

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

NATHÁLIA DA MOTA SANTOS DIAS

**APONTAMENTOS SOBRE A ESSENCIALIDADE E
FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS EXISTENCIAIS**

Uberlândia/MG
2016

NATHÁLIA DA MOTA SANTOS DIAS

**APONTAMENTOS SOBRE A ESSENCIALIDADE
E FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS EXISTENCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa.

Uberlândia/MG
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

D541a Dias, Nathália da Mota Santos, 1987-
2015 Apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos
existenciais / Nathália da Mota Santos Dias. - 2015.
 106 f.

Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Contratos -
Teses. 4. Defesa do consumidor - Teses. I. Rosa, Luiz Carlos Goiabeira.
II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340

Aos meus pais pelo apoio e incentivo que
sempre concederam aos meus estudos.

Ao meu marido por acreditar no meu
potencial incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Primeiro agradeço àquelas pessoas que me ajudaram a passar no processo seletivo do mestrado, então minha gratidão ao Gabriel Gomes pelas várias dicas que me foram concedidas sobre a seleção e sobre o programa, ao Samir Vaz por ter sido solidário e por ter me emprestado os livros necessários para a realização da prova seletiva.

Agradeço ao meu orientador, professor Luiz Carlos Goiabeira Rosa por ter aceitado a empreitada de me orientar, pela atenção que me foi dada, pelas orientações, pelas dicas, pelas correções e por ter estado ao meu lado no desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço à Isabel Arice pela paciência que teve comigo desde o primeiro dia que nos encontramos, por todos os esclarecimentos, pelas orientações, pelas dicas, por ter facilitado a minha vida enquanto mestrandra.

Agradeço a todos os professores do mestrado, principalmente ao professor Fernando Martins, pela atenção e pelas orientações que me foram concedidas.

Agradeço aos meus colegas do mestrado, principalmente à Carol, por toda ajuda, pelo companheirismo, por terem contribuído para a conclusão do meu curso.

Agradeço aos meus pais por todo o suporte que sempre concederam aos meus estudos e por não medirem esforços para realizar os meus sonhos.

Agradeço ao meu marido por sempre me incentivar e acreditar no meu potencial e por estar ao meu lado para o que der e vier.

Agradeço à minha tia Vilma e à minha prima Luciana por terem me recepcionado em suas casas de braços abertos durante todo período do mestrado e por terem feito tudo o que estava ao seu alcance para me propiciar um “lar” em Uberlândia.

Agradeço à minha irmã pelo apoio que sempre me concede e à toda a minha família, na pessoa de minha avó Maria, pelo incentivo e pelas orações.

Agradeço à Adriana e à Jessica, minhas colegas de trabalho, por terem me permitido dedicar esses dois anos ao mestrado, por terem bem me representado no Cartório e por terem desempenhado o nosso trabalho com amor e dedicação.

Agradeço também a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a concretização do meu mestrado.

RESUMO

Esta dissertação tem como tema “apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais” e como objetivos tecer considerações sobre um ponto comum consubstanciado na ideia de que os contratos existenciais têm igual conotação e em razão disso a concretização da função social deve ser de igual forma. A elaboração deste trabalho deu-se a partir de uma pesquisa bibliográfica dedutiva e dialética e foi possível concluir que os direitos fundamentais são inerentes a todas as pessoas, devendo ser garantidos pelo Estado, e visam a promoção da dignidade humana, que é valor fundamental do ordenamento, de forma a produzir efeitos diretos também nas relações privadas. A função social do contrato, de índole constitucional, atua para harmonizar os interesses das partes e da coletividade, e pode ser considerada como uma implicação da eficácia dos direitos fundamentais. Contratos existenciais são contrapostos aos de lucro e tem como objeto um bem considerado essencial para a vida da pessoa, por isso merece uma tutela diferenciada, mais incisiva. O poder judiciário exerce um importante papel na concretude da função social no âmbito dos contratos existenciais de consumo, pois devem atuar visando garantir os direitos do consumidor e da coletividade, o equilíbrio entre as partes, a igualdade substancial e a justiça contratual. O fato de um contrato ser existencial de consumo legitima uma incidência maior da função social sobre seu teor.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Função social. Contrato de consumo. Contrato existencial.

ABSTRACT

This work has as its theme "notes on the essential and social function in existential contracts" and how goals elaborate about the commonplace embodied in the idea that existential contracts have the same connotation and because of this the realization of the social function should be equally. The preparation of this work took place from a literature search deductive and dialectical and it was concluded that fundamental rights are inherent to all people, should be guaranteed by the state and aimed at promoting human dignity, which is a fundamental value of the land in order to produce direct effects also in private relationships. The social function of the contract, of a constitutional nature, serves to harmonize the interests of the parties and the community, and can be considered as an implication of the effectiveness of fundamental rights. Existential contracts are contrary to those of profit and has as its object a well considered essential for a person's life, so it deserves a differentiated supervision, more incisive. The judiciary plays an important role in the reality of the social function within the existential consumer contracts, it must act in order to guarantee consumer rights and the collective, the balance between the parties, the substantial equity and contractual justice. The fact that a contract is existential consumption legitimizes a higher incidence of social function on its content.

Key-words: Fundamental rights. Social function. Consumer contract. Existential contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS	9
2.1 Contextualizando os direitos fundamentais	9
2.2 Direitos fundamentais e relações privadas	16
2.2.1 <i>Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....</i>	19
2.2.2 <i>Implicações da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico</i>	25
3 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	32
3.1 Fundamento normativo da função social do contrato.....	39
3.2 Conceito de função social do contrato.....	41
3.3 Princípio ou cláusula geral	43
3.4 A nova face da autonomia privada diante da incidência da função social do contrato	47
3.5 Eficácia interna e eficácia externa da função social do contrato.....	53
3.6 A função social do contrato como implicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais	58
4 A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS EXISTENCIAIS	61
4.1 Contrato existencial	61
4.1.1 Conceito	61
4.1.2 <i>O paradigma da essencialidade e o caráter essencial do objeto do contrato</i>	66
4.1.3 <i>Contrato existencial versus contrato patrimonial</i>	75
4.2 O papel da atividade jurisdicional na concretização da função social nos contratos existenciais. O exemplo consumerista.	80
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura, de globalização, de intensas relações comerciais e de consumo, não apenas o Estado, por se encontrar em uma posição de superioridade hierárquica, pode ser um agente violador dos direitos fundamentais dos indivíduos. Os próprios particulares, por também ocuparem posições desiguais de poder e de índole econômica, podem, ao estabelecer suas relações privadas, lesar os direitos de seus pares.

Assim, não seria possível às pessoas manterem uma vida em sociedade de forma igualitária, justa, digna, sem o resguardo de seus direitos fundamentais e sem a preservação da finalidade coletiva. Dessa forma, não mais se vislumbra a prevalência de uma relação de direito privado que não cumpra um fim social e que não observe os direitos individuais dos indivíduos, dado que em todo o âmbito do direito e em todos os seus ramos fala-se no cumprimento de uma função social, tornando-se assim uma característica inerente ao direito.

Essa conotação social é vista inclusive nos chamados contratos existenciais, onde o objetivo principal é a satisfação de um direito fundamental ainda que uma das partes vise ao lucro. Notadamente nos contratos de consumo, onde o consumidor adquire ou usa o produto ou serviço com o único propósito de atender às suas necessidades e conveniências sem a finalidade de repasse a título gratuito ou oneroso.

Contudo, em face de possíveis distintos níveis de essencialidade do objeto de um contrato a incidência da função social deve ser a mesma para todos os contratos existenciais?

O desenvolvimento deste estudo científico presta-se à análise de tal questão: tecer considerações sobre o lugar-comum consubstanciado na ideia de que os contratos existenciais têm igual conotação e em razão disso a concretização da função social deve ser de igual forma. Por meio da pesquisa bibliográfica e dos métodos dedutivo e dialético, buscar-se-á partir dos princípios da igualdade e da função social do contrato e se chegar à relativização ou intensificação da proteção normativo-contratual. Analisar-se-ão os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, contextualizando-os, abordando a sua eficácia neste tipo de relação e indicando possíveis implicações da sua eficácia sobre ordenamento jurídico, discorrendo sobre a função social dos contratos como sendo um efeito da

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, além de abordar os contratos existenciais de forma a conceituá-los, compará-los com os contratos de índole patrimonial e estudar o que poderia ser considerado como de caráter essencial. Ao fim, discorrer-se-á sobre como se deve dar a proteção dos direitos fundamentais e bem assim a incidência da função social nos contratos classificados como existenciais.

Essa investigação científica será mais um referencial teórico específico a respeito do tema proposto podendo os seus resultados ser úteis a doutrinadores, docentes e discentes como material de estudo ou mesmo como incentivo a demais produções científicas. Além disso, os resultados da pesquisa podem ser de grande valia para os aplicadores do direito, pois permitirá a aplicação prática da temática a ser discutida nessa pesquisa.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

A proteção dos direitos fundamentais não é dever somente do Estado e nem se restringe às relações travadas entre este e o particular: também nas relações privadas, os particulares vinculam-se à proteção e garantia recíprocos dos direitos fundamentais. Assim, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

2.1 Contextualizando os direitos fundamentais

Os direitos humanos, cujo fundamento de validade consubstancia-se na forma pré-estatal e no caráter irrenunciável, provêm do direito natural e são inerentes à condição humana, razão pela qual têm uma conotação universal e sobre-positiva e o que permite afirmar sua transnacionalidade dado que sua aplicabilidade se dá além das fronteiras de um determinado país (DUQUE, 2014, p. 52).

A previsão normativa dos direitos humanos decorreu de rupturas históricas, destacando-se a Revolução Francesa, que foi uma revolução democrática ocorrida na França fundada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e que ocasionou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que representou um marco importante para a concretude dos direitos humanos.

A respeito da positivação dos direitos humanos, Dimoulis e Martins (2009, p. 27) ensinam que:

[...] uma evolução muito rápida permitiu que no último quarto do século XVIII, fossem redigidas declarações de direitos fundamentais, tanto no “velho” como no “novo” mundo, e que fossem reconhecidas como fundamento da ordem estatal-constitucional, devendo ser respeitadas pelo legislador comum, pela administração pública e pelos tribunais.

Bem assim, os direitos humanos foram de certa forma condensados no metaprincípio da dignidade humana, previsto em todas as Constituições dos países democráticos. Com o deslocamento do patrimônio para o ser humano enquanto paradigma do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana torna-se um princípio dotado de imperativo ordenatório a ser observado tanto pelos demais

membros da sociedade quanto pelo Estado, de forma a que todos respeitem as condições mínimas essenciais de vida digna do ser humano. Corolário lógico, por estar intimamente ligada à natureza humana a dignidade humana precede ao ordenamento jurídico e assim está acima de qualquer arbítrio humano ou estatal.

Posto de outra forma: a dignidade humana passa a ser entendida como o conjunto de situações, prerrogativas, garantias, recursos e proteções de que necessita o ser humano para viver de forma respeitável e respeitosa, isto é, viver de forma a ser considerado um igual entre os demais membros da sociedade e fazendo com que seus semelhantes respeitem suas necessidades subjetivas e objetivas para uma “boa vida” e vice-versa. Frise-se que tal respeito não se limita aos direitos previstos em lei, mas se estende à própria natureza humana: a dignidade humana implica no respeito ao ser humano em si considerado e não apenas aos direitos positivados, razão pela qual ainda que não tipificados crimes que iriam da injúria à tortura seriam claros desrespeitos à dignidade humana por afrontarem a integridade da natureza humana.

Barroso (2009, p. 274-275) bem obtempera:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. [...] Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.

Ato contínuo, a positivação do princípio da dignidade humana reflete o reconhecimento social e estatal do valor da pessoa humana dotada dos direitos invioláveis que lhes são inerentes (AMARAL, 2003, p. 249), o que autoriza afirmar que a pessoa humana tem primazia sobre o Estado na medida em que este é um meio para a consecução do fim consubstanciado na garantia e promoção daquela. Com efeito, ao se adotar o ser humano como referencial normativo passa-se a se compreender a dignidade humana como um arcabouço de direitos essenciais que assegurem a todo e qualquer ser humano viver de forma a atender às necessidades

humanas e ao mesmo tempo respeitar e ser respeitado por seus semelhantes, dado que esse respeito mútuo da dignidade alheia decorre justamente do fato de que todas as pessoas pelo tão-só fato de serem humanas têm igual dignidade.

Sarlet (2010, p. 60) conceitua dignidade da pessoa humana como

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

Em âmbito normativo, pode ser considerada como valor constitucional supremo e, por ser considerada como o ápice do ordenamento, é fundamento de todos os princípios constitucionais e irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana “ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no direito”. (FACHIN, 2006, p.179).

Destarte, mesmo diante de um conceito vago e dependente de valoração a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um valor intrínseco à pessoa e que lhe garante o respeito como ser humano e condições existenciais mínimas. Além disso, apresenta relevância normativa visto que ao ter previsão constitucional:

[...] firma-se princípio *enformador* do sistema jurídico; ordem *conformadora* ao legislador; e pelo caráter *deontológico* por expressa força normativa, exigente, pois, de concreção (*devido*). Ademais, exprime a racionalidade forte aos direitos fundamentais em todas suas dimensões evolutivas justificando-os como ponto comum da condição humana de repulsa a qualquer arbítrio. (MARTINS; FERREIRA, 2011, p. 265-307).

Princípio fundamental e estruturante do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que traça diretrizes básicas para ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como fonte inspiradora dos direitos fundamentais e implica a previsão, a reedição e a atualização desses direitos: é instrumento hermenêutico utilizado na identificação de direitos fundamentais

previstos em outras partes do texto constitucional que não no artigo 5º, em outras fontes normativas, e também na constatação de eventuais direitos fundamentais implícitos.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). (SARLET, 2010, p. 97).

A seu turno os direitos fundamentais são princípios decorrentes da dignidade humana e constitucionalmente positivados, representando assim premissas, fundamentos de validade do exercício de prerrogativas necessárias a uma vida digna. Consistem-se num complexo de direitos constitucionalmente positivados e essenciais à vida em sociedade, considerados fundamentais em razão de serem imprescindíveis à satisfação das necessidades humanas e sem os quais o homem descharacteriza-se enquanto pessoa não conseguindo destarte relacionar-se social e juridicamente com o Estado e com seus semelhantes.

Conforme bem obtempera Miranda (2000, p. 10), os direitos fundamentais podem “ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos de pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade”, em face do que se pode afirmar que têm por finalidade básica assegurar o respeito à dignidade humana por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2005, p. 21).

Posto de outra forma, os direitos fundamentais podem ser definidos como:

[...] direitos humanos positivados, isto é, concretados e protegidos especialmente por normas do nível mais elevado. A positivação tem tal transcendência que modifica o caráter dos direitos humanos pré-positivos, posto que permite a transformação de critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que os direitos subjetivos não fundamentais. (ROBLES, 2005, p. 7).

Ainda tratando de um conceito para o que seriam os direitos fundamentais, Silva (2009, p. 163-164) ensina que eles seriam:

[...] no direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

A esse respeito, Alexandrino (2011, p. 24) explicita as características essenciais dos direitos fundamentais:

1. *"Fundamentais*, porque, definindo relações qualificadas do homem e do Estado, esses direitos desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder; 2. *Universais*, ainda que se apresentem, por vezes, atribuídos a categorias particulares de pessoas, são direitos de todas as pessoas; 3. *Permanentes*, na medida em que se extinguindo pela morte do respectivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima o direito; 4. *Pessoais*, porque estão estreitamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade; 5. *Não-patrimoniais*, em virtude de serem direitos insusceptíveis de avaliação pecuniária, razão pela qual são ainda intransmissíveis e inexpropriáveis; 6. *Indisponíveis*, na medida em que o seu caráter inalienável do direito vincula não só o Estado como o próprio titular.

Ressalta-se ainda a positivação enquanto traço característico dos direitos fundamentais, o qual entre outros os distinguem dos direitos humanos em geral: enquanto estes seriam válidos para todos os povos e em todos os tempos e seriam invioláveis por sobressaírem-se da própria natureza humana, aqueles seriam jurídico-institucionalmente garantidos e limitados e objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2000, p. 393).

É importante ressaltar que nem todos os direitos fundamentais derivam diretamente da dignidade da pessoa humana, não podendo ser adstritos somente a estes entornos. Salientando a ressalva apresentada, Sarlet (2010, p. 117) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana para os direitos fundamentais, “cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser usados”.

A relação entre as diversas categorias de direitos fundamentais e a dignidade do indivíduo tem uma intensidade variável conforme maior ou menor a importância desses direitos para a vida humana. Tratando dessa relação, Duque (2014, p. 162) ensina que “quanto maior for o significado concreto de um direito

fundamental para a realização da dignidade humana, maior será o peso que lhe deve ser conferido”.

Conforme se viu a respeito dos direitos fundamentais, são direitos de um número extenso, de enorme variabilidade e variedade do conteúdo, de vários contornos, originários de diversas interfaces de proteção e de promoção da pessoa. Destarte e ciente do conceito aberto dependente de valoração atribuído a direitos fundamentais, Ferrajoli (2008, p. 43) leciona que para saber quais direitos devem ser garantidos como direitos fundamentais devem-se considerar três critérios axiológicos: o nexo entre os direitos humanos e a paz instituída no preâmbulo da Declaração Universal de 1948; o nexo entre direitos e igualdade; e o papel dos direitos fundamentais como leis do mais débil.

Como já explanado, os direitos fundamentais são direitos humanos inerentes à condição humana e de caráter universal que recebem tratamento normativo por parte de um Estado. A inclusão de um direito humano ao ordenamento jurídico constitucional positivado confere a ele também a qualificação de direito fundamental.

Em relação a esta positivação dos direitos fundamentais, num primeiro momento surgiram os direitos individuais civis e políticos, também denominados de direitos de defesa. Os direitos fundamentais conferidos ao indivíduo, a princípio, estavam atrelados àqueles direitos inerentes ao ser humano, que exigem do Estado abster-se de atuar para que sejam exercidas as liberdades clássicas como o exercício dos direitos de liberdade, de propriedade, de segurança.

Em um segundo momento, atrelado aos direitos de defesa do indivíduo e somando-se a eles, denominou-se uma outra categoria de direitos fundamentais que seria a dos direitos sociais. Essa classe de direitos exige uma prestação do Estado, uma atuação positiva por parte dele, seja intervindo nas relações privadas, seja estabelecendo políticas públicas eficazes.

Uma terceira categoria de direitos fundamentais também surge para ser exercida em conjunto com as demais. Esta classe apresenta conteúdo fraternal, abrange direitos de solidariedade, coletivos, difusos e a tutela pelo Estado de interesses de índole transindividuais. Nesta classificação também estão o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz e a autodeterminação dos povos.

Há também quem entenda pela existência de outras categorias de direitos fundamentais, a exemplo de Bonavides (2012) que coaduna do pensamento de que há direitos de quarta geração que compreenderiam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Em decorrência do direito fundamental ao pluralismo aqui estariam inseridos os direitos de grupos sociais considerados vulneráveis, a exemplo dos consumidores.

Os direitos de quarta geração também representam “um desdobramento em relação aos direitos de terceira geração, no sentido de propiciar a sua adequada concretização”. (XAVIER, 2006, p. 195).

Muitos doutrinadores ao se referirem à classificação dos direitos fundamentais utilizam a denominação geração: direitos de primeira geração, de segunda, de terceira e até de quarta geração, mas Dimoulis e Martins (2009) ensinam que esta terminologia não é a mais correta, pois não pode-se afirmar que os direitos incluídos nas categorias posteriores surgiram necessariamente após os direitos incluídos nas categorias precedentes, ou seja, não é possível dizer que os direitos sociais, que estão em uma segunda categoria, teriam surgido apenas após os direitos de liberdade, que se encontram em uma primeira classe de direitos.

Além disso, o termo geração faz surgir uma ideia de substituição, o que também não ocorre com os direitos fundamentais, pois os diversos direitos da cada categoria são considerados e devem ser exercidos em conjunto com os direitos das demais, eles são complementares e devem ser exercidos de forma concorrente.

Assim como a determinação de direitos como fundamentais ao indivíduo, a categorização desses direitos também está atrelada às bases da dignidade da pessoa humana. A este respeito, conforme salientado por Bobbio (2007), a promoção do ser humano é considerada, ao lado da função de tutela ou garantia, como a principal função do Estado, ou seja, assegurar o respeito da dignidade humana seria o fim último do Estado e, inclusive, da sociedade.

Tratando de algumas características dos direitos fundamentais Ferrajoli (2008, p. 34) aduz que “os direitos fundamentais são direitos que não são passíveis de supressão”. Para o mencionado autor, o que a democracia política não pode suprimir, ainda que esteja sustentada na unanimidade e no consenso, são justamente os direitos fundamentais, que portanto são direitos contra a maioria, sendo estabelecidos como inalienáveis e invioláveis contra qualquer poder e em defesa de todos.

Também é nesse sentido o entendimento de Bockenforde (1993, p 69):

Todos os direitos fundamentais são direitos diretamente aplicáveis, vinculam especialmente também o legislador (art. 1,3), e essa vinculação se submete ao controle judicial (art. 93, 1, art. 100). Sua limitação só é possível de maneira restrita, e só na medida em que esteja expressamente permitida (art.19, 1 y 2).¹ (tradução nossa)

Pode-se afirmar que o ordenamento nacional vela pela supremacia dos direitos fundamentais, ao estipulá-los no texto constitucional e ao tratá-los visando-se proteger, garantir e promover a dignidade da pessoa humana, que é o fim último da ordem constitucional.

A respeito do tratamento normativo a ser dado aos direitos fundamentais, “a teoria, a dogmática e a prática dos direitos fundamentais devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos estruturantes de uma comunidade jurídico-constitucional bem ordenada”. (CANOTILHO, 2008, p. 116).

Os direitos fundamentais, fundamentados na dignidade da pessoa humana e incluídos como cláusulas pétreas pela Constituição, são elementos importantes a serem observados pelo ordenamento jurídico, devendo ser garantidos e protegidos no estabelecimento das relações com o Estado e com os particulares.

2.2 Direitos fundamentais e relações privadas

A positivação dos direitos fundamentais no ordenamento nacional, em um primeiro momento, atribuiu-lhes efeitos apenas no que tange às relações públicas (Estado-indivíduo), servindo como meio de proteção da pessoa frente ao Estado. Havia uma dicotomia entre os ramos do direito público e do direito privado, separando-se a aplicação das disposições constitucionais das prescrições do direito privado.

A autonomia privada, princípio de grande preponderância e de ampla aplicabilidade, permitia que a pessoa estabelecesse suas relações conforme o seu arbítrio, atuando livremente no âmbito de sua esfera particular e isso tornava

¹ Todos los derechos fundamentales son derecho directamente aplicable, vinculan especialmente también al legislador (art. 1,3), y esta vinculación se somete al control judicial (art. 93, 1, art. 100). Su limitación es sólo posible de manera restringida, y sólo en la medida en que este permitida expresamente (art.19, 1 y 2).

possível a existência de lesões aos indivíduos nas relações contratuais, proprietárias e até familiares. A força normativa dos direitos fundamentais neste momento ainda era restrita.

Assim, apesar da previsão e da proteção dada aos direitos fundamentais, nas relações entre particulares esses direitos não apresentavam uma incidência direta, o indivíduo encontrava-se desprotegido.

Vários fatores como a globalização, o neoliberalismo e de um modo geral as mudanças sociais, influenciaram no aumento da expressividade do poder de alguns sujeitos privados, fazendo com que assim não apenas o Estado pudesse ser considerado como violador dos direitos fundamentais, incluindo-se também as pessoas, a coletividade como um todo. Desta forma, firmada estava a posição de que o Estado e os particulares têm o dever de observar a dignidade da pessoa humana nas suas relações.

A respeito do potencial de violação dos direitos fundamentais, Vecchi (2011, p. 113) esclarece que:

[...] a doutrina e a jurisprudência tem constatado que, não raras vezes, não é o Estado o grande vilão frente aos direitos fundamentais, mas sim sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (social ou econômico) que se apresentam como inimigos desses direitos.

O fato de a Constituição possuir uma força irradiante passou a ser assim considerado a partir de meados do século XX e isso fez com que os direitos e garantias fundamentais nela previstos fossem aplicados às relações públicas e também às de âmbito privado. Tal noção ganhou força com o entendimento jurisprudencial nesse sentido, vindo a se tornar estreme de dúvidas após a promulgação da Constituição de 1988 e com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, cuja respectiva utilização do nível de eficiência e rapidez e os conceitos a ele transcendentais abriram espaço igualmente democrático para a convivência pacífica, hierárquica e suplementar entre sistemas, a benefício das exigências da sociedade. (MARTINS; FERREIRA, 2011, p. 265-307).

De se observar nesse sentido que conforme já dito em relação aos direitos humanos, também a dignidade humana e os direitos fundamentais enquanto corolários devem ser objetos de proteção não só por parte do Estado, mas também pelos particulares nas relações privadas. Uma vez que a concepção vigente de ser

humano é inexoravelmente indissociável da dignidade e bem assim não há ser humano que não seja digno, tanto o Estado como também e em igual proporção a sociedade devem dignificar a pessoa, dando-lhe condições mínimas de vida e favorecendo, na medida do possível, o desenvolvimento das capacidades pessoais do indivíduo. (ANDRIGHI, 2009, p. 1187-1188).

A propósito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que os consideram como valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico, foi um fator decisivo para a atribuição de seus efeitos às relações privadas.

Não há um fundamento absoluto e único para os direitos fundamentais e a gama de direitos a ser observada nas relações entre os particulares para que não violem os direitos dos indivíduos é enorme. A possibilidade de lesão dos direitos fundamentais pelos particulares no estabelecimento de suas relações privadas frente aos imperativos do poder econômico torna-se comum, principalmente naquelas sociedades como a brasileira em que há grande desigualdade social.

Ato contínuo, a possibilidade de ser lesionado um direito fundamental de um indivíduo é proporcional à sua situação de vulnerabilidade. Assim, quanto mais vulnerável for uma pessoa, maior será a possibilidade de um direito fundamental seu ser violado no estabelecimento de relações jurídicas com seus pares, pelo que Bockenforde (1993, p. 70) ao tratar do dever do Estado de interferir e de regular as relações privadas ensina que “o Estado é obrigado a intervir nas relações privadas, com o fulcro de relativizar as desigualdades sociais presentes na sociedade, bem como no sentido do desenvolvimento e do bem-estar sociais como bases da liberdade para todos”.

Bobbio (2004, p. 45 *apud* Silva, 2007, p. 47-48), posicionando-se a respeito do foco que deve ser dado atualmente aos direitos humanos aduz o seguinte:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garantí-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Com isso pode-se afirmar que a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos dos indivíduos, em razão da grande expressividade dos

poderes privados na sociedade brasileira, não poderia estar restrita ao âmbito de relações Estado-indivíduo/sociedade fazendo com que o Estado atue de forma a proteger as pessoas de seus pares e, inclusive, delas mesmas.

2.2.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A doutrina classifica a eficácia dos direitos fundamentais em vertical e horizontal. O que irá distinguir uma da outra é a oponibilidade dos direitos fundamentais: oponível ao Estado, eficácia vertical; oponível aos particulares, eficácia horizontal.

Apenas para elucidar o assunto, a eficácia vertical dos direitos fundamentais representa a possibilidade de o indivíduo opor os seus direitos ao Estado. Por haver uma relação vertical entre o Estado e os cidadãos, os poderes estatais devem respeitar e assegurar o gozo dos direitos fundamentais por todos. Isso faz com que o Estado respeite o livre exercício dos direitos fundamentais e que se abstenha de interferir indevidamente na vida das pessoas, assim garantindo o pleno exercício dos denominados direitos de primeira categoria/dimensão.

Além desse aspecto negativo, de abstenção, o Estado também tem o dever de atuar positivamente no sentido de promover os direitos sociais dos indivíduos estabelecendo políticas públicas ou mesmo intervindo nas relações entre os particulares. Esses dois deveres do Estado, de abstenção e de atuação, fazem surgir às pessoas o direito de exigir o fiel cumprimento de seus direitos, seja por meio dos remédios constitucionais, seja por intermédio de ações judiciais e/ou administrativas.

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2010, p. 366)

Num segundo momento, passou-se a discutir também o que se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que, suscintamente, permite a oponibilidade dos direitos fundamentais do indivíduo aos seus semelhantes, pois são

direitos vinculantes e possuem eficácia *erga omnes*. Posto de outra forma, a eficácia horizontal abrange as relações cidadão-cidadão.

A razão de ser da eficácia vertical está no fato de que o Estado não se encontra em posição de igualdade com os subordinados e da eficácia horizontal também está fundamentada na desigualdade, mas na medida em que considera que os particulares encontram-se em posições desiguais de poder, seja social ou economicamente por exemplo.

Tratando da eficácia dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2009, p. 22) lecionam que “o indivíduo pode fazer valer esses direitos tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante sua autonomia enquanto sujeito de direito”.

A respeito da eficácia horizontal, Sarmento (2010, p. 323) ensina que:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais, e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Consolidando-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais está configurada a extensão do raio dos direitos fundamentais de forma atingir as relações privadas. Os direitos e as garantias fundamentais estão também incluídos na ordem jurídica privada, não mais prevalecendo a separação dos preceitos de direito público, inclusive os direitos fundamentais, das relações entre os particulares.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais faz com produzam efeitos irradiantes, ou seja, todos os seus valores e implicações refletem sobre o ordenamento jurídico, de forma a prevalecer a dignidade humana, a igualdade substantiva e a justiça social. A esse respeito, Alexy (2014, p. 128) ensina que:

[...] esses direitos fundamentais devem, enquanto valores ou decisões objetivas de valores, irradiar-se sobre todo o direito. Com isso os direitos fundamentais ostentam sua força não só nas reações entre cidadãos e o estado, mas também no direito civil, que trata da relação entre os cidadãos.

Com isso, denota-se que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos sobre todas as normas infraconstitucionais, atuando como fatores vinculantes do direito privado e fazendo com que sejam consideradas constitucionais apenas

aquelas disposições que observarem os preceitos e as implicações advindas dos direitos fundamentais.

A irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais além de refletirem nas normas jurídicas, incidem também sobre os três poderes do Estado, influenciando diretamente no exercício das suas funções típicas de legislar, de governar e de solucionar conflitos.

A respeito da eficácia que os direitos fundamentais produzem nas relações privadas existem várias teorias, e dentre aquelas que entendem pelos efeitos horizontais pode-se citar a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata.

A teoria da eficácia indireta ou mediata, segundo Sarmento (2010), seria uma vertente intermediária entre a teoria que nega os efeitos dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e entre a teoria da eficácia direta. Essa teoria elucida em seu conteúdo que para que os direitos fundamentais possam ser aplicados entre os particulares eles precisam ser regulamentados pelo legislador. A aplicação dos direitos fundamentais então não decorreria diretamente da Constituição.

Silva (2014, p. 58) ao distinguir eficácia direta da eficácia indireta leciona que “o modelo indireto preconiza apenas uma influência das normas de direitos fundamentais na interpretação das normas de direito infraconstitucional”. E ainda ensina que “no modelo indireto, a despeito de haver uma produção – indireta – de efeitos por meio da reinterpretação do direito infraconstitucional, não há uma verdadeira aplicação da norma de direito fundamental às relações entre particulares”. (SILVA, 2014, p. 59).

Outra teoria é a da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que, segundo Duque (2013), surgiu na Alemanha com a utilização da expressão *Drittewirkung der Grundrechte* ao se considerar que os direitos fundamentais são ordenadores da vida social e por isso possuem importância direta para o direito privado. Consideraram que a não aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas levaria a torná-los sem efeitos e seriam incluídos como direitos apenas declaratórios.

Considerando-se o disposto no ordenamento jurídico brasileiro a teoria aplicável seria a da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, pois a

aplicabilidade imediata desses direitos está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º.

Dizer que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata significa que gozam de autonomia, ou seja, independentemente de haver qualquer outra previsão legal são aplicáveis diretamente nas relações privadas, o que pode se dar por meio de mandamentos ou de restrições. A característica da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais confere ao particular o direito de invocar as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2008), donde se observa que a aplicação direta pressupõe que em face da unidade do ordenamento jurídico todo e qualquer direito deve viger apenas sob os fundamentos e dentro dos marcos da Constituição, não fugindo o direito privado a esse desiderato. (DUQUE, 2013, p. 112).

Podem-se citar como fundamentos para a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas o seu efeito vinculante, o caráter *erga omnes* que se traduz na eficácia irradiante sobre todo o sistema jurídico, e a promoção da dignidade da pessoa humana.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é baseada em cinco pilares que são: a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica e do direito privado; os direitos fundamentais devem ser garantidos na vida social, pois são valores supremos; o significado dos direitos fundamentais mudou, afastando-se da classificação apenas como direito de defesa frente ao Estado para ser incluído também como uma defesa em face dos próprios particulares; são direitos multidirecionais, aplicando-se a todos; e por serem direitos diretamente vigentes no âmbito público, também o devem ser no âmbito privado. (DUQUE, 2013).

O fato de a Constituição brasileira estabelecer entre os seus valores a igualdade material, o que garante às pessoas um tratamento igualitário pelo Estado e pelos demais, também pode ser considerado como um forte argumento para a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Outro importante valor constitucional é a solidariedade social que enseja o respeito aos direitos do próximo e a busca do bem comum.

A força do poder econômico e de grupos sociais apresenta um grande potencial para violação dos direitos fundamentais dos mais vulneráveis, fato que faz com que eles estejam sujeitos a lesões aos seus direitos. A autonomia privada nas

relações entre particulares não pode ser considerada como sendo de exercício absoluto. Dessa maneira, justifica-se a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma ferramenta a favor da igualdade, ao conferir proteção aos mais fracos.

Prata (1982, p. 137-138) defende a aplicação da eficácia imediata das normas de direitos fundamentais nas relações privadas ao afirmar que a extensão da eficácia direta do domínio público para o domínio privado significa que:

[...] esses direitos estão defendidos de qualquer ameaça provinda do domínio negocial interprivado, isto é, que as entidades privadas tem de respeitar de forma direta e necessária os direitos constitucionalmente garantidos, e não que a sua eficácia depende da medida em que o estado configure legalmente a situação jurídica das entidades privadas de acordo com os direitos fundamentais.

Também é importante ressaltar que no texto constitucional não há nenhuma previsão mesmo que implícita, que se refira ao fato de que os direitos fundamentais dos indivíduos devem ser opostos e respeitados diretamente apenas pelo Estado. Não há limitação no que tange à oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares, o que leva à conclusão de que eles também são oponíveis aos entes privados.

Ainda sobre as razões que autorizam a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, Vecchi (2011, p. 118) cita os seguintes fundamentos constitucionais da eficácia horizontal:

- a) a força normativa da Constituição; b) o reconhecimento do patamar hierárquico superior às normas constitucionais; c) o caráter unitário do ordenamento jurídico; d) o caráter objetivo (normativo) dos direitos fundamentais; e) a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, 1º, da CF de 1988); f) o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a consequente necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988); g) a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts. 5º, XXIII; 170, caput, 186 e 1º, IV, da CF de 1988); h) o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF de 1988).

Os direitos fundamentais são disposições autônomas, ou seja, não precisam de regulamentação infraconstitucional para serem efetivos. Assim, os direitos fundamentais tem aplicação direta aos casos concretos, o que faz com que os particulares e os poderes do Estado tenham o dever de aplicá-los nas situações

práticas e, salienta-se que é possível que os magistrados deem efetividade a esses direitos mesmo que em contradição com uma lei que os tenha violado.

Nesse sentido é que o direito fundamental e também princípio fundamental da proteção do consumidor concretiza-se com a existência de um dever de realização desse direito. A efetivação dos direitos fundamentais constitui um dever do Estado, cujo dever de proteger e de garantir o consumidor está expressamente positivado na Constituição Federal. Os deveres fundamentais:

[...] representam figura jurídica com arrimo na fundamentabilidade das normas constitucionais de promoção da pessoa (próprio das constituições democráticas) e, por conseguinte, na ordem de composição da chamada Constituição polifacética fazem-se inserir no elemento de ordem limitativa, ao lado dos direitos fundamentais. (MARTINS, 2014).

O Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional máximo do sistema jurídico nacional e por isso guardião do texto constitucional, já se posicionou expressamente em seus julgados pela aplicabilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Um exemplo da adoção expressa dessa teoria pela Corte Constitucional pátria é o paradigmático caso que foi objeto do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, que abordou a exclusão de um associado de uma entidade de direito privado com a inobservância do devido processo legal e que trouxe em sua ementa o seguinte teor:

[...] I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (BRASÍLIA, STF, RE n. 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2005)

Vê-se então a possibilidade de o indivíduo exigir diretamente do Estado a efetivação de seus direitos fundamentais em eventual colisão com determinações estatais e até mesmo frente a seus pares, seja por intermédio do Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário.

2.2.2 *Implicações da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico*

Perfunctoriamente, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais consubstancia-se no fato de que numa relação jurídica privada os direitos do próximo devem ser considerados e resguardados, não sendo permitido o sacrifício dos direitos de outrem face ao exercício dos seus próprios direitos. Não é possível que os particulares, no exercício de sua autonomia privada, pratiquem um ato exercendo seu direito de forma abusiva:

A dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar a outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro. (SARLET, 2010, p. 60).

Diante da importância da dignidade da pessoa humana, de seu grande valor axiológico e de seus efeitos que irradiam sobre todo o ordenamento, a sua concretização e a sua preservação pode ser entendida como uma limitação para a autonomia privada. A respeito do papel que assume a dignidade da pessoa humana na proteção do indivíduo, Sarlet (2010, p. 56) ensina que:

[...] numa perspectiva negativa, se pode reconhecer – na dignidade da pessoa humana – uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite!) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência por parte do Estado e de terceiros, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos.

Todos, poderes públicos e particulares, estão vinculados e tem o dever de zelar pela dignidade da pessoa. A respeito da proteção a ser dada à dignidade da pessoa humana, Sarlet (2010, p. 129) aduz a importante conclusão:

[...] o dever de proteção imposto – e aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que,

mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade, o que decorre justamente do já referido cunho irrenunciável da dignidade pessoa.

O imperativo da prevalência da dignidade da pessoa humana pode fazer com ela se sobreponha inclusive contrariando a autonomia do seu próprio titular, a depender do caso concreto, com a finalidade de proteger a pessoa. Bem assim, o Estado pode e deve intervir nas relações privadas para resguardar o indivíduo de decisões decorrentes do exercício de sua autonomia, inclusive protegendo a pessoa de atos praticados por ela mesma por sua livre e espontânea vontade. Dentro desse dever de proteção está a obrigação do Estado de atuar regulando as relações entre particulares, impondo limites às tratativas privadas e até mesmo desconstituinte aquelas que firam os direitos fundamentais e a dignidade do indivíduo.

Assim é que os direitos fundamentais, valores supremos da ordem constitucional, devem ser necessariamente observados na discussão de casos concretos. Por serem autônomos e de aplicabilidade imediata podem ser diretamente aplicados pelo judiciário na solução dos litígios que envolvam as relações entre os particulares.

O sistema constitucional brasileiro é concebido como um sistema jurídico aberto, assim, na interpretação dos casos concretos os aplicadores do direito não estão restritos apenas às disposições legais expressas, devendo considerar para tanto todo o sistema. Permite-se que a interpretação jurídica seja valorativa, visando na prática a preservação da dignidade do indivíduo, a concretização da justiça e a igualdade material entre as pessoas, que podem ser consideradas como fundamentos da ordem constitucional pátria.

O poder judiciário, verificando que as demandas levadas a ele tem relação com os direitos fundamentais, tem o dever de zelar e recompor os direitos dos particulares, pois está dentre as suas atribuições a função de atuar como guardião do texto constitucional:

Uma decisão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana deverá servir na formatação do sistema jurídico, constituindo precedentes para casos análogos de forma a evitar casuismos, posto que princípios e conceitos jurídicos indeterminados normativos, caracterizados pela linguagem jurídica aberta, sempre exigiram sopesamento e valoração. (MARTINS; FERREIRA, 2011, p. 265-307 *apud* Engisch 2001, p. 211).

Os titulares dos direitos fundamentais podem e devem exigir do Estado o efetivo cumprimento dos seus direitos fundamentais seja no âmbito da eficácia vertical, seja no da horizontal.

Uma questão a ser observada no tratamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o fato de que os particulares não podem ser colocados no polo passivo desses direitos com o mesmo tratamento a ser dado ao Estado no caso da eficácia vertical. O dever do Estado em relação à garantia dos direitos fundamentais tem dupla interface, pois ele tem o dever de se abster e, ao mesmo tempo, o dever de atuar positivamente, visando protegê-los de lesões.

No que tange aos particulares, esse dever deve ser analisado com cautela, pois os cidadãos não podem ser equiparados ao Estado neste ponto. O dever de se abster de ferir os direitos fundamentais dos seus pares certamente deverá ser observado pelo particular, porém em relação ao dever de proteção não pode ser dado exatamente o mesmo tratamento. Há quem entenda que mesmo no âmbito privado também existiria a obrigação de proteção dos direitos fundamentais dos consortes.

Tratando sobre os deveres do particular, Sarmento (2010) entende que a tutela dos direitos individuais nas relações privadas não se esgota na obrigação de abstenção, também abrange uma atuação repressiva e corretiva e, além disso, pode abranger deveres positivos, a depender do caso concreto e dos interesses envolvidos.

Outro ponto importante a ser ressaltado é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deverá ser observada não apenas quando houver posições de desigualdade entre as partes, como por exemplo, entre uma forte empresa e um simples consumidor, mas também deverá ser aplicada nas relações estabelecidas entre os cidadãos comuns que aparentemente estariam no mesmo nível de igualdade.

A promoção da igualdade real entre os consumidores, também denominada de igualdade substancial, é um dever do Estado. Para isso Prata (1982) defende que essa obrigação do Estado deve atuar em três vias que são: restabelecimento da igualdade negocial por meio da tutela do contratante mais vulnerável; atribuição de direitos que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado; e a promoção de uma real igualização que será concretizada pela edição de uma legislação discriminadora.

Lado outro, apesar da igualdade hierárquica dos direitos fundamentais em abstrato a eficácia que cada direito irá produzir sobre uma relação privada não incide da mesma forma e com a mesma intensidade para todos os direitos fundamentais. Ao ser analisada uma situação concreta entre particulares é que se poderá dizer como será os efeitos dos direitos fundamentais naquele caso. É dizer, a eficácia de um direito fundamental direcionada ao ordenamento jurídico-privado varia de norma para norma, ou seja, depende do direito fundamental em questão, do âmbito da vida onde se direciona sua aplicação, bem como da própria situação das partes envolvidas. (DUQUE, 2014, p. 229).

Denota-se a propósito que os direitos fundamentais por serem de índole constitucional e por terem a mesma localização no texto da Constituição, possuem a mesma hierarquia ao serem analisados abstratamente, ou seja, a Constituição não determinou a eles uma ordem de incidência. Porém, a igualdade hierárquica em abstrato dos direitos fundamentais não impede que em uma relação jurídica, havendo conflito entre os direitos das partes, seja realizada uma ponderação entre eles, podendo, inclusive, mitigar a eficácia de um deles em detrimento da prevalência de outro. Em outras palavras, determinados direitos fundamentais devem recuar ou gozar de preferência, quando em um caso concreto colidirem com outros direitos fundamentais de titulares distintos. (DUQUE, 2014, p. 178).

Com efeito, na solução dos casos concretos que envolvam os direitos fundamentais nas relações privadas não se deve deixar de lado a autonomia privada, ponderando as situações que os envolvam com o livre exercício da vontade do indivíduo. Nesse sentido, Sarmento (2010, p. 247) ensina que para realizar a tarefa da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia dos indivíduos deve-se considerar o seguinte:

- 1) Se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais, em tese, devem ser aplicados;
- 2) Quanto mais poderosa for a pessoa ou instituição privada, maior deve ser o seu grau de vinculação aos direitos fundamentais;
- 3) Quanto maior a proximidade da relação jurídica à esfera pública, maior deve ser a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a proteção à autonomia privada, e vice-versa;
- 4) A aplicação dos direitos fundamentais no campo privado não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais.

Ainda sobre a análise a ser feita na ponderação direito fundamental versus autonomia privada é importante citar a lição de Barroso (2006, p. 76), o qual estabelece que ao se realizar esta tarefa deve-se considerar os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e d) risco para a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é utilizada como o critério hermenêutico mais importante na avaliação de uma situação concreta em que se argua a violação ou não de um direito fundamental, mas essa análise valorativa deve ser feita com cautela. Deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a tutela dos direitos fundamentais e a autonomia privada.

Há uma discussão na doutrina quanto à possibilidade de se renunciar aos direitos fundamentais. É importante esclarecer que quando se fala em renúncia a direitos fundamentais abrange-se apenas o seu exercício e não a sua titularidade. Então, existem dois posicionamentos: o que considera não ser possível a renúncia ao exercício dos direitos fundamentais conforme a autonomia privada do indivíduo e o que entende ser possível que os particulares, em situações concretas, abdiquem de exercer alguns de seus direitos fundamentais.

Mesmo havendo esta divergência, há um consenso entre as duas correntes em relação à possibilidade de haver restrições voluntárias aos direitos fundamentais pelos próprios titulares desses direitos. Assim, conclui-se que apesar de serem considerados normas principiológicas de valor supremo, os direitos fundamentais não são absolutos e intocáveis em todas as situações. Analisando-se o caso concreto, é possível que uma das partes da relação jurídica tenha restringido os seus direitos fundamentais sem que isso configure uma violação à sua dignidade e que, então, enseje uma proteção estatal:

Quanto maior for o grau de indisponibilidade de um direito, menor é a possibilidade de se cogitar uma renúncia ao seu exercício; por outro lado, quanto maior for o grau de autodeterminação do particular, vale dizer, a constatação dos pressupostos totais para a tomada de uma decisão inteiramente livre, maior é a margem de autonomia que se abre ao indivíduo para dispor de aspectos ligados à sua dignidade e ao exercício de direitos fundamentais. (DUQUE, 2014, p. 204).

Embora haja a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, tal deve ser exercida em conformidade com o núcleo essencial desses direitos. Cada

direito fundamental apresenta um núcleo essencial individualizado que deve necessariamente ser observado pelos particulares ao estabelecerem suas relações. Assim, mesmo a parte optando por restringir o exercício de algum de seus direitos fundamentais, esse ato de disponibilidade não poderá infringir o que é considerado como núcleo essencial do direito fundamental. Isso corresponde exatamente ao que defende Ribeiro (1999, p. 138) ao afirmar que “ressalvado o núcleo essencial do direito afectado, ao qual em caso algum o titular pode renunciar”.

Ato contínuo, da mesma forma que o Estado tem o dever de proteger os particulares contra ingerências indevidas em seus direitos fundamentais provocadas por uma norma jurídica inconstitucional, por exemplo, ele também, fundamentado no seu dever de proteção, deverá resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos no caso de serem violados no âmbito de suas tratativas privadas.

Não obstante todas as implicações positivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, Sarmento e Gomes (2011, p. 62) apresentam um alerta quanto à aplicação ampla e indiscriminada dos direitos fundamentais entre os particulares ao estabelecer que:

[...] a hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode, em nome da utopia da realização destes direitos em todos os espaços sociais, converter-se numa verdadeira distopia, ao restringir em excesso a autonomia privada, ainda que com propósitos “politicamente corretos”.

É certo que os direitos fundamentais são valores reconhecidos pelo sistema jurídico e atuam como normas jurídicas basilares do ordenamento, apresentando a característica da ampla e geral aplicabilidade em todos os tipos de relações jurídicas: públicas e privadas. No entanto, mesmo tendo sofrido considerável relativização ainda é vigente e tem força o princípio da autonomia privada no qual estão baseadas as relações privadas.

Frise-se que a ponderação é imprescindível na efetivação de princípios e notadamente os fundamentais. Nesse sentido, a lição de Ferreira (2004, p. 50):

A lei da ponderação mostra que o sopesamento entre os princípios em colisão pode ser separado em três estágios. O primeiro envolve a identificação do grau de não satisfação ou lesão do primeiro princípio. O segundo estágio se refere ao grau de importância de satisfação do outro princípio. Finalmente, o terceiro estágio diz respeito à relação entre a importância de satisfação do princípio e a lesão ou não satisfação do outro.

Por isso, a importância de se realizar uma ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia das pessoas, sob pena de lesar de tal forma esse direito que inviabilize os indivíduos de exercê-lo.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Ao tratar da função social do direito privado, Noronha (2010, p. 47) afirma que “todo direito tem uma função social, dispensando referência expressa”. Assim, um direito apresentará legitimidade em seu exercício se estiver em consonância com a sua finalidade social. A presença de uma finalidade social é característica das normas jurídicas, pois todas elas visam a atender a fins sociais e às exigências do bem comum.

Numa análise perfuntória, função social pode ser entendida como o dever de observância de um interesse coletivo pelos indivíduos ao celebrarem e ao cumprirem suas convenções estipuladas entre particulares. Nessa direção, a proteção dos interesses de cada parte está condicionada à satisfação dos interesses sociais. “A funcionalização 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”. (ANDRIOTTI, GAMA, 2008, p. 2)

Facchini Neto (2009, p. 120) entende que “compatibilizar, portanto, a existência individual do ser humano, na sua unicidade e irrepetibilidade, com sua natureza essencialmente social, é exatamente a raiz do problema da função social do direito privado”. Assim, os indivíduos podem exercer livremente seus direitos visando satisfazer seus interesses pessoais desde que não lesem as expectativas e/ou os direitos coletivos.

A função social no direito privado deve ser exercida de forma a encontrar a melhor maneira de garantir o regular exercício do direito dos particulares e de buscar a atribuição equânime de direitos e recursos aos cidadãos.

Perlingieri (2007, p. 226) ensina que:

[...] em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

A função social atua como um parâmetro, pois institui uma finalidade aos institutos jurídicos e delimita o seu conteúdo restringindo o individualismo,

harmonizando o individual com o coletivo, visando o equilíbrio entre as relações sociais e econômicas para assim concretizar a igualdade material entre as pessoas.

Essa finalidade da busca da igualdade material acaba por legitimar a intervenção estatal na economia e nas relações privadas com vistas a adequar as disposições normativas a um fim coletivo e a realizar o bem comum. Assim, o estabelecimento de restrições à liberdade contratual e à propriedade privada tornam-se comuns.

Vale ressaltar que aquilo que seria o conteúdo da finalidade social e do bem comum, que é o fim último da função social, depende de interpretação valorativa, mostrando-se como um conceito amplo, indeterminado e variável, modificando-se conforme os momentos e situações históricas e sociais vivenciadas. Com efeito, a função social tem esse nome justamente porque visa a estabelecer uma adequação concreta entre o negócio jurídico e seus efeitos e a satisfação e bem-estar dos contratantes e da sociedade, ou, conforme ensina Tepedino (2012, p. 8), “é a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados [...] dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto [...]”.

Antes da sedimentação do fenômeno da constitucionalização do direito privado, os ramos do direito público e do direito privado eram divididos de forma rígida e poucas eram as relações conceituais entre eles. O Estado era indiferente às relações entre os particulares, que atuavam livremente conforme seus interesses e vontades.

Tratando deste momento, Tepedino (2009, p. 45) leciona que:

As constituições do século XX, especialmente a partir do final da Segunda Grande Guerra, permitiram (ou ao menos não impediram) que, em nome das liberdades individuais, a autonomia privada se mantivesse intocável, invulnerável a interferências externas, legitimando, consequentemente, violências à pessoa humana nas sociedades intermediárias, à sombra das relações contratuais, proprietárias e familiares.

No modelo de Estado Liberal que regia este momento, ainda havia uma separação entre as disposições constitucionais e as prescrições do direito privado. Nas relações verticais já existiam mecanismos de proteção dos indivíduos frente ao Estado, mas nas convenções entre os particulares o indivíduo encontrava-se a descoberto, suscetível a violações de seus direitos fundamentais. Em razão dessa

separação entre os preceitos de direito público e privado, as constituições que tiveram vigência nesse período tinham aplicação voltada para as relações tuteladas pelo direito público, não apresentando força normativa sobre todo o ordenamento.

Ainda era possível a livre exploração social das pessoas nas relações de direito privado, já que não havia muita interferência estatal nesse âmbito, e que a legislação privada não protegia a pessoa humana e que os meios de proteção constitucionais do indivíduo não tinham aplicação direta nas relações privadas. “Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar”. (TEPEDINO, 2001, p. 2).

O direito civil brasileiro, principal disciplina componente do direito privado, era tratado basicamente pela Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil). Uma vez que o interesse individual era valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e bons costumes, não cabendo ao Estado e ao direito, considerações de justiça social (LÔBO, 2002), o Diploma Civilista era referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado (TEPEDINO, 2001, p. 3). Até este momento o direito civil manteve seu foco em proteger o patrimônio individual da pessoa, por isso diz-se que o Código Civil de 1916 tinha um caráter patrimonialista e individualista. O aspecto individual e os valores pessoais eram considerados como o centro axiológico do direito do civil.

Mudanças no cenário econômico e social fizeram com que o Estado Liberal, que pregava a igualdade formal entre os indivíduos, entrasse em decadência e fosse substituído pelo Estado Social que apresenta como base a igualdade material.

O modelo de Estado Social traz em seu bojo a proteção da pessoa humana, pregando pela intervenção do Estado na atividade privada para sua concretização. O dirigismo contratual foi um instrumento utilizado pelo Estado para o controle social, que visava o equilíbrio das relações contratuais e a realização da justiça.

A esse respeito, Gama e Cidad (2006, p. 154) ensinam que:

A intervenção estatal, desse modo, seria o método ideal para controlar essas ingerências no exercício dos direitos da esfera privada, notoriamente nos relativos à propriedade. Em outras palavras, o bem jurídico deverá ostentar, doravante, uma função que

respeitasse os interesses da comunidade, deveria apresentar uma função social.

Com a consolidação do modelo do Estado Social, as disposições do direito privado deveriam ser estabelecidas e aplicadas visando a uma finalidade que promovesse a pessoa humana, respeitando seus direitos fundamentais e que visasse o bem comum.

Traçando um paralelo entre as constituições típicas do Estado Liberal e do Estado Social, Bobbio (2007, p.13) ensina que em relação às constituições liberais clássicas a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 efetivamente superou a distinção hermética entre os conteúdos de direito público e de direito privado. Assim, surgiu o fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado, que fez com que a interpretação dos institutos de direito privado passasse a ser feita a partir dos valores constitucionais.

Sarlet (2009, p. 71) ensina que a constitucionalização do direito privado se manifesta sob duas formas:

- a) A presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição – que, por sua vez, irá influenciar o Direito Privado – situação em que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de um direito civil-constitucional.

Dotada de supremacia e unidade, a Constituição passou a ser considerada centro e cerne do sistema jurídico irradiando seus preceitos para todo o sistema. Ato contínuo, Miranda (2010) ensina que os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional assumem a configuração de normas jurídicas estruturantes de todo o sistema e possuem validade objetiva e universal.

O fato de os direitos fundamentais serem considerados como princípios aplicáveis a todo o âmbito do direito se deu em razão da constitucionalização do direito e também por a Constituição Federal de 1988 ter adotado como ápice, como centro axiológico, a dignidade da pessoa humana.

Isso ocasionou algumas mudanças fundamentais no direito privado contemporâneo, alterando suas bases tradicionais. A segurança jurídica já não poderia prevalecer de forma absoluta sobre a promoção da justiça. O direito privado passou a adotar dimensões plurais, elegendo como centro a promoção da pessoa humana e o bem comum:

Conjugando a virada copernicana que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços públicos e privado. (FACHIN, 2002, p. 43).

Pode-se então dizer que, com isso, e com a instituição da solidariedade social como um dos objetivos fundamentais da república, viu-se concretizada a atribuição e a obrigatoriedade da observância de finalidades sociais para o direito privado. O direito privado deve estabelecer suas relações observando o bem comum, obedecendo à função social.

A estipulação de uma finalidade coletiva para alguns institutos do direito privado não é exclusiva da Constituição de 1988 e do direito contemporâneo. As constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967 e de 1969 já traziam em seus textos referências ao interesse coletivo, mas voltadas para o âmbito da propriedade privada. A função social da propriedade foi expressamente positivada pela Constituição da República de 1946, vindo efetivamente a assentar suas bases nos preceitos constitucionais da Constituição de 1988 e encontrando fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Quanto ao primeiro princípio aludido, conforme já comentado, a Constituição de 1988 o elegeu como um dos fundamentos da República e, apesar de se apresentar como um conceito amplo dependente de uma interpretação valorativa, pode ser entendido como um atributo inerente à pessoa que a possui independentemente de qualquer requisito ou condição.

A dignidade da pessoa humana “transparece nitidamente como fonte, ou seja, alicerce da construção jurídica nacional, tudo isso para alcançar os objetivos presentes no art. 3º da mesma Constituição, ou seja, erradicação da pobreza e da marginalidade, construção de sociedade livre, justa e solidária”. (MARTINS, 2006, p. 66).

Em razão de seu valor fundamental e fundante para o sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana tem o condão de produzir efeitos sobre todos os ramos do direito, abrange o direito privado, influenciando diretamente as bases das relações entre os particulares:

O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele é também do direito público, indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: o vértice do Estado de Direito. O seu reconhecimento, enquanto direito fundamental, leva à necessidade de questionamento de uma série de dogmas civilísticos, em especial aqueles que constituem seu núcleo central: a autonomia, os bens, o patrimônio, a pessoa e a propriedade. (CUNHA, 2002 *apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 29).

Outro fundamento constitucional da função social do direito privado é a solidariedade social, que está inserida no texto constitucional como um dos objetivos fundamentais da república e, por isso, pode-se dizer que a socialidade compõe o rol dos princípios basilares do Estado.

Em razão da socialidade não se pode afirmar que os direitos, inclusive os direitos fundamentais, são absolutos, exercíveis livremente conforme a vontade de seu titular. O exercício de um direito deve se dar de forma observar a sua função, a sua finalidade coletiva.

A pessoa não pode ser considerada isoladamente, faz parte da natureza do ser humano o convívio em sociedade, por isso o exercício dos seus direitos deve observar além dos seus próprios anseios, os interesses da coletividade:

Na verdade, a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais. (SARMENTO, 2010, p. 338)

O princípio constitucional da solidariedade social também se aplica ao âmbito privado, mostrando-se a função social do direito privado como expressão da socialidade.

O uso dos direitos pelos indivíduos deve ser feito de modo solidário, ou seja, devem-se respeitar os direitos e interesses do próximo, de forma cooperativa, todos contribuindo para o bem comum, fundados nos valores de respeito ao próximo e de igualdade. A instituição do solidarismo como objetivo da república faz com que todos busquem uma sociedade mais democrática, com justiça social e baseada na igualdade material.

A função social por estar inserida no texto constitucional e por ser fundamentada em dois princípios basilares da Constituição, dignidade da pessoa humana e socialidade, é também um preceito constitucional. A função social da propriedade está incluída expressamente dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, assim, pode-se concluir que a função social do direito privado é de índole constitucional podendo, inclusive, ser considerada como um direito fundamental.

Por apresentar origem constitucional, a função social deve ser interpretada como uma norma de conduta de observância obrigatória e não apenas como um mero preceito, de forma vincular a todos, legisladores, intérpretes, aplicadores e destinatários das normas.

Gama e Cidad (2006) consideram que a função social configura um dever fundamental de observância obrigatória como decorrência da necessidade de observância do bem-estar da coletividade. Também consideram que ela se caracteriza como uma cláusula pétreia, por estar incluída expressamente no rol do artigo 5º da Constituição que trata dos direitos e garantias fundamentais.

A função social também pode ser considerada como uma cláusula geral, pois mostra-se como uma norma aberta ou genérica, ou seja, a delimitação de seu alcance será realizada pelo aplicador do direito diante de um caso concreto. Ela é avaliada na concretude do direito.

O fato de a função social ser uma cláusula geral de ordem pública permite que o intérprete, ao analisar um caso concreto, busque a concretização da socialidade, da promoção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Assim, magistrados, doutrinadores, legisladores, em busca da concretude da função social, tem certa liberdade na interpretação e na aplicação do direito.

A esse respeito, Miranda (2010, p. 103) ensina que “esse objetivo da concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente

apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, equivalência das prestações [...].

A função social também pode ser considerada como um elemento qualitativo do direito, pois sendo aquela um atributo inerente a este é-lhe um requisito indissociável não podendo por isso ser considerada elemento exterior àquele. Consequentemente, o fato de ter previsão constitucional faz com que a função social seja aplicada a todas as normas infraconstitucionais em razão da denominada eficácia irradiante da Constituição, produzindo efeitos diretos sobre todo o ordenamento.

Outrossim, a função social do direito privado pode ser analisada sob diversos enfoques que dentre eles inclui a função social da propriedade, da posse, do contrato, da empresa, da família. Em cada um desses vieses a função social desdobra-se sob várias perspectivas, mas todas elas fundadas no fim último da função social do direito privado: o equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca do bem comum.

3.1 Fundamento normativo da função social do contrato

Dentre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 está a função social da propriedade (art 5º, XXIII). O fato de a Constituição Federal trazer expressamente em seu texto o termo “função social”, de ter adotado como ápice do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana e de ter instituído dentre os objetivos fundamentais da república a socialidade, abriu caminho para que esse instituto pudesse ser aplicado em todo o âmbito do direito privado, extrapolando os limites da propriedade. Isso repercutiu no princípio da função social do contrato e levou a uma atuação mais intervencionista do Estado.

Nesse sentido, a base constitucional do princípio da função social do contrato deriva diretamente do princípio da função social da propriedade, do princípio da solidariedade social, da proteção da dignidade humana e também pode ser extraída do *caput* do art. 170 da Constituição Federal por ser considerada um princípio estruturante da ordem econômica:

Inicialmente, a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art 1º, III da CF/1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da

República a justiça social (art. 170, caput, do Texto Maior), bem como a solidariedade social (art. 3º, III), nesses dispositivos também residiria a função social dos pactos. (TARTUCE, 2007, p. 250).

Corroborando a tese de que o fundamento da função social dos contratos encontra-se na Constituição Federal, Azevedo (2004, p. 141-142) ensina que:

A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.

Assim foi que em reforço à função social do contrato fora editado em 1990 o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em atenção à determinação constitucional de proteção ao consumidor. O texto desse código, não trouxe expressamente o termo função social, mas a totalidade de seus preceitos e princípios autorizam dizer que a referida lei observou na elaboração dos seus preceitos os fundamentos da função social.

Denota-se que o CDC foi editado com a finalidade de promover a proteção do consumidor e para isso trouxe normas que estabelecem direitos aos consumidores, de cunho protetivo, e deveres aos fornecedores, visando assim a garantir uma igualdade material entre os indivíduos. Em razão disso, vê-se que com as disposições trazidas pelo CDC já se estava cumprindo o princípio da função social dos contratos mesmo ainda não tendo tal previsão expressa no ordenamento nacional.

Apenas em 2002, com a edição do novo Código Civil, é que a função social do contrato passou a ter previsão legal expressa. No capítulo da teoria geral dos contratos, no artigo 421, o legislador estabeleceu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Assim, foi positivado na legislação ordinária o que já era um princípio constitucional.

A partir desse momento, a observância da função social do contrato passou a ser obrigatória de maneira expressa porque além da previsão no artigo 421, o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil prescreveu que nenhuma

convenção prevalecerá se contrariar a função social do contrato. Em decorrência do disposto neste artigo, conclui-se que a função social do contrato é um princípio de ordem pública, devendo ser obrigatoriamente respeitada por qualquer convenção.

A respeito da identificação das normas que seriam de ordem pública, Martins (2014) ensina que “a ordem pública na legislação infraconstitucional sempre é aquela determinante de nulidade dos atos e negócios jurídicos ou de ineficácia, caso não observada a disposição de amplo interesse social ali descrito”. Isto posto, diante da colocação função social do contrato como um preceito de ordem pública de observância obrigatória, Xavier (2006, p. 205) conclui que “além de irradiar efeitos em relação à órbita externa do pacto, foi elevado, pela legislação civil, à condição de critério de eficácia da própria relação contratual”.

Portanto, mesmo antes da previsão expressa na legislação brasileira do princípio da função social do contrato suas implicações já podiam ser verificadas no direito nacional, pois, como a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento e foi consolidada a força normativa da Constituição, qualquer tipo de agressão à pessoa humana não poderia ser permitida.

3.2 Conceito de função social do contrato

A função social é inerente ao contrato apresentando-se como um de seus elementos, pois como já visto todo direito tem uma função social e somente será exercido com legitimidade se observar a finalidade para a qual é destinado, que é necessariamente social:

Não se comprehende a função social apenas como um princípio que orienta a interpretação e aplicação das cláusulas contratuais, limitando o espaço da autonomia das partes, mas sim como o fundamento do contrato, como aquilo que autoriza e orienta a persecução da finalidade econômica pretendida pelas partes. (PORTO; GOMES, 2010, p. 199).

O contrato deve ser voltado à promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social, objetivos do sistema jurídico. A funcionalização do contrato é uma das maneiras de se promover a dignidade da pessoa humana, pois o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força

(GODOY, 2007, p. 124). A função social do contrato surge justamente para isso, para harmonizar os interesses privados dos contratantes com os interesses da sociedade.

A função social do contrato encontra-se e é regida pela socialidade, um dos três princípios estruturantes do Código Civil e cuja adoção enquanto direcionadora do Código modificou a base interpretativa dos contratos antes fundada no modelo liberal individualista passando a considerar os valores sociais:

A conformação clássica de contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, para desempenhar uma função social. (MATTIETTO, 2011, p. 11).

Os interesses dos sujeitos contratuais devem a partir de então ser exercidos em consonância com os interesses sociais. Assim, serão tutelados tanto os interesses das partes como os interesses da coletividade, que deverão harmonizar-se, pois não se admite como possível que eles sejam conflitantes. O individual e o social complementam-se.

Ao tratar da função social dos contratos, Tartuce (2007, p. 248) a conceitua como “um regramento contratual, de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”. Eis porque o direito contratual deixa de adotar uma diretriz meramente econômica para conjugar tal mister com os critérios sociais, conciliando desta forma a autonomia da vontade com os interesses da coletividade.

Na perspectiva da função social do contrato, o interesse coletivo tem o papel de ser um limitador dos interesses individuais das partes ao celebrarem suas convenções. Não sem motivo, a superação dos pressupostos individualistas é a base a partir da qual foi construída a cláusula geral da função social dos contratos (BRANCO, 2006, p. 168).

Conforme entende Noronha (2010, p. 47-48):

A liberdade contratual (ou mais amplamente, a autonomia privada) não se justifica, e deve cessar, quando afetar valores maiores da sociedade, supracontratuais, e, além disso e agora no âmbito estritamente contratual, também deve sofrer restrições quando

conduzir a graves desequilíbrios entre os direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de valores de justiça, que tem peso social.

Um direito/prerrogativa exercido no âmbito contratual de modo contrário ao interesse da coletividade caracteriza-se como sendo abuso de direito de seu titular. Isso é o que determina o artigo 187 do Código Civil, pois estabelece que o titular de um direito que o exerce infringindo os limites de sua finalidade social comete ato ilícito.

Assim, um contrato celebrado em desacordo com a função social será considerado um ato ilícito, eivado de ilicitude quanto ao seu objeto por contrariar os valores constitucionais e a ordem jurídica. Em outras palavras, o contrato assim celebrado será um instrumento de violação do direito e por isso estará passível de ser declarada a sua nulidade.

Tal ideia vem de encontro às finalidades propostas pela função social do contrato na medida em que, além de visar a dar efetividade ao direito, “tem a finalidade de promover a igualdade, o equilíbrio e a justiça contratual, negando, sobretudo, o enriquecimento imotivado”. (RITT, 2007, p. 122).

O significado de função social do contrato, apesar de apresentar um núcleo passível de ser conhecido aprioristicamente e em abstrato, também possui uma parte de seu conteúdo que somente será conhecida no âmbito do caso concreto. Assim, a constatação da existência ou não do interesse coletivo em um contrato apenas poderá ser concretamente definida ao se analisar a situação fática.

3.3 Princípio ou cláusula geral

A função social do contrato é um princípio constitucional implícito, pois apesar de não estar expresso no texto constitucional, tem seu fundamento nos preceitos da Constituição Federal e também é um princípio legal expresso em razão de sua positivação no Código Civil:

Dúvida não pode haver de que a função social do contrato, hoje, e aliás desde a passagem, já descrita, do Estado Liberal para o Estado Social, em que se valoriza o interesse social, ao lado do interesse de cada qual dos indivíduos, seja um princípio jurídico [...]. (GODOY, p. 103).

Os princípios são diretrizes gerais e básicas e apresentam um caráter fundante, dando unidade e coerência a um sistema. Tem o condão de indicar a direção a ser utilizada tanto na criação quanto na aplicação das regras. Amaral (2003) ensina que os princípios apresentam uma função positiva e uma função negativa. Positiva porque orienta a edição de normas e negativa por não permitir que prevaleçam decisões contrárias a eles.

São considerados também como mandamentos de otimização, devendo ser buscada a sua realização com a maior amplitude possível. Mello (2004, p. 841-842) conceitua o princípio fundamental como:

[...] mandamento constitucional nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O princípio da função social apresenta eficácia imediata e direta por derivar da Constituição Federal, fonte axiológica de todo o sistema jurídico e que apresenta eficácia irradiante e tem um caráter preceptivo, normativo, devendo ser observado por todos.

Os princípios apresentam várias funções, dentre elas as de interpretação, de integração das normas do sistema, de preenchimento de lacunas, funcionando como norma para solução de casos concretos.

O princípio da função social do contrato apresenta como algumas de suas funções a interpretação da legislação, o controle dos atos de autonomia privada, o reequilíbrio das prestações ou situações de desigualdade das partes contratantes e pode ser usado pelo juiz para colmatar lacunas. (GODOY, p. 100).

Ao abordar a eficácia dos princípios, Barcellos *apud* Godoy (2007, p. 106) ensina que os princípios constitucionais:

[...] serviriam a determinar que regras ou atos normativos fossem interpretados de acordo com seu sentido (eficácia interpretativa), a impedir que regras ou atos em geral fossem praticados em afronta aos propósitos por eles perseguidos (eficácia negativa) e a obstar, por constitucionalidade, que normas infraconstitucionais, que tornam efetivos direitos fundamentais expressos em princípios, fossem revogadas legando-se um vazio em seu lugar (eficácia vedativa do retrocesso).

Assim, o princípio da função social do contrato apresentaria no mínimo eficácia interpretativa, pois determina que todas as normas do direito contratual sejam aplicadas obedecendo-o; eficácia negativa por impedir que qualquer contrato prevaleça se não cumprir com sua função social; e eficácia vedatória do retrocesso por não permitir que sejam extintas as normativas da função social dos contratos e até mesmo por impedir que normas contrárias a ela sejam editadas.

A função social do contrato também se enquadra como sendo uma cláusula geral e vale ressaltar que ela não é única, isolada, mas uma das várias cláusulas presentes no Código Civil instituídas com o objetivo de realizar os princípios que o norteiam.

Cláusula geral pode ser entendida como um enunciado normativo aberto, vago, dependente da atividade jurisdicional para sua concretização. O seu texto não determina a hipótese de incidência e as suas consequências, permitindo a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta, o que leva, ao ser dada concretude, à edição de novas normas.

A cláusula geral dará a direção na busca da norma aplicável, é um mecanismo de formação da regra que incidirá no caso concreto. Uma de suas características é a mobilidade, ou seja, possui a capacidade de adaptação, de atualização da aplicação do seu conteúdo, apresentando então a vantagem de permitir que o direito positivado seja aberto às transformações sociais, evitando-se assim lacunas provenientes da evolução social, e possibilitando que situações não previstas em lei possam ser resolvidas em concreto:

As mudanças sociais ocorridas posteriormente à edição de lei contendo cláusulas gerais provocam alterações na maneira em que a cláusula geral deve ser preenchida, pois precisa ser conforme a realidade posta em litígio. Essa característica torna o texto legal elástico e aberto às transformações sociais que possam vir a ocorrer. (BRANCO, 2006, p. 187).

Uma cláusula geral sempre deve ser expressa e essa é uma característica que a diferencia de princípio, pois é perfeitamente possível a existência de um princípio implícito. A cláusula geral da função social do contrato, como já estudado anteriormente, foi positivada expressamente pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 421.

Martins-Costa (1998, p. 8) conceituou cláusula geral e dispõe que é uma

disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas [...].

A cláusula geral da função social do contrato classifica-se como sendo do tipo restritivo e também do tipo regulativo. Do tipo restritivo porque delimita ou restringe uma norma ou princípio jurídico, ao exemplo da imposição de limites à liberdade contratual. E do tipo regulativo por regular todas as relações contratuais, pois faz parte do próprio conceito de contrato.

As cláusulas gerais possuem várias funções, as quais são apresentadas por Martins-Costa (1998) como sendo: criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz; permitir a mobilidade externa do sistema, na medida em que forma novas instituições para responder aos novos fatos sociais; é elemento de conexão ou “lei de referência” entre os diversos casos levados à apreciação judicial e assim formando precedentes; permitir à doutrina operar a integração intrasistemática, “mobilidade interna”, entre as disposições do Código Civil; e viabilizam a integração intersistemática entre o Código Civil e as demais normas.

O julgador ao dar concretude a uma cláusula geral, apesar de poder se valer de regras extrajurídicas, não pode se basear apenas em suas convicções pessoais sobre o que é justo. Godoy (2007) ensina que não é possível ao se aplicar uma cláusula geral o reenvio a critérios metajurídicos utilizados de forma a tornar totalmente subjetivo o ato decisional. A atividade deve estar fundamentada em valores, princípios, dados, que possam ser extraídos de alguma forma do sistema.

Assim, ao se trabalhar a cláusula geral da função social do contrato no caso concreto o julgador deve se abster de realizar julgamentos pautado unicamente em seus critérios subjetivos, utilizando-se para isso ao menos de elementos inferíveis do sistema jurídico e predominantes na realidade da sociedade. Ou, posto de outra forma, a liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais (WAMBIER, 2009, p. 102):

O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. As cláusulas

gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da eqüidade”. (DIDIER JÚNIOR, 2011).

A cláusula geral da função social do contrato serve, portanto como norma para solução de casos concretos e para integração sistemática entre todas as normas aplicáveis ao direito contratual presentes no Código Civil ou fora dele.

Sendo as cláusulas gerais instrumentos de mobilidade e de abertura do sistema para garantir a evolução conforme a realidade social, a função social dos contratos influencia na atividade legislativa posterior à sua positivação, propiciando liberdade na elaboração/atualização de normas visando a sua concretização e também aos aplicadores do direito na definição e delimitação de seu conteúdo, “abrindo caminho para a aplicação tópica do direito, essencial em uma sociedade dinâmica e em constante transformação”. (BRANCO, 2006, p. 229).

Assim, o exato conteúdo da cláusula geral da função social do contrato somente será preenchido mediante o efetivo exercício da atividade jurisdicional que, como visto, será desempenhada de forma criadora, de maneira a buscar a adequada solução para o caso concreto, considerando-se a realidade social na qual está inserido.

A função social do contrato então é perfeitamente classificável como sendo princípio e como sendo cláusula geral, sem haver oposição ou conflito entre esses dois enquadramentos, pois o preenchimento do conteúdo de uma cláusula geral pode se dar pelo reenvio a um princípio.

3.4 A nova face da autonomia privada diante da incidência da função social do contrato

Dante da força normativa da Constituição de 1988 e da constitucionalização do direito civil, o contrato, que é ato originário da externalização da vontade humana, além de tratar e de regulamentar os interesses dos particulares também deve instrumentalizar os valores constitucionais. A atual concepção de contrato o projeta para além da esfera individual, fazendo com que ele adquira também uma face pública, de forma que, mesmo sendo expressão da autonomia privada dos contratantes, esteja direcionado à concretização de valores sociais.

A autonomia da vontade, face anterior da autonomia privada, era baseada na ampla liberdade contratual e possibilitava às partes decidir celebrar suas convenções sem limitações externas. A expressão autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada e, ressalta-se, não são sinônimas.

Tartuce (2007, p. 180) conceitua a autonomia privada como sendo:

[...] um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de regulamentar os seus próprios interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

A autonomia da vontade representava a ampla liberdade do querer do indivíduo, uma liberdade natural. Ela é oriunda das ideias do Estado Liberal, momento em que se pregava a total separação dos ramos do direito público e do direito privado e a ausência de intervenção estatal sobre as relações privadas. Os direitos de liberdade estavam fortalecidos e, consequentemente, a liberdade de contratar, na medida em que os indivíduos eram considerados formalmente iguais.

Tratando da regência das relações contratuais pela autonomia da vontade, pela ampla liberdade de contratar, Godoy (2007, p. 16) ensina que “o modelo liberal não tardou a revelar uma real desigualdade, a reclamar recompensação da liberdade contratual”.

Como forma de superar a deficiência protetiva da autonomia da vontade, que não resguardava os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, surge uma nova expressão, a autonomia privada, que também é fundada na liberdade dos indivíduos, mas pautada no direito objetivo, ou seja, deve ser exercida nos limites da lei. “A autonomia privada, enquanto exercício da liberdade constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana”. (BARBOZA, 2008, p. 410).

A autonomia privada exerce um papel relevante no direito e é considerada um dos princípios fundamentais do direito privado e, segundo as palavras de Tartuce (2007, p. 179), “pode-se até afirmar que autonomia privada é o princípio mais importante do Direito Civil, com influência não só para o direito dos contratos”.

O Código Civil de 2002 ao prever expressamente a função social do contrato no artigo 421, o fez de forma a estabelecer uma limitação para a autonomia da parte contratante, pois assim dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A autonomia privada então não pode ser mais considerada como absoluta, o advento da função social do contrato mitigou a força desse princípio:

A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar do seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de uma proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinaridade impõe um repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais. (FACHIN, 2012. p. 277).

Confirmando a redução do alcance do princípio da autonomia privada pela função social do contrato, tem-se o enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil (2002):

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

A liberdade de contratar, que deu conceito à autonomia privada, não pode ser compreendida de modo absoluto e também não pode ser entendida como a liberdade existente para a parte contratual mais forte, pois levaria à possibilidade de imposição de uma relação contratual à outra parte mais fraca, que diante da supremacia econômica do outro contratante, que por isso dita as regras, não poderia se recusar a aceitar alguma das condições contratuais ou a própria contratação.

Conjugando a concretização efetiva da autonomia privada pelo exercício da autonomia por ambas as partes, Ribeiro (1999, p. 91) ensina que “dentro de um modelo de contrato como mecanismo de participação e interacção, a liberdade de cada um dos parceiros é condicionante da liberdade do outro, mas também, simultaneamente, por esta condicionada”. O autor ainda ensina que a influência que ambas as partes geram no conteúdo do contrato ao exercerem sua autonomia privada representaria uma garantia do possível equilíbrio de interesses nas

estipulações contratuais, o que não subsistiria se apenas uma das partes pudesse influenciar o teor contratual.

Dessa maneira, ambas as partes apenas estariam exercendo a sua autonomia privada ao estipularem alguma tratativa negocial se ambas puderem efetivamente defender e fazer valer os seus interesses no conteúdo contratual. O legítimo exercício da autonomia privada contratual será verificado quando em um único instrumento ambas as partes estiverem singularmente exercendo a sua liberdade contratual, limitando a liberdade do outro contratante e sendo ao mesmo tempo restringida por ela.

Hironaka e Tartuce (2007, p. 43) justificam a limitação da liberdade contratual positivada em legislações protetivas em razão do surgimento da sociedade de consumo de massa e da estandardização contratual. E ainda ensinam que “essa intervenção do Estado nos contratos culmina com a adoção do princípio da função social dos contratos, regramento aplicável tanto aos contratos de consumo quanto aos contratos civis”.

Vale esclarecer que existe diferença entre os termos liberdade para contratar, liberdade de contratar e liberdade contratual. A primeira expressão está relacionada a “uma plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito da personalidade advindo do princípio da liberdade”. (TARTUCE, 2007, p. 173).

A liberdade de contratar representa uma faculdade do indivíduo de decidir contratar ou não, de escolher com quem contratar e o quê contratar, representa a sua ampla liberdade em realizar ou não contratos conforme a sua vontade. “Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contrato, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados”. (GONÇALVES, 2007, p. 20).

O Código Civil reconhece a amplitude da liberdade de contratar conferida aos indivíduos de forma que, em seu artigo 425, permite a celebração de contratos inclusive atípicos, ou seja, aqueles que não têm previsão legal expressa, oriundos exclusivamente da autonomia privada das partes.

A liberdade de contratar não apresenta qualquer vinculação com o conteúdo contratual e por isso não sofre limitações, materializando-se como pura expressão da autonomia privada. Prata (1982, p. 77) faz uma importante observação no que se refere à liberdade de contratar, pois para ela “aquele que se encontra num

‘estado de necessidade’ por não ter alternativas contratuais ou que se acha numa situação de indiscutibilidade (ou de muito restrita discutibilidade) dos termos contratuais, não exerce a sua liberdade de contratar”.

Dessa maneira, apesar de não haver limitação normativa da liberdade de contratar, o contexto pode exercer influência direta nisso, pois as particularidades da situação fática na qual estão inseridas as partes contratantes podem acabar por limitar/condicionar o exercício dessa liberdade.

Também se deve considerar que a liberdade de contratar somente será exercida se for garantida uma efetiva igualdade entre as partes e não meramente um equilíbrio formal, que é aquele que confere em âmbito normativo similar tratamento aos cidadãos. A igualdade a ser garantida para que realmente os contratantes exerçam a sua liberdade de contratar é a igualdade substancial, que preza pela redução das desigualdades reais entre as pessoas.

A liberdade contratual, ao contrário da liberdade de contratar, pode ser restringida. A autonomia do particular em exercê-la pode ser limitada pelo Estado e condicionada por normas de ordem pública. Essa liberdade é diretamente relacionada com a estipulação do conteúdo do contrato, representa a possibilidade da livre disposição dos interesses das partes.

O Código Civil ao mencionar a limitação da autonomia privada pela função social do contrato, inapropriadamente referiu-se a restrição à liberdade de contratar. Mas, diante do exposto, vê-se que a terminologia correta que deveria ter sido utilizada pela citada legislação é a liberdade contratual, pois o que sofrerá influência da função social é o conteúdo do contrato e não a possibilidade de se realizar um pacto.

A função social dos contratos, nessa perspectiva, incidiu na autonomia privada exatamente no que se refere ao exercício da liberdade contratual, que é uma de suas facetas. “A função social dos contratos representa a perspectiva funcional da autonomia privada” (TARTUCE, 2007, p. 182), não havendo qualquer oposição entre esses dois conceitos.

No âmbito do direito do consumidor, Miragem (2013) afirma que não haveria o exercício de uma verdadeira autonomia privada no tocante à liberdade contratual, pois para ser assegurada a igualdade negocial há intervenção do Estado nas relações consumeristas por meio da edição de normas que estabelecem um padrão mínimo para contratos em que esteja presente a vulnerabilidade do

consumidor. Também ensina que quanto à própria liberdade de contratar não haveria uma ilimitada autonomia, pois vivemos em uma sociedade de consumo regida por fatores sociais e econômicos que influenciam diretamente no exercício da liberdade dos consumidores de firmarem contratos de consumo.

Dessa maneira, a autonomia privada nos contratos de consumo estaria de certa forma restringida no que tange à faculdade do consumidor em contratar ou não e também na sua liberdade de estipular livremente o conteúdo contratual, e isso é também entendido como um reflexo da função social dos contratos sobre a autonomia privada nas relações consumeristas.

Então, após a incidência da função social sobre a autonomia privada, a liberdade dos contratantes em criar suas próprias normativas deve ser exercida em conformidade com os valores constitucionais e infraconstitucionais, apenas prevalecendo se o contrato obedecer aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e aos interesses da coletividade. Além de impor limites, a função social oferece uma orientação sobre como deve ser exercida a autonomia privada na celebração de pactos.

A propósito, Theodoro Júnior (2004, p. 33) defende não ser a livre iniciativa “o único valor ponderável na ordem econômica constitucional, pois o desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social”.

A liberdade contratual será restringida sempre que a estipulação entre os contratantes ferir os direitos de um deles ou se for contra ao interesse social. Vale esclarecer mais uma vez que não será a liberdade de contratar que será limitada, ou seja, a faculdade de contratar ou não, mas sim a liberdade das partes quanto à estipulação do conteúdo do contrato.

Pode-se dizer que apenas a partir do momento em que ficou reconhecido que a vontade individual não é mais absoluta e que a autonomia privada tem limites, é que se pode falar no cumprimento da função social do contrato. É importante ressaltar que o fato de se buscar e de prevalecer os interesses sociais sobre os particulares não leva à desconsideração da individualidade da pessoa humana, que mantém a sua autonomia, mas condicionada.

Portanto, a autonomia privada não desapareceu e ainda é a base para a celebração dos contratos. Apenas foi restrinida a amplitude de seu exercício, pois deverá ser exercida de maneira a concretizar a justiça social e a solidariedade.

3.5 Eficácia interna e eficácia externa da função social do contrato

A função social do contrato mostra-se como uma garantia para os contratantes, atuando de forma a igualar as suas liberdades, ou seja, serve para promover a igualdade substancial dos indivíduos, na medida em que visa diminuir a desigualdade para que os pactos sejam mais justos. Pode-se dizer que a função social do contrato é instrumento de realização da justiça nos casos concretos.

A função social do contrato impõe um dever de colaboração entre os contratantes ao estabelecer e ao cumprir suas relações contratuais, ocasionando efeitos distributivos, visando a justiça social e a preservação da dignidade humana e com isso facilitando o acesso ao consumo.

Além de repercussões endocontratuais, a função social do contrato atinge sujeitos externos à relação negocial ao espalhar efeitos sobre a coletividade. Isso se dá em razão do princípio basilar do Código Civil, a socialidade. Um contrato tem importância para a comunidade e “em hipótese alguma pode ser considerado indiferente à sociedade. A nova teoria contratual impõe que se o compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe que se compreenda sua interferência na esfera alheia”. (GODOY, 2007, p. 136).

Assim, vê-se que a função social do contrato produz efeitos para as partes contratantes e também para pessoas externas à relação contratual, o que denomina-se de eficácia interna e eficácia externa da função social dos contratos, respectivamente. Ao tratar da eficácia da função social dos contratos, Tartuce (2007, p. 245) ensina que “a eficácia interna da função social é muito mais clara do que a eficácia externa”.

O enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil (2002) confirma a existência da dupla eficácia da função social dos contratos ao assim dispor:

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

Analizando-se o texto do enunciado verifica-se que a eficácia interna é confirmada ao ser mencionado o interesse individual relativo à dignidade humana e a eficácia externa é inferida quando se menciona os interesses metaindividuais no

texto. A existência de uma eficácia interna também foi prevista expressamente no enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil (2006) ao assim dispor: “360 – Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

Para o real cumprimento da função social do contrato é necessário que haja a concretização de ambas as eficácia, pois haveria entre elas uma relação de interdependência, na medida em que:

[...] se um contrato for ruim para as partes, também o será, de forma indireta, ruim para a sociedade, pois não atende à sua finalidade social. De forma inversa, um contrato que é ruim para a sociedade também o é para as partes contratantes, em regra. Isso porque os elementos parte-sociedade não podem ser concebidos isoladamente, mas analisados como um todo. (TARTUCE, 2007, p. 249).

Assim, diante da dupla eficácia da função social dos contratos, um contrato produzirá reflexos para as partes contratuais e para terceiros que poderão ser positivos ou negativos de acordo com o estipulado em seu conteúdo.

A eficácia interna impede que um contrato seja benéfico apenas para uma das partes com prejuízo para a outra. O pacto deve ser útil para todas as partes. Ao tratar da serventia de um contrato, Borges (2007, p. 33) ensina que o instrumento servirá “para satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não poderiam obter certos bens ou serviços, precisando, para isso, da colaboração da outra parte”.

Pode-se afirmar que a função social em sua eficácia interna visa a promoção da igualdade substancial por meio da celebração de pactos substancialmente equilibrados. Rosenvald (2007, p. 92) ao tratar da eficácia interna da função social ensina que:

[...] a função social do contrato exerce importante finalidade sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pátio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo, ou como intuiu Kant, convertam a pessoa – que é um fim em si – em meio para os fins alheios.

Assim, não cumprida a eficácia interna da função social em um contrato haverá justa causa para a sua correção. Na perspectiva interna, uma importante implicação da função social foi a mitigação do tradicional princípio contratual do “*pacta sunt servanda*”.

O princípio do “*pacta sunt servanda*”, também conhecido como princípio da intangibilidade ou da força obrigatória dos contratos, traduz-se na observância obrigatória das disposições contratuais pelas partes. O contrato faz lei entre os contratantes. Por este princípio, por as partes terem estipulado livremente o conteúdo contratual, sendo este contrato válido e eficaz, ele deverá ser cumprido independentemente das circunstâncias que o envolvem ou que envolvam as partes.

Sobre o surgimento do princípio da força obrigatória dos contratos, Miragem (2013) ensina que a sua origem é diretamente relacionada com a tese de que a liberdade para contratar era exercida entre iguais.

É inegável que o princípio da intangibilidade faz parte do sustentáculo do direito contratual e que ele tem grande representatividade para a segurança jurídica e para a estabilidade das relações contratuais. Porém, o fiel e integral cumprimento desse princípio sem o estabelecimento de qualquer ressalva pode ocasionar a inobservância dos valores constitucionais e principalmente a lesão aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, os valores trazidos pela função social do contrato também tiveram interferência direta no princípio da força obrigatória dos contratos, fazendo com que ele seja analisado sob uma nova ótica.

O princípio da força obrigatória dos contratos cede espaço à verificação de hipóteses em que a rígida aplicação dessa intangibilidade levaria a situação de desigualdade real, mercê de atos extraordinários que tivessem alterado a base de contratação, tal como ocorre, por exemplo, na aplicação da teoria da imprevisão. (GODOY, 2007, p. 13).

O Código Civil de 2002, por estar embasado em uma nova perspectiva do direito civil que adotou como centro axiológico os preceitos e os valores constitucionais, trouxe em seu texto o artigo 2.035, que estipula que nenhum contrato ou convenção prevalecerá se contrariar a função social dos contratos.

Assim, a não observância do princípio da função social do contrato leva à invalidade do contrato e, segundo o entendimento de Ferreira (2009, p. 13) “a não observância do princípio autoriza a declaração de inconstitucionalidade do pacto, pois em desconformidade com o texto constitucional”.

O princípio do “*pacta sunt servanda*”, diante da eficácia interna, significa então que um pacto faz lei entre as partes, desde que esteja sendo cumprida a sua função social.

Como reflexo da mitigação do princípio do “*pacta sunt servanda*”, o Código de Defesa do Consumidor permite em seu artigo 6º, V a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas e também estabelece no artigo 51 a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, tudo isso visando a conservação dos contratos diante do realinhamento do equilíbrio e da justiça contratual.

Gonçalves (2007) ensina que o princípio da conservação dos contratos, deve ser analisado a fim de que o instrumento contratual seja mantido e cumprido observando-se a equidade, o equilíbrio contratual, a boa fé objetiva e a função social do contrato.

Coadunando com o princípio da conservação dos contratos, mediante a alteração de seu conteúdo para cumprir a sua função social, o enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil (2002) trouxe o seguinte direcionamento: “Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Em nome da função social do contrato, o controle jurisdicional do contrato além de recair sobre as cláusulas contratuais também irá analisar a origem do negócio jurídico. Assim, estando qualquer delas, tanto as cláusulas quanto a origem do contrato, em desconformidade com o princípio da função social do contrato, a relação contratual não poderá prevalecer.

Em âmbito extrínseco, a função social atua de maneira a balancear o impacto do contrato perante terceiros, ou seja, àqueles que não são partes e também frente à própria coletividade. Em razão dos preceitos traçados pela perspectiva externa, um contrato, mesmo intrinsecamente perfeito, não poderá prevalecer se afrontar valores sociais.

Tratando da eficácia extrínseca da função social dos contratos, Martins (2006, p. 64) leciona que:

[...] em derradeira instância, a função social do contrato também vai se alinhar como princípio na medida em que os efeitos do contrato não podem atingir negativamente terceiros. Neste sentido um contrato mesmo que perfeito e corretamente celebrado entre as partes pode causar efeitos erga omnes, e, portanto, ser objeto de questionamento judicial, como se vê nas hipóteses consumeristas e ambientalistas. Tem-se, pois, efeitos metaindividualis do contrato (difusos, coletivos e individuais homogêneos), neste caso, donde percebe-se habilmente a legitimidade do Ministério Público para questionar sua validade e eficácia.

No âmbito de sua eficácia externa, a função social rompe com o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos que também é um tradicional princípio do direito contratual que preceitua que um pacto celebrado entre as partes apenas entre elas produz seus efeitos, ou seja, um contrato produz efeitos exclusivamente no âmbito interno da relação contratual, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Com a mitigação desse princípio pela função social, o contrato passa a ser considerado como um instrumento que produz efeitos internos e externos. “O contrato, enfim, não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, mas tem sua convenção de respeitar os interesses do meio social, onde seus efeitos irão refletir”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 14).

Nessa nova perspectiva dos efeitos do contrato, a oponibilidade do contrato a todos passa a ser a regra e a inoponibilidade exceção, fazendo com que o contrato deixe de ser analisado como um ato exclusivo das partes, considerando-se, assim, seus efeitos também sobre terceiros. Teizen Júnior (2004, p. 169) bem observa a respeito:

Nesse sentido funcional do contrato, é que seus efeitos deverão ser interpretados de forma que, no conceito de ‘parte’, se incluam pessoas que não consentiram na formação do contrato, mas que estão sujeitas a serem afetadas por ele, cumprindo-se, assim, a função social.

Como efeito da função social sobre o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o enunciado 21 da I Jornada de Direito Civil (2002) elucidou que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Nesse sentido é o entendimento de Negreiros (2002, p. 244), para quem:

A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.

É importante ressaltar que a eficácia externa da função social não faz com que seja possível a imposição a terceiros do dever de cumprir a obrigação contratual da qual não foi parte, mas apenas determina que eles respeitem a situação jurídica oriunda do contrato. Assim, segundo Rosenvald (2007) o instituto não representaria a extensão da eficácia do contrato, mas a possibilidade de oponibilidade geral.

Abordando a amplitude da eficácia externa, Rosenvald (2007, p. 95) visualiza a função social “em três situações precisas e ainda não pavimentadas em outras vias: a) contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; c) terceiros que ofendem contratos”.

A mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos fez com que surgissem os conceitos de terceiro ofensor e de terceiro ofendido. Terceiro ofensor é aquele que contribui para o inadimplemento da obrigação e terceiro ofendido é quem é prejudicado pelo descumprimento do contrato. Isso significa que um pacto não deve prejudicar terceiros/coletividade (terceiro ofendido) e terceiros não devem prejudicar o contrato alheio (terceiro ofensor).

Não respeitada essa ideia de não gerar prejuízo à coletividade e de a sociedade não prejudicar o cumprimento do contrato, nasce a possibilidade de reclamar intervenção judicial para suprir o dano, fundamentada na violação da função social. A participação do judiciário nessas situações é de grande importância para o restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

3.6 A função social do contrato como implicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A função social do contrato, como já visto no decorrer deste trabalho, apresenta fundamento constitucional, derivando diretamente do princípio da função

social da propriedade, do princípio da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo da ordem jurídica e dos direitos fundamentais.

A imposição do dever de observância da função social ao se estabelecer alguma relação contratual vai ao encontro dos mesmos fins buscados pelos direitos fundamentais que são a proteção da dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade mais justa e solidária e da igualdade material entre as pessoas. Dessa forma, a estipulação de uma função social para os contratos pode ser vista como um dos reflexos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Função social do contrato, além de ser considerada um princípio contratual, também é classificada como um princípio de ordem pública, produzindo efeito vinculante sobre todas as relações jurídicas, já que um contrato deve ser estipulado, interpretado e visualizado em conformidade com os seus preceitos.

Assim, a função social do contrato mostra-se como um instrumento de efetivação e de garantia dos direitos fundamentais, pois por ela não se permite que no âmbito das relações particulares sejam cometidas agressões à dignidade da pessoa humana, podendo ser classificada como uma cláusula geral de natureza restritiva e regulativa.

A vontade dos contratantes ao ser consolidada em um contrato, em razão da função social, deve ser estipulada de forma equilibrada, ou seja, devem ser resguardados os direitos fundamentais dos dois lados da relação e respeitando também os direitos da coletividade, a fim de que terceiros não sejam prejudicados e sempre preservando o interesse coletivo. Com isso, vê-se que o princípio da função social do contrato exige dos contratantes a manutenção de uma cooperação entre eles na busca do bem coletivo, impedindo que o fim alcançado por uma estipulação contratual seja a realização dos interesses de apenas uma das partes ao custo dos direitos fundamentais da outra.

Um efeito da função social do contrato é a determinação de que as convenções contratuais não poderão prevalecer se infringirem a dignidade de alguma das partes contratantes. Outro efeito é a imposição de deveres extracontratuais que limitam a liberdade contratual e produzem efeitos nas perspectivas extrínseca e intrínseca. Dessa forma, a função social atua como instrumento de preservação dos direitos fundamentais tanto dos integrantes da relação contratual quanto dos que não participam dela, ou seja, resguarda direitos fundamentais individuais e coletivos.

Visando a cumprir e garantir os direitos fundamentais dos contratantes e como reflexo da eficácia horizontal desses direitos, a função social atua como instrumento limitador do individualismo das pessoas, harmonizando-o com o interesse coletivo e, com isso, um dos seus reflexos sobre o ordenamento é a restrição da plena aplicação dos tradicionais princípios contratuais da autonomia privada, do *“pacta sunt servanda”* e da relatividade dos efeitos dos contratos.

Para garantir e restabelecer os direitos fundamentais dos indivíduos violados por um contrato que tenha sido celebrado sem a observância dos ditames da função social, surge aos particulares a possibilidade de requererem ao judiciário a sua intervenção naquela situação concreta. Ao Ministério Público restará configurado interesse legítimo para promover ação atacando o contrato que lesar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, buscando a concretização da função social e visando resguardar os direitos fundamentais das partes, é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro a modificação equitativa das condições estabelecidas na convenção, a sua redução ou a modificação do modo de executá-las, sendo possível também até mesmo a resolução do contrato.

A função social do contrato, por ser uma cláusula geral, permite aos juízes que façam uma análise valorativa do caso concreto, decidindo da melhor forma possível, a fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade material entre as pessoas e a justiça social.

4 A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS EXISTENCIAIS

Evidenciada a importância da função social do contrato, imperioso se torna observar com que intensidade será tal princípio usado quando se colocam em análise contratos distintos de consumo, à luz do caráter existencial.

4.1 Contrato existencial

Convencionou-se considerar como existencial todo contrato em que uma ou ambas as partes não visam a um intuito empresarial ou lucrativo, muito embora divirjamos de tal mister. Assim, algumas considerações devem ser feitas a respeito.

4.1.1 Conceito

Apesar de trazerem várias disposições gerais e específicas sobre contratos, os Códigos Civis de 1916 e de 2002 não trouxeram em seu texto um conceito para o que seria contrato. O conceito clássico de contrato foi tirado do artigo 1.321 do Código Civil Italiano que assim determina: “o contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, regular ou terminar uma relação jurídica patrimonial”² (ITALIA, 2016, tradução nossa).

Para Diniz (2008, p. 30), que seguiu a linha do Código Civil Italiano, contrato é:

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Os preceitos do conceito clássico de contrato tratavam as partes como indivíduos considerados singularmente, formalmente iguais e em razão disso dotados de ampla liberdade contratual e para contratar. Não havia qualquer vinculação das partes contratantes com o interesse social. “A justiça contratual era consequência lógica da soma da igualdade (formal) com a liberdade de contratar”

² Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

(BORGES, 2007, p. 22), pois se as partes eram livres e iguais para estabelecer suas negociações o contratado por elas seria expressão da justiça.

O conceito contemporâneo de contrato, em oposição ao conceito clássico, não mais permite que a justiça contratual esteja fundamentada na igualdade formal das partes. A justiça contratual contemporânea é enraizada nos preceitos constitucionais de modo a buscar o equilíbrio contratual e é baseada no dever de cooperação entre as partes. A igualdade buscada pelo direito contratual contemporâneo é a substancial.

Contrato é um ato obrigacional derivado da autonomia das partes como expressão da liberdade de contratar e com atuação direta no estabelecimento de relações jurídicas fundamentais, mas não mais restrito à satisfação de um objetivo meramente econômico. Nalin (2010), baseando em uma linha mais contemporânea do direito civil e do direito contratual, conceitua contrato como sendo “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.

Denota-se então que o contrato desvincilhou-se da conotação meramente patrimonial ou econômica, para se transformar num instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social (arts. 1º, III e IV, e 3º, I da CF) (GODOY, p. 98). Desta forma, passa o contrato a ter um viés humanístico, no que Azevedo bem alcunhou tal categoria de “contrato existencial” (In GOMES, 2009, p. 100):

Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.

Conforme Aguiar Júnior (2011, p. 102), nesse contexto podem também ser incluídas pessoas jurídicas sem fins lucrativos ou empresas de pequeno porte

desde que, através delas, seja vista a pessoa natural (a) para a qual existe a associação, ou (b) que atua no mercado por intermédio da pessoa jurídica.

O surgimento dessa nova classificação contratual denominada de contratos existenciais tem sua origem fundamentada nos preceitos da dignidade da pessoa humana, de forma semelhante ao que já foi exposto anteriormente sobre a influência dela sobre os direitos fundamentais.

As pessoas devem ser consideradas e respeitadas como sujeitos de direitos e não como objetos de direitos, não podem ser coisificadas. “A pessoa é valor fundamental do ordenamento jurídico” (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012, p. 628). O pleno desenvolvimento do indivíduo é um dos objetivos do direito, por isso o Estado e os particulares devem respeitar os valores e os direitos do outro.

O direito civil também tem por fim principal a tutela da personalidade do indivíduo. Um contrato além de seu cunho jurídico também possui uma relação econômica e social que dever ser garantida e tutelada pelo direito. Pode ser apresentado como fundamento para o surgimento dos contratos existenciais vinculados à dignidade da pessoa humana o ensinamento de Negreiros (2002, p. 451) que dispõe que deve ser “tomado o direito contratual como um instrumento a serviço da pessoa e de sua dignidade”, ou o de Pinheiro e Schimidt (2012) que lecionam que “as situações existenciais e patrimoniais passam a ser garantidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e são concretamente protegidas pela cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

A citação dos denominados contratos existenciais foi realizada ao ser tratada a boa-fé objetiva nos contratos relacionais, na medida em que o aludido autor considera que nos contratos existenciais a boa-fé objetiva em seu sentido positivo, que é aquele que exige um dever de cooperação das partes, é muito maior entre os contratos existenciais. A classificação dos contratos como existenciais, portanto decorre da análise da natureza do objeto da obrigação e da finalidade para qual é feito: para que o contrato seja considerado existencial, o objeto deve ser formado por um bem fundamental para a sobrevivência da pessoa, de forma a preservar a sua dignidade.

Com relação à finalidade para a qual o contrato é celebrado, é importante esclarecer que a relação contratual para ser considerada como existencial não pode ser estabelecida tendo por base o fim lucrativo de uma ou de ambas as partes.

Já quanto ao bem objeto do contrato, de acordo com Aguiar Júnior (2011, p. 101):

Os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República.

A grande questão acerca dos contratos existenciais está justamente na definição dos bens que são considerados como de índole existencial. Azevedo (2008, p. 304-305) assim observa:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas.

Denota-se, portanto que os contratos que digam respeito a situações indispensáveis à vida sem dúvida podem ser classificados como essenciais, a exemplo da saúde e da alimentação. Ou, posto de outra forma, o conceito de necessidade pode e deve migrar de uma conformação meramente formal para uma expressão econômica e social. E essa migração pode se encontrar justificada pelo direito fundamental a uma vida digna (FACHIN, 2006, p. 176-177).

Nesse mister, quanto à delimitação das espécies contratuais que seriam enquadradas como contratos existenciais ao expressar seu entendimento sobre o assunto, Azevedo posicionou-se de forma a considerar que todos os contratos de consumo seriam classificados como contratos existenciais. Porém, esse não é um entendimento aceito e adotado por todos os doutrinadores que tratam dos contratos existenciais. Veja-se, por exemplo, Aguiar Júnior (2011, p. 102):

Os contratos de consumo podem em sua maioria corresponder à ideia de contrato existencial, mas não é pelo fato de expressarem uma relação de consumo que só por isso possam ser de logo assim considerados. É que muita relação de consumo tem por objeto prestação de bens supérfluos ou desnecessários.

Não pode ser apenas e simplesmente pelo fato de ser um contrato de consumo, que tem como destinatário o consumidor final, que um instrumento contratual poderá ser considerado como um contrato existencial. A sociedade atual, intitulada de sociedade do consumo, é movida pelo desejo desenfreado do consumir, trazendo a ideia do consumir por consumir, o que na maioria das vezes está ligado a bens e a necessidades que não essenciais para a vida das pessoas.

Diante disso, discordamos de Azevedo e nos filiamos à tese de Aguiar Júnior, não se podendo afirmar que todos os contratos consumeristas seriam prontamente classificados como existenciais apenas por serem de consumo e por isso merecerem um tratamento ainda mais diferenciado que é direcionado a esse tipo de contrato. A verificação da existencialidade do contrato de consumo realizada aprioristicamente e em abstrato seria feita de forma precipitada e sem estar permeada da análise do bem jurídico no caso concreto: a nosso ver, para que um contrato de consumo seja classificado como existencial deve ter como objeto um bem considerado essencial para a vida humana e como destinação esse mesmo propósito.

De qualquer forma, a intangibilidade da vida é pressuposto fundamental buscado pela dignidade da pessoa humana e é justamente para isso, assegurar a proteção da vida e a intangibilidade da pessoa, que se fala em uma tutela jurídica diferenciada para os contratos existenciais. Uma vez que “o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa”. (FACHIN, 2006, p. 43). É a dignidade da pessoa humana que condiciona a existência e o tratamento diferenciado dos contratos existenciais, pois por apresentarem essa condição são dignos de serem tratados com prioridade.

Correlacionando o surgimento dos contratos existenciais com a função social do contrato, Meireles (2009, p. 44) ensina que “as situações existenciais são a própria função social porque afeitas à tutela da pessoa humana e não há fim social maior do que este”. Os contratos existenciais e a função social do contrato, institutos originários da era da repersonificação do direito civil, apresentam a mesma base que é a promoção da pessoa mediante a proteção e promoção de sua dignidade. A abordagem jurídica dos contratos existenciais, diferenciada dos demais contratos civis típicos, pode ser interpretada inclusive como sendo uma expressão do princípio da função social, pois eles também devem cumprir com a solidariedade social e servir como ferramenta para concretização da justiça.

4.1.2 O paradigma da essencialidade e o caráter essencial do objeto do contrato

Negreiros (2002) foi a pioneira em trazer ao direito brasileiro a discussão em torno do paradigma da essencialidade, que para ela, de forma bem sucinta, significa que a classificação do bem jurídico objeto do contrato influencia na forma de como o contrato será tutelado nos casos concretos, quanto mais essencial o bem, maior deve ser a tutela da pessoa.

Ao começar a tratar dessa proposta, Negreiros propõe que os bens objeto das relações contratuais sejam considerados conforme sua utilidade para a pessoa e como forma de expressão dos valores existenciais e dos princípios constitucionais, algo oposto à tarefa até então realizada pelas normas civis existentes segundo as quais os bens são classificados em considerados em si mesmos; considerados uns em relação aos outros; conforme a natureza do titular do domínio e conforme a negociabilidade. Diante dessa dogmática, verifica-se que o principal critério utilizado para a classificação foi o da destinação patrimonial dos bens, ao contrário do que é utilizado pela teoria econômica, que os classifica conforme a necessidade a ser satisfeita por ele e do que é sugerido pelo paradigma da essencialidade.

Ao tratar das benfeitorias, o Código Civil as classifica em necessárias, que são aquelas realizadas com a finalidade de conservar a coisa ou de evitar que ela se deteriore; úteis, que são as empregadas para aumentar ou facilitar o uso da coisa; e em voluptuárias, que são aquelas destinadas a mero deleite ou recreio. Ao assim classificar as benfeitorias, o Código Civil o faz segundo a sua destinação, mas não tendo por base os benefícios que elas trazem para a pessoa que delas se utilizam, mas sim se levando em conta as vantagens que trazem para os bens sobre os quais são realizadas.

Ao propor um novo modelo para classificação dos bens, utilizando-se para isso o critério da utilidade existencial dos bens para as pessoas que são seus titulares, Negreiros inspirou-se na classificação já empregada pelo Código Civil para diferenciar os tipos de benfeitorias para estabelecer a sua definição dos tipos de bens. A autora entende que “a utilidade existencial de um bem é entendida como o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para conservação de um padrão mínimo de dignidade”. (NEGREIROS, 2002, p. 453).

Ao utilizar-se do critério de diferenciação das benfeitorias para classificar os bens, Negreiros (2002, p. 383) o faz apresentando a seguinte fundamentação:

Assim é que a mesma lógica presente na tripartição das benfeitorias deverá, em razão e na medida das necessidades da pessoa, traduzir-se na distinção entre bens existencialmente essenciais, úteis ou supérfluos. Ao lado de um critério classificatório que considera os bens reciprocamente, uns em relação aos outros, sugere-se, pois, a introdução de um critério que considere os bens em seu vínculo de acessoriedade em relação à pessoa que deles carece, do qual surja a classificação, igualmente tripartida, em bens essenciais, úteis e supérfluos.

Tal nova classificação dos bens conforme a sua destinação existencial faz com que eles sejam compatibilizados com a nova ordem constitucional, pois tal tarefa leva em conta a função de promover e de conservar a dignidade da pessoa humana. “Os objetos têm a função de servir à realização do projeto existencial da pessoa”. (FACHIN, 2006, p. 47).

Para se chegar à classificação de um bem conforme o critério defendido pelo paradigma da essencialidade é necessário que haja uma clara distinção daquilo que corresponde a uma necessidade e daquilo que seria exorbitante.

Ao tentar realizar essa diferenciação, Negreiros (2002, p. 455) ressalva que o estabelecimento de quais seriam as necessidades humanas básicas é uma tarefa que ainda não foi realizada e apresenta uma diferenciação para as necessidades em instrumentais em contraposição às absolutas ou categóricas e em adventícias em contraposição às básicas.

As necessidades absolutas ou categóricas seriam aquelas que dispensam justificação, pois guardam relação direta com a integridade física/psíquica, são ínsitas à pessoa, o que não significa que as necessidades básicas do ser humano possam ser elencadas de uma forma taxativa e igual para todos, pois as necessidades de cada um variam conforme a pessoa.

Negreiros também apresenta um outro entendimento que entende ser as necessidades classificadas conforme o dano que será provocado à pessoa se não forem concretizadas, assim, seriam necessidades básicas aquelas que podem provocar danos graves à sobrevivência ou ao desenvolvimento da pessoa se não forem satisfeitas.

Além de critérios oriundos da atividade doutrinária, também existem critérios jurídicos expressamente positivados para o estabelecimento de quais seriam as necessidades da pessoa. Para isso, é de grande serventia o disposto no artigo 7º, IV da Constituição Federal que estabelece o salário mínimo enquanto direito fundamental do trabalhador, em valor suficiente a:

[...] atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com **moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social**, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...] (grifo nosso)

Assim, pode-se compreender esse inciso como um delimitador em âmbito normativo das principais necessidades vitais básicas dos indivíduos, por mencionar expressamente um rol de necessidades que o salário mínimo deve suprir.

A seu turno, o art. 22 do CDC (BRASIL, 1990) menciona expressamente a existência de serviços que seriam considerados essenciais, ao dispor que:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Diante do exposto no artigo em comento, os bens considerados essenciais devem estar à disposição dos cidadãos de forma contínua, ou seja, não se admite que a pessoa fique sem acesso aos bens assim considerados.

Não obstante o citado artigo expressamente considerar que existem bens considerados essenciais às pessoas, não apresenta em seu teor um rol para quais serviços seriam assim considerados. Nesse mister a tarefa de apresentar um rol para quais serviços seriam considerados como essenciais ficou a cargo da Lei 7.783/89 – Lei da Greve (BRASIL, 1989), que traz em seu artigo 10 quais seriam os serviços e atividades essenciais ao assim estabelecer:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços

essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.

Além disso, essa mesma lei também estipulou em seu texto, no seu artigo 11, parágrafo único, que seriam necessidades inadiáveis aquelas que não sendo atendidas colocarão em risco iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Os direitos previstos no artigo 6º da Constituição Federal que são a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados também podem ser considerados como direitos essenciais à pessoa, pois são direitos de satisfação urgente e prioritária.

Destarte, ao se considerar o que dispõem esses textos legais é possível perceber que a determinação de quais bens e/ou direitos seriam considerados como fundamentais para as pessoas não está a cargo exclusivo do intérprete, pois como visto há vários deles previstos expressamente em nosso ordenamento.

Pode-se dizer que “a essencialidade do bem contratado se define pela necessidade existencial do contratante, a qual está intimamente ligada aos direitos fundamentais, que são a base existencial para a sobrevivência do indivíduo”. (PINHEIRO; SCHIMIDT, 2012, p. 630).

Diante dos serviços essenciais apresentados pela Lei da Greve e dos direitos sociais constantes dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, pode-se afirmar que os bens considerados existenciais para a pessoa humana vão muito além daqueles bens indispensáveis apenas para a sobrevivência do indivíduo, por incluírem serviços como combustíveis, transporte coletivo, telecomunicações, controle de tráfego aéreo, compensação bancária, o lazer, a proteção à maternidade.

Os exemplos citados inegavelmente, na atual conjuntura, são essenciais para a qualidade de vida. Não mais se imagina a existência sem o suporte proporcionado por esses serviços que muito facilitaram a vida dos indivíduos. Porém, esses não são bens que condicionam a sobrevivência humana, por isso então afirmar-se que o que pode ser considerado existencial abrange bens fundamentais para a manutenção da vida e também bens fundamentais para a promoção da dignidade da vida.

Negreiros (2002) apresenta a ideia de que a essencialidade de um bem também está associada a um padrão mínimo de vida, e nessa situação a fundamentabilidade do bem para a vida humana é analisada conforme as necessidades da pessoa considerada singularmente, partindo-se de critérios objetivos de sua existência e de critérios subjetivos a serem analisados segundo seus hábitos de vida. Por isso, para que seja identificado se um bem é essencial para uma pessoa a análise deve ser dúplice: considerando-se as necessidades biológicas e as decorrentes da sociedade na qual ela está inserida, ou seja, as socioculturais.

Citado por Negreiros (2002, p. 403), Adam Smith entende que a essencialidade do bem pode decorrer tanto das necessidades biológicas quanto das socioculturais ao ensinar que:

[...] os bens de consumo são artigos de necessidade ou artigos de luxo. Por artigos de necessidade entendo não somente os bens indispensáveis para o sustento, mas também tudo aquilo sem o que, por força do costume do país, é indigno passarem pessoas respeitáveis, mesmo da classe mais baixa.

A utilidade de um bem não pode ser verificada de forma isolada, considerando-se apenas as características do bem, mas para isso também é necessário que se identifique e analise a destinação que a pessoa dá àquele bem. Com efeito, inegável é o fato de que vários bens possuem um caráter universal da impescindibilidade para a pessoa, ou seja, ao fazer-se uma análise genérica e de índole objetiva verifica-se que determinado bem é fundamental para a vida de todas as pessoas.

Para que seja facilitada a compreensão de quais bens seriam passíveis de ser objeto dos contratos existenciais também se faz necessário entender as bases do direito ao mínimo existencial. O mínimo existencial, também chamado de *existenzminimum*, começou a ser desenvolvido na década de 50 pela doutrina Alemã fundamentado na garantia da dignidade da pessoa humana.

Mínimo existencial pode ser considerado como uma garantia da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais e compreende os direitos básicos necessários para a existência da pessoa pautada na dignidade. É o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que exige que sejam propiciados meios indispensáveis à sobrevivência.

Ricardo Lobo Torres abordou de forma pioneira no ordenamento jurídico brasileiro a configuração do direito a um mínimo existencial e quanto a isso defende inclusive que a existência do aludido direito estaria atrelada ao próprio exercício do direito de liberdade, pois pressupõe que o direito de liberdade somente será exercido em sua completude se o indivíduo estiver amparado por um suporte existencial mínimo. (TORRES, 1989).

O direito ao mínimo existencial não tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988 e nem em outras disposições normativas: sua existência e garantia às pessoas decorre da interpretação do texto constitucional. O direito a um mínimo existencial está fundamentado na Constituição Federal principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana e também nos objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da erradicação da pobreza e da marginalização. Não obstante, confirmando a aplicabilidade do direito a um mínimo existencial no âmbito civilístico e correlacionando-o com os princípios e normativas regentes do direito civil, Fachin (2006, p. 251) ensina que:

A tutela do patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional.

À semelhança do paradigma da essencialidade, também no mínimo existencial há a discussão a respeito de quais tipos de direitos o compõem a exemplo dos direitos sociais, econômicos, culturais, pois com relação à definição do rol desses direitos não há consenso e essa é uma tarefa de contornos abertos dependente de valoração.

A estipulação de quais direitos estão abrangidos pelo mínimo existencial é uma tarefa complexa, e ao fazer a definição desses direitos de maneira mais geral Sgarbossa (2010) ensina que a satisfação das necessidades básicas das pessoas seria o núcleo do direito ao mínimo existencial. Essas necessidades são inúmeras e compõe um rol exemplificativo que corresponderiam àquelas consistentes no consumo usual de qualquer pessoa visando uma vida digna abrangendo no mínimo alimentação, moradia, assistência à saúde, educação, vestuário entre outros.

Assim, alguns direitos por serem a princípio encaixados dentro do que seria necessidade básica podem ser desde logo incluídos como integrantes do mínimo existencial, mas para realizar essa tarefa há “de se refutar qualquer pretensão de estabelecimento apriorístico, taxativo e em caráter definitivo de tal conteúdo, especialmente tendo-se em mente o seu caráter sociocultural”. (SGARBOSSA, 2010, p. 307). Destarte, a análise dos direitos que compõem o mínimo existencial deve ser realizada no caso concreto, considerando-se as peculiaridades situacionais e, inclusive, variando o parâmetro de interpretação conforme o direito em questão e sem pautar-se em valores pré-estabelecidos.

Sarlet e Figueiredo (2007) entendem que haveria uma distinção no que se refere ao mínimo existencial que abrangeia um mínimo vital ou fisiológico e um mínimo sociocultural. O primeiro seria aquele que abrange o indispensável à manutenção da vida e o segundo abrangeia a garantia de um mínimo de inserção social do indivíduo com vistas à igualdade.

Ambas as dimensões do mínimo existencial necessitam e precisam ser garantidas às pessoas para que assim possa se falar na promoção da dignidade da pessoa humana, pois ambos são complementares nessa tarefa, não podendo ser dissociados:

Uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente vital (de mera sobrevivência física). [...]. A dignidade implica uma dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 183).

Considerando-se os dois vieses do mínimo existencial, o intérprete deve então ponderar as características e as necessidades específicas da pessoa em relação à qual discute-se a configuração do mínimo existencial, pois a prevalência desse direito somente será corretamente identificada na situação em concreto, afastando-se de uma análise genérica e coletiva.

A esse respeito Sgarbossa (2010, p. 309) conclui que:

A indeterminação do conteúdo do *existenzminimum* constitui, por um lado, um problema teórico, por outro é exatamente tal indeterminação, diretamente relacionada à dimensão sociocultural da

ideia de vida digna, que permite sua adaptação adequada às variações das necessidades no tempo, no espaço e em função das características peculiares pessoais ou de cada núcleo familiar.

Com isso, vê-se que a indeterminação presente no rol dos direitos que compõem o mínimo existencial é apriorística e relativa, pois ela será superada ao se concluir a análise dos casos concretos. Sempre que a preservação da vida e a dignidade humana estiverem em risco, poderá o intérprete utilizar-se dos preceitos do mínimo existencial.

O valor “pessoa” abarca a possibilidade de se lhe garantir um patrimônio mínimo, a fim de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo. A tutela desses valores não preserva apenas a individualidade, como também se projeta para a coletividade. (FACHIN, 2006, p. 114).

A concretização do mínimo existencial pela interpretação dos casos concretos também mostra-se como expressão da intervenção do Estado, pois garantir o direito ao mínimo existencial faz parte das obrigações do Estado.

Então, como já exposto, a classificação dos bens como essenciais é considerada um fator de diferenciação da incidência da tutela estatal sobre os contratos que determinem a primazia das situações existenciais sobre as patrimoniais, pois caracterizando-se um contrato de consumo como existencial, os interesses regulamentados por ele justificam e legitimam especial intervenção, visto que objetiva a realização de necessidades fundamentais:

Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto. (SARMENTO, 2010, p. 267)

A autonomia privada também sofre influências diretas da essencialidade do bem contratado na medida em que quanto mais essencial for o bem, mais passível de sofrer alguma restrição estará a autonomia dos contraentes. Justificando assim essa proposição, Pinheiro e Schimidt (2012, p. 629) afirmam que “é possível desconsiderar cláusulas contratuais que prejudiquem os bens essenciais”.

Denota-se, outrossim, que os contratos existenciais têm maior proteção para que com isso seja preservada a parte vulnerável. A essencialidade do bem contratado influencia diretamente na análise da vulnerabilidade do consumidor:

O paradigma da essencialidade constitui a base para tal diferenciação, e encontra fundamento da Constituição, na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, desta forma o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. (NEGREIROS, 2002, p. 450).

As relações contratuais podem ser classificadas em níveis diversos de maior ou menor intervenção estatal, o que ocorrerá de acordo com o grau de existencialidade do bem que é o objeto contratual. De igual forma, deve-se tutelar de forma diversa, funcionalizada à proteção, à conservação e ao livre desenvolvimento da pessoa os contratos denominados de existenciais, utilizando-se do instrumento contratual como forma de também tutelar a dignidade humana na exata proporção da necessidade de proteção do objeto da relação jurídica. Isto porque, é importante ressaltar que apesar do paradigma da essencialidade dar preponderância à tutela da pessoa humana, ele não se mostra de todo incompatível com os preceitos da tutela do patrimônio, pois é possível que sejam observados os ditames de ambas as formas de tutela, conciliando-as de maneira a encontrar um ponto de equilíbrio entre elas.

Com efeito, a verificação da utilidade do bem de forma a concluir se ele poderá ser considerado como um bem existencial dependerá da análise de todos os fatores presentes no caso concreto. Deve ser feita uma análise ponderada levando-se em conta os interesses concretos em conflito, em face do que, para que sejam colocados em prática os preceitos do paradigma da essencialidade será necessário que o juiz na concretude utilize-se de sua discricionariedade ao ponderar os direitos das partes.

Posto de outra forma, ao realizar esta tarefa o juiz deve harmonizar os princípios contratuais clássicos com os princípios contemporâneos, ponderando seus efeitos sobre a relação jurídica e sem deixar de lado a especificidade do regime jurídico aplicável aos contratos em razão da finalidade existencial. Em vários momentos o Código de Defesa do Consumidor determina que o juiz utilize de sua discricionariedade e de suas convicções para decidir situações que envolvam

direitos dos consumidores, a exemplo do que estipulam os artigos 6º, VIII; 39, IV; e 51 § 1º.

Negreiros (2002, p. 459) alude a propósito:

Neste sentido, cumpre observar que o direito civil atual se mostra cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais – e é fundamental que assim seja. Do contrário, fosse o caso de o sistema jurídico rejeitar fundamentos decisórios baseados em condições específicas das partes litigantes, e o paradigma da essencialidade se tornaria *ab initio* inviável.

Para que seja alcançada a justiça contratual é necessário que haja um equilíbrio entre as partes contratantes, ou seja, deve estar presente o princípio da equidade contratual, que determina que haja uma equivalência entre os direitos e os deveres das partes. Caso não seja verificado o princípio da equidade em uma relação contratual concreta, admite-se a intervenção do judiciário para restabelecer o equilíbrio contratual. Preservar e garantir as necessidades humanas fundamentais, a intangibilidade da pessoa e a sua dignidade são o critério e medida dos contratos:

O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é o de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa. (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 106).

Como visto, o paradigma da essencialidade visa a resguardar os direitos fundamentais, tutelar e preservar a intangibilidade e a dignidade da pessoa humana, de forma a tentar manter um equilíbrio entre as partes; atenta para valores não patrimoniais em consonância com o que é hoje buscado pela iniciativa privada mesmo no âmbito das relações patrimoniais, ainda que não seja capaz de dar solução às desigualdades sociais, tampouco de assegurar aos que nada tem aquilo que lhes seja essencial para viver dignamente. (NEGREIROS, 2002, p. 471).

4.1.3 Contrato existencial versus contrato patrimonial

Dentre tantas categorias existentes, alguns doutrinadores classificam os contratos em patrimoniais e existenciais. Azevedo (2005, p. 124) defendeu essa distinção entre os instrumentos contratuais e ensina que a “nova dicotomia que

defendemos, contrato existencial/contato empresarial, é a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI". Ainda segundo o autor, essa dicotomia é operacional e está para o século XXI como a de contrato paritário/contrato de adesão esteve para o século XX.

Esse também é o entendimento adotado por Tepedino (2012, p. 10):

A partir da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos direitos subjetivos – como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais – dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.

Vale ressaltar que ao ser apresentada essa nova dicotomia contratual por Azevedo o fim perseguido não foi o da eliminação das outras classificações até então postuladas, mas sim o de acrescentar essa nova possibilidade em complementaridade às categorias anteriormente existentes:

Essa dicotomia não visa eliminar outras já existentes no direito contratual, como a divisão milenar entre contratos onerosos e gratuitos, ou aquela própria do direito contratual do século XX, entre contratos de adesão e contratos paritários. A nova dicotomia, própria do século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis de contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados. (AZEVEDO, 2009, p. 185).

Contrato existencial é aquele instrumento que é realizado com a finalidade de se garantir a existência do contratante, e por conseguinte apresenta como objeto um bem essencial à pessoa. Quanto ao que se enquadraria como sendo objeto de um contrato existencial, Martins e Ferreira (2011, p. 265-307) entende que neste rol estão:

[...] o atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações periclitantes, acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao transporte, aos meios de comunicações e provedores virtuais, dentre outras possibilidades.

Os contratos de lucro ou patrimoniais ou empresariais seriam aqueles celebrados entre empresas ou entre profissionais e até mesmo entre um empresário e uma pessoa que não se enquadra nesse conceito, mas pactuado visando uma finalidade lucrativa. (GOMES, 2009, p. 231).

As empresas exercem sua atividade econômica com a finalidade de obter lucro. A finalidade lucrativa é algo indissociável das atividades e dos pactos empresariais, pois se assim não fosse não haveria razão para existirem. “Disse-se que contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. (ROPPÓ, 1988, p. 11). Assim, seriam classificados como contratos de lucro aqueles celebrados nesse contexto.

É importante esclarecer que, da mesma forma como foi dito sobre os contratos existenciais, que nem todos os contratos de consumo são considerados como existenciais, nem todos os contratos denominados de empresariais também seriam objetivamente classificados como contratos de lucro.

Vê-se que os contratos patrimoniais se diferem dos existenciais de grande maneira no que se refere aos bens que podem ser seu objeto e na finalidade visada pelo contratante ao celebrar a convenção. “No contrato patrimonial o resultado seria o enriquecimento da parte, enquanto, no existencial, seria a subsistência da pessoa” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 94).

Diante do que foi exposto, a prévia e rígida estipulação para quais seriam contratos existenciais e quais seriam contratos patrimoniais poderia levar a um errôneo enquadramento desses contratos. Os conceitos apresentados são um bom ponto de partida, mas para se chegar à real conclusão sobre qual o caráter contratual, a última análise deve ser feita considerando-se os casos concretos.

Azevedo (2008, p. 304-305) pondera a diferença entre os contratos existenciais e os contratos de lucro ao lecionar que:

[...] essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.

Os contratos são acordos bilaterais/plurilaterais de conteúdo patrimonial e componentes do direito das obrigações. Se os contratos não fossem possuidores de um conteúdo patrimonial não seriam assim classificados, pois essa é uma característica inerente a eles.

Dessa forma, poderia surgir o questionamento acerca da diferenciação entre contratos existenciais e contratos patrimoniais, pois como dito acima todo contrato tem conteúdo patrimonial e então, como poderiam ser os contratos classificados em existenciais em contraposição aos contratos patrimoniais.

A esse respeito, é importante ressaltar que realmente é notório e indiscutível o fato de que os contratos possuem um conteúdo patrimonial visto que a celebração de contratos tem uma finalidade econômica. Porém, nem todas as convenções contratuais são dotadas de um caráter patrimonial: uma sociedade empresária pode visar ao lucro ao celebrar um contrato com um consumidor, mas prevalecerá o aspecto existencial sempre que o objeto contratual for de natureza essencial.

Isso significa que os interesses existenciais não são estranhos às situações patrimoniais, pois “o interesse pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumento para a realização de interesses existenciais ou pessoais”. (PERLINGIERI, 2007, p. 106). E é nesse ponto em que se enquadram os contratos existenciais, visto que apesar de também possuírem um conteúdo patrimonial cumprindo assim com a finalidade econômica da celebração dos contratos, o seu caráter não é de uma convenção patrimonial, mas sim de um negócio jurídico destinado ao atendimento da existência humana.

Pode-se dizer destarte que a destinação dada ao bem que é o objeto contratual será um fator decisivo na imputação da sua importância para a pessoa destinatária do bem contratado, servindo assim como critério diferenciador dos contratos existenciais dos contratos patrimoniais. Assim, quanto maior for a utilidade do bem no que se refere ao atendimento da subsistência humana, maior será o seu caráter existencial; ao contrário, quanto menor sua utilidade existencial, maior será o seu caráter patrimonial.

Bem assim, justamente por esse seu caráter, o contrato existencial gozará de maior proteção do que os contratos patrimoniais e esse pode ser entendido como um outro ponto de distinção entre esses dois tipos de contratos.

Com efeito, os contratos existenciais permitem e muitas vezes para que seja cumprida sua finalidade necessitam de uma atividade valorativa maior dos magistrados ao analisarem seu conteúdo e ao determinarem a forma como serão tutelados pelo Estado, visando assim a garantir a justiça social, a boa-fé e a função social dos contratos.

Já os contratos de lucro terão menor interferência casuística em seu conteúdo e em seu cumprimento, devendo observar com mais rigor os princípios e os preceitos do direito contratual. Porém, isso não significa que eles não serão tutelados conforme a análise dos casos concretos, apenas a intervenção heterônoma do juiz terá menor força:

Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a idéia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. (AZEVEDO, 2009, p. 185).

Meireles (2009, p. 39) ainda acrescenta uma outra diferenciação entre os contratos existenciais e os de lucro ao ensinar que “as situações existenciais, porém, incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediatamente servem a este fim”. A promoção da pessoa seria a finalidade direta e imediata dos pactos de caráter existencial e esse também pode ser entendido como um fim dos contratos patrimoniais, mas atingido apenas de forma mediata, ou seja, também terão a finalidade de tutelar a pessoa cumprindo então com a finalidade do sistema contratual, mas também e em primeiro lugar terá outros fins como por exemplo a circulação de riquezas, que nesse caso terão maior importância do que a preservação da pessoa.

Apesar de apresentarem distinções conceituais e quanto à tutela jurisdicional sobre o alcance e os efeitos que produzem os contratos existenciais e os patrimoniais, eles assemelham-se no seguinte: ambos se submetem aos princípios constitucionais e às cláusulas gerais do Direito Civil. Fundamentando essa submissão, Aguiar Júnior (2011, p. 108) leciona que:

Os grandes princípios constitucionais (igualdade nas relações; liberdade de iniciativa; direito de propriedade material e intelectual, etc.) e as cláusulas gerais existentes no Código Civil (boa-fé, função social, equivalência, abuso de direito, lesão, onerosidade excessiva) regem de modo direto e imediato toda e qualquer relação de direito

civil, pouco importando que se apresentem com as características de lucro ou existencial. Apenas que, para cada um deles, há de se preservar a respectiva função social.

O grau de intensidade com que os princípios civilísticos incidirão sobre contratos existenciais em contraposição com os patrimoniais, também é um fator considerado como critério diferenciador entre esses dois caráteres contratuais. Nos contratos existenciais “a incidência dos princípios sociais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual é mais intensa, de maneira que a exigência de equilíbrio entre direitos e obrigações será também mais vigorosa”. (PALHARES, 2012, p. 112).

Ao se analisar os contratos partindo-se da sua finalidade, além de se utilizar da subsunção das regras aos casos concretos, também é necessário que na atividade interpretativa seja considerado o todo, aplicando-se o direito à situação tendo por base o sistema jurídico.

4.2 O papel da atividade jurisdicional na concretização da função social nos contratos existenciais. O exemplo consumerista.

A concretização dos valores constitucionais é um dever do Estado que abrange todos os seus três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas suas três esferas - federal, estadual e municipal.

O Estado Democrático de direito visa primordialmente à realização da igualdade e utiliza o direito como mecanismo para realizar metas sociais. O Poder Judiciário, representando o Estado, adota uma nova postura e passa a ser desempenhado de forma a concretizar os preceitos constitucionais, de maneira inclusive a transformar a realidade visando o objetivo de se realizar a justiça social.

Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito pelo processo hermenêutico, bem como a de adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, visando à paz social. (PISKE, 2010, p. 43).

Sob a égide do Estado Democrático de direito, o ordenamento jurídico não é mais considerado como dotado de completude e por isso deixou de ser um sistema fechado. O sistema jurídico então passa a ser aberto e os princípios

passaram a exercer uma maior força, ampliando assim as possibilidades de interpretação do direito:

Essa nova realidade foi reconhecida como marco da flexibilização do sistema jurídico, que, de fechado e hermético, ganha flexibilidade e passa a se integrar com as demais disciplinas sociais, não sendo mais possível “por a ordem jurídica entre parênteses”. Nasce a noção de sistema jurídico aberto. A funcionalização dos sistemas jurídicos foi a única forma encontrada para permitir uma transição saudável e segura entre esses dois modelos tão díspares, sem o abandono de toda a construção jurídica. Um sistema aberto tem espaços abertos e cláusulas gerais. (XAVIER, 2006, p. 178).

A aplicação do direito na atualidade tem se direcionado para a concretização do direito à luz do caso concreto. “Cada vez menos o traço acentuado do positivismo jurídico se apresenta na normativa da atualidade, para ceder vez à elaboração de um direito concreto e eficaz, por força do crescente papel do juiz na sua elaboração”. (HIRONAKA, 2014, p. 2).

A autora ainda ensina que:

O direito da contemporaneidade tem se desenhado muito mais desta forma, de sorte a formular e formatar regras de caráter mais geral, capazes de atender a uma gama significativa de hipóteses, graças à atividade interpretativa do magistrado à face do caso concreto, mas – sempre! – com o padrão ético a determinar os contornos da decisão. (HIRONAKA, 2014, p. 3).

Apesar do novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, isso não significa que seja a ele livremente permitido colocar a legislação em vigor em segundo plano ou então colocar-se na posição de legislador na sua função típica de editar normas. O juiz não pode exercer sua função de forma livre, sem que esteja ligado a qualquer tipo de vinculação jurídica.

O Judiciário solucionará a lide ao afirmar o direito aplicável no caso concreto de maneira a garantir a máxima efetividade da Constituição, atribuindo o sentido que dê mais eficácia à norma constitucional. Os valores constitucionais devem orientar também a interpretação e integração inclusive da própria Constituição.

Piske (2010, p. 49) ao abordar o atual papel do juiz apresenta uma importante conclusão ao afirmar que:

[...] o desafio do juiz contemporâneo está em julgar com justiça, pois ele deve valer-se dos princípios jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões.

O Código Civil de 2002 foi editado em consonância com essa nova realidade, superando a dogmática utilizada pelo Código Civil de 1916, pois permite ao juiz o exercício da hermenêutica nos casos concretos, sem olvidar que devem também aplicar a lei objetiva, de forma a fundamentar sua razão no teor das disposições normativas.

O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) permite expressamente ao juiz a utilização da hermenêutica na aplicação das leis ao dispor que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942), em atendimento ao clamor social de concretização da justiça pelo Poder Judiciário o exercício de sua função típica.

Coadunando com o disposto na LINDB quanto à necessidade de aplicação da lei segundo os fins sociais, Hironaka (2014, p. 4) apropriadamente ensina que “o juiz deve valer-se dos princípios éticos jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre que possível os fins sociais da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões”.

Nessa perspectiva, a função social do contrato exerce um importante papel no sistema jurídico aberto. É classificada como um princípio e também como uma cláusula geral. Como princípio atua como um balizador da aplicação das regras, apresentando as funções de atuar como um pressuposto na interpretação da legislação contratual; limita e regula a autonomia privada dos contratantes na face da liberdade contratual; é aplicada para restabelecer o equilíbrio contratual e também pode ser usada para preencher alguma lacuna normativa existente no caso concreto. Por ser a função social do contrato um mandamento de otimização, a sua realização deve ser buscada com a maior amplitude possível.

Como cláusula geral, a função social do contrato apresenta-se um enunciado aberto, vago, dependente da atividade jurisdicional para sua concretização. Atua como instrumento de formação da regra que incidirá no caso concreto. Por ser cláusula geral, a função social do contrato permite que o direito contratual positivo esteja aberto e adaptável às transformações sociais, evitando-se a formação de lacunas provenientes da evolução social. “Se a função do direito é

compreender a sociedade, regulando-a valorativamente, o jurídico não pode permanecer indiferente ao social". (FACHIN, 2006, p. 45).

O aplicador do direito ao utilizar-se da cláusula geral da função social do contrato deve fundamentar-se em valores, princípios, dados, extraíveis do sistema jurídico, abstendo-se de utilizar critérios totalmente externos ao ordenamento.

A função social do contrato como princípio ou como cláusula geral funciona como norma para solução de casos concretos a partir da atividade hermenêutica do julgador, possibilitando, inclusive, que seja dada concretude a situações eventualmente não previstas em lei. Segundo Facchini Neto (2009) hoje não mais se fala em um juiz politicamente neutro, pois os julgadores deixaram de ser exclusivamente árbitros distantes e indiferentes aos conflitos entre os particulares.

Ao se dar concretude à função social dos contratos nos casos concretos por serem consideradas e sopesadas as particularidades de cada situação jurídica, a sua aplicação está sujeita à interpretação do julgador, mas sempre baseada em argumentos extraídos do sistema jurídico.

A função social do contrato incide nos contratos existenciais de consumo de maneira a condicionar esses instrumentos a necessariamente cumprirem a função social que regularmente deles se espera, seja na perspectiva interna ou externa. Assim, um contrato existencial de consumo deve preservar os interesses do consumidor e da coletividade ao fornecer um bem essencial à sua existência digna:

A função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transforma o contrato de consumo, de simples instrumento jurídico para o movimento das riquezas do mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor, exigindo, então, um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos. A confiança legítima do consumidor não pode se violada nas relações de consumo. (MARQUES, 2011, p. 1202)

Assim, os contratos existenciais de consumo devem ser interpretados considerando-se prevalecente o sentido que melhor atenda ao interesse social, o que inclui a proteção do contratante mais fraco e dessa maneira atendendo à função social. Ato contínuo, em um contrato existencial mais que em todos deve ser reconhecido o equilíbrio entre os contratantes de forma a estar presente na relação a igualdade substancial e não meramente a igualdade formal, que é aquela que considera os indivíduos como iguais por serem sujeitos ao mesmo tratamento legal.

Ao celebrar um pacto existencial, as partes devem observar alguns limites ao amplo exercício de sua autonomia para que a convenção seja estabelecida de forma legítima. Martins e Ferreira (2011) ensinam que a ordem pública constitui limite à autonomia privada e no que se refere aos contratos existenciais ela se manifesta em quatro dimensões que seriam: a procedural, que exige que o consumidor dê seu consentimento esclarecido; a proteção da parte mais vulnerável, que representa a busca pelo equilíbrio contratual entre os contratantes que encontram-se em posições desiguais; de coordenação que abrange o conjunto das normas que incidem sobre os contratos de consumo de forma a resguardar a sua licitude e a sua adequação como ordenamento; e de direção que indica a necessidade de observação dos princípios constitucionais da ordem econômica no desenvolvimento da atividade privada.

A celebração de um contrato existencial sem a observância da função social pode gerar diversas implicações sobre o conteúdo e sobre a prevalência desse contrato. Há quem defenda que em razão da função social do contrato ser um princípio constitucional a sua violação levaria inclusive à configuração da inconstitucionalidade do pacto. Gomes (2009, p. 50) ao tratar da ineficácia de um contrato em decorrência da não observância da finalidade social ensina que:

[...] há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc.) deve-se arrolar a lesão a dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato. [...] Com relação à impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, o fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz.

Um contrato que não resguarde a sua função social apresentará um objeto ilícito por afrontar o sistema jurídico, sendo em decorrência de expressa previsão legal eivado de nulidade:

Se o contrato não cumpre sua função, isto é, se revela ofensivo a direitos de terceiros ou agride interesses de ordem pública caros ao consenso da sociedade e se mostra incompatível com comandos cogentes do direito positivo, ao juiz compete aplicar-lhe a sanção de nulidade ou da ineficácia, conforme o caso. Se isto não for suficiente para evitar prejuízo de terceiros, a tutela dos prejudicados consistirá em impor aos infratores a responsabilidade civil sujeitando-os ao

ressarcimento próprio dos atos ilícitos. (THEODORO JÚNIOR, p. 146)

Um pacto existencial deve ser permeado em concreto pelo equilíbrio entre as obrigações estabelecidas pelas partes: o equilíbrio faz parte da ideia de função social do contrato (HIRONAKA, 2014, p. 8). Dessa maneira, não é razoável e tampouco aceitável que esteja presente em um pacto um desequilíbrio real e sem plausibilidade entre os benefícios alcançados pelos dois lados da relação.

As obrigações não podem ser desproporcionais, pois assim afetaria o sinalagma da relação contratual. Para que esteja presente o desequilíbrio no contrato deve haver uma desproporção considerável, que não possa ser compreendida como naturalmente existente no estabelecimento das relações jurídicas.

A função social incide nos contratos existenciais para que seja permitido ao juiz ao julgar os casos concretos restabelecer o equilíbrio entre partes de forma a não mais haver um desnível significativo entre as prestações correspondentes a cada uma delas. “O contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 233).

Isso incide diretamente sobre a teleologia dos contratos existenciais, pois por ser o bem objeto contratual algo indispensável para a existência humana a finalidade típica do contrato, que é o estabelecimento de uma relação econômica visando um lucro, não pode prevalecer ao custo do consumidor.

Um contrato existencial para merecer proteção de seu conteúdo e assim exigir o seu cumprimento necessita ser justo. Sobre o que se considera como sendo um contrato justo, Negreiros (2002, p. 166-167) ensina que:

[...] justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.

As particularidades que envolvem os contratos que objetivam conferir acesso a bens essenciais de natureza existencial, no que se referem à situação

pessoal e patrimonial do consumidor, devem ser pautadas pelo intérprete para fins de incidência do controle judicial sobre conteúdo do negócio. Mesmo estando-se diante de idêntico bem existencial, a exemplo dos objetos que compõem o direito à alimentação, a forma de como será interpretado o conteúdo e de como será tutelado o pacto irá variar conforme a vulnerabilidade da parte mais fraca singularmente considerada.

Por exemplo, um mesmo teor contratual estipulado com consumidores diversos poderá gerar consequências jurídicas diversas ao ser levado ao Judiciário, pois as condições pessoais de cada consumidor e a realidade na qual cada um está inserido pode ensejar maior ou menor intervenção do Judiciário para restabelecer seu equilíbrio, mesmo tratando-se de contratos existenciais que tragam como objeto o mesmo bem.

No caso concreto a vulnerabilidade do consumidor ao celebrar um contrato existencial pode apresentar um nível de intensidade variável que leva à ideia de que quanto mais vulnerável, maior deverá ser a intervenção do Judiciário.

Levado ao Judiciário um contrato existencial de consumo, ou seja, um pacto que apresente como objeto um bem fundamental para a sobrevivência de um dos contratantes, por alegada ofensa à função social, e ao ser analisado seu conteúdo for reconhecida a vulnerabilidade de uma das partes, Aguiar Júnior (2011, p. 108) ensina que deve ser considerado nessa situação ao ser proferida a decisão sobre a validade desse pacto o seguinte:

[...] (i) a decisão sobre a manutenção ou a extinção do contrato deverá refletir uma avaliação sobre o interesse social que o contrato procurou satisfazer; (ii) a definição sobre o cumprimento da obrigação terá em conta as condições das partes, e a possibilidade de a prestação satisfazer o interesse do credor; (iii) nos contratos por tempo indeterminado, a resilição unilateral garantirá a justa indenização da parte que sofrer os efeitos da extinção; (iv) o adimplemento substancial deve afastar a resolução; (v) a cláusula resolutiva expressa somente será aceitável quando for clara, bem-informada e não abusiva (clareza, informação, uso não abusivo), mas cujos efeitos são inaceitáveis em certas situações, como na ação de reintegração de posse por descumprimento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, (vi) há de se preservar o contrato, no limite do possível permitido pela ordem jurídica, quando se tratar da disposição de bens ou serviços vitais, tais como água e luz; (vii) deve haver limitação para cláusulas de revisão ou resolução em certos contratos, tais como os de previdência, de seguro de vida, de seguro saúde; de prestação e serviços médicos, hospitalares e previdenciários.

O fato de um contrato ser classificado como existencial faz com que possa haver maior interferência do Judiciário sobre o disposto no conteúdo contratual e sobre a forma sob a qual se dará o cumprimento do contrato quando comparado com um outro contrato de consumo. Isto porque é conforme já dito, quanto mais existencial for o bem objeto do contrato de consumo, maiores serão os efeitos da função social sobre ele e, ao contrário, quanto menor for o caráter existencial do bem contratado menor será a incidência da função social no pacto.

Nos contratos de consumo a interpretação do contrato do modo mais benéfico ao consumidor, a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva e a nulidade das cláusulas abusivas representam de forma imediata e direta os efeitos da incidência da função social sobre o sistema protetivo do consumidor, um dos mecanismos de maximização da função social sobre o aludido tipo de contrato existencial.

A determinação de que a interpretação das cláusulas contratuais seja realizada da maneira mais benéfica ao consumidor tem previsão expressa no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. A razão de ser da imposição da interpretação mais favorável ao consumidor está assentada na sua vulnerabilidade, que representa uma presunção legal absoluta.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor considera que todos os consumidores são vulneráveis e parte da ideia de que sempre haverá um desequilíbrio entre consumidor e fornecedor. O consumidor é a parte débil da relação, seja por condições suas, seja porque o fornecedor ocupa uma posição econômica forte.

Denota-se então que a função social do contrato tem por finalidade manter o equilíbrio entre consumidores e fornecedores de maneira a harmonizar as relações de consumo. Essa também é a razão de ser do sistema protetivo do consumidor e por isso é determinado ao magistrado que no exercício de seu mister busque a consolidação da função social nos contratos de consumo ao apropriar-se do sentido mais benéfico ao consumidor diante da análise contratual.

Hironaka (2014, p. 8) afirma que essa determinação consumerista é a exata expressão da função social do contrato, na medida em que bem preconiza que “a interpretação favorável ao aderente, em caso de ambiguidade do contrato de adesão (CC, art 423), e a proibição da renúncia de direitos nesse tipo de contratação (art 424) tem por fundamento a função social do contrato”. Dessa maneira, aplicando

uma interpretação favorável ao consumidor no âmbito dos contratos existenciais de consumo, o juiz estaria promovendo a função social do contrato de modo a buscar a igualdade substancial real entre as partes contratantes e, inclusive, preservando a dignidade da parte vulnerável, já que o regime diferenciado concedido aos contratos existenciais visa exatamente resguardar e promover a pessoa.

Confirmando o imperativo da interpretação benéfica ao consumidor e contribuindo para a forma como os contratos de consumo devem ser interpretados pelo juiz, Grinover et al (2007, p. 556) apresenta alguns parâmetros para essa atividade:

[...] a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção as partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art 112, Código Civil); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, caput e n III, e 81, IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação).

O direito de se obter a revisão contratual pelo consumidor também é reflexo direto da teleologia da função social do contrato, pois foi estabelecido para resguardar a pessoa do consumidor diante da sua presunção absoluta de vulnerabilidade e para restabelecer o equilíbrio contratual. Considerando-se a perspectiva externa, reconhece-se também na possibilidade de se rever as cláusulas contratuais a função social do contrato, pois se o conteúdo contratual for prejudicial para o consumidor, também o será para a sociedade, mesmo que de forma indireta, não atendendo à sua finalidade social.

Permitindo então o juiz que seja revisto o conteúdo estipulado em um contrato existencial de consumo em favor do consumidor, estar-se-á cumprindo com seu papel de atender aos fins sociais na aplicação da norma.

Para que seja possibilitada a revisão contratual deve estar presente no caso concreto uma desproporção nas obrigações assumidas pelas partes ocasionando uma excessiva onerosidade ao consumidor. Há quem entenda que, também no âmbito da proteção ao consumidor, deve estar presente o fator da

imprevisibilidade, adotando também o Código de Defesa do Consumidor, à semelhança do Código Civil, a teoria da imprevisão.

Diante da especial tutela concedida aos contratos existenciais de consumo, a adoção da teoria da imprevisão pelo CDC destoaria totalmente dos fins buscados pela classificação de um contrato como existencial, pois estaria restringindo de certa forma a promoção da pessoa do consumidor.

Concluindo então pela não adoção da teoria da imprevisão nos contratos existenciais de consumo, Tartuce (2004) ensina que:

[...] teríamos, portanto, com o Código de Defesa do Consumidor, a adoção de outro fundamento para a revisão contratual, o da revisão por simples onerosidade, que tem como embrião a teoria da equidade contratual, que é motivada pela busca, em todo o momento, de um ponto de equilíbrio nos contratos, afastando-se qualquer situação desfavorável ao protegido legal.

Dessa maneira pode-se defender inclusive, à luz da função social dos contratos, que também não seria um fator necessário para a revisão de um contrato existencial de consumo que a onerosidade excessiva ou a desproporção das prestações seja superveniente, bastando que ela esteja presente no corpo contratual.

As cláusulas contratuais abusivas são nulas de pleno direito por assim estabelecer o artigo 51 do CDC. Esse artigo apresenta um extenso rol para quais cláusulas seriam consideradas abusivas. Convém ressaltar o disposto no inciso IV que declara como abusivas aquelas cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A identificação da abusividade de uma cláusula contratual pode ocorrer tanto *a priori* como *a posteriori*, ou seja, uma estipulação do contrato pode ser abusiva desde a sua celebração ou então pode decorrer dos efeitos gerados pelo cumprimento do contrato. A respeito da abusividade identificada *a posteriori*, Miragem (2013, p. 335) ensina que “o caráter abusivo decorre do exercício posterior à celebração, durante a execução do contrato, de determinada prerrogativa que esta mesma cláusula encerra”.

Pode-se dizer que o Judiciário ao realizar o controle de conteúdo do contrato de forma a não permitir que ao consumidor seja imposta uma

desproporcionalidade ou uma onerosidade excessiva e ao reconhecer a nulidade de uma cláusula permeada de abusividade está desempenhando o mais relevante papel na proteção do consumidor.

O reconhecimento da abusividade de uma cláusula está baseado justamente no mesmo fundamento utilizado para criação de um sistema de proteção ao consumidor, que é a presunção absoluta da sua vulnerabilidade. Dessa maneira reconhece-se o caráter abusivo de uma cláusula pautando-se no desequilíbrio exagerado entre as partes contratuais em razão da posição jurídica dominante titulada pelo fornecedor.

Com relação ao desequilíbrio provocado entre as partes para que uma cláusula seja considerada como abusiva, Ascensão (2003, p. 18) faz uma importante ressalva ao afirmar que “não é qualquer desvantagem que pela cláusula é proibida porque abusiva. É necessário que essa desvantagem seja exagerada”, para que assim não seja comprometida a segurança e a estabilidade social.

A função social do contrato incide também na doutrina das cláusulas abusivas de forma a não permitir que prevaleçam em um contrato existencial de consumo cláusulas prejudiciais sobremaneira à parte débil da relação jurídica. Assim, o reconhecimento da nulidade das cláusulas assim consideradas coaduna dos mesmos fins buscados pela teleologia da função social: o equilíbrio entre os contratantes, a justiça contratual, o bem coletivo.

Pode-se dizer também que a estipulação de uma sanção para as cláusulas abusivas implica numa limitação ao exercício da liberdade contratual pelas partes, pois impede que a determinação do conteúdo do pacto seja feita ao alvedrio dos contratantes. “As cláusulas iníquas ou abusivas, que, em última análise, levam um dos contratantes à ruína, atentam contra a função social do pacto e, portanto, podem ser consideradas nulas pelo juiz” (HIRONAKA, 2014, p. 8).

O controle das cláusulas abusivas e, por consequência, a concretização da declaração da sua nulidade é uma incumbência do poder judiciário, que é a quem compete avaliar o conteúdo contratual identificando se em algum ponto resta caracterizado o que dispõe o inciso IV do artigo 51.

Ao Judiciário é reservado um papel importante no que se refere às cláusulas abusivas, pois o reconhecimento de sua nulidade deve ser decretada inclusive de ofício, ou seja, não há necessidade de que o consumidor se sinta lesado e requeira a intervenção jurisdicional, basta que o juiz ao interpretar o contrato

entenda que nele está presente uma cláusula abusiva ao consumidor para declarar a sua nulidade.

Marques (2011) entende que com relação à possibilidade de declaração da nulidade absoluta das cláusulas abusivas pelo poder judiciário haveria um controle incidente do conteúdo e da equidade dos contratos ao serem submetidos a esse poder e também que haveria um controle direto, que é aquele possibilitado pela interposição de uma ação de nulidade de cláusula, havendo assim um duplo controle judicial.

Um ponto importante a ser considerado pelo juiz na análise da abusividade de alguma cláusula contratual é a verificação da vontade do consumidor, pois para que ela tenha sido proferida de forma legítima não basta apenas o consentimento formal. Com relação ao exame da real vontade do consumidor, Farias e Rosenvald (2011, p. 461) ensinam que se deve “examinar a ‘qualidade’ da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, e não a manifestação em si, pois somente a vontade informada e educada é livre e legítima”.

Ao se analisar a configuração ou não de uma cláusula como sendo abusiva deve ser levado em consideração pelo juiz todas as características que envolvem aquele consumidor considerado em sua singularidade e também as peculiaridades da situação fática e econômica que o cerca, de modo geral, as circunstâncias que envolveram a contratação.

É importante ressaltar que a nulidade a ser reconhecida pelo judiciário é apenas a da cláusula considerada como abusiva e não o inteiro teor do contrato, a “invalidade parcial do contrato de consumo é a regra” (MIRAGEM, 2013, P. 337).

A redução do contrato de consumo ocorrerá então quando a declaração da nulidade de uma cláusula não afetar a validade das demais cláusulas e do contrato como um todo. Essa determinação visa a conservação do contrato em relação à sua parte válida como forma de proteger o interesse do consumidor. Isso, segundo Miragem (2013, p. 339) “permite que se mantenha o efeito útil do contrato, ou seja, o interesse econômico ou pessoal, socialmente admitido, decorrente das prestações objeto do ajuste”.

Em uma situação concreta, ao ser declarada a nulidade de uma cláusula de um contrato existencial de consumo, o juiz deve envidar esforços no sentido de promover a integração do conteúdo contratual, preenchendo inclusive eventuais lacunas que surjam no teor do pacto em razão do afastamento da cláusula abusiva.

A respeito da tarefa do juiz de integrar o conteúdo do contrato, Ascensão (2003, p. 14) ensina que “a cláusula integranda, na dúvida, será a favorável ao aderente”. O preenchimento dessas eventuais lacunas se dará utilizando-se dos preceitos da função social dos contratos, ou seja, visando-se restabelecer o equilíbrio contratual, a igualdade substancial e a justiça contratual.

No transcorrer de todo o trabalho foi defendido o papel da função social do contrato como uma balizadora do sistema jurídico em abstrato e principalmente no que se refere aos casos concretos de maneira a direcionar a aplicação do direito no sentido de cumprir com os fins sociais. Porém, não pode ser desconsiderado o fato de que a primordial finalidade dos contratos é a consecução de fins econômicos, que é algo que faz parte da sua essência.

Nesse sentido é o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial n. 783.404 – GO ao assim dispor que:

[...] a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade benéfica. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.

A função social do contrato, os contratos classificados como existenciais e os contratos de consumo, isoladamente considerados, correlacionam-se na medida em que adotam em sua teleologia a mesma base, que seria a promoção da pessoa e de sua dignidade, de forma a prezar pelo equilíbrio e pela justiça contratual.

Somando-se os três institutos: função social, contrato existencial e contrato de consumo, chega-se a uma doutrina fortalecida no que se refere à proteção do consumidor quando contrata bem fundamental à sua existência digna.

Dessa maneira, a função social do contrato, destacando-se o que foi disposto pelo STJ, não vem a incidir nos contratos existenciais de consumo de maneira a ser um agente promotor da assistência social, mas vem de maneira a ser mais um instrumento na promoção da pessoa.

5 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundante e ordenatório do ordenamento jurídico, é um valor fundamental supremo, devendo por isso ser observada por todos, componentes do sistema público ou particulares. É diretamente relacionada com a garantia de condições existenciais mínimas e, assim como os direitos fundamentais, é uma qualidade intrínseca aos indivíduos.

Apenas após mudanças econômicas e sociais, a exemplo da globalização, do neoliberalismo, do consumo em massa, e da atribuição de uma força irradiante para a Constituição é que se passou a considerar a produção de efeitos dos direitos fundamentais também sobre as relações privadas, abandonando-se a ideia de que apenas repercutiriam nas relações públicas, denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como uma forma de promover a sua dignidade.

Dentre as teorias existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia direta e imediata seria aquela que mais se aproxima da própria sistemática da proteção dos direitos fundamentais, pois considera que eles produzem seus efeitos de forma direta sobre as relações entre particulares, o que significa que eles deverão observar/preservar os direitos fundamentais de seus pares ao estabelecerem suas tratativas.

Pode-se também concluir que o Estado tem o dever de intervir nas relações entre particulares como forma de garantir e restabelecer os direitos fundamentais dos indivíduos. Em havendo conflito entre direitos fundamentais, que apresentam a mesma hierarquia quando considerados em abstrato, deve ser realizada uma ponderação entre eles considerando-se o caso concreto.

Em relação à função social do contrato foi possível perceber que não só o direito civil apresenta uma função social, pois esta é um atributo de todo o direito. A função social atua de forma a harmonizar o individual com o coletivo, de forma a buscar o equilíbrio entre as pessoas. A função social do contrato encontra seu fundamento no texto constitucional, derivando diretamente da função social da propriedade, do princípio da solidariedade social, da proteção da dignidade humana e também dos princípios da ordem econômica. Além da origem constitucional, a função social do contrato foi positivada expressamente pelo Código Civil de 2002.

O cumprimento da função social é um atributo inerente ao próprio contrato e atua de maneira a harmonizar os interesses dos contratantes, a promover a igualdade material, a justiça contratual e ainda de forma a preservar os interesses da coletividade, pois o individual e o coletivo não podem ser conflitantes.

Pode-se concluir também que a função social do contrato pode ser classificada tanto como princípio quanto como cláusula geral. Como princípio, pois determina uma diretriz para o sistema jurídico, atuando como um mandamento de otimização de maneira a direcionar a interpretação, a controlar a autonomia privada, a reequilibrar as prestações, a restabelecer a igualdade entre as partes e a preencher lacunas. Como cláusula geral, por ser um enunciado aberto dependente de valorização jurisdicional para concretização do seu conteúdo. Atua como uma direcionadora e permite a mobilidade do ordenamento, evitando lacunas.

Com relação à autonomia privada, foi possível concluir que a liberdade das partes em firmar suas relações negociais deixa de ser exercida de forma ampla e ilimitada, devendo ser exercida de maneira a respeitar os direitos do próximo, as normas de ordem pública e os princípios contratuais. Dessa maneira, a autonomia privada deve observar a função social dos contratos. A função social atua como um limitador para a autonomia privada, pois ela restringe o exercício da liberdade contratual, que é aquela relacionada à livre estipulação do conteúdo do contrato.

Assim, autonomia privada após a incidência da função social dos contratos deve ser exercida em conformidade com os valores constitucionais e infraconstitucionais e prevalecerá se o instrumento contratual obedecer aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e aos interesses da coletividade. A função social impõe limites e desempenha um papel orientador para o exercício da autonomia privada na celebração de contratos.

Com relação aos tipos de eficácia da função social dos contratos, constatou-se que pode ser interna e externa. A eficácia interna é a que considera os efeitos da função social entre as partes contratantes. Por ela, um contrato apenas prevalecerá se resguardar os direitos de ambas as partes, visando a promoção da igualdade substancial, do equilíbrio, da justiça contratual. Caso não seja cumprida a finalidade da função social restará configurada a possibilidade de revisão do conteúdo contratual ou até mesmo a invalidade desse contrato, pois o tradicional princípio do “*pacta sunt servanda*” foi por ela relativizado.

A eficácia externa da função social do contrato é a que considera que os efeitos produzidos pelo contrato sobre a coletividade não pode causar-lhe prejuízo, pois um pacto entre particulares, mesmo que perfeito, deve preservar os interesses da sociedade e visar o bem de todos. Nessa perspectiva, os preceitos da função social do contrato romperam com o tradicional princípio contratual da relatividade dos efeitos do contrato, porque agora permite-se que um instrumento contratual irradie efeitos sobre terceiros. Ressalte-se que da mesma maneira que a função social não permite que as partes contratuais prejudiquem terceiros, ela também impede que terceiros prejudiquem o cumprimento de um pacto.

Com o estudo dos direitos fundamentais e da função social dos contratos, foi possível concluir que a função social pode ser considerada como uma implicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois os fins visados pela função social assemelham-se à finalidade dos direitos fundamentais que é a proteção da dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade mais justa e solidária e a igualdade material entre as pessoas.

No que se refere aos contratos existenciais, foi possível concluir que a partir do estabelecimento dessa nova classificação apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo, em contraposição aos denominados contratos de lucro, que afirmou que esses contratos seriam aqueles destinados à subsistência do contratante, pois trariam como objeto um bem considerado essencial para a vida da pessoa, os contratos existenciais são assim classificados para que seja legítima uma tutela diferenciada das suas disposições de maneira a exigir uma intervenção maior do Estado na proteção e na promoção da dignidade da parte vulnerável.

Com relação ao que pode ser considerado como um bem existencial deve-se levar em conta o paradigma da essencialidade e também deve ser considerado o mínimo existencial. Pelo paradigma da essencialidade, será considerado como existencial aquele bem que for imprescindível para um padrão mínimo de dignidade. Dessa maneira, o que é considerado existencial extrapola o mínimo para a subsistência e abrange aquilo que seria necessário para um mínimo de dignidade de vida.

O mínimo existencial também é fundado na dignidade da pessoa humana e compreenderia as necessidades básicas da pessoa, que também abrange a além do indispensável à sobrevivência. Ao se analisar tanto o conteúdo do paradigma da essencialidade quanto o conteúdo do mínimo existencial, deve-se

realizar essa tarefa à luz do caso concreto, considerando-se todas as peculiaridades das pessoas envolvidas e da situação nas quais elas se encontram. Assim, a definição concreta de que um bem pode ser considerado como existencial depende da casuística.

Os contratos existenciais diferem-se dos contratos de lucro, pois neles prevalece o seu caráter existencial e nos de lucro prevalece o caráter econômico e a finalidade lucrativa. E é exatamente isso que faz com que a interferência Estatal na tutela dos contratos existenciais seja maior do que a tutela dos contratos patrimoniais.

No que tange ao papel da atividade jurisdicional na concretização da função social nos contratos existenciais, conclui-se que o Estado, principalmente representado pelo poder judiciário, exerce uma importante tarefa na concretização da função social no âmbito dos contratos existenciais de consumo. O judiciário, diante da abertura do sistema jurídico, teve sua atividade ampliada no que se refere à aplicação do direito à luz dos casos concretos. Os valores constitucionais, que compõem o centro do ordenamento jurídico, e os direitos fundamentais devem orientar a atividade jurisdicional que deve ser direcionada ao cumprimento dos fins sociais e do bem comum. Dessa maneira, a função social servirá como direcionadora da atividade jurisdicional, pois é princípio e cláusula geral do ordenamento.

No que se refere aos contratos existenciais de consumo, a função social incidirá de maneira e exigir que esses contratos a cumpram, seja na perspectiva interna seja na externa, devendo então garantir os direitos do consumidor e da coletividade ao terem por objeto contratual um bem essencial à existência digna do vulnerável.

A função social deve incidir para que em um contrato existencial de consumo esteja presente o equilíbrio entre as partes e a igualdade substancial e não meramente a igualdade formal. Caso isso não aconteça, os preceitos da função social permitem que juiz atue nesse sentido, visando restabelecer uma harmonia contratual.

O fato de um contrato ser classificado como existencial legitima a maior incidência da função social sobre seu conteúdo, ou seja, quanto mais existencial for o bem objeto do contrato de consumo maiores serão os efeitos da função social

sobre ele e, ao contrário, quanto menor for o caráter existencial do bem contratado menor será a incidência da função social no pacto.

A função social dos contratos incide diretamente sobre o Código de Defesa do Consumidor, podendo ser considerados como uns de seus reflexos as determinações da interpretação mais favorável ao consumidor, da possibilidade de revisão do contrato por onerosidade excessiva e da nulidade das cláusulas abusivas.

Nesses três institutos, a função social do contrato incide para resguardar a pessoa do consumidor e para manter o equilíbrio entre consumidores e fornecedores de maneira a harmonizar as relações de consumo no âmbito dos contratos existenciais, o que será concretizado pelo juiz à luz do caso concreto.

Em fecho, conclui-se o quanto importante é o papel do Judiciário na aplicação da função social do contrato direcionada a tutelar de modo diferenciado o consumidor ao celebrar contratos existenciais. Função social do contrato, contrato existencial e sistema de proteção do consumidor adotam a mesma finalidade, pois visam a promoção da pessoa e de sua dignidade, o equilíbrio e a justiça contratual. Com a junção dos três, fornece-se ao consumidor e ao juiz uma doutrina ainda mais fortalecida no que se refere à proteção do vulnerável ao contratar um bem fundamental à sua existência digna.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil: **RTDC**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p.91-110, jan./mar.2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: introdução geral. Lisboa: Principia, 2011.

ALEXY. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2014.

ASCENSÃO, José Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil. 2003. Disponível em: < <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascenso-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 21 jan 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade humana. In MIRANDA, Jorge (Coord.); SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1187-1188.

ANDRIOTTI, Caroline Dias. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Breves notas históricas da função social no direito civil. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 832, fev 2005, p.115-137.

_____. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, abr/jun 2008, v. 9, n. 34, p. 299-308.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson. **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 43-92.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole. 2007.

BOCKENFORDE, Ernesto-Wolfgang. **Teoria e interpretación de los derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 44-71.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 19-40.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no código civil brasileiro**. 407 f. Tese – Curso de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7486/000546107.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 dez 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 out 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 08 set 2015.

_____. **Constituição daRepública Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 jul 2015.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 18 nov 2015.

_____. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. **Lei da Greve**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em 12 dez 2015.

BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/00_sumario.pdf>. Acesso em 03 jan. 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. 2006. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 803.481/GO: Cargill Agrícola S/A x Luiz Ferreira Lima. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 26 de junho de 2007. Acórdão publicado no DJ de 01 de agosto de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ. União Brasileira de Compositores – UBC versus Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Acórdão de 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em 02 jan. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. Cláusulas gerais processuais. 2011. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 08 jan 2016.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito privado e Constituição**: drittewirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al* (org). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales e la democracia constitucional**. In: Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 25-59.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. **Colisão no exercício de direitos fundamentais**. 254 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2004, 254 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e Constituição. Revista Direito Processual Geral. Rio de Janeiro. n. 61. 2006. p. 154-168. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/751060/DLFE-45602.pdf>>. Revista_61_Doutrina_pg_154_a_168.pdf>. Acesso em 27 set 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Princípiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Hironaka-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em: 09 jan 2016.

_____ ; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 41-80.

ITÁLIA. Código Civil italiano. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em 02 jan 2016.

LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 27 jul 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado. Ano 35. n. 139 - jul/set, 1998.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: Revista de direito do consumidor, v. 79, jul-set 2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 265-307.

_____. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 94/2014, p. 215, jul/2014.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. 2011. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9080-9079-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Daniel Gomes de. Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa. 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp142469.pdf>>. Acesso em: 21 set 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NALIN, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2010. Disponível em: <http://direito-ufpr.blogspot.com.br/2010/12/141210.html>. Acesso em: 23 jan 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALHARES, Cinara. Sistema Normativo das Cláusulas Abusivas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 6, n.1, 2012, p. 93-115.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Trad. **Maria Cristina de Cicco**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHIMIDT, Ayeza. O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. **Pensar**, Fortaleza, n. 2, p. 618-645, jul/dez, 2012. Disponível em: <www.op.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2319/pdf>. Acesso em: 15 dez 2015.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/PISKE_funcao_magistratura.pdf>. Acesso em: 19 jan 2016.

PORTE, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Análise econômica da função social dos contratos: críticas e aprofundamentos. **EALR**, v. 1, nº 2, p. 196-212, Jul-Dez, 2010. Disponível em: <www.bibliotekevirtual.org/revistas/UCB/EALR/v01n02/v01n02a02.pdf>. Acesso em: 17 dez 2015.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A função social do contrato como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**. 169 f. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007. Disponível em: <www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2007/leila_eliana_hoffmann_ritt.pdf>. Acesso em: 17 dez 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROPPÓ, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 81-112.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In TIMM, Luciano Betti (Coord.); MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais e justiça*, n. 1, out-dez, 2007. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf>. Acesso em: 15 jan 2016.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n.4, p. 60/101, out/dez. 2011. Disponível em: <<file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/A%20efic%C3%A1cia%20dos%20Direitos%20Fundamentais%20nas%20rela%C3%A7%C3%A7%C3%B5es%20entre%20particulares.pdf>>. Acesso em: 21 fev 2015.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. 10. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: Torres, R. L. et. al (Org). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11-96

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. **Função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

_____. A revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor e a suposta adoção da Teoria da Imprevisão. Visão frente ao princípio da função social do

contrato. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24802-24804-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2016.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. 2001. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 07 jan 2016.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. III.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em 01 jul 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato. In TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul- set, 1989, p. 29-49. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>>. Acesso em: 15 jan 2016.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 339 f. Tese – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jan 2016.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 111/135, jul/set. 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/A+efic%C3%A1cia+dos+direitos+fundamentais+nas+rela%C3%A7%C3%A7%C3%85es+privadas,%20o+caso+da+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego>>. Acesso em: 20 fev 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, Recurso Extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.