da época anterior – a *adoptio plena*, que coloca o adotado sob a *patria potestas* do adotante e a *adoptio minus plena*, que é a adoção do tipo oriental, que só resulta em vantagens para o adotado – este adquire direitos de sucessão na família adotiva sem romper os laços com a família de origem.¹⁷

O *Digesto* e as *Institutas* continuam referências aos contratos, sendo exemplo as disposições referentes ao contrato de adoção na primeira compilação:¹⁸

D. 1.7.23

PAULUS libro trigésimo quinto ad edictum

Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus vero non adgnascitur nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognatus eius fit: item nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum

¹⁶ MACIEL, José Fábio. *História do Direito*, p. 84.

¹⁷ GIORDANI, Mário Curtis. *História do Império Bizantino*. 5. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2001, p. 239.

¹⁸ In *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Imperador do Oriente Justiniano I; tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

prohibitis.

Cuja tradução é a que segue:

Quem é dado em adoção se torna também cognado daqueles de quem se torna agnado; mas também não se torna cognado daqueles de quem não se torna agnado; a adoção, pois, não leva consigo o direito de consangüinidade, mas o direito de agnação. E por isso se eu tiver adotado um filho, a minha mulher não toma o lugar de sua mãe, nem pois se torna agnada dele (pelo fato de nem se lhe ter tornada cognada); igualmente, nem minha mãe toma o lugar de sua avó, pois que não se faz agnado daqueles que estão fora de minha família. Mas, para a minha filha, aquele que eu adotei se torna irmão, pois que a filha está na minha família, restando porém também proibidas as núpcias deles.

Com a queda de Roma em 476 d.C e as invasões bárbaras, o Direito Romano pós-clássico (ou justinianeu) permaneceu submerso por mais de cinco séculos, tendo renascido junto com as primeiras universidades (Bolonha e Paris no século XI) e os estudos dos compiladores. Tal renascimento do direito romano deu origem ao direito canônico, e na nascente Europa medieval surgia o direito ocidental pré-Revolução Francesa e os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*.

1.4 O contrato de compra e venda no Império francês de Napoleão Bonaparte: o modelo de contrato por excelência da modernidade

O direito medieval não é objeto de análise do presente artigo, por isso não se abordará o direito canônico e a influência do direito bárbaro, não obstante o Direito moderno (aqui entendido como aquele inaugurado pela Revolução Francesa) também tenha como fonte os mesmos. Limita-se este item à análise dos ideais burgueses da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade - e de como esses foram adotados no Código de Napoleão (1804), sendo a base do direito liberal-burguês, de cunho individualista e patrimonialista, cujo instrumento contratual por excelência foi o contrato de compra e venda.

A Revolução Francesa, além de derrubar o regime absolutista francês, foi a responsável pela disseminação de novos valores, um deles foi fundamental à concepção tradicional do contrato, o da liberdade. A liberdade fundamenta o individualismo e o voluntarismo. É a autonomia da vontade o dogma surgido com a Revolução Francesa e expresso no Código Civil Francês (de 1804)

O Código napoleônico foi o ápice da doutrina liberal e constituiu-se em símbolo de uma época, já que elevou a vontade individual a fundamento de um novo modelo jurídico. Junto com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estabeleceu uma nova racionalidade jurídica. No decorrer dos séculos XVIII e XIX, o código, além de ser

considerado modelo, tornou-se a maior fonte do liberalismo jurídico e do desenvolvimento de um direito privado patrimonialista, cujo maior dogma, reitera-se, era a autonomia da vontade,

A doutrina da autonomia da vontade embasa o princípio da liberdade contratual, conforme expressa Claudia Lima Marques,¹⁹ :

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva ... Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.

De cunho eminentemente individualista e patrimonialista o Código francês também consagrou a força obrigatória dos contratos, pela qual uma vez manifestada a vontade entre as partes, essas não poderão se desvincular. Logo, o contrato será lei entre as partes (art.1.134 do Código francês). Outrossim, é o contrato de compra e venda o protótipo de um direito liberal-burguês, vez que é o instrumento mais utilizado pela ascendente classe burguesa. Ainda eram relações simples em que os contratos continham, por vezes, cláusulas leoninas, e mesmo assim vinculavam as partes, panorama que mudou com a nova concepção de contrato.

1.5 A nova concepção do contrato: dos contratos de adesão (Saleilles) aos contratos de consumo do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990

Com a industrialização e o aumento expressivo do contingente populacional os contratos passaram a ser contratos de massa, é dizer, as relações contratuais passaram a ser massificadas e os instrumentos referentes a elas firmados sob a forma de contrato de adesão, o qual é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, com cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte. É um fenômeno típico da contemporaneidade, produzindo-se em múltiplos campos como, por exemplo, o de seguros, o de planos de saúde, o de operações bancárias, o de venda e o de aluguel de bens. A expressão contratos de adesão (*contrats d'adhesion*) é atribuída ao professor Raymond Saleilles em obra do início do século e que depois se disseminou em outros ordenamentos jurídicos que não só o francês.²⁰

Se o contrato de compra e venda foi o modelo de um código liberal individualista,

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.36.

²⁰ Op. cit., p. 47.

hoje os contratos bancários são o modelo de uma nova concepção do contrato. Modelo no sentido de que são contratos de consumo, sobre os quais incide o Código de Defesa do Consumidor e os seus princípios em defesa do consumidor. Trata-se de contrato de adesão em que há a possibilidade de intervenção judicial, a força obrigatória dos contratos é relativizada e a liberdade de contratar é limitada pela função social do contrato – cláusula geral agora expressamente prevista no novo Código Civil.

Em verdade, é com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (1990) que a nova concepção de contrato é consagrada em nosso país. Essa concepção procura o reequilíbrio da relação contratual, através da chamada justiça ou equidade contratual; uma concepção voltada menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que os contratos de consumo criam na sociedade atual. Então, o CDC, além da Constituição Federal, acabou influenciando diretamente nas diretrizes consagradas pelo Código Civil de 2002 - entre elas as diretrizes da eticidade e da socialidade. Ambas traduzem a opção do legislador por um código voltado para os interesses da coletividade, o que se verificou na aprovação de uma nova cláusula geral – a função social do contrato (art. 421).

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O contrato é uma instituição milenar da vida socioeconômica da humanidade. Sua origem é tão remota quanto as primeiras codificações – as Leis de Eshuna e o Código de Hammurabi – da civilização pré-mesopotâmica, embora tão-só tenha sido denominado como tal e sistematizado como categoria jurídica na civilização romana.

Foi em Roma, portanto, que o contrato passou a ser percebido não só como um acordo entre as partes, senão como um documento jurídico, o qual foi classificado em algumas espécies, essas com características próprias. A partir da construção jurídica romana – assimilada pelos povos germânicos – passando pela Renascença e a influência do direito canônico, chegou-se aos séculos XVIII e XIX e foi nesses que surgiu o direito dos contratos.

O direito dos contratos é resultado das grandes codificações oitocentistas e do que elas propugnavam como direito dos contratos. Sem dúvida, dentre estas codificações, o Código que exerceu maior influência no Ocidente foi o Código de Napoleão e, conforme o já visto, serviu como modelo aos demais códigos civis promulgados depois dele. E, como é sabido, a autonomia da vontade era o grande cânone daquele código.

Lembrando do ideário liberal-burguês do *Code Napoleon* as palavras de Nalin:²¹

O movimento liberal, cujo ponto culminante é a promulgação do Código Civil Francês, em 1804, outorgava caráter absoluto à autonomia privada onde o único limite à liberdade individual seria a liberdade do outro – *neminem laedere*, conjugada com a norma *pacta sunt servanda*, fundamento do contrato social, que encontra sua razão de ser na *volonté générale*, a vontade fictícia do povo.

Com a massificação das relações sociais, a industrialização e as novas tecnologias, os códigos oitocentistas e a doutrina liberal não conseguiram mais atender às novas demandas, nem tutelar adequadamente os direitos humanos de segunda e terceira gerações. O caráter patrimonialista de tais códigos, cujo centro era a propriedade (= o ter) e não a pessoa humana (= o ser), lhes afastou do objetivo primordial de um código de leis, qual seja, o da proteção aos valores existenciais e não só ao patrimônio. E o contrato, dentro os institutos abrigados pelos códigos oitocentistas, foi o mais deturpado, pois, em uma visão estreita, enxergava-se ele somente como meio de circulação de riquezas, viés estritamente econômico, e não como um instituto que pudesse ser utilizado com equidade e justiça.

Assim, de acordo com as palavras do mestre argentino Iturraspe, o contrato dos códigos oitocentistas já não espelhava a realidade do século XX:

Es sabido, pero no nos cansamos de repetirlo, que los Códigos del siglo XIX – entre ellos el francés y el nuestro – regulaban las relaciones pensando en hombres libres, iguales y fraternos; es entre ellos que tenia vigencia la autonomía de la voluntad y la propiedad como derecho absoluto. De ahí que se afirmara, como verdad dogmática, que el contrato entre personas capaces “era necesariamente justo”; no se concebía, entre iguales, fuertes y fraternos, el abuso o el aprovechamiento. Pero todo esto ha quedado muy atrás en el tiempo y en la realidad negocial, hoy ya no se contrata por “la discusión”, de igual a igual, sino “por la adhesión”, a las cláusulas predispuestas; en una relación vertical, de um lado um economicamente fuerte, con “poder de negociación”, y en posición dominante, y, del outro, um necesitado, una parte débil, en posición de dominación.²²

Contudo, uma revolução estava em curso, uma revolução jurídico-social, gerada em uma sociedade com idéias voltadas à solidariedade e que, infelizmente, mais tarde, foi derrotada pelo espírito bélico de seus governantes. Com a República de Weimar e a sua famosa Constituição (1919), institutos do direito privado foram abarcados na constituição. Se se pode falar de um marco temporal da constitucionalização do direito privado, esse foi o ano de 1919 com a promulgação da Constituição de Weimar. Foi ela a precursora de um direito civil constitucional,²³ já que entre seus artigos, existiam vários concernentes a institutos típicos do direito privado.

Em realidade, as constituições, além de exercerem o papel de baliza às demais leis,

²¹ NALIN, Paulo. *Contrato e sociedade. Princípios de Direito Contratual*. Curitiba: Juruá, 2006, p.27.

²² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos – aspectos generales*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 16.

²³ LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

passaram a desfrutar de um *status* político e jurídico de maior relevância no século XX. Não que não fossem importantes antes, mas o Constitucionalismo Contemporâneo conseguiu resgatar o papel fundamental que a Constituição tem um Estado Democrático de Direito. No Brasil, isso foi resgatado com a promulgação da Constituição de 1988, sendo o documento jurídico mais importante nos últimos vinte e cinco anos, seja pelo que representou – o retorno à normalidade democrática – como pelo que representa hoje, a fonte central do ordenamento.

2.1 Constitucionalização do direito privado no Brasil e a nova teoria contratual

O movimento pela constitucionalização do direito privado surgiu no Brasil em fins da década de 70 do século XX, quando um grupo de doutrinadores, de modo precursor, desenvolveu doutrina acerca da Constituição como centro do ordenamento jurídico, a partir de estudos da doutrina alemã e a italiana. A inserção de institutos de direito privado na Constituição Federal de 1988, garantindo a institutos como a família e a propriedade um status constitucional (arts.) tornaram realidade o movimento iniciado anos antes. O direito privado deixou de ficar à parte, alheio às diretrizes emanadas da Constituição Federal.

Nesse sentido, a manifestação de Fachin sobre a constitucionalização como expressão dos novos rumos tomados pelo direito civil pátrio ao se referir à *virada de Copérnico*, em que a ‘repersonalização eclipsou os dogmas do oitocentista civilístico’.²⁴

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, os constituintes fizeram escolhas no tocante aos temas objeto das futuras disposições constitucionais. Logo, optaram por constitucionalizar temas que até então eram restritos ao Código Civil. Dentre as disposições constitucionais que expressam a opção do legislador constituinte estão os art. 5º, XXII, XIII, XXXII e o art. 236, §§ 1º a 7º.

Como bem disse Tepedino,

O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.²⁵

Em realidade, a constitucionalização do direito privado implica em uma releitura e

²⁴ FACHIN, Luis Edson. *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 116-7.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, XX.

(re) interpretação dos institutos da dogmática civilística tradicional à luz da Constituição Federal. O Código Civil não deve ficar compartimentalizado, como se fosse somente dele a função da regulação das relações sociais. Tal releitura e (re) interpretação devem fazer parte do dia a dia dos operadores jurídicos, sejam eles advogados, juízes ou membros do MP.

Especificamente no concernente ao direito dos contratos, a Constituição Federal trouxe novas luzes ao tema, seja pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade constitucional (art. 3º, I), bem como por abrigar em seu rol dos direitos fundamentais, a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), a qual inspirou o art. 421 do Código Civil – cláusula geral da função social do contrato.

3 A função social do contrato como expressão do Direito dos Contratos constitucionalizado

O instituto da função social do contrato teve sua gênese na denominada teoria funcional do direito²⁶. É mister, contudo, não olvidar que um instituto jurídico não tem uma data de nascimento precisa, uma vez que o direito, além de uma estrutura histórica, é uma estrutura cultural, logo, seus institutos são frutos de um longo processo histórico-cultural ocorrido no interior da sociedade humana.

A teoria funcional do direito como marco temporal da gênese da função social do contrato indica que ela oferece um aporte da Teoria Geral do Direito a um instituto próprio do Direito Civil. Em concomitância com o surgimento da teoria funcionalista do direito, há outras teorias, como a teoria econômica do direito – fundada e defendida por juristas influenciados pela Escola de Chicago -, mas é a teoria italiana de Norberto Bobbio a que influenciou o direito brasileiro.

A funcionalização de determinados institutos jurídicos – v.g. a propriedade (art. 5º, XXII, CF) - atribuiu aos mesmos uma determinada finalidade a ser cumprida; além do poder atribuído ao titular do direito subjetivo (p.ex., direito de propriedade de “x”), há um dever desse “x” para que cumpra determinado fim (p.ex., o respeito à função ambiental da propriedade – não pode jogar lixo em uma nascente de rio que se encontra em sua propriedade). Anterior a Bobbio e a sua concepção do direito como função, há outros juristas que tiveram destacada importância na construção de uma Teoria Geral do Direito voltada para um direito que fosse além do individualismo reinante desde o Código de Napoleão.

²⁶ BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. El análisis funcional del Derecho: Tendencias y Problemas. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1990.

A função social do contrato, ao lado da função social da propriedade, sem dúvida é a expressão máxima do novo olhar que Bobbio e outros jusfilósofos lançaram sobre o direito, principalmente no pós-II Guerra Mundial, é um olhar construído a partir da constatação de que o direito e seus institutos, além de instrumentos de controle social, deve ser promocional, no sentido de promover o equilíbrio social.

Portanto, essa nova visão está intimamente ligada à questão do dirigismo estatal e da necessidade da intervenção estatal nas relações sociais – em especial nas jurídico-contratuais – para a promoção do bem comum. Visão, aliás, que encontra guarida na nossa Constituição Federal como fonte jurídica indelével na edificação de um direito social igualitário, adequado às exigências de um novo sujeito de direito, o qual busca a igualdade real, ultrapassando a mera busca pela igualdade formal.

Mas não deve se esquecer que a funcionalização do direito é fruto de uma nova matriz jurídico-social mais antiga que o pós-II Guerra. Desde meados da década de vinte do século XX, o direito de índole liberal começou a ser questionado. As influências de outras ciências humanas à área do Direito, como a Sociologia, tornaram-se visíveis na elaboração do mais importante documento legislativo daquela época, a Constituição de *Weimar*, de 1919. Elaborada por constituintes do denominado Círculo de *Weimar*, composto por intelectuais do porte de Max Weber, a Constituição alemã consagrou uma nova concepção jurídica – a de que o direito deveria ser um direito de e para todos, em um viés socializante, com predominância da tutela a valores sociais, sobrepondo-se a uma visão individualista, é dizer, a proteção constitucional não visava exclusivamente ao homem individual, senão ao homem social.

Houve na Constituição de *Weimar* um processo de funcionalização dos principais institutos jurídicos do direito. Nessa direção, as palavras de Nalin:

O processo de funcionalização (social) dos institutos jurídicos tem a sua raiz histórica no que se denominou, neste trabalho, de pós-modernidade entre as Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, conquista maior da civilística européia, e, em especial, alemã, se viu insuficiente para atender ao caos do pós-guerra, que se impôs na Alemanha e na Europa em geral, com a restrição à liberdade contratual e à utilização da propriedade.²⁷

Historicamente, porém, o Brasil levou setenta anos para ver valores sociais como a função social da propriedade expressamente tutelados (art.5º, XXII, CF c/c art. 1.228,§ 1º, CC). A demora decorreu principalmente do retrocesso constitucional imposto pela ditadura civil-militar de 1964-1985. Somente em um Estado Democrático de Direito, dispositivos com tal intuito - o de limitar o direito de propriedade, se a utilização desia estivesse sendo inadequada, sendo o interesse (individual) do proprietário sobreposto pelo interesse (social)

²⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

da coletividade – poderiam florescer.

3.1 A função social do contrato após a promulgação da Constituição de 1988

No ordenamento jurídico brasileiro, a adoção expressa da função social do contrato tão-só ocorreu com a edição do novo Código Civil. É claro que, tendo em vista o caráter solidarista da nossa Constituição, inclusive como uma tábua axiológica,²⁸ os operadores jurídicos, fazendo uma leitura civil-constitucional da legislação existente, e amparados em doutrina de vanguarda, já se utilizavam do instituto. A jurisprudência refletiu essa nova tendência na década de oitenta, principalmente a partir da promulgação da Constituição, já que vários institutos de direito civil foram constitucionalizados, como é o caso da aludida função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF).

A incorporação de institutos jurídicos típicos de um direito mais humanizado e solidarista não foi feita sem polêmica, inclusive porque há uma natural resistência ao novo, tendo recebido críticas dos mais distintos setores. Contudo, a opção do legislador por tal instituto expressa o compromisso do novo Código com os valores da eticidade e solidariedade. Nessa perspectiva, a opinião de Iturraspe:

Como se pode dizer que é conservador, tradicionalista, reacionário, um código que incorpora a função social do contrato. Ninguém na Argentina, nenhum reformador, atreveu-se a dar semelhante passo! **Incorporar a função social do contrato, digamos enfaticamente, é uma idéia ainda hoje revolucionária!** Dirão que é declarativa, que, ao ser concretizada, pode haver fraquezas, dirão o que disserem.

Mas falar do contrato, do negócio entre particulares, dos particulares, desse negócio que, para muitos, é filho exclusivo da autonomia da livre vontade das partes, de poderosos enfrentando os desamparados, assim, tenham diferente poder de negociação, dizer em contra-partida, que os contratos – que são instrumentos jurídicos para a satisfação das necessidades, que são o eixo da vida econômica – têm de mediar a função social, atendê-la, ouvi-la. É fantástico!.²⁹ (Grifo nosso).

Concorda-se com o mestre argentino acima referido, realmente é “revolucionário” o nosso Código Civil ter incorporado a função social do contrato em seu texto como cláusula geral, posto que é uma cláusula limitadora e, no ao fim e ao cabo, acaba por intervir claramente em relações jurídicas privadas, o que vai ao encontro do movimento da constitucionalização do Direito Privado, pois atende ao espírito da nossa Constituição, que é uma constituição dirigente. Houve uma escolha, por evidente, do resguardo dos interesses

²⁸ A expressão é do prof. Gustavo Tepedino, em *Temas de Direito Civil; Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. I e II*, ambos da editora Renovar.

²⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de Encerramento da II Jornada de Direito Civil do CEJ. Brasília: Centro de Estudos da Justiça Federal, 2004, pp. 42-3.

sociais face aos interesses individuais, isso vai ao encontro da solidariedade constitucional.

3.2 A inter-relação da função social do contrato com a solidariedade

A Constituição de 1988 tem um caráter principiológico, é dizer, suas bases conceituais são valores e princípios, como é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). O legislador constituinte, em uma visão conectada com as constituições contemporâneas como a da Espanha e a de Portugal, expressou na nossa Lei Maior princípios alinhados com o arcabouço jurídico dos direitos humanos que desde 1948 – Declaração Universal dos Direitos do Homem – e os demais pactos internacionais de direitos humanos passou a pautar a elaboração de leis ao redor do mundo (v.g. Pacto de São José da Costa Rica e outras convenções internacionais). Esse caráter principiológico é atestado por Tepedino:

O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.³⁰

A função social do contrato surge no contexto histórico-jurídico em que a intervenção estatal nas relações privadas ocorre frequentemente, pois atende a um novo modelo de Estado, o do Estado Social (*welfare state*). No Brasil, a Constituição Federal, por ser uma constituição dirigente, interviu nas mais distintas áreas jurídicas, tendo adotado valores solidaristas. Quando não interviu diretamente, ao contrário do que ocorreu com os institutos da propriedade e família, inspirou a posterior legislação infraconstitucional, entre outros o Código de Defesa do Consumidor.

Embora o projeto do novo Código Civil seja anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, a sua tramitação e debates são posteriores, o que significa dizer que o legislador não ficou alheio às discussões que se travavam em torno da Constituição. A respeito do tema, esclarece Martins-Costa:³¹

Essa norma, posta no art. 421, constitui a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo,

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, XX.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 157.

correlatamente também inflete sobre o contrato o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais, atribuindo-se ao exercício do poder negocial também funções positivas e negativas.

Então, o art.421 do Código Civil está em conformidade com as diretrizes constitucionais, não podendo ser considerado, como alguns já defenderam, como uma indevida ingerência nas relações privadas. Em realidade, o artigo em análise é uma cláusula geral – ou, conforme civilistas consagrados, um novo princípio do direito contratual, o qual veio se acoplar aos demais princípios contratuais. Como cláusula geral/princípio vem sendo objeto de vários estudos, por isso é preciso anotar que há muitos conceitos do que seja função social, mas nossa opção é pela definição do magistrado paulista Antônio Jeová Santos:

A função social do contrato obriga a todos do mundo jurídico a harmonizar o direito com a vontade de lucrar muito e mais como é próprio do sistema capitalista. Além de enxergar o contrato como instrumento jurídico, terá de observar que ele tem forte conteúdo de justiça e de utilidade.³²

Logo, o caráter social do contrato deve predominar sobre o individual. O contrato deixa de ser considerado um tema particular, que interessa somente às partes contratantes. Na vida econômica e social, o contrato não afeta somente interesses dos que nele intervêm, mas se transforma numa instituição social.³³

A essência do conceito de função social está na predominância do social sobre o individual. Desde tempos imemoriais, o contrato era visto como um instituto jurídico que atendia ao tão-só designado pelos indivíduos contratantes. Não havia qualquer preocupação com as repercussões do contrato, mesmo que desatendidos pressupostos éticos e morais. Se ambos os contratantes haviam concordado com o pacto, então nada mais restava a fazer senão “aceitar” o contratado. O conceito de *pacta sunt servanda* estava tão arraigado em nossa cultura jurídica que não havia espaço sequer para a discussão sobre cláusulas leoninas claras em inúmeros contratos; isso era (é) compreensível, pois o paradigma existente desde a Idade Moderna era o individualista.

O caráter individualista desse direito atendeu às necessidades da época, já que era preciso um novo Direito para um novo sujeito histórico – o indivíduo, membro da classe social ascendente, a burguesia – mas tal modelo ficou defasado quando se constatou que o ideal iluminista e o direito liberal-burguês já não apresentavam soluções adequadas aos conflitos sociais. A partir do final do século XIX, a industrialização, a massificação das relações sociais e o esgotamento do modelo liberal-individualista foram as causas do

³² SANTOS, Antônio Jeová. *A função social do contrato*. São Paulo: Método, p. 126.

³³ Idem, ibidem.

aparecimento de uma nova concepção do direito – e, conseqüentemente, do contrato – tendência que se cristalizou ao longo do século XX.

Os códigos contemporâneos adotaram uma nova linguagem e postura, a que observa os ditames constitucionais, pois é a Constituição Federal o centro de nosso sistema, é ela que funcionalizou os institutos, conforme manifestação do professor Ferreira da Silva:

Quando o Novo Código Civil passou a funcionalizar o contrato, acabou por dizer exatamente o que já dissera a Constituição acerca da propriedade e o Código Civil acerca do poder familiar. O art. 421 reconhece o direito básico (liberdade de contratar), porém, em razão e nos limites da função social do contrato. Com isto está condicionada a manutenção da liberdade enquanto o contrato cumprir a sua função social. No momento em que isto deixar de ocorrer, a liberdade de contratar não será mais mantida, pois não estará cumprida a sua função.³⁴

Assim, a concepção solidarista e a teoria funcionalista do direito estão intrinsicamente ligadas. Resta claro que o art. 421 do CC/2002 é exemplo de tal concepção da nossa Constituição e, ao mesmo tempo, adotou a funcionalização dos institutos jurídicos.

3.4 O diálogo das fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: o exemplo da função social do contrato

A doutrina do diálogo das fontes (*dialogue des sources*) foi trazida e desenvolvida em nosso país por Claudia Lima Marques, a partir dos estudos do jurista alemão Erik Jayme. Diz o jurista que a cultura jurídica pós-moderna é caracterizada por quatro fenômenos: a) o pluralismo; b) a comunicação; c) a narração e d) o retorno aos sentimentos. É dentro da comunicação que Jayme localiza a proposta do diálogo das fontes, é dizer, propõe a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, seja complementarmente, subsidiariamente, ou permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente. Trata-se de uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).³⁵

Entre o (novo) Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu-se um diálogo de coordenação e adaptação³⁶ sistemática no que concerne à *função social do contrato* prevista no art. 421, CC, vez que o CDC acabou por influenciar e oxigenar o novo Código Civil. É um diálogo de duas vias, em que a utilização reiterada de cláusulas gerais

³⁴ SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 135

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. Introdução. In: _____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.26-7

³⁶ Idem, ibidem.

pelo CDC foi transposta para o sistema geral³⁷.

Especialmente em contratos de consumo, a possibilidade da revisão contratual prevista no art. 6º, V, CDC, vai ao encontro do (agora) reconhecimento que o conteúdo dos contratos deve atender aos parâmetros da boa-fé objetiva e às limitações da função social. A cláusula geral da função social do contrato, portanto, é uma relevante expressão do diálogo das fontes, pois com conexão aos princípios que norteiam a aplicação do código consumerista, quais sejam: o princípio da *vulnerabilidade do consumidor*; o da confiança; o da *boa-fé objetiva* e o do *equilíbrio contratual*.

Para comprovar esse diálogo das fontes e a profícua utilização da cláusula geral da função social do contrato por julgadores, apresentaremos a seguir os resultados de pesquisa efetuada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

3 A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EM JULGAMENTOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NOS MESES DE FEVEREIRO A SETEMBRO DE 2013

A pesquisa de jurisprudência foi realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A expressão pesquisada foi *função social do contrato*, tendo surgido 50500 ocorrências no total com tais termos; delimitando a pesquisa ao período dos meses de fevereiro a setembro de 2013, apareceu o impressionante número de 926 ementas jurisprudenciais com a expressão nominada acima.

Na maioria dessas ementas, analisadas uma a uma, a função social do contrato é referida como um *princípio* que relativiza o rigor do *pacta sunt servanda*, possibilitada a revisão judicial do contrato. Os contratos *sub judice* eram, em sua maioria (mais de 90%) contratos de consumo, melhor dizendo, contratos de financiamento/empréstimo bancário – fossem cédulas de crédito bancário ou contratos de abertura de crédito em conta corrente/credito consignado direto ao consumidor, ambos garantidos com cláusula de alienação fiduciária – objeto da denominada *ação revisional*, o que denota o fenômeno da massificação das ações judiciais, tratando-se de julgamento das denominadas ações de massa. O conteúdo das ementas, portanto, é idêntico na quase totalidade das ementas.

Ilustrando a pesquisa jurisprudencial, colacionam-se algumas ementas com teor idêntico entre 07/02/2013 a 07/09/2013:

³⁷ Idem, p.50-1.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o **princípio da função social dos contratos**, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Juros contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central. Jurisprudência consolidada do STJ - Resp. 1.061.530. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL. Permitida em contratos celebrados após 31/03/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP 2.170-01, desde que expressamente pactuada. MORA CARACTERIZADA. Não configurada abusividade em encargos exigidos no período da normalidade contratual, caracterizada está a mora. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Vedada a cobrança em virtude da inexistência de previsão contratual, incidindo a correção monetária pelo IGP-M, pois é o índice que melhor reflete a real perda inflacionária. JUROS MORATÓRIOS. Falta de interesse recursal do réu. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. Existindo abusividade nos encargos de mora e, sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade. LIBERAÇÃO DO GRAVAME SOBRE O VEÍCULO. Não prospera o pedido de transferência do veículo, junto ao DETRAN, sem prova da quitação do contrato, o que somente poderá ser obtido após a elaboração do cálculo da dívida, com a observação dos parâmetros fixados no julgado. EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO E SEU PROTESTO. Possibilidade, uma vez que não foram evidenciadas abusividades no contrato submetido à revisão. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Inexistente abusividade no período da normalidade a justificar a revisão contratual, descabida a antecipação de tutela deferida no tocante à vedação da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes e de manutenção na posse do bem objeto do contrato. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum appellatum". APELAÇÕES PROVIDAS EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70055867816, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak).

Data de Julgamento: **29/08/2013**; Publicação: DJ de 02/09/2013.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o princípio da função social dos contratos, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Juros contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central. Jurisprudência consolidada do STJ - Resp. 1.061.530. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. A mera circunstância de estar pactuada taxa

efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933. MORA CARACTERIZADA. Não configurada abusividade em encargos exigidos no período da normalidade contratual, caracterizada está a mora. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Válida, desde que pactuada. Entretanto, não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período da normalidade; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação. Paradigma do STJ. RESP 1.058.114-RS. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. Existindo abusividade nos encargos de mora e, sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade. LIBERAÇÃO DO GRAVAME SOBRE O VEÍCULO. Não prospera o pedido de transferência do veículo, junto ao DETRAN, sem prova da quitação do contrato, o que somente poderá ser obtido após a elaboração do cálculo da dívida, com a observação dos parâmetros fixados no julgado. EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO E SEU PROTESTO. Possibilidade, uma vez que não foram evidenciadas abusividades no contrato submetido à revisão. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Inexistente abusividade no período da normalidade a justificar a revisão contratual, descabida a antecipação de tutela deferida no tocante à vedação da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes e de manutenção na posse do bem objeto do contrato. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum appellatum". APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70055805345, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak).

Data de Julgamento: 29/08/2013 Publicação: DJ de 02/09/2013.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRELIMINAR. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36. Resta afastada a preliminar de inconstitucionalidade da MP 2.170-36 arguida tendo em vista se tratar de cédula de crédito bancário, que possui legislação própria. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o **princípio da função social dos contratos**, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Constatada a abusividade, pois o percentual contratado supera, em muito, a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central, colocando o consumidor em desvantagem exagerada frente à instituição financeira. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. Cabimento nos termos do artigo 28, §1º, i, da lei nº 10.931/04. MORA. Afastada a caracterização da mora diante da constatação da exigência de encargos abusivos durante o período da normalidade contratual. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Válida, desde que pactuada. Entretanto, não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período da normalidade; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação. Paradigma do STJ. RESP 1.058.114-RS. JUROS MORATÓRIOS, MULTA

MORATÓRIA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Vedada a cobrança, pois mantida a comissão de permanência. Súmula 472 do STJ. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Impõe-se a manutenção da antecipação de tutela, haja vista o deferimento da revisão contratual e afastamento dos efeitos da mora, no tocante à vedação da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes e de manutenção na posse do bem objeto do contrato, nos termos deferidos na origem. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 306 STJ. Fixação adequada ao caso concreto. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum appellatum". APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70055379697, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak).
Data de Julgamento: **01/08/2013**; Publicação: DJ 07/08/2013

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. Apelação da parte ré. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS E JUROS DE MORA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Ausência de interesse recursal. Tópicos não conhecidos. REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO. Amparada em preceitos constitucionais e nas regras de direito comum, a revisão judicial dos contratos bancários é juridicamente possível. PACTA SUNT SERVANDA. Princípio relativizado, diante da aplicação do art. 6º, inciso V, do CDC que consagra o **princípio da função social dos contratos**. Apelação da parte autora. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVELIA. Não configuradas. Preliminares rejeitadas. FORMA DE CÁLCULO DA PRESTAÇÃO MENSAL DO FINANCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. Prejudicado o pedido, porquanto flagrantemente dissociado do contexto dos autos. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. A capitalização mensal de juros pode ser admitida mediante expressa disposição legal e desde que devidamente pactuada (arts. 6º, inc. III, 46 e 54, § 3º, do CDC). Ausência de cláusula expressa. Impossibilidade de incidência. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) é aplicável às instituições financeiras, portanto, aplica-se ao contrato objeto da revisão. Súmula nº 297 do STJ. No entanto, a sua aplicação depende da comprovação de abusividade. MORA. DESCARACTERIZADA. Diante do reconhecimento da abusividade dos encargos exigidos, resta descaracterizada a mora, até o recálculo do débito. JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade da limitação da cobrança de juros remuneratórios, quando comprovada a abusividade, como na hipótese dos autos. Limitação à taxa média do mercado prevista para as operações da espécie. JUROS DE MORA. Ausência de interesse recursal. Tópico não conhecido. APELAÇÃO DA RÉ CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação

Cível Nº 70054484795, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Altair de Lemos Junior).

Data de Julgamento: **26/06/2013**; Publicação: DJ de 04/07/2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE.

Não é lícita a alteração unilateral da cláusula contratual que autoriza os descontos em conta corrente, a qual deve ser tida como condição da própria contratação, visando à preservação da pacta sunt servanda e das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e **função social do contrato**. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, DE PLANO. (Agravado de Instrumento Nº 70054018692, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard).

Data de Julgamento: **09/04/2013**; Publicação: DJ de 11/04/2013

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o princípio da função social dos contratos, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Juros contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central. Jurisprudência consolidada do STJ - Resp. 1.061.530. JUROS REMUNERATÓRIOS APÓS A INADIMPLÊNCIA. Validade da cobrança, desde que observada a taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período da normalidade. TARIFA DE INCLUSÃO DE GRAVAME. Inovação recursal. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS - IOF. Inexistência de ilegalidade por se tratar de imposto incidente na contratação. Além disso, não demonstrado que a cobrança acarreta desequilíbrio na relação jurídica em prejuízo do consumidor. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. Existindo abusividade nos encargos de mora e, sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum"

appellatum". APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70052447315, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak).

Data de Julgamento: 28/03/2013; Publicação: 03/04/2013.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. **DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL.** O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o **princípio da função social dos contratos**, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto. **TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS.** Juros contratados de acordo com a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central. Jurisprudência consolidada do STJ - Resp. 1.061.530. **CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.** Cabimento nos termos do artigo 28, §1º, i, da lei nº 10.931/04. **COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.** Válida, desde que pactuada. Entretanto, não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período da normalidade; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação. Paradigma do STJ. RESP 1.058.114-RS. **TAXA DE CADASTRO.** Não demonstrada a abusividade que importe em desequilíbrio na relação jurídica, tal encargo vai mantido nos termos contratados. **SERVIÇOS DE TERCEIROS.** O valor cobrado a título de "serviços de terceiros" deve ser declarado nulo, pois não especifica qualquer serviço prestado, o que viola a transparência dos contratos bancários protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, evidenciada a abusividade. **DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS/REPETIÇÃO DO INDÉBITO.** Sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade. Verificado que o débito já está quitado, devem ser devolvidos os valores eventualmente pagos a maior, na forma simples, corrigidos pelo IGP-M desde o desembolso e com juros legais desde a citação. **DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.** Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum appellatum". **APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA EM PARTE.** (Apelação Cível Nº 70052329521, Décima

Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak).
Data de Julgamento: **07/02/2013** Publicação: DJ de 19/02/2013

Depreende-se de tais ementas que o intérprete/aplicador da lei utiliza-se da função social do contrato em um viés consumerista e fazendo alusão à mesma como princípio limitador à eventuais práticas abusivas, estabelecendo uma ligação com o direito à revisão contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º,V), o que só reforça o chamado diálogo das fontes preconizado por Eric Jayme na Europa e transmutado para o Brasil pela professora Claudia Lima Marques. As ementas transcritas corroboram o afirmado, qual seja a existência do diálogo entre as fontes do direito e que a cláusula geral da função social do contrato de caráter civilista nada mais é do que o princípio da função social do contrato consumerista. A finalidade de ambos é a de limitar os interesses individuais, impondo uma atuação ética aos fornecedores/prestadores de serviços – consumidores ou entre as partes contratantes em caso de relação civil comum.

Os outros casos julgados pelo TJRS, escolhidos para a presente pesquisa como representativos e com conteúdo distinto das outras ementas, também tratavam de contratos de consumo, porém com outras características, como planos de saúde e de seguro de vida, nesse sentido as seguintes ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35-G da Lei 9.656/98. Inteligência da súmula n. 469 do STJ. 2. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, ou seja, os pressupostos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e da verossimilhança do direito alegado. 3. Ressalte-se a tutela concedida visa impedir que a parte autora no ocaso da vida fique sem qualquer assistência, em razão dos valores fixados inviabilizarem a continuidade da satisfação do referido plano, o que atentaria ao princípio da dignidade humana, logo, presente o receio de ser ocasionado dano de difícil reparação. 4. Ademais, não se pode afastar o direito da parte agravante de discutir acerca do plano de saúde contratado, o que atentaria ao **princípio da função social do contrato**, em especial no que diz respeito à matéria securitária, caracterizando,

assim, a verossimilhança do direito alegado. 5. Multa cominatória estabelecida no valor diário de R\$ 500,00 (quinhentos reais), cujos critérios para a sua fixação levaram em consideração a natureza da ação e a possibilidade econômica da ré em arcar com aquela. Inteligência dos artigos 287 e 461, § 5º, ambos do CPC, combinados com o art. 84, § 4º, do CDC. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70056139496, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto).
Data de Julgamento: **05/09/2013**; Publicação: DJ de 06/09/2013.

SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO DO CONTRATO. IMPOSIÇÃO DE REAJUSTE DO PRÊMIO POR FAIXA ETÁRIA. IDOSO. 1. A discussão das condições renovação do contrato propostas pela seguradora é direito do segurado. Inteligência do art. 6º, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Consiste prática comercial desleal a imposição de condições de renovação contratual que oneram excessivamente o consumidor. 3. A liberdade de contratar é um instituto delimitado pela **função social do contrato**. Art. 421 do Código Civil de 2002. 4. Em contratos que não previam inicialmente o reajuste do prêmio em razão da mudança de faixa etária, é abusiva a conduta da seguradora que - em razão da alegada redução de sua margem de lucro causada pelo envelhecimento de seu cliente - eleva o preço da renovação do contrato do consumidor idoso, que certamente encontrará dificuldades insuperáveis para contratar um seguro similar com outra companhia. À MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70051080745, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga).
Data de Julgamento: **31/07/2013**; Publicação: DJ de 27/08/2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. Puberdade precoce. Necessidade de medicação. A exclusão do fornecimento cobertura sem o devido destaque, desrespeitando o CDC, é disposição nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, contrariando o **princípio da boa-fé contratual e a função social do contrato** que envolve a saúde, bem jurídico protegido constitucionalmente. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70053506903, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto).
Data de Julgamento: **27/06/2013**; Publicação: DJ de 16/07/2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ODONTOLÓGICA. MATERIAIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos ou odontológicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte postulante possa efetuar o tratamento cirúrgico, sendo que a necessidade daquela decorreu de indicação de especialista. 3. Procedimento cirúrgico odontológico necessário para que a recorrente tenha qualidade de vida e retome a sua jornada normal. Situação anteriormente descrita que importa em garantir uma melhor prestação do serviço contratado, bem como serve para evitar riscos desnecessários à parte recorrente, como intercorrências clínicas indesejadas. 4. No caso em análise estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada postulada, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da parte agravante de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao **princípio da função social do contrato**. 5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana. 6. É de ser fixada a multa diária no caso em tela, na medida em que a referida penalidade é estipulada com o intuito de instar a parte demandada a cumprir provimento

judicial, a fim de coibir o retardo injustificado no atendimento da tutela concedida. 7. Multa cominatória estabelecida no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), cujos critérios para a sua fixação levaram em consideração a natureza da ação e a possibilidade econômica da ré em arcar com aquela. Inteligência dos artigos 287 e 461, § 5º, ambos do CPC, combinados com o art. 84, § 4º, do CDC. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70054472709, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto).

Data de Julgamento em **06/05/2013**; Publicação: DJ de 08/05/2013.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE SEGURO. ILEGALIDADE DA CLÁUSULA. APLICAÇÃO DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA REGRA DE PRESCRIÇÃO TRIENAL NO TOCANTE A DEVOLUÇÃO DOS VALORES. Trata-se de ação ordinária de restituição de valores cumulada com indenização por danos morais, ajuizada em virtude da rescisão unilateral do contrato de seguro havido entre as partes, julgada procedente na origem. A matéria relativa ao prazo prescricional das parcelas que devem ser restituídas, relativas aos prêmios mensais, nas ações como a "sub judice", restou sedimentada neste órgão fracionário como sendo trienal "ex vi legis" do art. 206, §3º do CC/2002. Precedentes. O contrato de seguro de vida se configura de trato sucessivo e a renovação automática da apólice é da natureza do contrato, de sorte que a rescisão unilateral da avença é inadmissível, sendo abusiva a cláusula que a prevê, nos termos do artigo 51, incisos IV e XI do CDC. Nesse diapasão é o entendimento jurisprudencial da Corte Superior, no sentido de que a cláusula que estipula o cancelamento unilateral do contrato, mesmo quando notificado previamente o segurado, é, de fato, abusiva, devendo ser declarada nula de pleno direito, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Sendo assim, a parte segurada que tem seu contrato rescindido unilateralmente tem direito ao ressarcimento dos danos morais, haja vista que tal atitude, além de abusiva, viola os **princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual**. Precedentes do STJ. Manutenção da sentença que condenou a seguradora ao pagamento de indenização por danos morais em razão da rescisão unilateral do contrato. Sentença reformada apenas no ponto em que restou reconhecida a aplicação da prescrição trienal, afastando-se a vintenária, acolhida no veredicto singular. **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70033677337, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nilton Carpes da Silva).

Data de Julgamento: **04/04/2013**; Publicação: DJ de 12/04/2013

Conforme a análise jurisprudencial das decisões emanadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em especial as Câmaras que tratam do Direito Privado, é possível concluir que o tribunal gaúcho tem se utilizado da cláusula geral/função social do contrato nos julgamentos dos casos consumeristas, não só, mas principalmente nas ações revisionais de contratos. Os julgadores aplicam a mesma em seu caráter genuíno de limitação aos interesses individuais, seja no caso de negócios jurídicos bancários como em planos de saúde. A função social dos contratos, *in casu*, impõe-se à força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*), fazendo o papel de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes, dando um sentido ético e solidário ao contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo apresentado tem um viés histórico-jurídico, pois antes da abordagem do núcleo do tema central, fez-se um estudo histórico do contrato no que foi denominado linha do tempo. Somente após tal digressão histórica adentrou-se no fulcro do presente artigo, trazendo doutrina sobre a constitucionalização do Direito Privado e a função social do contrato, buscando relacionar a última com a nova teoria contratual e o CDC.

Na história dos contratos ainda é pouco divulgada a contribuição de civilizações do Oriente, como as de Larsa e Hammurabi e até a mais conhecida como a do antigo Egito, pois se estuda quase que exclusivamente o contrato a partir de Roma. Esse pequeno estudo tentou suprir essa lacuna, trazendo as obras de historiadores importantes que tratam do tema.

É claro que a atual civilização tem no Direito Romano a sua maior fonte, por isso a opção pela análise do contrato no Baixo Império Romano, no qual houve uma evolução dos contratos principalmente durante o governo do imperador Justiniano. São esses instrumentos contratuais que chegam até a época moderna e a Revolução Francesa, ponto de partida de um direito liberal-burguês que teve no contrato de compra e venda o seu maior modelo. O Código de Napoleão (1804) foi a legislação de maior influência no desenvolvimento do Direito dos Contratos e em uma concepção individualista e patrimonialista do contrato.

Hoje, contudo, a concepção que se tem do contrato é a de um instituto que, ao longo do tempo e da história, deixou de ser mero repositório de interesses individuais e passou a ser sim a expressão de vontades, mas essas limitadas pelos interesses sociais envolvidos. Assim, em conceito inicialmente elaborado na República de *Weimar*, surgiu a funcionalização dos institutos jurídicos; ideia, mais tarde, desenvolvida pelos estudos de Norberto Bobbio.

A função social do contrato é, portanto, um marco na contemporaneidade das relações contratuais, posto que é uma escolha dos legisladores pela positivação dos valores da ética e da solidariedade. No ordenamento jurídico brasileiro, a adoção expressa da função social do contrato tão-só ocorreu com a edição do novo Código Civil. Ela é uma cláusula geral (ou princípio), cuja utilização pelo intérprete/o que aplica a lei acaba por estabelecer um diálogo das fontes entre a lei geral (novo CC) e a lei consumerista.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período delimitado para a pesquisa (fevereiro a setembro de 2013), foram verificadas quase mil ementas jurisprudenciais com a expressão função social do contrato, tendo sido utilizada, em sua maioria, nas denominadas ações revisionais como limitação à eventual cobrança de cláusula abusiva pelos fornecedores/prestadores de serviço. Assim, a jurisprudência refletiu a nova tendência de tal

técnica legislativa de um sistema aberto, principalmente a partir do movimento de constitucionalização do Direito Privado, já que com a promulgação da Constituição de 1988 vários institutos de direito civil foram constitucionalizados.

É alvissareira a construção de uma jurisprudência desse teor, pois demonstra que nossos julgadores estão alinhados com o que de mais moderno existe no Direito Privado, contribuindo para que seja erigido uma ordem jurídica mais equânime e solidária. A função social do contrato é, portanto, um marco na contemporaneidade contratual, posto que é uma escolha do legislador pela positivação dos valores da ética e da solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKOS, Margaret Marchiori. **O povo da esfinge. Porto Alegre:** Editora da UFRGS, 2000.

BOBBIO, Norberto. El análisis funcional del Derecho: Tendencias y Problemas. **Contribución a la Teoría del Derecho.** Madrid: Debate, 1990.

BOUZON, Emanuel. **Contratos pré-hammurabianos do reino de Larsa.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Trabalho compulsório na antiguidade: ensaio introdutório e coletânea de fontes primárias.** 3. ed., Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FACHIN, Luis Edson. **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.**

FUNARI, Pedro Paulo A. **Antigüidade Clássica: a História e a cultura a partir dos documentos.** 2. ed., Campinas: Unicamp, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **O Novo Código Civil Brasileiro.** Conferência de Encerramento da II Jornada de Direito Civil do CEJ. Brasília: Centro de Estudos da Justiça Federal, 2004.

_____. **Contratos – aspectos generales.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOTUFO, Renan et alli. **Direito Civil Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MACIEL, José Fabio Rodrigues e AGUIAR, Renan. **História do Direito,** São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução. In: _____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS- COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. **Uma vida dedicada ao direito homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.

_____. (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.

_____ e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 2002.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo W. (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). **A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, XX.

_____. **Temas de Direito Civil; Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. I.