

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
FACULDADE DE DIREITO

VANESSA MENEZES KRUTA BARROS

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE
PERANTE A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

MARÍLIA
2014

VANESSA MENEZES KRUTA BARROS

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE PERANTE A
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”,
mantenedora do Centro Universitário Eurípides de
Marília – UNIVEM, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:
Profª. Ms. Aline Storer

MARÍLIA
2014

Barros, Vanessa Menezes Kruta

A relativização do princípio da obrigatoriedade perante a função social do contrato / Vanessa Menezes Kruta Barros; orientadora: Prof^a. Ms. Aline Storer. Marília, SP: [s.n.], 2014.
80 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – ,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Contrato 2. Função Social 3. Princípio da Obrigatoriedade.

CDD: 342.14



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

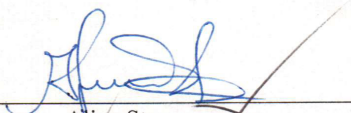
Vanessa Menezes Kruta Barros

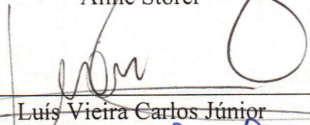
RA: 47807-5

A relativização do princípio da obrigatoriedade perante a função social do contrato.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10

ORIENTADOR(A): 
Aline Storer

1º EXAMINADOR(A): 
Luís Vieira Carlos Júnior

2º EXAMINADOR(A): 
Daniela Ferreira Dias Batista

Marília, 27 de junho de 2014.

*Dedico ao meu companheiro,
amigo e confidente,
Ricardo Jorge Kruta Barros,
pelo carinho, apoio,
e por sempre,
incentivar meus sonhos !*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, verbo da vida. Agradeço por ter me concedido o entendimento, iluminando meus pensamentos, levando a buscar novos conhecimentos.

A todos meus familiares, pelo amor, carinho, e principalmente pela confiança que depositaram em mim.

Ao meu querido marido Ricardo Jorge Kruta Barros, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades e acreditando sempre em minhas conquistas.

Agradeço, aos colegas de faculdade, e tantos outros que conheci no percurso desta caminhada. Vocês foram muito importantes para meu aprendizado, e fizeram parte de uma fase inesquecível em minha vida!

Por fim, meus mais sinceros agradecimentos aos meus mestres e professores, por todo o aprendizado e amizade concedidas nesses cinco anos. Em especial a Professora Aline Storer, que conduziu e orientou a conclusão deste trabalho.

*“A justiça atrasada,
não é justiça,
senão injustiça
qualificada e manifesta”.*

Rui Barbosa

Barros, Vanessa Menezes Kruta. **A relativização do princípio da obrigatoriedade perante a função social do contrato**. 2014. XX f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

O Instituto do Contrato tem por finalidade formalizar um negócio jurídico de interesses contrapostos pactuados entre os contratantes. A constituição do contrato efetua-se com a observância de alguns princípios, entre eles o da função social, que acaba limitando a liberdade dos partícipes da relação negocial, visando coibir o abuso do poder econômico e banir cláusulas abusivas em um contrato que onera tanto a parte desvalida quanto a sociedade. Neste sentido, o presente estudo tem como objetivo explicar sobre a função social no contrato, bem como a interferência do Poder Judiciário, que analisará o caso concreto mediante os direitos fundamentais, legislação, princípios sociais, usos, costumes e precedentes normativos, a fim de equalizar a relação contratual. Vale destacar, para melhor elucidação do Instituto do Contrato, outros princípios norteadores da Teoria Geral dos Contratos também serão abordados. Para tanto, a metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, desenvolvendo um referencial teórico fundamentado em livros doutrinários, revistas jurídicas, decisões jurisprudências, bem como artigos publicados na *internet*.

Palavras-chave: Contrato. Função Social. Princípio obrigatoriedade.

Barros, Vanessa Menezes Kruta. **A relativização do princípio da obrigatoriedade perante a função social do contrato**. 2014. 80 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

The Office of the Contract is intended to formalize a transaction of conflicting interests between the contractors agreed. The constitution of the contract is effected by the observance of certain principles, including social function, which ends up limiting the freedom of participants in the business relationship, aimed at curbing the abuse of economic power and ban unfair terms in a contract which is charged both helpless as part of society. In this sense, the present study aims to explain about the social function of the contract as well as the interference of the judiciary, which will review the case upon fundamental rights, law, social principles, practices, customs and regulatory precedents in order to equalize the contractual relationship. It is worth noting that other guiding principles of the General Theory of Contracts will also be discussed to elucidate the Office of Contract. Therefore, the methodology used is the literature by developing a theoretical framework grounded in doctrinal books, legal journals, case law decisions, as well as articles published on the internet.

Keywords: Contract. Social function. Principle requirement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1- TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EM GERAL.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Requisitos de Validade do Contrato	13
1.3 Elementos Constitutivos do Contrato.....	15
1.4 Evolução Histórica	16
1.5 O Contrato na Legislação Brasileira (CC de 1916 a CC de 2002).....	19
1.6 Princípios Norteadores da Teoria Geral dos Contratos	23
CAPÍTULO 2- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	32
2.1 Conceito.....	32
2.2 Natureza Jurídica	36
2.3 A Função Social do Contrato e sua Interpretação Judicial.....	40
CAPÍTULO 3- DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	46
3.1 Do Processo de Formação e Reconhecimento dos Direitos Humanos.....	46
3.2 Dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 e os Contratos.....	50
3.3 Da Flexibilização das Cláusulas Contratuais de Planos de Saúde à luz dos Direitos Fundamentais.....	60
3.4 Da Interpretação das Cláusulas Contratuais	67
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a relativização do princípio da obrigatoriedade perante a aplicação da função social do contrato.

Alguns autores sustentam que houve a supressão do princípio da obrigatoriedade, uma vez que o juiz diante do caso concreto interferirá na autonomia da vontade dos contraentes ao fazer cumprir a função social, que tem como escopo equalizar a relação contratual, quando esta prejudicar uma das partes. Consequentemente, não se cumprirá a avença, nos termos em fora pactuada.

Divergentemente, outra corrente doutrinária defende a relativização, atenuação, mitigação do princípio da obrigatoriedade, caracterizado pela rigidez, inflexibilidade no efetivo cumprimento do contrato, mesmo que este gere danos irreparáveis a um dos contraentes.

A função social do contrato limita a autonomia da vontade ao flexibilizar o conteúdo de cláusulas abusivas geradoras de prejuízos, que impossibilitam o adimplemento do contrato. Por isso, não se fala em supressão do princípio da obrigatoriedade, haja vista que o contrato atingirá seu fim de forma equilibrada sem onerar excessivamente nenhuma das partes.

Em um breve relato, no Estado Liberal, século XIX, o conceito para contrato, era entendido como instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, no qual impera a autonomia da vontade que determina a força da convenção pelos contratantes, salvo pouquíssimas limitações de lei de ordem pública. Neste contexto e embasados nos princípios clássicos da Teoria Liberal, a saber, da Liberdade Contratual, o da Obrigatoriedade do Contrato, que dá força de lei às suas cláusulas (*pacta sunt servanda*), e o da Relatividade dos Efeitos Contratuais, que vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiros, o sistema contratual restringia ao indivíduo, subjetiva e objetivamente à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes.

No final do século XIX e início do século XX, criou-se o Estado Social, que asseverou os princípios contratuais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e o da função social do contrato. Os referidos princípios somaram-se aos princípios de cunho liberal quando da elaboração e adimplemento do contrato.

Quanto a função social do contrato, este tem o significado de preponderância da função econômico-social do contrato sobre a sua função institucional, o que restringe a autonomia da

vontade pela intervenção estatal e, condiciona-o ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. Consagra-se o Princípio da Socialidade em que o contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes amoldam-se ao interesse da coletividade.

A inserção do Princípio da Função Social do Contrato foi importante inovação no Código Civil (CC) de 2002. Tal princípio atende a nova realidade social com a finalidade de resguardar os interesses coletivos, em detrimento da vontade individual, antes absoluta e inviolável.

Atualmente, há a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para que os contratantes cumpram o princípio da função social tanto na relação contratual como perante à sociedade. Evita-se, assim, o desequilíbrio contratual e eventual prejuízo à coletividade, diga-se, ao bem comum.

A interferência estatal nas relações contratuais, denominada judicialização, isto é, a parte lesada aciona o Poder Judiciário para solucionar o conflito que advém de disparidades constantes no contrato, comumente, em contrato de adesão em que o aderente não discute o conteúdo das cláusulas a serem cumpridas. Exemplo disso são os contratos de adesão de consumo, em específico, os de planos de saúde. Esses contratos têm algumas de suas cláusulas abusivas flexibilizadas pelo fenômeno da judicialização.

Ao aplicar o direito no caso em concreto, o intérprete terá de observar os princípios gerais do contrato, os usos e costumes, os direitos fundamentais, precedentes jurisprudenciais e, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no caso dos contratos de adesão de consumo quando onerar o consumidor. Vê-se que o magistrado não se valerá de critérios subjetivos sob risco de insegurança jurídica.

A insegurança jurídica ocorrerá em razão de decisões conflitantes, quando para “casos iguais” surgirem decisões distintas. Para coibir essas discrepâncias, o juiz deve respeitar os precedentes normativos e assim promover justiça social. Há quem veja a intervenção do Poder Judiciário, em prol do princípio da função social, como ameaça ao Instituto do contrato, em específico, o princípio da obrigatoriedade.

A partir dessa ideia surge o problema de pesquisa: será que a interferência do Poder Judiciário no âmbito contratual, via judicialização a fim de atender a função social nos contrato em geral, sobretudo, nos de planos de saúde, provoca a supressão do princípio da obrigatoriedade do contrato, mais conhecido com *pacta sunt servanda*?

Neste contexto, o presente estudo busca aprofundar o conhecimento sobre a temática, desenvolvendo este trabalho em 3(três) capítulos.

Na introdução, como se observa, contextualiza o tema objeto de estudo, determina a problemática a ser desenvolvida, argumenta sobre a relevância e a importância do assunto, assim como explicita os objetivos a serem alcançados.

O primeiro capítulo irá apresentar os conceitos do Instituto do Contrato em tempos distintos com toda sua evolução histórica. Também será abordado sobre os princípios que norteiam esse Instituto, e a nova interpretação em razão da função social do contrato, equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva, princípios oriundos do Estado Social.

No segundo capítulo será analisado o conceito da função social do contrato, sua natureza jurídica e interpretação judicial em relação aos casos concretos.

No terceiro capítulo aborda-se a Constitucionalização do Direito Civil, isto é, a elaboração do contrato em observância aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna conjugados com os princípios concernentes ao contrato, além da flexibilização das cláusulas abusivas, em particular, nos contratos de planos de saúde.

Quanto aos meios, a pesquisa escolhida foi a bibliográfica, desenvolvendo um estudo sistematizado com base em material publicado em livros, revistas, jornais, Internet, ou seja, material acessível ao público em geral.

CAPÍTULO 1 – TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

1.1 Conceitos de contrato jurídico

O Instituto Jurídico do Contrato nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e sempre esteve em consonância com a ideia de sociedade, de comunidade. Contratos são todos os tipos de convenções, todas as estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontade e também por outros fatores acessórios, visando um intuito essencialmente patrimonial (TARTUCE, 2007, p.35-36).

Embora o CC de 2002 defina várias figuras contratuais, não diz o que é contrato, cabendo à doutrina pátria formular o conceito. De maneira mais simplificada, não parece haver diferenças entre os conceitos formulados pelos juristas que antecederam o CC de 2002 e os juristas atuais.

Para Orlando Gomes (1996, p.10), o contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses pactuados. Ensina Sílvio Rodrigues (2003, p.10) que o “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”. Já Washington de Barros Monteiro (2003, p.5) define o contrato como sendo “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”.

O contrato origina-se pela manifestação da vontade, reconhecida pela ordem jurídica, entre duas ou mais pessoas que acordam sobre determinado objeto. Os contraentes devem perseguir o cumprimento do contrato, de modo a criar, modificar ou extinguir um direito, a fim de satisfazer a avença. Nota-se que o contrato estabelece uma regulamentação de interesses, já que as partes estabelecem a conduta a ser cumprida, um em face do outro, para que o negócio jurídico logre êxito.

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.7) o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, cuja finalidade é adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Segundo Rubens Limongi França (1996, p.714) o contrato é o ato jurídico por força do qual duas ou mais pessoas pactuam entre si a constituição, modificação, ou extinção de um vínculo jurídico, de natureza patrimonial. Para Maria Helena Diniz (2007, p.25) o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em consonância com a ordem jurídica, destinado a

regulamentar interesses em comum entre as partes, com finalidade de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Não obstante todas essas construções, os civilistas da nova geração têm buscado um novo dimensionamento para o conceito de contrato, ao considerar os valores existenciais atinentes à proteção da pessoa humana. Conforme, define Paulo Nalin (2005, p.255), o contrato pós-moderno seria a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, entre os titulares subjetivos da relação, bem como perante terceiros.

Essas definições de contrato têm em comum, para a concretização de um contrato, a manifestação volitiva de duas ou mais pessoas, sem vício de consentimento, com escopo de atingir um determinado fim, mediante a criação, modificação e extinção de direitos, atentando-se aos efeitos jurídicos entre os contraentes e também em relação a terceiros, que não convencionaram o objeto do contrato.

1.2 Requisitos de Validade do Contrato

O contrato representa o centro da vida dos negócios, o instrumento prático que atua sob as mais variadas finalidades da vida econômica. O contrato é um negócio jurídico que requer, para sua validade, a observância dos requisitos do artigo 104 do CC:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Os requisitos subjetivos referem-se à existência de duas ou mais pessoas capazes e aptas a praticar atos da vida civil, além de expressar coincidência de vontade (força propulsora) do contrato, que é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Primeiramente, deve existir a capacidade genérica para praticar atos da vida civil, sob pena do contrato torna-se nulo ou anulável, quando envolver pessoa absolutamente ou relativamente incapaz, artigos 3º e 4º do CC, respectivamente (DINIZ, 2007, p.15).

Como requisito subjetivo tem-se a legitimação dos contraentes para efetuar o negócio, pois a ordem jurídica impõe algumas limitações à liberdade de celebrar determinados contratos. Por exemplo, o artigo 496 do CC proíbe, sob pena de anulabilidade, contrato de compra e venda

entre ascendente e descendente, sem que haja consentimento expresso dos demais descendentes e do cônjuge do alienante. Entre os contratantes o consentimento é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação e fraude) sobre a existência e natureza do contrato, o seu objeto e as suas cláusulas (DINIZ, 2007, p.15-16).

Verifica-se que o contrato compõe-se de elementos subjetivos que devem ser observados pelos contraentes quando da confecção do contrato sob pena de ser nulo ou anulável. O termo subjetivo liga-se à pessoa dos contratantes como: duas ou mais pessoas com capacidade para realizar atos da vida civil, expressar a vontade livre de vícios, aptidão para contratar, ou seja, ser parte legítima no negócio jurídico.

Por outro lado, os requisitos objetivos referem-se ao objeto do contrato, é dizer, à obrigação constituída, modificada ou extinta. O primeiro deles é a licitude de seu objeto. O contrato não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes. O segundo requisito é se o negócio for física ou materialmente impossível, de modo que o agente jamais possa vencer o obstáculo a sua realização, por contrariar as leis físico-naturais, o que configurará exoneração do devedor e a invalidade do contrato, pois aquele que se obriga a executar coisa insuscetível de realização, na verdade nada a se obrigou (DINIZ, 2007, p.16).

Em relação ao objeto do contrato, deve ser certo ou determinado, ou pelo menos determinável. O contrato conterá os elementos necessários e suficientes (especificações do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais) para que se possa determinar o seu o objeto, de modo que a obrigação do devedor tenha sobre o que incidir. Se indeterminável o objeto, o contrato será inválido e ineficaz. Além disso, o objeto deve atender à economicidade, é dizer, capaz de converter-se, direta ou indiretamente, em dinheiro (DINIZ, 2007, p.16-17).

Nota-se que os contratantes, ao celebrar o contrato, devem cumprir os requisitos objetivos, quais sejam: objeto lícito, possibilidade física ou jurídica do objeto, determinação do objeto (certo ou determinável) e economicidade do objeto. Os requisitos objetivos, concernentes ao objeto do contrato, repercutem na validade e eficácia do contrato, por exemplo, o contrato será inválido ou ineficaz, se o for objeto indeterminável. Por isso, é de suma importância especificar o gênero, a espécie, a quantidade, a fim de identificar o objeto do negócio jurídico.

Por seu turno, os requisitos formais são os atinentes à forma do contrato. Na concepção de Clóvis Bevilácqua a forma é o conjunto de solenidades as quais devem ser observadas, a fim

de a manifestação de vontade ter eficácia jurídica. Em contrário, atualmente, não há rigorismo quanto à forma, pois a simples declaração volitiva tem o condão de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, o que gera efeitos jurídicos independente da forma, seja oral ou escrita, consoante nos termos do artigo 107 do CC: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente” (DINIZ, 2007, p.18).

Evidencia-se que na formação do contrato basta a manifestação volitiva conjugada com os requisitos subjetivos e objetivos para contrato gerar efeitos jurídicos. Vê-se que o contrato independe de forma para sua constituição, ressalvando-se os contratos em que a lei exige forma especial, por exemplo, será nulo o contrato de compra e venda de imóvel, se não for celebrado por escritura pública.

Feitas essas observações, o consentimento ou consenso é o cerne do negócio jurídico contratual, formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes. Constarão no contrato, além da manifestação volitiva, os requisitos subjetivos, objetivos e formais, cujo propósito é atribuir eficácia e validade ao contrato para atender ao fim almejado pelos contratantes.

1.3 Elementos constitutivos do contrato

O negócio jurídico (gênero do qual o contrato é espécie) forma-se a partir do consentimento das partes declarantes, é dizer, exteriorização do acordo de vontades ou convergência das manifestações de vontades contrapostas para um fim determinado. A declaração de vontade deve obediência aos três planos: Existência, Validade e Eficácia.

No plano de existência do negócio jurídico há os elementos constitutivos do contrato, de maneira simultânea. O primeiro deles é a declaração de vontade, fatidicamente aferível, e que decorra de um processo mental de cognição. Segundo elemento existencial é a presença de um agente para manifestar tal vontade. Terceiro, o declaração do objeto do contrato, que consiste na prestação da relação obrigacional. Quarto, o veículo de condução da vontade: oral, escrita, mímica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.54-55).

Já no plano da validade do negócio jurídico, exige-se que a manifestação de vontade seja expressada de forma livre e de boa-fé. O agente precisa ter capacidade (genérica e legítima) sob pena de nulidade. O objeto do contrato deve ser idôneo (lícito pelo Direito e pela Moral), possível

(jurídica e fisicamente) e determinado ou determinável (com os elementos mínimos de individualização que lhe permitam caracterizá-lo). A forma do contrato entendida como a prescrita e não defesa em lei (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.56-57).

Por último, no plano de eficácia do negócio jurídico, os fatores eficazes do contrato inserem elementos acidentais que limitam a produção imediata dos efeitos ou fazem cessá-los. São eles: o *termo* (evento futuro e certo) protraí o começo da produção de efeitos (termo inicial) ou faz cessá-los (termo final). A *condição* (evento futuro e incerto) se ocorrer a condição, poderá dar início à produção de efeitos (condição suspensiva) ou fazer cessá-los (condição resolutiva). E, *modo/encargo* (determinação acessória acidental de negócios jurídicos gratuitos) beneficiário arcará com ônus a ser cumprido (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010, p.58).

Denota-se que a expressão da vontade, de ambos os contraentes, deve estar liberta de qualquer tipo de vícios de consentimento (o erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo) sob pena de o negócio jurídico ser anulado. Feita a ressalva, entende-se que a manifestação da vontade, emitida em obediência aos pressupostos de existência, validade e eficácia, é o sustentáculo do contrato. Ao cumprir os elementos essenciais do contrato: objeto do contrato lícito, possível, determinado ou determinável; forma do contrato escrita, oral e outras não defesa em lei; o termo, a condição ou o encargo, ambos contraentes concretizarão a fase de negociações preliminares, uma vez que o contrato atendeu o seu fim.

1.4 Evolução Histórica

Sob a ótica do Século XIX, o contrato representava exatamente o instrumento de afirmação econômica do estamento social então ascendente, a classe burguesa. Ela alterava a economia agrária da Idade Média e buscava a instrumentalização jurídica e ideológica da liberdade contratual mediante a absolutização quase que completa da autonomia da vontade. Esta era intangível diante da decisão de contratar, escolher o que contratar e com quem contratar, sendo impensável que num contrato de compra o proprietário assumisse deveres perante terceiros que não fossem partes no contrato (GODOY, 2012, p.18).

A tese liberal da autonomia da vontade utilizada após a Revolução Francesa favoreceu os interesses da burguesia. Com a Revolução Industrial, a contratação livre da mão de obra desvinculada de qualquer laço pessoal deixou claro o abuso das ideias liberais, pois considerava

as partes contratantes como iguais perante o Estado, mas não se ocupava da igualdade material ou econômica entre os contratantes. A autonomia da vontade presidia e determinava a força da convenção criada pelos contraentes no Estado Liberal, salvo pouquíssimas limitações de ordem pública. Os trabalhadores não tinham os mesmos poderes que os industriais, o que gerava desequilíbrio na relação jurídica contratual.

Se por um lado o liberalismo propunha-se a desligar o indivíduo das corporações, dos vínculos feudais e proporcionar a livre iniciativa igual para todos, de outro lado no tocante ao modo de produção capitalista, realizava o interesse desta classe e não abarcava o interesse geral de toda sociedade. Com a Revolução Industrial tornou-se notória a desigualdade que o modelo liberal escondia: nos contratos de trabalho efetuava-se o pagamento ao trabalhador sob a forma de crédito para a aquisição de produtos na empresa em que laborava. Não obstante, houve a massificação e padronização dessa espécie de contrato.

Nesse contexto, fez-se necessária a travessia do Estado Liberal para o Estado Social, a partir do Século XIX e princípios do Século XX, instante em que se passou a exigir do Estado (garantidor), não somente a proteção do direito mediante repressão a sua violação, mas também promover objetivos determinados com função positiva, é dizer, agora os contratos estão sob a égide do fenômeno do dirigismo contratual cuja intervenção do Estado (dirigista) dá-se por intermédio do legislador e do juiz, a fim de assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais, estes solapados no Estado Liberal. (GODOY, 2012, p.20).

Cabe ressaltar que o juiz não tem o poder de substituir ou modificar o acordo de vontades formador do contrato, mas sim lançar mão do princípio da boa-fé objetiva, usos e costumes para interpretar o contrato e preencher suas lacunas ou superar suas imprecisões. Da mesma forma para negar efeito ao contrato, no todo ou em parte, a fim de superar cláusulas ou condições ilícitas ou imorais convencionadas de forma expressa (causa de nulidade do contrato ou da cláusula negocial) sem prejudicar o restante da convenção. Não se presta a teoria da boa-fé objetiva e a função social para autorizar o juiz a recriar ou inovar o conteúdo do contrato e suprimir a manifestação volitiva dos contraentes, que originou o contrato.

Na concepção de Godoy (2012, p.20), o Estado Social invadiu a autonomia da vontade com o intento de reequilibrar a desigualdade entre as partes envolvidas nos contratos. Exemplo disso são as leis protetivas: a Consolidação das Leis do Trabalho e o CDC, este elaborado mais recentemente. Com a finalidade de garantir esse equilíbrio contratual, a figura do juiz deve ater-

se aos comandos legais quando alterar as disposições da avença que favoreça uma das partes em detrimento da outra, ou seja, corrigirá situações de desigualdade, quer desde o momento da contratação (lesão), quer em momento posterior (onerosidade excessiva).

Nessa esteira, Tartuce (2007, p.35-38) assevera que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar. O contrato constitui um Instituto jurídico que sempre esteve em consonância à ideia de sociedade, de comunidade. Tem-se o contrato como principal fonte do direito das obrigações, intimamente ligado ao conceito de patrimônio e Instituto primordial do Direito Privado. Atualmente, o contrato também fundamenta-se na proteção da pessoa humana, num enfoque existencialista.

Para Pereira (2001, p.226), o contrato é suscetível de influência das transformações pela quais a sociedade vivencia pelo fato de relacionar-se, intimamente, à vontade humana. Por isso, o contrato como cerne das relações privadas não poderia ficar alheio ao fenômeno da evolução por qual passa o direito. Expõem-se as várias facetas da palavra evolução: etimológica, linguística, antropológica e contratual. Trata-se de uma transformação temporal ou espacial do contrato no âmbito Civil.

Neste contexto, nota-se que o Direito Privado tende, atualmente, não somente à compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, mas também buscar a expansão da personalidade individual de forma igualitária e o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que diminua a liberdade individual, o que não significa suprimi-la.

Coloca-se a pessoa no centro do ordenamento jurídico como um novo paradigma, a fim de sobressair valores impostos pela concepção do Estado Social, como: privilégio à igualdade real e o equilíbrio das partes no sentido de cooperação (solidarismo). A visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma elaboração mais voltada à realidade social em detrimento da formalidade e da técnica na elaboração e cumprimento do contrato com um todo ou em algumas de suas cláusulas.

Para Ricardo Luís Lorenzetti (1998, p.540) a ordem jurídica atual não permite aos particulares a criação dos ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor. Para tanto, aponta a necessidade do intervencionismo estatal, do dirigismo contratual, com a concepção do princípio da autonomia privada. O Estado requer um direito privado que

evite a imposição de valorações particulares à sociedade, que muitas das vezes está alheia aos valores individuais de um grupo.

Cumprir destacar que o contrato está sujeito a todas as variações possíveis, decorrentes da interpretação da lei no campo prático. Trata-se de mudança estrutural sem diante de uma intensa e convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da teoria geral dos contratos cuja função é redimensionar seus limites, e não extingui-los, tampouco levar o contrato à decadência. Uma das principais alterações no âmbito contratual refere-se à autonomia da vontade dos contraentes na avença. Discute-se as consequências jurídicas e os efeitos no tempo e no espaço frente a possibilidade da revisão do contrato, a liberdade de extinguir o pacto e de se decidir pelo término da relação entre as partes (TARTUCE, 2007, p.45-46).

Essas principais alterações supramencionadas objetivam mitigar ou relativizar a rigidez no cumprimento do contrato, por isso não se concebe o princípio da obrigatoriedade, *pacta sunt servanda*, puro e simples, com a impossibilidade da revisão de cláusulas contratuais. As mudanças estruturais do contrato visa enriquecer o direito contratual em relação aos fundamentos éticos e funcionais, a fim de concretizar os três novos princípios: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico do contrato e o da função social do contrato, que somam-se aos demais princípios contratuais já existentes no CC, além de serem observados os direitos fundamentais explanados na Constituição Federal (CF) de 1988.

1.5 O Contrato na Legislação Brasileira (CC de 1916 a CC de 2002)

O CC de 1916 possuía 1.807 artigos e era antecedido pela Lei de Introdução ao CC. Os Códigos Francês (1804) e Alemão (1896) influenciaram com suas concepções na elaboração do Código Brasileiro. No âmbito do contrato, o CC de 1916 incorporou algumas expressões próprias do Estado Liberal, especialmente a autonomia da vontade dos indivíduos, a qual nem mesmo o Estado poderia limitar à época (GONÇALVES, 2002, p.3).

As concepções predominantes do Estado Liberal, hoje em grande parte ultrapassadas, já que se baseavam no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito de propriedade e da liberdade de contratar. Por esse motivo ocorreram algumas tentativas para modificar o CC de 1916, mediante projetos apresentados por grandes juristas como Ozorimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães (Anteprojeto de Código de Obrigações),

Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira (Código das Obrigações) (GONÇALVES, 2002, p.3).

A era novecentista destacou-se como o século do grande desenvolvimento econômico e consolidava naquele momento o conjunto valorativo do Estado Liberal: o individualismo baseado na igualdade, a liberdade e a primazia dos valores patrimoniais em detrimentos dos existenciais, pois a autonomia da vontade dos indivíduos era ilimitada e suficiente para a produção de efeitos jurídicos. Não havia necessidade de qualquer formalismo, bastava a emissão da vontade individual livre de vícios para se fazer justiça contratual.

No Estado Liberal, legitimavam-se os abusos praticados pelos economicamente mais fortes com o aval de um sistema jurídico que acolheu plenamente o liberalismo, bem como a igualdade abstrata dos contraente. Esse quadro agravou-se, sem dúvida, com a formação de monopólios e oligopólios cujos contratos desfavorecia o hipossuficiente, sobretudo nas relações de trabalho em que crianças, adolescentes, idosos e mulheres grávidas laboravam em serviços insalubres e noturnos ao cumprirem jornadas exaustivas.

Para Cunha (2007, p.32-34) o contrato surgiu como veículo jurídico para o exercício da autonomia da vontade e circulação de riquezas no Estado Liberal. Junto ao pressuposto fundamental da valorização exacerbada da autonomia da vontade, em meio ao Estado Liberal, originaram-se três maiores princípios liberais contratuais: a liberdade contratual; a força obrigatória dos contratos, ou a obrigatoriedade de seu cumprimento; e a relatividade dos efeitos do contrato tão-somente às partes contratantes.

A fim de coibir as desigualdades econômicas e sociais próprias do Estado Liberal, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, despontou progressivamente o Estado Liberal que desenvolveu mecanismos de intervenção estatal no processo econômico e aumentou o número de normas de ordem pública, a fim de harmonizar a esfera do individual com o social. O objetivo do Estado Social é a regulação da atividade econômica (circulação de bens e riquezas) ao limitar os poderes econômicos e sociais privados e conseqüentemente, regular o contrato e a propriedade. O Estado Social visa tutelar os mais fracos econômica e socialmente. A vontade autônoma dos indivíduos deve observância à lei de ordem pública, cogente.

O Estado Social de Direito não aboliu os princípios norteadores do contrato, próprios do Estado Liberal, no entanto acresceu mais três princípios: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico e o da função social. Esses princípios gravitam em torno da autonomia da vontade. E,

sob a ótica do direito contemporâneo, a autonomia da vontade sofre evidentes restrições por parte dos tipos contratuais impostos pela lei como também pelas exigências de ordem pública. As normas de ordem pública visa limitar o arbítrio dos contraentes, tutelar a coletividade e proporcionar condições para o equilíbrio econômico-contratual.

Theodoro Júnior (2003, p. 3) comenta que superado o modelo liberal puro, alheio aos problemas econômicos, pois não há mais Estado que se abdique da atuação reguladora da economia, o que variam são os níveis internos e externos dessa atividade controladora. Essa nova postura institucional não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, haja vista que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação de riquezas. Não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a ideia do contrato sob o domínio das concepções liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos funcionais.

Para Lisboa (2007, p.98-99) a atividade negocial passou a ser instrumento da atividade econômica, sem com ela se confundir. A padronização dos negócios jurídicos, porém, determinou a restrição da liberdade de contratar. A autonomia privada se viu cerceada por normas de ordem pública que passaram a reger as negociações predispostas de forma unilateral, além de serem interpretadas não apenas como protetoras de indivíduos isoladamente, bem como das categorias, é dizer, tutela de interesse geral de todos os contratantes.

No Estado Social, nota-se que a lei limita a autonomia da vontade das partes contratante, que devem obedecer, irrestritamente, as normas de ordem pública imposta pelo legislador, a fim de equilibrar as relações contratuais. A autonomia da vontade perde a condição de elemento nuclear em respeito ao interesse social. Trata-se de intervencionismo do Estado nas relações contratuais para atender questões de ordem social. Exemplo disso é o dirigismo econômico responsável pela relativização do dogma central da autonomia da vontade agora regrada pelos princípios sociais, com intento de extirpar a desigualdade econômica entre as partes e o desequilíbrio contratual.

O contrato é instrumento jurídico insubstituível na regulação privada dos interesses e dos reflexos da execução do ajuste perante terceiros. O fato de os particulares fixarem as normas a vigorar no acordo de suas respectivas vontades, seja no contrato paritário, seja no contrato de adesão, não obsta a intervenção estatal mediante a delimitação da atuação do predisponente e do aderente nas contratações, sacrificando-se a liberdade de atuação deles em prol do bem comum.

O predisponente não poderá estabelecer cláusula contratual incompatível com o sistema jurídico vigente, sob as penas da lei. Já o aderente não será compelido ou obrigado ao cumprimento de cláusula predisposta considerada abusiva pela legislação aplicável, ainda que expressamente não tenha ele se oposto a tal predisposição unilateral (LISBOA, 2007, p.144-145).

Constata-se que houve a necessidade da intervenção do Estado para corrigir o desequilíbrio e buscar igualdade entre os contraentes, quando da fixação unilateral dos termos abusivos do contrato por parte do predisponente. Almeja-se o pleno cumprimento dos deveres principais e secundários decorrentes da avença, o denominado contrato justo, que desde a sua elaboração apresenta o equilíbrio assegurado às partes com suas obrigações co-respectivas. O interesse mais relevante prepondera sobre a cláusula contratual, seja em relação a uma das partes ou terceiros (determinados ou indeterminados) garantindo a função social contratual. Vê-se que o contrato passa a ser instrumento de política econômica e social do próprio Estado para obtenção de seus projetos econômico e social.

De acordo com o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p.40), o aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas obteve contribuição desde os canonistas, passando pelos positivistas e jusnaturalistas, mas o movimento iluminista francês firmara a vontade racional do homem como o centro do universo, ao determinar uma supervalorização da força normativa do contrato levada às últimas consequências pela consagração fervorosa do *pacta sunt servanda*. A visão antropocêntrica elevou a autonomia privada à categoria de dogma, o que provocou uma tendência individualista, que acabaria por gerar desequilíbrios sociais, somente contornados pelo dirigismo contratual do século XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental, e que recolocariam o homem na sociedade.

Houve a necessidade de uma re-conceituação do contrato por uma perspectiva civil-constitucional, pois leva-se em conta que o contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico. Não podemos considerá-lo um instrumento de opressão, mas sim de realização. Lamentavelmente, não é raro um dos contraentes pretender utilizá-lo como açoitete, visando subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua função social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.48).

Frise-se que o reconhecimento do princípio da função social não significa negação da autonomia privada e da livre iniciativa, pelo contrário significa sua reeducação. Nesse sentido leciona Nelson Nery Júnior (2003, p.421):

A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na Jornada de Direito Civil, como se pode verificar: Jornada 23: “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.

Sem prejuízo da definição acima apresentada, pode-se re-conceituar o contrato, genericamente, como sendo um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes visam atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades para criar um dever jurídico principal com observância da lei (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social, já que no Estado Social prepondera o interesse social em detrimento da autonomia da vontade individual, como status de lei no Estado Liberal.

1.6 Princípios Norteadores da Teoria Geral dos Contratos

Para a formação dos contratos, é necessário o cumprimento dos principais princípios contratuais norteadores do Direito Contratual: da autonomia da vontade ou consensualismo, da obrigatoriedade da convenção, da relatividade dos efeitos do contrato, da boa-fé objetiva e o da função social. Esses princípios coadunam-se ao respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), dando tutela jurídica aos contratantes para que se efetivem a função social da propriedade (CC, artigo 1.118, parágrafo primeiro), a do contrato (CC, artigo 421) e a justiça social (CF, artigo 170).

A respeito dos princípios contratuais supracitados, entende o jusfilósofo Guerra Filho (2002, p.92) que eles se encontram em um nível superior de abstração dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa e, permitem às vezes subsunção direta ou indiretamente, quando se colocam as regras sob o seu raio de abrangência.

Registra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de natureza principiológica, que traduz um valor fundamental de respeito à existência humana,

conforme as suas possibilidades e expectativas, sejam elas patrimoniais e/ou afetivas, com escopo de realização pessoal e viver plenamente sem qualquer intervenção do Estado ou particulares. Valores como a vida, a imagem, a privacidade, a integridade física e outros, não podem ser rechaçados a pretexto de se exigir a prestação obrigacional.

Do ponto de vista dos seus efeitos, os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado Instituto ou ramo jurídico, visam auxiliar o operador do direito na busca da justiça e da pacificação social. Quanto à sua origem, são abstraídos das normas jurídicas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais (TARTUCE, 2007, p.100).

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (1986, p.230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas. (...) Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Para Robert Alexy (2008, p.90) há distinção entre princípios e regras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Ainda, de acordo com o Alexy (2008, p.91), regras, por outro lado, são normas desprovidas das mesmas possibilidades de gradação e de aplicação parcial, pois são determinações que devem ser cumpridas sempre que as condições fáticas e jurídicas lhe permitirem, de forma a serem espécies de normas passíveis de satisfação somente em sua totalidade. Caso isso não seja possível, então não haverá a aplicação da regra; e se houver aplicação parcial, o intérprete estará diante, então, de um princípio.

No tocante ao princípio da autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela

ordem jurídica. Vale ressaltar que a liberdade contratual limita-se pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhes seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse social.

Na lição de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p.69-70), contrato sem a manifestação de vontade não é contrato. Pode ser tudo, até tirania, menos contrato, haja vista que nenhum outro princípio maior como a da função social do contrato não poderá neutralizar a livre iniciativa dos contraentes, segundo adverte Theodoro Junior (2003, p. 93):

Parece, portanto, que a função social do contrato vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio Instituto do contrato.

Frise-se que a liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato (no plano pessoal, escolher a pessoa com quem contratar) conforme a possibilidade. Enquanto, a liberdade contratual estabelece o conteúdo do contrato (liberdade para escolher o que vai contratar) e a fixação da modalidade quanto ao cumprimento da obrigação.

Por sua vez, o princípio do consensualismo, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual, embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade (DINIZ, 2007, p.27-28).

O contrato é fruto da autonomia da vontade e da livre-iniciativa, por isso é um fenômeno voluntarista. Trata-se de liberdade de escolha ao realizar ou não o negócio jurídico. O princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo diz respeito à convergência das vontades livres e contrapostas das partes, que por mútuo consentimento pactuam o negócio jurídico contratual. Por isso dizer que a expressão da autonomia da vontade ou consentimento é pedra basilar da relação jurídica.

A autonomia da vontade ou o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, contudo esse princípio não pode ser interpretado de forma absoluta, pois se limita e se condiciona a normas de ordem pública. Por exemplo, o dirigismo contratual cujo objetivo é coibir abusos e reequilibrar a balança contratual por instrumentos jurídicos como: inversão do ônus da

prova, responsabilidade civil e outros a favor do hipossuficiente como criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8078, de 1990), em benefício da utilidade econômica e social.

Em relação ao princípio da obrigatoriedade da convenção, pelo qual as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Isto é assim porque o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu (DINIZ, 2007, p.28).

O princípio da obrigatoriedade mantém-se no direito atual, mas com atenuações, pois hodiernamente, para a lei, a doutrina e os tribunais, ante o dirigismo contratual (aplicação das medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais). Limita-se o princípio da *pacta sunt servanda* pelo princípio do equilíbrio contratual. Exemplo disso é a Teoria da Imprevisão invocada quando um acontecimento superveniente e imprevisível torna excessivamente oneroso a prestação imposta a uma das partes, em face da outra que, em geral, se enriquece ilicitamente. Trata-se da cláusula *rebus sic stantibus*, que dá ao juiz poder de revisão por imprevisibilidade (CC, artigo 317) sobre os atos negociais, havendo desigualdade superveniente das obrigações contratadas e conseqüente enriquecimento de um dos contraentes, podendo, ainda, decretar a resolução do contrato (CC, artigo 478) (DINIZ, 2007, p. 25-28).

Nota-se a necessidade de abrandar ou relativizar o do *pacta sunt servanda* quanto ao seu caráter absoluto, haja vista que no decorrer do século XX em razão do cenário bélico, acentuaram-se as desigualdades sociais, facilitando a opressão do forte sobre o fraco. Exemplo de atenuação do *pacta sunt servanda* é a teoria da imprevisão invocada quando um acontecimento imprevisível e superveniente torna evidentemente onerosa a prestação imposta a uma das partes, seja credor ou devedor. Não se permite vantagem a uma das partes e prejuízo a outra em razão da alteração das circunstâncias. A Teoria da Imprevisão objetiva socorrer a parte lesada pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte favorecida pela vantagem, seja ela por lucro excessivo ou não.

O princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual (*res inter alios acta*), visto que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculado exclusivamente as partes que nele intervieram. O contrato somente produz efeito entre os contratantes. O ato negocial deriva de

acordo de vontade das partes, o que as vincula, não tendo eficácia em relação a terceiros. Ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei imponha ou a própria pessoa o queira. Todavia este princípio sofre exceções, como nos casos dos herdeiros universais (CC, artigo 1.792) de um contratante que, embora não tenha participado da formação do contrato, em razão do princípio geral de direito *ubi commoda ibi incommoda*, sofrem seus efeitos, contudo a obrigação do *de cuius* não se lhes transmitirá além das forças da herança (DINIZ, 2007, p.30-31).

O contrato, *a priori*, restringe-se às partes contratantes e, em segundo momento atinge terceiro, como no caso da estipulação em favor de terceiro, quando uma parte convencionou com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica obrigacional original. Por exemplo: no caso do seguro de vida ou no caso do contrato com pessoa a declarar, em que um dos contratantes tem o interesse de fazer-se substituir por pessoa cujo nome pretende ocultar, no momento da celebração do negócio.

Já o princípio da relatividade, para a concepção liberal, refere-se aos efeitos do contrato tão-somente às partes contratantes que emitiram sua vontade e, por conseguinte, se obrigaram. Em contrário, para o direito contemporâneo, a releitura desse princípio é a de que não só as partes contratantes sofrem os efeitos do contrato, bem assim terceiros quando a lei dispuser.

O princípio da boa-fé objetiva liga-se não só à interpretação do contrato, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, pois as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), a fim de esclarecer os fatos e o conteúdo das cláusulas e equilíbrio nas prestações para que não haja locupletamento. Os contratantes são obrigados a guardar os princípios da probidade e boa-fé objetiva tanto na conclusão do contrato como em sua execução. Enquanto a função social do contrato busca a boa-fé dos contratantes, a transparência negocial e a efetivação da justiça contratual (DINIZ, 2007, p.31-33).

No entender de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 100-102), a boa-fé subjetiva consiste em uma situação psicológica ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia uma situação, sem ter ciência do vício que a macula. Deriva do reconhecimento da ignorância do agente diante de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula sua posse e, acredita piamente que sua posse decorre de ato legal. Em contrário, a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico e consiste

em uma verdadeira regra comportamental, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera ser observada em nossa ordem social.

Denota-se que o princípio da boa-fé objetiva exige que as partes comportem-se de forma idônea e leal não só durante as tratativas, bem como durante a formação e o cumprimento do contrato. E, incumbe ao juiz presumir a boa-fé objetiva, enquanto a má-fé deve ser provada por quem a alega. A boa-fé objetiva pode ser considerada uma regra de conduta, um dever de agir conforme determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos, é dizer, um padrão de conduta comum, com referência o do homem médio, considerando os aspectos sociais envolvidos. Ao cumprir o referido princípio, as partes atendem ao fim almejado por elas, além de espriar segurança jurídica. Já a boa-fé subjetiva restringe-se ao nível intelectual, à crença e à capacidade de compreensão do ato praticado, ou seja, acreditar de forma indubitável que agiu nos termos da lei.

Para Theodoro Júnior (2003, p.1-2) três são os princípios clássicos da teoria liberal do contrato; a) o da liberdade contratual, de sorte que as partes, dentro dos limites da ordem pública, podem convencionar o que quiserem e como quiserem; b) o da obrigatoriedade do contrato, que se traduz na força de lei atribuída as suas cláusula (*pacta sunt servanda*); e c) o da relatividade dos efeitos contratuais segundo o qual o contrato só vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiro (*res inter alios acta neque nocet neque prodest*). Nesta linha de raciocínio, Junqueira de Azevedo (*Revistas dos Tribunais*, 750/117) leciona que somam-se a estes mais três: a) o da boa-fé objetiva; b) o do equilíbrio econômico, e c) o da função social do contrato.

O princípio boa-fé objetiva é a convenção (acordo de vontades) que obriga as partes contratantes, por força da lei a cumprirem o princípio da probidade e boa-fé, bem como na conclusão e execução do contrato, conforme o disposto no artigo 422, do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Há deveres paralelos que a doutrina civilista denomina como deveres acessórios aos que foram expressamente pactuados. Para aferir a boa-fé objetiva na formação e execução do contrato, a fim de exigir prestação derivada de dever acessório, necessário se socorrer aos usos e costumes observados pelas pessoas honestas. O dever de lealdade e boa-fé já atua e obriga na fase pré-contratual, além de perdurar no momento da definição do ajuste contratual, assim como no

seu cumprimento e, subsiste, até mesmo depois de exaurido o vínculo contratual pelo pagamento e quitação (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.9-11).

Vê-se que o princípio da boa-fé objetiva tem forte ligação com o dever de lealdade e probidade, ou seja, uma relação de confiança (ético-social) entre os sujeitos da relação contratual. Faz-se mister observar como se desenvolveu o comportamento das partes desde quando negociou as tratativas até após cumprida a prestação contratada, é dizer, se correspondeu aos padrões éticos do meio social. Para que o juiz possa cotejar o padrão ético com o caso em concreto (sem alterar a substância do contrato) deverá lançar mão dos usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem, haja vista que a boa-fé objetiva é estudada por meio de regras de conduta não escritas, pois se trata de cláusula geral cujo conteúdo é indeterminado, significado vago e conceito aberto.

Para Theodoro Júnior (2003, p.11-12) o princípio do equilíbrio econômico do contrato tem como escopo proteger o contratante contra lesão e a onerosidade excessiva. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado, por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (CC, artigo 157). Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para uma das partes contratantes e extremamente vantajosa para outra, neste caso a lei permite a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico entre prestações e contraprestações (CC, arts. 478 e 479).

Observa-se que o princípio do equilíbrio econômico do contrato, objetiva inviabilizar contratos que tenham a finalidade de lesar e onerar, excessivamente, um dos contraentes e, por conseguinte, expulsar do mercado práticas de domínio com intento de prejudicar o desenvolvimento econômico. A ideia de equilíbrio econômico refere-se à desproporção das prestações pactuadas, ou seja, na desigualdade fática na relação contratual, que deve ser equilibrada economicamente, sob pena de resolução (anulação ou cancelamento) ou a revisão dos termos avençados.

O princípio da função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé trava-se entre os próprios sujeitos do negócio jurídico. Nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm o direito de rejeitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua função econômica e jurídica, possa ter na

esfera de quem não participou do contrato. Reconhece-se, de longa data, e não apenas nos tempos atuais, que os contratantes, embora livres para ajustar os termos da convenção, deverão agir sempre dentro dos limites necessários para evitar que sua atuação negocial se torne fonte de prejuízos injustos e indesejáveis para terceiros (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.29-31).

Entende-se por princípio da função social o direito de os contratantes convencionar, de modo a não violar direito de terceiro, diga-se sociedade. Ainda, o (CC, 2002, artigo 421) dispõe que: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”. Nota-se que a função social relaciona-se com o princípio da igualdade, solidariedade com intuito de superar o individualismo no campo das relações sociais. Os contratos devem ser entabulados numa ordem social harmônica, a fim de inibir prejuízos à coletividade. Há interesse da sociedade para que o contrato seja justo, é dizer, benéfico ou que pelo menos não traga prejuízos sociais, ambientais, econômicos e até culturais.

Em relação às novas concepções do contrato, propõe-se a introdução de melhores instrumentos para realizar a justiça comutativa, mediante os princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa ao abuso. Deve-se sempre respeitar o acordo de vontade como elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir. De acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, os contratos não devem submeter-se ao intervencionismo estatal com o propósito de buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.5- 6).

Não pairam dúvidas de que, com a promulgação do CC de 2002, ganha força a corrente doutrinária nacional que sustenta não se poder dissociar dos princípios o seu valor coercitivo, a exemplo do princípio da função social dos contratos. O referido diploma abandona o excessivo rigor conceitual, o que demonstra valorizar mais a pessoa humana em detrimento de meras formalidades contratuais. Isso possibilita a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores, ou seja, pela Teoria Tridimensional de Miguel Reale. Essa teoria resume-se no aprofundamento dos *fatos* inerente à situação, para então, segundo os *valores* advindos do meio social, aplicar as *normas* dentro de seus limites, a fim de interpretar sistematicamente a legislação privada para aplicar o direito.

Interessante repetir que o CC de 2002 procura superar o caráter individualista, que imperava no CC de 1916, ao valorizar a palavra *nós* e, eis que surge o princípio da socialidade,

precursor da função social do contrato. O princípio da função social integra o próprio conceito de contrato, haja vista, que esse deve ser analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Trata-se de um regramento contratual de ordem pública com previsão no artigo 2.035, do novo CC, no entendimento de alguns doutrinadores, e cláusula geral para outros. Na concepção social dos contratos os interesses sociais gerais constituem-se limites à realização dos interesses individuais, já que todos têm o dever de se abster da prática de atos prejudiciais ao bem geral.

CAPÍTULO 2 – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1 Conceito

A função social do contrato impôs limites à liberdade de contratar a partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, ao abandonar o papel de mero expectador da ambiência econômica. Cabe frisar que a função social do contrato traduz conceito aberto e indeterminado, impossível de se delimitar *a priori*. Traduz a socialização como um importante marco na história do Direito, uma vez que, aboliu o modelo clássico-individualista típico do século XIX, concernente ao Estado Liberal.

Entende-se que o princípio da boa-fé objetiva e o da função social traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada). Nesse contexto, adverte Judith Martins Costa (2000, p.299) que:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter ao juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência.

Nessa esteira, Tartuce (2007, p.248-249) conceitua o princípio da função social dos contratos como um regramento contratual, de ordem pública, conforme reza o artigo 2.035, parágrafo único, CC, pelo qual o contrato deve ser necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O contrato deve ser concebido como uma relação jurídica que engloba tanto o interesse das partes, bem assim o da sociedade. A função social tem eficácia interna e externa (dupla eficácia) porque os elementos parte-sociedade devem ser analisados como um todo. E, se um contrato for ruim para uma das partes, também o será, de forma indireta, ruim para a sociedade, pois não atende sua finalidade social.

A dupla eficácia da função social do contrato divide-se entre eficácia externa ou de efeitos extrínsecos e eficácia interna ou de efeitos intrínsecos.

Eficácia externa ou de efeitos extrínsecos diz respeito aos efeitos jurídicos concernentes às partes do contrato e à sociedade, é dizer, os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade aos interesses sociais. Como já citado, o artigo 2035, parágrafo único, do CC, menciona que a função social do contrato é um regramento contratual de ordem pública, portanto as partes não podem convencionar em contrário. O interesse comum prepondera sobre o interesse individual, haja vista, que o negócio jurídico contratual não pode repercutir no campo das relações sociais.

Eficácia interna ou de efeitos intrínsecos refere-se somente às partes contratantes, que ao pactuarem a avença, devem observar os princípios contratuais e constitucionais. A relação jurídica entre as partes tem como esteio a lealdade negocial e a boa-fé objetiva para obtenção da equivalência material cujo objetivo é proporcionar o equilíbrio de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a execução. Visa corrigir desequilíbrios supervenientes e coibir vantagem excessiva a uma das partes e desvantagem em excesso para outra, quando da execução do contrato.

No tocante à dupla eficácia da função social, o Enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, elucida que a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia da vontade, mas abranda sua concretização ante os interesses meta individual (eficácia externa) ou interesses individuais concernentes à dignidade da pessoa humana (eficácia interna). Para ilustrar a aplicação do enunciado em relação aos direitos individuais existenciais, o Tribunal de Justiça firmou posicionamento de nulidade de cláusulas contratuais de contratos de plano de saúde, que haja rescisão unilateral por parte da seguradora, o que lesiona a dignidade dos consumidores.

Quanto ao significado de regras jurídicas de ordem pública ou cogentes (sinônimos): são regras a que todos estão adstritos. Traduz a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as

intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não são lícitos aos contratantes disporem de maneira diversa, por exemplo, ninguém poderá, salvo casos especiais previstos em lei, efetuar a compra e venda de um imóvel com dispensa de escritura pública e da transcrição (REALE, 2002, p.130-131).

Antônio Junqueira de Azevedo (Revista dos Tribunais, 750/116) ensina que a função social do contrato visa à integração dos contratos numa ordem social harmônica com escopo de impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, CF). Impõe-se ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que interessa somente às partes, desvinculado do âmbito social.

Para Theodoro Júnior (2003, p.13-28) a palavra função quer dizer “papel a desempenhar”, “obrigação a ser cumprida pelo indivíduo ou por uma instituição”. Já a palavra social qualifica o que é “concernente à sociedade”, “relativo à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país”. Logo só se pode pensar em função social do contrato, quando este Instituto jurídico interfere no domínio exterior aos contratantes, é dizer, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado.

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos na sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Enquanto o princípio da boa-fé objetiva, fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico, pois o artigo 422 do CC impõe aos contratantes a observância do princípio da boa-fé objetiva tanto na conclusão como na execução do contrato. A boa-fé objetiva consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica para ambos contraentes.

O contrato tem como único e essencial objetivo de promover circulação de riqueza, de modo a pressupor sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos, sendo assim quem visa o lucro, obviamente, não pode ser igual a quem busca o uso ou a propriedade da coisa alheia. O lucro do comerciante não tem como ser igual à vantagem que o comprador espera obter com o uso do bem adquirido. Por isso, é imprestável a tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes, isto é, as partes “sejam iguais”. Há quem defenda a função social do

contrato somente no relacionamento externo dos contratantes com terceiros, ou seja, como meio social (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 44-45).

Nesse enfoque, o artigo 421, do CC, menciona que a função social do contrato limita o arbítrio dos contraentes para atender aos interesses sociais e, assim criar condições para o equilíbrio econômico-contratual, além de facilitar o reajuste das prestações e até findar o contrato por resolução. Em contrapartida, o Enunciado n. 360 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, aduz que o princípio da função social dos contratos pode ter eficácia interna entre as partes. Nota-se que a função social é um poder exercido no interesse de outrem, pois alcança tanto a sociedade como um todo, bem como quaisquer das partes em desvantagem negocial.

Importante observar que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como manifestação de vontade, para torná-lo como elemento socialmente agregador. Exemplo disso é o que se extrai do artigo 170, *caput*, da Constituição da República, sendo preceito destinado para que os contratos estabeleçam uma ordem social harmônica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.89).

Os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao consumidor, ao meio ambiente, e como já explanado, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à função social do contrato. Preceito este consagrado no CC nos termos do artigo 421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.89).

Ainda, discorrendo sobre a importância do princípio da função social dos contratos, Arnaldo Wald (Revista dos Tribunais, n.21, p.35) notou que:

A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador, que em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art.160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art.5, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial.

Observa-se que o legislador trouxe mais segurança ao consagrar expressamente o referido princípio com o intuito de proporcionar maior garantia à atividade jurisprudencial, uma vez que muitos juízes resistiram a reconhecer norma que não estivesse codificada no corpo da lei. Ao transpor tal resistência, o juiz concretizará o caráter limitativo do princípio da função social, pois a liberdade negocial restringe-se ante o interesse social e aos valores superiores da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de coibir abuso do poder econômico e banir cláusulas abusivas (conteúdo demasiadamente favorável ao estipulante e desfavorável ao aderente), mediante a efetiva aplicação do princípio da função social no âmbito contratual, o que consolidará o solidarismo. E, por conseguinte, a proteção da dignidade da pessoa humana ante ao equilíbrio das prestações pactuadas pelas partes. A função social do contrato não é a razão para o contrato, mas uma limitação à autonomia da vontade quando houver prejuízos no âmbito social e/ou particular (relação contratual).

2.2 Natureza Jurídica

A função social do contrato é um princípio moderno cuja aplicação deve estar em consonância com os bons costumes, com a estrutura social, econômica e política da comunidade. É necessário que o intérprete tenha compreensão e interpretação do artigo 421 do CC, para então, aplicar a função social no caso *sub judice*, com a finalidade de coibir onerosidade excessiva, injustiça social, desproporção, além de tutelar interesses individuais que estão sob a égide da dignidade humana.

A função social tem o papel de limitar a autonomia da vontade das contratantes, com o objetivo precípuo de evitar que a liberdade contratual seja exercida de forma abusiva, garantindo, pois, o equilíbrio entre as partes e que o negócio jurídico atenda aos interesses sociais, sem prejuízos à coletividade. Faz-se necessário vislumbrar a relação contratual sob o prisma social e não apenas individual referente aos pactuantes, uma vez que o contrato apresenta consequências, também, no âmbito da sociedade.

Cabe registrar que o princípio da função social do contrato tem sua natureza jurídica calcada em cláusula geral, haja vista que o legislador não definiu, expressamente, seu conteúdo, abrangência e aplicação no Instituto do contrato. Observa Judith Martins-Costa (1988, p.28):

(...) a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza em seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico. Essa 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.

Para Francisco Amaral (2005, p.10-137) as cláusulas gerais são disposições normativas abertas, preceitos jurídicos vazios ou incompletos, compreendem-se por sua generalidade e abstração, permitindo ao intérprete criar, com mais liberdade, as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que enfrenta.

No ensinamento de Godoy (2012, p.125) as cláusulas gerais não são mais que um mecanismo, conferido ao juiz, para procura da norma de decisão do caso concreto, que se pode conter num princípio, este, porém, caracterizado como uma norma autônoma normativa. A propósito, como ensina Judith Martins Costa (2000, p. 323-324) a cláusula geral permite o reenvio a um princípio ou ao valor que ele contempla como ocorre com a cláusula geral da boa-fé e com a função social do contrato.

Entende-se que a redação do artigo 421 do novo CC consagra de maneira explícita a função social do contrato, no nível de legislação ordinária, tornando normativo e efetivo o que já era um princípio constitucional. No entanto, a função social do contrato pode ser identificada como um princípio e uma cláusula geral, simultaneamente, desde que não haja distinção entre um e outro conceito, o que não é unanimidade na doutrina. De toda maneira, o reenvio que a cláusula impõe ao julgador é uma das diferenças entre as cláusulas gerais e os princípios, que podem ser implícitos, o que nunca ocorre com aquelas.

Na lição de Bueno de Godoy (2012, p.123) discute-se, em doutrina, o referido mandato conferido ao juiz que significa a imposição de um reenvio do operador em razão da cláusula geral, que o remete à procura de critérios jurídicos explícitos (valores, princípios dados e outros) no sistema, ou se também a critérios inexpressos no caso dos metajurídicos, éticos, morais, com a finalidade de dar forma à regra no caso concreto. No tocante a essa celeuma Judith Martins-Costa (2000, p. 329) considera que as cláusulas gerais são:

(...) completadas mediante a referência a regras extrajurídicas. A sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral, nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculada à

concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como um arquétipo exemplar da experiência social concreta.

Em idêntico sentido, observa Clóvis do Couto e Silva (1976, p.28) que:

(...) as máximas, que penetram pela cláusula geral no corpo do direito público e privado, encontram-se em certos princípios constitucionais, nas concepções culturais claramente definidas e susceptíveis de serem objetivadas, na natureza das coisas e na doutrina e julgados acolhidos.

Evidencia-se que a cláusula geral não permite ao aplicador subjetivar os critérios metajurídicos ao proferir sua decisão, é dizer, o reenvio do juiz a critérios extrajurídicos, puramente éticos ou morais, não podem se desenvolverem à margem do direito. Então, cabe ao intérprete dar conteúdo à cláusula geral mediante valoração de acordo com os dados formais, sistemáticos e concretos do sistema e por casos semelhantes já pacificados via doutrina e jurisprudência. O hermeneuta tem de considerar o ato cognoscitivo, que considere interesses dignos a serem reputados, além de proposições fundamentais ou valores novos e vigentes para a formação de sua convicção.

A função social do contrato pode ser uma cláusula geral de teor restritivo quando restringe a liberdade contratual e, ao mesmo tempo, de teor regulativo ao integrar o conceito de contrato. Pode, também, ser um princípio em razão de reenviar o juiz a princípios inexpressos do próprio ordenamento jurídico (boa-fé objetiva e função social do contrato) e a princípios constitucionais. Trata-se de uma técnica de formação judicial da regra a ser aplicada no caso concreto, pelo fato de as cláusulas gerais serem normas incompletas, sem autonomia própria, sem modelo de decisão pré-constituído.

Nesse diapasão, Nelson Nery Júnior (2003, p.336) ensina que a função social dos contratos possui condição de cláusula geral, de modo que:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170 caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV).

Na hipótese de violação da função social seus reflexos negativos repercutirão no interesse da sociedade, ou mesmo de terceiros que não tenham relação direta ao negócio jurídico pactuado. Nelson Nery Júnior (2003, p.336) menciona algumas situações de descumprimento da função social:

Haverá desatendimento da função social, quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a área normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc.

Ao reprisar o entendimento de Tartuce (2007, p. 248-249) a função social do contrato é uma norma geral de ordem pública, conforme aduz o artigo 2.035, parágrafo único do CC, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto social. O contrato não pode acarretar onerosidades excessivas, desproporções e injustiça social ao violar interesses metaindividuais ou interesses individuais relacionados à proteção da dignidade humana. A função social como norma de ordem pública, não permite que as partes pactuem de acordo com seus interesses e conveniência, o que pode implicar prejuízos na esfera de terceiros ou da sociedade como um todo, por isso a convenção ficará adstrita ao conteúdo da norma de ordem pública.

Na intelecção de Gagliano, o artigo 2035 do CC em seu parágrafo único evidencia a intenção do legislador de caracterizar a função social do contrato como um preceito de ordem pública:

Utilizando a expressão “nenhuma convenção”, o legislador impõe a todos os negócios jurídicos, não importando se celebrados antes ou após a entrada em vigor do novo Código, a fiel observância dos seus preceitos de ordem pública, especialmente a função social da propriedade e dos contratos (GAGLIANO, 2003).

É certo que a função social como cláusula geral permite maior amplitude para as partes pactuarem e, por conseguinte, ao juiz no exercício da atividade jurisdicional, a fim de promover os valores constitucionais que dão utilidade social aos contratos. Vê-se que o julgador efetivará a norma, a cada novo julgamento, com o auxílio dos precedentes e da doutrina. Em contrário, ao considerar a função social como norma de ordem pública, as partes estarão submetidas aos comandos impositivos, já positivados dentro do ordenamento jurídico em relação à elaboração do contrato.

2.3 A Função Social do Contrato e sua Interpretação Judicial

Para iniciar esta abordagem, faz-se necessária a transcrição do disposto no artigo 421 do CC em vigor: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O jurista Miguel Reale (1999, p.71) menciona a importância dessa inovação, no tocante ao direito obrigacional, pois é um dos principais objetivos da codificação novel:

(...) tornar explícito, como princípio condicionador de todo processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só se pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

Por essa nova visão, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social em que estão inseridos, a fim de impedir onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes. Há de se garantir a igualdade entre os contraentes e, seja respeitado o equilíbrio da relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre o outro.

No entendimento de Tartuce (2007, p.239-240) valorizam-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, a fim de afastar o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela codificação emergente, conforme artigos 884 a 886, do CC:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.
Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.
Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Com aplicação da função social, o contrato tende a ser interpretado da maneira favorável às partes mais fraca da relação negocial. Essa realidade já consta no CDC, agora transposta para as relações civis.

Para Theodoro Júnior (2003, p.17-22) a lei não define o que é o princípio da função social, bem assim o da boa-fé objetiva, portanto correspondem ao tipo de norma que a doutrina denomina “cláusula geral” para indicar preceitos genéricos ou abertos, cujo conteúdo haverá de

ser completado e definido casuisticamente pelo juiz. O intérprete buscará no meio social um padrão de conduta aceito no tempo e no espaço: usos e costumes locais observados e praticados pela coletividade para então definir a eticidade, a licitude do comportamento dos contratantes e, ainda para bem definir o conteúdo da relação obrigacional.

Importante verificar se o procedimento da parte correspondeu aos padrões éticos do meio social em que se insere e se não causou prejuízos à coletividade, quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato afinal concluído, quando deu execução ao contrato e até depois de cumprida a prestação. Permite-se ao juiz comparar o caso concreto submetido a seu julgamento com os padrões sociais estabelecidos e reconhecidos como corretos no meio social e no tempo em que o contrato se aperfeiçoou e se cumpriu.

O juiz não está legitimado a substituir ou modificar o acordo de vontades formador do contrato, mas sim reconhecer obrigações e direitos. Poderá negar efeito ao contrato, no todo ou em parte, quando os princípios da boa-fé e da função social forem solapados pela má-fé, pois a conduta imoral trazida de forma expressa é causa de nulidade do negócio jurídico. O contrato desviado de sua função social penetra pelo terreno da ilicitude, passível de sanção jurídica.

A tarefa do juiz não é criativa, mas sim repressiva e sancionatória e, não lhe cabe dar à convenção das partes um sentido e um objetivo distinto do pactuado. Nessas situações o hermeneuta não permanecerá alheio aos problemas ocasionados pelo abuso da livre iniciativa contratual em detrimento de terceiros (coletividade). Haverá duas alternativas a serem cumpridas, ou o contrato será invalidado, no todo ou em parte, ou o contratante reparará os danos causados.

Quanto à opção brasileira de não estabelecimento de regras estanques de interpretação, ensina Sílvio Rodrigues (1997, p.49):

Difícil optar pela conveniência ou não de uma ou de outra posição. Em favor do sistema francês encontra-se o argumento de que dessa maneira limita o arbítrio do juiz que, assim, não pode, a pretexto de interpretar o contrato, substituir, pela sua, a vontade das partes. Com efeito, se o próprio legislador oferece regras de interpretação, escritas e pormenorizadas, que se impõem coativamente ao magistrado, não pode este delas desertar, para por outros caminhos buscar a intenção dos contratantes. Em contraposição, os sistemas que não disciplinam essa matéria partem do pressuposto de que este assunto não se enquadra no âmbito legislativo, mas pertence à alçada da doutrina. De sorte que, afora um escasso número de preceitos gerais, nenhuma regra deve ser imposta pelo legislador ao juiz, para guia-lo na interpretação dos contratos.

Observa-se que o legislador optou trabalhar, no CC vigente, com conceitos jurídicos indeterminados, a serem preenchidos pelo magistrado no caso concreto. Isso permite vislumbrar

o ocaso da era das grandes codificações porque muito de sua atualização poderá ser feita pela criatividade da jurisprudência, ainda que sem modificação formal de lei. Aí está um dos grandes desafios a que se lança o Poder Judiciário brasileiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 212-213).

Nesse contexto, cabe analisar alguns julgados dos Tribunais no tocante à aplicação do princípio da função social do contrato, visto que se trata de uma cláusula geral a ser suprida pela atuação do Poder Judiciário. A conferir:

PLANO DE SAÚDE. Contrato coletivo/empresarial Natureza de contrato relacional, com pagamento antecipado para prevenir riscos futuros Incidência da Lei n. 9.656/98, sem prejuízo das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da rescisão unilateral do contrato por parte da operadora de saúde, mediante denúncia imotivada. Afronta aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Natureza relacional das relações obrigacionais compatível com a denúncia motivada do contrato, levando em conta os valores em jogo. Dever da ré de dar continuidade ao contrato. Inexistência, porém, de dano moral indenizável. Ausência de individualização dos prejuízos sofridos Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2013).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO. MEDICAÇÃO DE USO DOMICILIAR. Fármaco, todavia, necessário para a consecução de tratamento coberto pelo contrato. Recusa que afrontou a boa-fé e a função social do contrato, causando sofrimento em momento de evidente fragilidade física e psicológica da segurada. Indenização devida. Recurso provido. (SANTA CATARINA, 2013).

RECURSO APELAÇÃO SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS
AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. Não havendo prazo expresso no Código Civil a reger o prazo prescricional para o exercício de pretensão revisional de contrato de seguro, o prazo prescricional a ser adotado é o residual de 10 (dez) anos previsto no artigo 205 do diploma material, em detrimento do prazo de 01 (um) ano previsto no artigo 206, parágrafo primeiro, do mesmo texto normativo, pois destinado a reger a cobrança de segurado contra segurador e vice-versa. Direito de pretensão hígido. Prejudicial rechaçada. RECURSO APELAÇÃO SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. Legalidade dos reajustes anuais dos prêmios securitários considerando o avanço da idade dos segurados. O contrato de seguro de vida não se confunde com o de seguro saúde, em que o Estado intervém na ordem econômica em razão da supremacia do interesse público envolvido de modo a ditar as balizas contratuais. Princípio da autonomia da vontade privada que deve ser preservado no caso concreto, em que os reajustes dos prêmios de forma escalonada, em razão, mormente, do avanço da idade do grupo segurável, demonstra-se adequado a permitir o equilíbrio atuarial da carteira de segura. Ausência de ofensa à boa-fé, ao equilíbrio contratual e a função social do contrato. Pedido de revisão contratual

improcedente. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido. (SÃO PAULO, 2013).

RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Inadimplemento do preço. Procedência do pedido. Inconformismo. Desacolhimento. Saúde precária que não foi comprovada. Revisão do contrato que, além de depender de reconvenção ou ação autônoma, não foi sequer mencionada na contestação. Cumprimento da função social do contrato de diminuir o déficit habitacional da população de baixa renda que depende também do pagamento das parcelas pelos mutuários. Sentença mantida. Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2013) .

Agravo de Instrumento. Reintegração de posse requerida pela CDHU. Negativa em 1º grau viabilidade da ação, determinado pela imissão da CDHU na posse do imóvel, por ocasião da desapropriação réus que ocupam a área, obstruindo a continuidade da edificação de conjunto habitacional reintegração que é determinada prontamente, para que as obras sejam reiniciadas interesse social da coletividade que atende ao princípio da função social. Reintegração, no entanto, que deve ser cumprida em tempo razoável. Liminar concedida. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2013) .

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse Inadimplemento manifesto dos promitentes compradores. Função Social do contrato que não pode servir de escusa para o inadimplemento contratual. Promitentes compradores que já não residem no imóvel adquirido, tendo se mudado para outra cidade. Rescisão contratual e reintegração na posse, nos termos do art. 475 do CC. Arbitramento de indenização pela ocupação do imóvel. Promitentes compradores que direta ou indiretamente detiveram a posse do imóvel sem contraprestação por 15 anos. Perdimento das parcelas pagas e de eventuais benfeitorias. Ação procedente. Sentença reformada RECURSO PROVIDO. (SÃO PAULO, 2013) .

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. EXTINÇÃO DO CONTRATO PELA SEGURADORA, DE FORMA IMOTIVADA E UNILATERAL. INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL DE DEZ ANOS PREVISTO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO AFASTADA. JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. Tendo havido infringência aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, é devida a indenização postulada pelos autores, os quais experimentaram intenso sofrimento ante a ruptura unilateral, que frustrou o direito de serem ressarcidos dos sinistros previstos na apólice, embora viessem efetuando regularmente o pagamento da contraprestação por mais de trinta anos. Fixação da indenização em 1/3 (um terço) do valor previsto na apólice para a hipótese de morte natural, consoante requerido na inicial, eis que razoável e compatível com as circunstâncias do caso vertente. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2013) .

INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E RESPONSABILIDADE CIVIL. Débitos de tarifas e encargos de manutenção de conta corrente. Encerramento da conta corrente não solicitado expressamente pelo correntista. Pagamento do saldo

devedor existente na conta de depósito e ausência de movimentação a partir de então. Conta corrente inativa por mais de 90 dias. Dever de informação não cumprido pelo banco. Incidência dos princípios da boa-fé e função social do contrato. Negligência do banco configurada. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito indevida. Débito declarado inexigível. Prejuízo moral evidenciado *Damnum in re ipsa*. Indenização devida. Arbitramento segundo os critérios da prudência e razoabilidade. Agravo retido do réu não conhecido e apelação do autor provida. (SÃO PAULO, 2013).

Nesse diapasão, os Tribunais Superiores vêm acompanhando esta tendência, exemplo disso é a edição da Súmula 302/STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Essa Súmula surgiu em razão da prática reiterada das cláusulas abusivas de contrato de plano de saúde que versam sobre a limitação do tempo de internação do paciente, haja vista a impossibilidade de previsão do tempo de cura, que depende de vários fatores alheios à vontade do enfermo e, nem mesmo os médicos são capazes de determinar tal prazo.

A referida cláusula desrespeita o dever anexo de lealdade e, com isso, a boa-fé objetiva que se espera nas relações negociais. Ressalta-se que a cláusula é nula, contudo deve ser preservado todo o resto do contrato mediante aplicação direta do artigo 51, § 2º do CDC, que consagra o princípio da conservação contratual sob a ótica consumerista: “§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Vale rememorar o Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, no qual a autonomia contratual não pode prevalecer diante de um interesse maior, seja concernente à vida, à integridade física do segurado e aos direitos da personalidade relacionados à dignidade humana. A Súmula 302 do STJ atende aos três princípios máximos: a proteção da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF de 88), a solidariedade social (artigo 3º, I, da CF de 88) e a igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF de 88).

Nota-se o alinhamento entre alguns julgados e súmulas ilustradas e o entendimento da doutrina, no que concerne à aplicação do princípio da função social. O juiz, casuisticamente, soluciona o conflito por intermédio da aplicação da função social dos contratos, além de analisar os demais componentes contratuais e, assim, formam-se julgados nos Tribunais com a finalidade de estabelecer relações sociais justas e solidárias.

Em suma, a interferência do Poder Judiciário é de cunho corretivo ante as injustiças nas contratações, pois o contrato deve ser visto como instrumento de cooperação e colaboração entre os contraentes (efeitos intrínsecos) e não ressoar efeitos negativos contra a sociedade (efeitos extrínsecos). Em razão da eticidade e da socialidade e, sobretudo, em respeito aos princípios constitucionais, o Poder Judiciário tende a flexibilizar as cláusulas contratuais de cunho abusivo. Concretiza-se, então, o princípio da função social quando reiterados julgados são consolidados em jurisprudência para solucionar casos concretos.

CAPÍTULO 3 - DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

3.1 Do Processo de Formação e Reconhecimento dos Direitos Humano

No século VIII, a.C., enunciaram-se os grandes princípios que estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje. Pela primeira vez na história o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, além das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Os fundamentos intelectuais surgiram para compreender a pessoa humana e para afirmar a existência dos direitos universais, como os direitos humanos. Após vinte e cinco séculos, a máxima a ser seguida é a de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e respeito.

Em meados do século XX, criou-se o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” em decorrência da segunda Guerra Mundial cujo desenvolvimento pode ser atribuído às violações dos direitos humanos da era Hitler e as demais implicações do holocausto. Desde então as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos a serem cumpridos por todos os países. Com isso, fortaleceu-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve restringir ao domínio do Estado, é dizer, em sua competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica (PIOVESAN, 2009, p.4-5).

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou em seu artigo VI, que todo homem tem de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante à lei. Entretanto, os problemas éticos-jurídicos não foram eliminados, sobretudo, porque o avanço tecnológico não cessa de criar problemas novos e imprevisíveis no campo ético. Todo ser compreendido como pessoa está protegido pela ordem jurídica, a partir do nascimento com vida. Tem-se o embrião como uma pessoa em potencial o que justifica ser titular de direitos fundamentais, como o direito ao nascimento (COMPARATO, 2010, p.44-45).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos apontou uma nova concepção de direitos humanos, que se compreende como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível, haja vista que devem ser assegurados, conjuntamente, os direitos à liberdade e à igualdade. Os direitos humanos têm como características a universalidade e indivisibilidade. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos e a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos. A indivisibilidade visa

conjugar os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2009, p.6-8).

A referida concepção dos direitos humanos é oriunda da Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), em seu parágrafo 5º, afirma que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Nota-se que em diferentes atos internacionais, o respeito aos direitos humanos contribui para disseminar ações protetivas e a importância da obrigação moral, a fim de conservar a existência de cada indivíduo.

Quanto às características e ao alcance da Declaração de 1948, observa René Cassin (1974, p.397):

A declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexo, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. (...) a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, condição de sujeito de direito do Direito das Gentes. Naturalmente é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada. Tais são as características centrais da Declaração. (...) A Declaração, adotada por unanimidade (com apenas oito abstenções, em face de 48 votos favoráveis), teve imediatamente uma grande repercussão moral nas Nações. Os povos começaram a ter consciência de que o conjunto da comunidade humana se interessava pelo seu destino.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Algumas ilustrações: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Trata-se de um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas (PIOVESAN, 2009, p. 10-11).

Cria-se, conjuntamente aos atos internacionais, o sistema normativo regional de proteção, que visa internacionalizar os direitos humanos no plano regional pela reunião dos sistemas: americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. Isso porque o cidadão de um país também o é do mundo. Vale destacar que os diversos sistemas de proteção de direitos

humanos tutelam direitos idênticos, eventualmente, por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional cuja escolha caberá a quem sofreu violação de direito.

Na visão de Cançado Trindade (1993, p.52-53):

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.

Segundo as informações supracitadas, pode-se afirmar que os direitos humanos surgiram para tutelar uma sociedade que saía do pós-guerra, em razão das violações cometidas pelos ditadores como Hitler cujo objetivo era extirpar os judeus, a fim de promover a pureza racial nazista. Devido as mais violentas atrocidades contra o ser humano, criou-se a Organização das Nações Unidas em 1945, com o propósito de propagar pelo mundo a defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Nos anos seguintes surgiram Pactos Internacionais, Convenções, Declarações e outros instrumentos que proclamam os direitos da pessoa humana e a exigência de regras de vida digna para todos. Os países signatários, daqueles documentos, devem efetivar o sistema normativo tanto global quanto regional, no caso de violação dos direitos humanos, a fim de assegurar a proteção ao indivíduo mediante instrumentos jurídicos, seja do direito internacional, seja do direito interno.

Quanto à ordem jurídica brasileira, o texto de 1988 empresta ênfase extraordinária aos direitos e garantias ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário. Enquanto o valor da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são responsáveis por constituírem princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídica brasileiro. Exemplo disso é o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal preceito estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Há interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2009, p.14).

Cumpra traçar, aqui, uma distinção quanto aos termos “direitos humanos”, “direitos dos homens” e “direitos fundamentais” usados de forma corriqueira como sinônimos, mas não os são.

A expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional, é dizer, são positivados na esfera do direito internacional. A validade é universal, engloba todos os povos e tempos, por isso é de caráter supranacional (internacional).

Os direitos fundamentais aplicam-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional interno de determinado Estado. Os direitos fundamentais estão garantidos na Constituição e, podem abranger os direitos individuais e coletivos, direitos sociais e políticos, direitos de liberdade e os de igualdade.

Por outro lado, os direitos naturais são intrínsecos ao homem. Não resulta de um projeto humano consciente, uma vez que advêm da existência de um direito fundado na natureza das coisas, na vontade divina, no direito justo. É um direito inerente à natureza humana, por isso independe de positivação no ordenamento jurídico para ser respeitado.

Com o advento da Emenda n. 45/2004, os tratados internacionais têm assento formal na Constituição, se obedecerem ao procedimento do parágrafo 3º, artigo 5º da CF de 88, é dizer, cumprir o *quórum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos (*quórum* exigido para a aprovação de Emenda à Constituição). Todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, consoante o já citado parágrafo 3º, artigo 5º da CF de 88.

Art. 5º

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional 45 de 30/12/2004)

Há duas categorias de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: os materialmente constitucionais, que independem de *quórum* e os material e formalmente constitucionais, que devem observância ao *quórum* qualificado (PIOVESAN, 2009, p.24).

O direito enunciado nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos poderá coincidir com o direito assegurado pela Constituição brasileira, neste caso o Direito interno reproduz fielmente conteúdo daqueles tratados, por exemplo, artigo 5º inciso III, da CF de 88 “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, é a reprodução literal do artigo V da Declaração Universal de 1948. Tais tratados poderão integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente assegurados, ou seja, os enunciados dos tratados incorporam-se ao Direito brasileiro, como: direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia (PIOVESAN, 2009, p.25-28).

Denota-se que os direitos elencados nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, em que o Brasil é signatário, expandem os direitos nacionalmente assegurados e fortalecem o processo democrático do país. Os direitos previstos nesses tratados tornam-se de caráter constitucional e humanista. Ainda, visa impedir que se perpetuem os antigos valores característicos do regime autoritário.

A recepção dos referidos tratados, na ordem jurídica brasileira, vêm aprimorar e impulsionar o grau de proteção dos direitos assegurados no plano normativo constitucional, já que suspendem preceitos menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos traz um novo paradigma e referência para os operadores do Direito em face da árdua tarefa de resgatar e recuperar o potencial ético e transformador do sistema jurídico, ao interpretar a Constituição e os instrumentos advindos dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

3.2 Dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 e os Contratos

O Estado Liberal se expressa por uma legislação fechada e conservadora quanto aos direitos e deveres ligados às situações patrimoniais. As normas e princípios prestavam-se como recurso subsidiário diante da lide, já que não se admitia a ingerência estatal nas relações privadas de direito patrimonial. Não cabia ao magistrado qualquer atividade criadora ao aplicar a lei no caso em concreto. A vontade humana era expressão de libertação e igualdade e, se todos detinham a mesma possibilidade de exercício de sua vontade individual, logo todos seriam iguais entre si.

O CC de 1916, fruto do Código Napoleônico e das codificações do século XIX, manteve a relação entre indivíduo e propriedade como centro do universo do Direito Privado. O referido diploma cumpria um papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, não sofrendo ingerência do Poder Público, haja vista a autonomia da vontade equiparava-se à lei. Notável é a manutenção das concepções liberais supracitadas, a fim de valorizar o livre desenvolvimento da atividade econômica privada.

Em oposição, a Constituição brasileira de outubro de 1988 foi influenciada decisivamente pela busca da democracia, pela constitucionalização de temas, que a rigor, não seriam por assim dizer, constitucionais, mas que tal tratamento tiveram em razão dos ares de liberdade que sopravam na sociedade brasileira recém-saída de um regime autoritário com duração há cerca de 20 anos (TARTUCE, 2007, p.75-76).

Cabe ressaltar que *a priori* o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, enquanto o Direito Privado se rege pela liberdade e pela igualdade. No direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido pela norma seria válido. No entanto, essa dicotomia não é um obstáculo intransponível e a divisão não é absoluta, como nada é absoluto nos nossos dias atuais (TARTUCE, 2007, p.74-75).

Para José Afonso da Silva (2002, p.13) a Constituição do Estado consiste num conjunto de elementos essenciais pelo qual as normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.

Por outro lado, o CC, como pedra fundamental do Direito Privado, regulamenta a relação dos particulares de forma concreta. Entretanto, as distâncias entre os direitos público e privado foram encurtadas em razão da busca do Estado Social. Dentro dessa lógica, o CC perdeu a oportunidade de dar maior concreção normativa ao não descrever e explicar os princípios constitucionais, em razão disso cabe ao julgador interpretar o CC segundo à Constituição (TARTUCE, 2002, p.75-77).

Nesse diapasão, surgiu um novo modelo de comunicação e de complementaridade ante um sistema de cláusulas gerais. Trata-se da constitucionalização do Direito Civil concretizada por intermédio do diálogo entre o CC e a Constituição (Direito Civil Constitucional) utilizado para demonstrar o fundamento constitucional do princípio da função social dos contratos, regramento

intimamente ligado aos direitos fundamentais: proteção da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade em sentido genérico, busca de uma ordem econômica de acordo com os ditames da justiça social e socialização da propriedade. Esse sistema possibilita o preenchimento de uma codificação baseada em conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais mediante princípios de ordem constitucional.

Os direitos fundamentais passam a ser transplantados à esfera privada redesenhando conceitos e Institutos, além de criar nova perspectiva doutrinária e jurisprudencial. Vê-se que, somente, a Constituição tem a capacidade de integrar o sistema, em razão de seu conteúdo e princípios. A interpretação e a aplicação do direito privado deslocam-se do CC com a finalidade de encontrar uniformidade no texto constitucional, que passa a dar novo sentido aos antigos Institutos do Direito Civil, em específico, os contratos. Entende-se que a constitucionalização do Direito Civil colocou fim na dicotomia entre público e privado.

É dizer, o CC não é mais o cerne do sistema jurídico porque se encontra dividido em diversos compartimentos de temas específicos denominados microssistemas cujas matérias não se encontram no corpo de um único texto legal. Tal temática foi desenvolvida por Natalino Irti (1979, p.145) que explica:

Um sistema que já não corresponda a um corpo definido de leis assume um novo valor. Não mais monossistema, ligado às estruturas do Código Civil, desenvolvido de acordo com o desenho e a divisão deste; mas polissistema, como um quadro de princípios, no qual se insere uma pluralidade de microssistemas e de lógicas setoriais. O Código civil é apenas uma parte do sistema de direito privado, que tem no centro a Constituição, da qual são irradiados feixes de núcleos legislativos.

Antes de adentrar no tema direitos fundamentais que consubstanciam os contratos, faz-se mister rememorar sua definição. Segundo, Dimulis e Martins (2008, p.53-54) os direitos garantidos na Constituição são fundamentais porque se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social. É bastante genérico, podendo abranger os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e políticos, os direitos de liberdade e os de igualdade. São direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Nessa vereda, o primeiro direito fundamental a ser estudado é aquele que visa a proteção da dignidade humana, conforme o artigo 1º, III da CF de 88: o Estado Democrático de Direito

tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana embasada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como objeto. Miguel Reale considera a dignidade da pessoa humana uma espécie de valor-fonte como parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, ainda que não tenha previsão expressa quanto a seu reconhecimento como valor e princípio fundamental, o que somente ocorreu com o advento da CF de 1988 (CANOTILHO; MENDES; SARLET E STRECK, 2013, p.122).

Para Siqueira Júnior (2008, p.273) a dignidade da pessoa humana é hoje pedra basilar sobre a qual se sustenta o ordenamento jurídico:

A dignidade da pessoa humana é o atributo moral do indivíduo, que o qualifica enquanto ser. A consequência imediata desse pressuposto é que o homem é dotado de valor próprio, não podendo ser transformado em objeto. O valor absoluto da dignidade da pessoa humana informa todo o sistema jurídico. O homem enquanto ser é sagrado, sendo o valor fonte de todos os direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 1º, assegura que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e, que todos são dotados de razão e de consciência, logo devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade. O mais recente compromisso com a dignidade da pessoa humana foi assumido pela União Europeia por meio da Carta dos direitos Fundamentais da União Europeia promulgada em Nice, em dezembro de 2000, cujo artigo 1º declara que: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida” (CANOTILHO; MENDES; SARLET E STRECK, 2013, p.122-123).

Vale ilustrar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto à aplicação de um dos direitos fundamentais, qual seja a dignidade da pessoa humana.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE ANNUAL DA MENSALIDADE. PLANOS INDIVIDUAIS. LIMITAÇÃO AOS PERCENTUAIS AUTORIZADOS PELA ANS. ADAPTAÇÃO DO CONTRATO À LEI Nº 9.656/98. AUMENTO EXCESSIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35-g da Lei nº 9.656/98. Inteligência da Súmula n. 469 do STJ. 2. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, ou seja, os pressupostos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e da verossimilhança do direito alegado. 3. Nos contratos individuais, em tese, os reajustes anuais devem ser limitados aos índices autorizados pela ANS, nos termos do artigo 35-e, §2º da Lei nº 9.656/98 e 4º, XVII da Lei nº 9.661/2000. 4. Ainda, de acordo com o artigo 6º da resolução

normativa nº. 64/2004, que tratava do programa de incentivo à adaptação de contratos à Lei nº 9.656/98, em princípio, o valor da mensalidade não poderia sofrer um acréscimo superior a 25% devido à migração. 5. Portanto, não se pode afastar o direito do agravante de discutir acerca do plano de saúde contratado, o que atentaria ao *princípio da função social do contrato*, em especial no que diz respeito à matéria securitária. 6. Ademais, há risco efetivo de se perpetrar dano de incerta reparação, pois a parte agravante poderia ficar privada da prestação dos serviços médicos avençados, na medida em que a vida é o bem maior a ser protegido, não sendo crível que aquela fique sem assistência à saúde, em função de eventual aumento abusivo de sua contribuição securitária, o que importaria submeter a recorrente a situação de risco desnecessário, ato que atentaria ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, o qual norteia qualquer relação jurídica. 7. Multa cominatória estabelecida no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), cujos critérios para a sua fixação levaram em consideração a natureza da ação e a possibilidade econômica da ré em arcar com aquela. Inteligência dos artigos 287 e 461, § 5º, ambos do CPC, combinados com o art. 84, § 4º, do CDC. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

O segundo direito fundamental que influi no âmbito contratual é a solidariedade disposta no artigo 3º, I da CF de 88: a República Federativa do Brasil tem como escopo construir uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio da solidariedade social é considerado vetor da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O principal destinatário do princípio da solidariedade não é o Estado, e sim, os membros da sociedade, eles é quem podem ser solidários ou não, sendo o Estado um instrumento para auxiliar a construção, garantia da solidariedade, o que não significa que o princípio também não se aplique a ele. Aplica-se, mas não necessariamente como destinatário principal (MATEUS, 2008, p. 99).

Na concepção de Sarmiento (2004, p. 338): “[...] a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irreduzível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanada por um destino comum”.

O terceiro direito fundamental estampado no artigo 5º, *caput* da CF 88 traz a igualdade em sentido genérico por usar a expressão “Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Acredita-se que seja o direito fundamental mais importante de todo o direito porque é dele que parte a noção de justiça, resumida na notável frase de Aristóteles: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. São as desigualdades, as diferenças, que precisam de regulamentação e que ensejam a criação de normas jurídicas, ao tratar das mais diversas coisas, estados e situações mediante a conjunção da isonomia com outros princípios valorizados constitucionalmente.

Ao decifrar o significado da igualdade e da desigualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello em seu “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” ensina:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sobre a rubrica de iguais e outros sobre a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de desigualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia.

No ensinamento de Tartuce (2007, p.80) o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no artigo 5º, caput, da Lei Maior, ao assegurar que todos, brasileiros e estrangeiros residentes no país, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a ambos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão: A lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Encontram-se na primeira parte, a consolidação do princípio da igualdade em sentido *stricto sensu*, “a lei deve tratar de maneira igual os iguais”, e na segunda, traz o princípio da especialidade, “e de maneira desigual os desiguais”.

A igualdade é capital na construção da Teoria da Justiça e deve ser tratada como técnica fundamental para a instrumentalização do direito na persecução de seus fins. Vê-se a igualdade como técnica para otimização de direitos sociais em ramos dos direito essencialmente ligados ao liberalismo pela sua própria essência, como no caso do contratos. Interessante perceber como as noções de igualdade e liberdade passaram por profundas revisões no ramo do direito civil, que tem buscado a proteção do mais débil na relação estabelecida (GONÇALVES CORREIA, 2010, p.158-159).

Os dois últimos direitos fundamentais aplicados nos contratos são: a busca da ordem econômica de acordo com a justiça social explicitada no artigo 170, *caput*, da CF de 88 em que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, além de observar alguns princípios dentre eles o da função social da propriedade (artigo 170, III, da CF de 88).

O direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. Observa-se que o texto do artigo 170, da Carta Magna, não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela deve estar, vale dizer, tem de necessariamente estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deve ter, vale dizer, tem de necessariamente ter, por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de qualquer prática econômica incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos consoantes os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p.1.790).

Em relação ao princípio da função social da propriedade, este se encontra disseminado em alguns artigos, como os parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228, CC:

Art. 1228.

(...)

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Ainda, no artigo 5º, XXIII e XXIV da CF, a propriedade atenderá sua função social por lei que estabelecerá a desapropriação em razão do interesse público, do interesse social mediante indenização em dinheiro.

Ao analisar o conteúdo dos artigos comentados, denota-se que o direito real de propriedade estabelece uma relação entre o titular e a sociedade, é dizer, um ponto de equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, com a finalidade de coibir abuso antissocial do direito de propriedade e de promover o uso para o bem comum pelo Instituto da desapropriação.

Vale lembrar, que a função social da propriedade não desnatura os elementos da propriedade privada: usar, gozar, fruir e dispor da coisa. É necessário, portanto, adequar o direito subjetivo ao princípio da função social do contrato mediante o cumprimento de deveres, positivos ou negativos, que visam cumprir a finalidade do direito de propriedade no Estado Social. O contrato deve estar em consonância com a realidade social dos contratantes e em adequação aos

preceitos constitucionais, visto que a parte hiperssuficiente tem de colaborar com a outra e, não visar ao lucro à custa de sacrifícios patrimoniais alheios.

Em se tratando da relação entre a função social do contrato e a função social da propriedade, Reale (2005, p.266) aponta: “Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade”.

Depreende-se que na elaboração de um contrato é importante observar os princípios inerentes a sua formação, bem como respeitar os direitos fundamentais assegurados na ordem jurídica brasileira, acima explanados, pois esses princípios solucionam polêmicas oriundas da codificação. Essa comunicação entre princípios, tanto do direito privado (Direito Civil) como do direito público (CF), tende a buscar a valorização da pessoa e, por conseguinte, sua dignidade por intermédio da constitucionalização do direito civil.

Para tornar viável a constitucionalização do Direito Civil, é de suma importância o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia horizontal como mecanismo de aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares, a fim de tornar possível a concretização do Direito Civil Constitucional. Pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem esses direitos têm aplicação imediata, consoante artigo 5º, parágrafo 1º, da CF de 1988, pelo qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Vale lembrar que as normas de proteção da pessoa previstas na Carta Maior sempre foram dirigidas ao legislador e ao Estado como normas programáticas. Essa concepção não mais prevalece, o que torna mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana com a prática da eficácia horizontal (TARTUCE, 2007, p.80-82).

Na intelecção de Sarmiento (2004, p.223) acerca da referida aplicação:

(...) é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

Interessante dizer que há duas grandes correntes referentes à eficácia horizontal dos direitos humanos. A primeira defende a aplicação das normas constitucionais de forma indireta ou mediata, particularmente por meio das cláusulas gerais, que seriam a ponte do Direito Constitucional para o Direito Civil. A aplicação das normas que protegem a pessoa humana está

condicionada às normas de natureza privada, quando estas criarem tal possibilidade. Por outro lado, a segunda defende que as normas protetivas têm aplicação imediata, independente de uma porta de entrada na lei privada. Essa corrente é a que mais se aproxima do conteúdo do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF de 88 (SARMENTO, 2006, p.193).

Há total compatibilidade entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o sistema de cláusulas gerais, uma vez que as normas fundamentais entram nas relações privadas via conceitos abertos previstos na nova codificação, exemplo disso é a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Esses conceitos abertos (desprovidos de conteúdo) são considerados mecanismos para efetividade das normas constitucionais e, assim, promover a valorização da pessoa humana nas relações privadas por meio do diálogo com o Direito Civil Constitucional (TARTUCE, 2007, p.84-85).

Para Facchini (2003, p.11) o fenômeno da constitucionalização é a manifestação de que a Constituição:

(...) não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, (...). Enquanto a constitucionalização do direito privado representa de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado, e o direito privado de outro.

Segundo Sarlet a expressão eficácia horizontal traduz falsa ideia de que as relações são sempre estabelecidas entre iguais. O autor prefere aderir ao termo: eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ou nas relações privadas. Particulares, aqui, significa não apenas as pessoas individualmente consideradas, mas também o sujeito plural, como as associações, sociedades, pessoas jurídicas, até mesmo porque são portadores de direitos fundamentais (MATEUS, 2008, p.93-94).

Na dicção de Sarlet (2000, p.107-165):

(...) os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico - público e privado - razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.

A própria CF estabelece no artigo 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sem fazer qualquer distinção entre os

destinatários da referida determinação. A norma, aqui insculpida, está implicitamente em desenvolvimento ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, determinando que o Poder Público e os particulares extraíam, na medida do possível, das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais a sua maior eficácia no caso concreto (MENDONÇA; FERREIRA, 2007, p.140).

Nessa ordem, a lição de José Afonso da Silva (2007, p.63) ensina:

Os deveres decorrem dos direitos fundamentais, na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de se comportar, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa do próximo deve ser exaltada como a sua própria.

De acordo com Mendonça e Ferreira (2007, 147-148), o objetivo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (sob o prisma da teoria da eficácia imediata), é solucionar conflitos quando não existir nenhuma norma constitucional ou legal regulando a matéria e também não puder se valer das cláusulas abertas do Direito Civil.

Para os referidos autores, a Teoria da Eficácia imediata os direitos fundamentais são aplicados imediatamente nas relações privadas, independente de qualquer interposição dos Poderes Públicos. As entidades privadas, nas relações mútuas, devem respeitar de maneira direta e necessária os direitos fundamentais. Quando o aplicador deparar-se com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, terá que ponderar dois bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição da República: de um lado a dignidade da pessoa humana, e de outro, a autonomia da vontade. Nesse momento, terá de encontrar soluções diferenciadas para compatibilizar os valores envolvidos.

O termo “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas bem como eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, visa concretizar a aplicação obrigatória e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem qualquer intermediação dos Poderes Públicos, em específico o legislador. Isso quando adotada a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, pois é a que mais se coaduna com o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF de 88: “as norma definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, diferentemente, no caso da aplicação mediata ou indireta em que há cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados a serem preenchidos por meio da interpretação do direito privado conforme os direitos fundamentais.

Por fim, tem-se a teoria imediata como melhor solução a adotar quando inexistir norma legal ou constitucional regulando a matéria em conflito, por isso os preceitos do Direito Civil devem ser interpretados sempre à luz da CF, independente de quem seja destinatário da norma constitucional, o particular ou poder público. A teoria imediata fornece critérios mais seguros para resolução do caso sub judice por não se condicionar a normas sem conteúdo definido. Logo, a função do intérprete é ponderar o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade para suprir a lacuna legislativa.

3.3 Da Flexibilização das Cláusulas Contratuais de Planos de Saúde à luz dos Direitos Fundamentais

De acordo com as informações supramencionadas, nota-se que os contratantes devem observar os princípios norteadores do contrato, bem assim os direitos fundamentais, quando da confecção do contrato. Não seria diferente no caso dos contratos de planos de saúde, pois se trata de um direito constitucional com previsão nos artigos 196 a 200 da Carta Magna. É direito de todos e dever do Estado: o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde. Esses direitos constitucionais devem ser cumpridos pelas operadoras de planos de saúde como contrapartida, já que recebem mensalidade para prestação de serviços vitais.

O artigo 1º, caput, inciso I, da Lei 9.656/98, prevê a regulamentação dos contratos de plano de saúde, que somente podem ser administrado por pessoa jurídica de direito privado cuja denominação legal é “operadora de planos de assistência à saúde”. As operadoras sujeitam-se à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar – Lei 9.961/00) que fiscaliza e determina a manutenção de um sistema de atendimento em favor do conveniado e seus beneficiários quando previstos no contrato (LISBOA, 2007, p.407-408).

A ANS, órgão federal, vinculado ao Ministério da Saúde, possui poderes para dispor acerca da organização, constituição, funcionamento, das condições técnicas, das características gerais dos contratos, das normas de contabilidade, do capital e patrimônio líquido, dos limites técnicos de operação, dos critérios de constituição de garantias do equilíbrio econômico do contrato, da direção fiscal, da liquidação extrajudicial e dos procedimentos de recuperação financeira das operadoras de planos privados de assistência à saúde (LISBOA, 2007, p.407-408).

O contrato de plano de saúde pode ser: individual, coletivo, familiar, empresarial ou em grupo, neste último a empresa celebra contrato com a administradora para que os funcionários sejam beneficiados pelos serviços de saúde. Nesses contratos, invariavelmente, a administradora do convênio médico ou de terceiro por ela indicado, é quem estipula as cláusulas contratuais de forma unilateral. Há, comumente, cláusulas de teor abusivo, que atribuem vantagem exagerada ao estipulante e onerosidade excessiva ao aderente, origem do desequilíbrio contratual. Não há negociação prévia com o aderente que suportará os efeitos daquelas cláusulas na vigência do contrato. Logo, trata-se de contrato de adesão (LISBOA, 2007, p.148-407).

Pelo motivo de as operadoras imporem o conteúdo negocial, resta ao aderente duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. Pois, o consumidor necessita dos serviços médico-hospitalares, laboratoriais e ambulatoriais. O artigo 54 do CDC conceitua esse tipo de contrato como:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Na inteligência de Teresa Negreiros (2002, p.370-371) o contrato de adesão quando categorizado como tipo específico, explicita na teoria contratual o problema da desigualdade entre os contratantes, e esta desigualdade legitima a imposição de medidas de tutela ao aderente. A autora estampa o contrato de adesão como símbolo da luta da lei contra a desigualdade das partes, tratando-se de categoria estabelecida como ponto de referência de um regime cogente de proteção da parte mais fraca (aderente).

Nessa modalidade de contrato a vontade e a liberdade contratual da parte vulnerável resta tolhida, bastante diminuída, ainda mais quando os serviços colocados à disposição são de importância vital para os contratantes, por exemplo, no caso de prestação de serviços de saúde. Os contratos de adesão alteram a realidade contratual clássica por contrariarem os princípios contratuais. As empresas utilizam os contratos de adesão para diminuir seus riscos, aumentar seus lucros e sua força econômica em comparação com a dos contratantes (CUNHA, 2007, p.126-127).

Entende-se que nos contratos de planos de saúde há amplo desrespeito aos princípios contratuais, sobretudo, ao da autonomia da vontade do aderente e, por conseguinte, viola o direito à saúde previsto CF tão almejado pelo aderente. Ao optar por serviços de saúde de melhor

qualidade, o aderente contrata com a operadora de planos de saúde que na maioria das vezes negam uma cirurgia em razão do não cumprimento do tempo de carência, outrora nega exames de maior complexidade e demais negativas advindas de cláusulas abusivas constantes no contrato de adesão.

A autora Cláudia Lima Marques (2003, p.148) enaltece a associação entre cláusulas abusivas e desequilíbrio contratual:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação (...).

Os contratantes vulneráveis somente aceitam as cláusulas abusivas porque não tiveram oportunidade de estudá-las dentro de um tempo hábil e, pelo fato de o contrato ser longo com letras minúsculas e de linguagem técnica. A abusividade, na maioria das vezes, está camuflada numa redação rebuscada, portanto incompreensível. Ainda que haja conhecimento por parte do contratante vulnerável, este se vê obrigado a aderir ao contrato de adesão, pois necessita do bem da vida oferecido pelo fornecedor que ocupa posição contratual dominante.

A título de informação, não se deve confundir conceito de contrato de adesão com o conceito de contrato de consumo, que apontam os elementos da relação jurídica de consumo. Consoante análise dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/1990 (CDC): Art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Já o artigo 3º aduz:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Na dicção de Tartuce (2007, p.308) nem todo contrato de consumo é de adesão e nem todo contrato de adesão é de consumo. Nesse contexto, aprovou-se o Enunciado n.171 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, pela qual: “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo CC, não se confunde com o contrato de consumo”. Os contratos de adesão corporificam categoria contratual autônoma, bipartindo-se em contratos de adesão de consumo e contratos de adesão civis comuns.

Para Gagliano, Pamplona Filho (2010, p.218-219) o CC vigente estabeleceu duas regras disciplinadoras da interpretação nos contratos de adesão, a saber:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O teor do artigo 423 visa resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se interpretação mais benéfica, justamente porque o ofertante está em situação mais vantajosa. Enquanto o artigo 424 visa impedir que o aderente seja prejudicado pela renúncia antecipada, pois se deve respeitar o princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé.

Portanto, pode-se dizer que, os contratos de planos de saúde são contratos de adesão de consumo cujas cláusulas já estão predeterminadas, unilateralmente, pelo fornecedor dos serviços de saúde e, não há chances de o consumidor (aderente) discuti-las. O contrato de planos de saúde aponta elementos da relação jurídica de consumo, pois suas características estão presentes no artigo 2º do CDC em que o consumidor é o destinatário final do produto ou serviço, no caso serviços de saúde. E no artigo 3º em que o fornecedor pode ser pessoa jurídica que comercializa produtos ou prestação de serviço. Quando da interpretação do contrato de adesão de consumo, permite-se a aplicação dos artigos 423 e 424 do CC. Neste caso, trata-se do diálogo das fontes pelo qual é possível aplicar, ao mesmo tempo, tanto o CC como o Código do Consumidor.

Nesse diapasão, a Segunda Seção do STJ aprovou a Súmula 469, com a seguinte redação: “Aplica-se o CDC aos contratos de plano de saúde”. Esse entendimento consolida o que há tempos já é pacificado no STJ: “a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, não tem importância o nome ou a natureza jurídica do fornecedor” (Resp 267.530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe 12/3/2001).

Convém analisar, de forma sucinta, as principais cláusulas abusivas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade nos planos de saúde, por exemplo: limitação do direito de internação; exclusão de método experimental, caso já tenha sido acolhido pela comunidade médica; exclusão de cobertura de chapas e exames de manutenção; e a cláusula que fixa período de carência iníquo para o aderente, por exemplo, um contrato de 24 (vinte e quatro) meses mantém-se como carência máxima 18 (dezoito) meses, indubitável a nulidade, pois não é

razoável a fixação de carência superior à metade do tempo de duração do contrato. Não é admissível a exclusão genérica de responsabilidade mediante o uso de expressões sobre características da doença ou o mal de saúde sem informação suficiente para o consumidor, como: doença epidêmica, doença social, doença senil, doença infectocontagiosa, doença promíscua, doenças de coluna, males degenerativos. Tais expressões não carregam validade por serem desprovidas de clareza e significado compreensível pelo leigo (SENISE, 2007, p.410).

A título de ilustração, é cediço que a administradora estabelece limite temporal para a internação, pois normalmente acarreta custos elevados. Em contrário, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 302, *in verbis*: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Em regra, o fornecedor fixa unilateralmente um período de carência para que o consumidor possa usufruir dos serviços de saúde contratados, mas o fator curto tempo de vigência do contrato não vem a suceder e, na maioria dos casos, invariavelmente, a cláusula limitativa do direito de internação, ainda que em UTI, é nula de pleno direito. No tocante à doença preexistente, a jurisprudência vem consolidando entendimento de que o fornecedor não se exima de arcar com as despesas decorrentes de internação hospitalar porque incumbe às operadoras de plano de saúde averiguar eventuais doenças preexistentes (LISBOA, 2007, p.410-411).

Diante da presença de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, verificou-se a necessidade da intervenção estatal com o escopo de impor mecanismos jurídicos para essas cláusulas e assim outorgar proteção jurídica aos aderentes. Em razão disso, importante analisar alguns julgados cujo objetivo é a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*, é dizer, flexibilização das cláusulas contratuais concernentes aos planos de saúde:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. NOVA ANÁLISE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Ante as razões deduzidas, assiste razão à parte embargante, devendo, pois, ser acolhidos os declaratórios para sanar o equívoco apontado. Por essa razão, deve ser considerado cabível o agravo regimental interposto. 2. A col. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade. Não se verifica, portanto, a afronta ao art. 535 do código de processo civil. 3. O eg. Tribunal estadual, ao determinar a cobertura do exame solicitado, decidiu em conformidade com a jurisprudência desta corte no sentido de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (resp 183.719/SP, relator o ministro Luís Felipe Salomão, dje de 13.10.2008). 4. O V. Aresto

atacado está assentado na afirmação de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, e de que devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos. 5. Não há falar em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça pela corte estadual, sob o argumento de que houve o ingresso indevido no mérito do Recurso Especial por ocasião do juízo de admissibilidade, porquanto constitui atribuição do tribunal a quo, nessa fase processual, examinar os pressupostos específicos e constitucionais relacionados ao mérito da controvérsia, a teor da Súmula nº 123 do STJ. 6. Embargos declaratórios acolhidos, emprestando-lhes efeitos infringentes, para, anulando o acórdão de fls. 293/297, proferir novo julgamento do agravo regimental de fls. 293/297. Agravo conhecido, mas desprovido (BRASIL, 2014).

PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura a medicamento para tratamento de câncer de mama e de fígado (Cipecitabina). Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas abusivas. Procedimentos de radioterapia e quimioterapia que gozam de cobertura. Exclusão, todavia, da cobertura de medicamentos de uso domiciliar ou ministrados via oral. Situação que deve ser resolvida em favor do beneficiário do plano de saúde. Prevalência dos direitos à vida e à saúde que constituem o verdadeiro objeto assegurado pelo contrato. Recurso desprovido (SÃO PAULO, 2014).

PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CARÊNCIA. EMERGÊNCIA. NEGATIVA ABUSIVA. IRRESIGNAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA E QUE JULGOU PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO PARA CONDENAR A SEGURADORA AO CUSTEIO DO TRATAMENTO DA APELADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Justiça gratuita. Impossibilidade de concessão. Necessidade de comprovação dos requisitos para os benefícios da gratuidade. Insuficiência da simples declaração de pobreza (art. 5º, inciso LXXIV, CF). Precedentes. Indeferimento. Manutenção. 2. Cobertura do atendimento hospitalar. Necessidade de preenchimento do período de carência de 180 dias. Impossibilidade. Carência máxima de 24 horas para casos de urgência e/ou emergência. Enunciado nº 30 desta Câmara e art. 12, inciso V, alínea “c”, da Lei nº 9.656/98 Necessidade emergencial da intervenção cirúrgica comprovada. Negativa de cobertura abusiva. Inaplicabilidade dos arts. 2º e 3º da resolução nº 13/98 do CONSU. Dispositivos que afrontam a Lei de Planos de Saúde, norma esta hierarquicamente superior. Cláusulas abusivas do contrato do plano de saúde. Impossibilidade de limitação do tempo de internação. Abusividade nos termos do art. 51, caput e § 1º, inciso II, CDC. Urgência e emergência configuradas, devida a internação. Manutenção. Recurso não provido (SÃO PAULO, 2014).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. HOME CARE. NEGATIVA ABUSIVA. Insurgência contra sentença de procedência. Sentença mantida. Home care. Negativa de cobertura, a despeito de expressa indicação médica. Abusividade (Súmula nº 90, TJSP; Enunciado nº 15, 3ª Câmara de Direito Privado). Exclusão contratual. Irrelevância.

Impossibilidade de cumprimento estrito do contrato. Existência de cláusulas abusivas (art. 51, §1º, II, CDC). Recurso desprovido (SÃO PAULO, 2014).

PLANO DE SAÚDE. Exclusão Materiais cirúrgicos imprescindíveis para o sucesso do procedimento de embolização de aneurisma cerebral. Não excluindo o Plano de saúde o tratamento da doença, não podem ser excluídos os procedimentos, medicamentos e materiais que forem necessários para a cura. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, sendo abusivas as cláusulas restritivas que possam por em risco o sucesso do procedimento médico ou contrariem a própria finalidade do contrato. Inteligência das Súmulas n. 93 e 100 do TJSP Dano Moral. A mera recusa na cobertura, por si só, ainda que injusta, não caracteriza o dano moral, não sendo demonstrado o agravamento no estado emocional da paciente, pela pronta concessão da antecipação da tutela. Recurso provido em parte (SÃO PAULO, 2014).

AGRAVO INTERNO. PROCESSO CIVIL. ART. 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. AUTORA QUE PADECE DE CARCINOMA CEREBRAL. TRATAMENTO NA MODALIDADE “HOME CARE”. CLÁUSULAS LIMITATIVAS QUE SE REVELAM ABUSIVAS QUANDO HÁ EXPRESSA RECOMENDAÇÃO MÉDICA. SÚMULA Nº 90 DESTA E. TJSP. Tratamento “home care” que não se liga só à enfermagem e terapias auxiliares, mas significa a transferência das condições do hospital para a residência do paciente. De rigor o reembolso, pela ré, dos valores despendidos com as sessões de fonoaudiologia, sob pena de prejudicar o próprio objeto do contrato. Dano moral decorrente de excepcional sofrimento da autora com a recusa em momento que mais precisava da ré para cuidar da sua saúde. Arbitramento em R\$ 10.000,00 que não comporta redução. Agravo interno improvido (SÃO PAULO, 2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA JULGADA PROCEDENTE. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DAS DESPESAS COM PROCEDIMENTOS EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO. COBERTURA NEGADA. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO CUSTEIO CONFIGURADAS ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE QUANDO A OPERADORA NÃO POSSUIR UM NOSOCÔMIO QUE POSSUA CONDIÇÕES DE DISPONIBILIZAR AO USUÁRIO O MESMO TRATAMENTO NECESSÁRIO. OBRIGAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE EM ARCAR COM AS DESPESAS DO TRATAMENTO. RECURSO. APELAÇÃO. NEGA PROVIMENTO. 1. Sendo o seguro saúde um contrato de consumo e envolvendo o tipo contratual um direito fundamental, a interpretação das suas cláusulas deve considerar argumentos hermenêuticos substanciados nos princípios da razoabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais, na busca de uma interpretação coerente com a boa-fé objetiva e que confirmem a elas um sentido que não as torne abusivas; 2. - não possuindo a operadora hospital credenciado ou conveniado capaz de atender às necessidade do usuário ou do seu dependente em caso de urgência, será lícito a procura de hospital não conveniado ou credenciado (PARANÁ, 2013).

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. ALTERAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS. PRESCRIÇÃO DECENAL. 1. Não há falar em ilegitimidade ativa, uma vez que o autor na condição de beneficiária está autorizada a buscar em juízo a revisão das cláusulas que entende como abusivas. Perfectibilizada a relação material entre as partes, rejeitada a prefacial. 2. Tratando-se de ação revisional de cláusula abusiva de contrato de plano de saúde, aplicável a prescrição decenal, conforme prevê art. 205 do CC. Precedente do e. STJ. 3. É vedada a discriminação do idoso, em razão da idade, na cobrança de valores diferenciados nos contratos de plano e de seguro de saúde. 4. A previsão do reajuste da mensalidade em razão da faixa etária é abusiva, devendo ser declarada nula. Aplicação do estatuto do idoso e do CDC. 5. Por se tratar de norma cogente, o estatuto do idoso deve ser aplicado nos contratos de trato sucessivo, de forma imediata, mesmo naqueles contratos celebrados antes da sua vigência. É o caso dos autos. 6. Reconhecida a abusividade da cláusula que prevê o aumento da mensalidade exclusivamente em razão da faixa etária, impõe-se a restituição dos valores pagos a maior, na forma simples, observada a prescrição. Recurso de apelação desprovido (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Denota-se que os consumidores recorrem ao Poder Judiciário com intento de concretizar seus direitos perante o abuso de cláusulas limitativas constantes nos contratos de planos de saúde e até mesmo em relação a algumas disposições da Leis Provisórias (Lei 9.656/98).

Via de regra, o intérprete embasa sua decisão na vulnerabilidade consumerista cujo significado refere-se à desigualdade econômica, financeira, política ou técnica. Na situação de hipossuficiência técnica, o aderente não tem como demonstrar o nexo de causalidade para fixar a responsabilidade do fornecedor, este incumbido do ônus da prova. O hermeneuta, também, fundamenta suas decisões nos demais direitos fundamentais da CF atrelados à dignidade da pessoa humana e na função social do contrato. As operadoras de planos de saúde, muitas das vezes, são condenadas a fornecerem cobertura de sinistros não previstos no contrato e prestação de serviços de saúde de forma integral e, às vezes, ilimitada.

3.4 Da interpretação das cláusulas contratuais

De acordo com os entendimentos supracitados, o Poder Judiciário promove justiça social em detrimento das operadoras. Os defensores, da cobertura ilimitada dos serviços de saúde por

parte das operadoras, entendem que o direito humano à saúde é intrínseco à vida, como observa Trettel (2010, p.47):

Todos os serviços de saúde, mesmo os prestados pela iniciativa privada, envolvem direitos fundamentais, sendo constitucionalmente considerados como de relevância pública. Não se trata, portanto, de um negócio qualquer - ou serviço, na acepção do Código de Defesa do Consumidor -, livre à iniciativa privada, para que o preste da melhor maneira que lhe aprouver - leia-se “da maneira menos custosa e mais lucrativa possível.

Em razão dos beneficiários terem seus direitos solapados perante a negativa de serviços de saúde pactuados com as operadoras ou de sofrerem os efeitos de cláusulas abusivas, acionam o Judiciário para solucionar a lide, pois não há de se falar em liberdade ou igualdade nessas condições. Esses litígios quando levados ao Poder Judiciário, denominam-se como judicialização da saúde suplementar, ou como preferem alguns autores, a justiciabilidade, que concretiza direitos à saúde pela via judicial.

De igual forma, observa-se que o princípio da dignidade humana possui eficácia jurídica, especialmente para vincular e condicionar a atividade interpretativa, para impedir atos e normas que lhe sejam contrários e para vedar aqueles que impliquem retrocessos. Mas seu núcleo essencial, o mínimo vital, possui eficácia integral, ou seja, positiva (SALAZAR; GROU, 2009, p.13-41).

O enfrentamento desses litígios pelo magistrado reitera que o modelo de subsunção mecânica destinado à garantia e validade da norma e, por considerações creditadas apenas à lei vigente advinda de fonte estatal, mostrou-se um modelo ineficaz e ultrapassado frente as celeumas contemporâneas. Por isso, o intérprete lançará mão de sua discricionariedade com a finalidade de solver os conflitos encaminhados ao Judiciário e desenvolver novas formas de decisões judiciais, é dizer, respaldar-se-á na aplicação: dos direitos fundamentais, das leis, dos critérios interpretativos, dos princípios constitucionais e dos princípios do contrato, estes últimos introduzem valores morais e sociais no sistema jurídico. No entanto, veda-se acrescer hipóteses que extravasem essa margem, mas é autorizado eliminar as que não se coadunam ao caso sub judicie.

Verifica-se que o julgador deixou de ser “boca da lei” ao exercer atividade repressiva e sancionatória perante o desequilíbrio nas relações contratuais, sem essa discricionariedade aquele não poderia desempenhar sua função: realização da justiça. Ao considerar esse fator, Kelsen, em

outra vertente, destoante do positivismo jurídico, constatou que a criatividade é inerente ao processo de interpretação e aplicação das normas, como ressalta Dimoulis (2006, p.211):

Kelsen oferece uma resposta mitigada ao problema da natureza da aplicação do direito. Afirma que a aplicação do direito possui caráter cognitivo, na medida em que a autoridade competente deve encontrar as alternativas situadas dentro da moldura do texto normativo, mas sustenta, também, que a norma não pode ser aplicada sem o ato de vontade da autoridade que é competente para escolher entre as alternativas. A menos que aconteça o improvável e a norma se revele absolutamente concreta, permitindo uma única solução, o aplicador não pode adotar uma postura puramente cognitiva. Sempre deve realizar uma escolha, manifestando sua preferência.

Todavia, de forma contrária, alguns juízes decidem de acordo com critérios imprecisos calcados na subjetividade quando recorre à plasticidade conferida ao ordenamento jurídico, o que provoca, muitas das vezes, insegurança jurídica.

No entendimento do jurista Marinoni (2010, p.19) esse problema origina-se da ausência do dever judicial de respeito aos precedentes:

Contudo, nem ao se “descobrir” que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do Civil Law rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar indisfarçável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do próprio Poder que a editou.

O mencionado jurista afirma que as decisões proferidas em lides anteriores sirvam de precedentes normativos com o escopo de dar coerência ao sistema jurídico, além de direcionar a atividade jurisdicional. Evidencia-se a aproximação do sistema *civil law* (direito criado pelo Poder legislativo, o juiz vincula-se à lei + fatos = decisão) e do *common law* (direito criado pelo juiz mediante casos concretos solucionados e considerados fontes do direito, o juiz vincula-se aos precedentes, o que gera maior estabilidade e previsibilidade das decisões), bem como a importância da observação dos métodos de interpretação constitucional para justificar de forma ponderada e racional as decisões que solucionam os novos problemas originados nas relações contratuais, em específico, as referentes aos planos de saúde.

Nessa seara, o princípio da justeza ou conformidade constitucional objetiva evitar que o intérprete modifique o sistema jurídico determinado pelo legislador e, assim, faça prevalecer sua vontade em detrimento dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Não cabe ao hermeneuta fundamentar sua compreensão em princípios não previsto no ordenamento jurídico, pois violará o esquema organizacional que lhe é vinculante (CANOTILHO, 2003, p.1224-1225).

Ainda, para o jurista (CANOTILHO, 2003, p.1224) o princípio da máxima eficiência concede às normas constitucionais maior eficácia autorizada pelo sistema, pois liga-se, especialmente, às normas de direitos fundamentais de maneira a dar-lhes ampla aplicação. O mencionado princípio parece articular-se, diretamente, à técnica de ponderação na medida em que pressupõe a elasticidade dos direitos fundamentais, isso ocorrerá diante de cada caso concreto. Logo, deve ser atribuída aos direitos fundamentais a mesma eficiência que as demais normas permitirem no caso sub judice.

Já o princípio da força normativa da Constituição valoriza a interpretação que bem-conceitue a evolução histórica das estruturas constitucionais, a fim de assegurar a permanência dos Institutos mediante constante atualização porque a estrutura da CF deve ser respeitada tanto na forma quanto em seu desenvolvimento. Por isso, a história dos Institutos constitucionais deve ser considerada para que se obtenha uma correta interpretação (CANOTILHO, 2003, P.1226).

Na intelecção de Rothenburg (2005, p.109) a legitimidade constitucional, garantidora da democracia, tem amparo em valores mais altos e estáveis, que preservam os interesses das minorias em razão de estar livre de contingências majoritárias. O controle judicial de constitucionalidade aparece como um corretivo para desvios demagógicos e torna a jurisdição constitucional uma condição de democracia.

A partir do momento em que o contratante acionar o Poder Judiciário para promover revisão contratual diante de um contrato desequilibrado via contratos de adesão imbuídos de cláusulas abusivas, o magistrado intervirá no conteúdo material do contrato, seja para expurgar determinada cláusula contratual, seja para alterar o significado, seja para reduzir a carga financeira contida nesta cláusula, seja para expurgar o capítulo contratual inteiro, seja para conformar determinada cláusula ao restante do contrato (CUNHA, 2007, p.103).

O intérprete deverá atingir o equilíbrio real de direitos e obrigações dentro do contrato, sempre a observar o cumprimento do princípio da função social do contrato, o da boa-fé objetiva

e, sobretudo o princípio da equivalência material das prestações contratuais, o qual, além da verificação da justiça e do equilíbrio contratual, traz, ainda, em seu bojo atenção e preocupação essencial com o contratante vulnerável. Este é o consumidor que ocupar posição mais fraca na relação de consumo, por isso incapaz de conhecer as informações técnicas do produto ou serviços. Vale lembrar que, o princípio da equivalência material é o ativador essencial da revisão contratual dentro da concepção social dos contratos, especialmente a partir do advento do CDC e do CC de 2002 (CUNHA, 2007, p.104-106).

Nota-se que a flexibilização das cláusulas contratuais de planos de saúde origina-se quando o Poder Judiciário é acionado para solucionar celeumas advindas de um contrato injusto ou desequilibrado, em que há onerosidade excessiva para uma das partes, frequentemente a mais fraca da relação contratual, e, eventualmente, a vantagem exagerada para a outra parte, frequentemente a parte mais forte da relação contratual. Então, o Poder Judiciário, ao intervir nos contratos, restabelece o equilíbrio entre as partes no caso concreto e, atuará como sujeito da atividade econômica ao agir como maximizador da riqueza econômica e social, por conseguinte, alcançará o desenvolvimento nacional (um dos objetivos fundamentais da República).

Por esse motivo, surge o fenômeno da judicialização ou justiciabilidade dos contratos de adesão impregnados de cláusulas abusivas, em que o aderente obriga-se a “pegar ou largar”. A judicialização concretiza-se pela revisão contratual, que tem como esteio o princípio da função social, o da boa-fé objetiva e o da equivalência material das prestações contratuais, a fim de alterar ou modificar o pacto de vontade e, assim, manter o equilíbrio da prestação e contraprestação, além de promover o alcance da justiça contratual. Frise-se que a revisão contratual evita a resolução ou mesmo anulação do negócio jurídico. E, tem previsão no artigo 6º, V, do CDC que consagra o princípio da equidade contratual e o da conservação do contrato, ao prever a revisão contratual em caso de onerosidade excessiva.

Em face dessa injustiça contratual, o intérprete-juiz recorrerá aos direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição, aos princípios sociais, aos usos e costumes, aos precedentes jurisprudenciais, ao CDC (precipuamente ao artigo 51, I a III, parágrafo 1º) e ao CC (arts. 423 e 424). Observa-se que, casuisticamente, o magistrado encontra limites em sua atuação jurisdicional, por isso não pode se valer de argumentos subjetivos cujos resultados geram decisões distintas para “casos iguais” e, por conseguinte, insegurança jurídica.

Por fim, trata-se de interveniência corretiva no cerne contratual por parte da autoridade judicial com o escopo de equalizar o negócio jurídico por meio da flexibilização das cláusulas contratuais, quando destoarem da concepção social. Importante lembrar que o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) ainda prevalece como regra geral para a Teoria dos Contratos e, tem-se como exceção a intervenção do Poder Judiciário (judicialização) quando as cláusulas contratuais onerarem o contratante mais débil e, conseqüentemente, violar direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou demonstrar a relativização do princípio da obrigatoriedade diante do cumprimento do princípio da função social do contrato, asseverando que o negócio jurídico não pode onerar uma das partes do contrato tampouco espriar efeitos nocivos na sociedade.

A função social do contrato tem por primazia equalizar a relação jurídica em desequilíbrio para que, assim, seja levada a termo. O referido princípio integra o Instituto do Contrato bem como o princípio da autonomia da vontade, da obrigatoriedade, da relatividade, da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e o da função social do contrato.

A pesquisa ressaltou o relevante papel social desempenhado pelo Instituto do Contrato, tendo em vista que agrega sujeitos de direito em torno de um fim. A pessoa como cerne do contrato sofre desrespeito, constantemente, de seus direitos em razão de sua vulnerabilidade frente ao poder econômico do fornecedor de bens e serviços. Essa desigualdade deve ser combatida pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao cumprir os deveres jurídicos de solidariedade como: os de colaboração, de lealdade, de confiança, de mútua assistência e de fidelidade. Todos efetivados pela aplicação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Vale ressaltar, que no Estado Liberal, o contrato teve como função precípua a circulação de riquezas e a falsa ideia de que a expressão da vontade colocava as partes no mesmo patamar de igualdade, além de o princípio da obrigatoriedade ter caráter de lei. No Direito contemporâneo, o contrato preza pelo cumprimento do princípio da boa-fé objetiva e o da função social, que analisa o contrato a partir do meio social que o circunda, a fim de coibir a onerosidade excessiva sofrida por uma das partes do negócio jurídico, além de preservar a sociedade de eventuais prejuízos.

Nota-se que a função social do contrato tem como escopo tutelar tanto o direito da parte desvalida da relação contratual como os interesses transindividuais, é dizer, da coletividade. Logo, a função social do contrato tem dupla eficácia. A eficácia externa ou de efeitos extrínsecos diz respeito aos efeitos jurídicos concernentes às partes do contrato e à sociedade, isto é, os interesses individuais dos contratantes que devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais. Já a eficácia interna ou de efeitos intrínsecos refere-se somente às partes

contratantes, que ao pactuarem a avença, devem observar os princípios contratuais e constitucionais.

No Direito Contemporâneo a concretização da função social do contrato é limitador do princípio da autonomia da vontade e, por conseguinte, do princípio da obrigatoriedade, já que a avença pode extrapolar o limite legal e repercutir de forma malévola no âmbito social e não apenas ao contratante em desvantagem. Vale frisar que o princípio da função social não suprimiu o princípio da obrigatoriedade, apenas lhe deu outra leitura, é dizer, as partes não ficam aprisionadas ao cumprimento de um contrato danoso até que o finde. Há, portanto, um redimensionamento no mencionado princípio que sofre mitigação, atenuação de seu cumprimento inflexível, rígido, duro.

Neste contexto, evidencia-se uma difícil compreensão do que venha ser função social do contrato, já que o legislador esquivou-se de dar o conceito expressamente, isto é, não definiu o conteúdo, abrangência e aplicação no âmbito contratual. Diante de um conceito aberto, indeterminado, abre-se margem para livre atuação dos contratantes e também para a má-fé. Em razão disso, o conteúdo desta norma será preenchido pelo intérprete no caso concreto quando houver vantagem excessiva a uma das partes e desvantagem em excesso para outra, seja antes durante e depois do cumprimento do contrato.

O hermeneuta equilibrará a relação contratual mediante interpretação de acordo com o contexto social, aplicação dos princípios contratuais, dos direitos fundamentais, dos precedentes normativos, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão com cláusulas ambíguas ou contraditórias, anulará cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente em contratos de adesão, modificará cláusulas com prestações desproporcionais e, promoverá revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos superveniente que as tornem excessivamente onerosas.

É de suma importância o papel do juiz ao suprir a vontade do legislador. No entanto, deve-se ter em mente que o intérprete não poderá inovar no caso concreto, ou seja, não poderá criar outro contrato, pois solaparia a vontade das partes. Caberá a ele corrigir distorções geradoras de prejuízos, desvantagens, que inviabilizam o cumprimento da avença e, desse modo, recorrer à revisão ou em caso extremo à resolução do contrato. O juiz efetivará o princípio da função social e assim flexibilizará a cláusula contratual responsável pelo prejuízo causado a uma das partes, comumente, a parte vulnerável, ou hipossuficiente na relação de consumo, como é no

caso dos contratos de adesão de consumo de planos de saúde que sofrem ampla flexibilização das cláusulas abusivas em razão do descumprimento da função social. É cediço que no contrato de adesão não há margem para negociação das cláusulas contratuais com o consumidor, situação em que ocorre o abuso por parte do fornecedor.

Atualmente, o aderente de contratos de planos de saúde, quando lesado em seu direito, aciona o Poder Judiciário e, com o aumento da demanda ocorre o fenômeno da judicialização daquelas espécies de contrato em que o juiz promoverá a revisão e, por conseguinte, a conservação do contrato, a fim de as partes cumprirem o pacto. A flexibilização, das cláusulas contratuais abusivas, objetiva efetivar a função social do contrato, o que gera a falsa impressão de que se extinguiu o princípio da obrigatoriedade, *pacta sunt servanda*.

Por fim, o que há é a relativização do princípio da obrigatoriedade como o é na teoria da imprevisão, do CC, em que por *motivos imprevisíveis* haverá desproporção no valor da prestação no momento da execução e, isso confere ao juiz o poder de revisão do contrato. No CDC, a teoria da imprevisão ou teoria da onerosidade excessiva admitirá a revisão do contrato diante de *circunstância superveniente* capaz de desequilibrar a base objetiva do contrato ao prestação excessivamente onerosa. Conforme narrado alhures, o princípio da obrigatoriedade decorre do princípio da autonomia da vontade, logo tem força de lei, uma vez que a manifestação da vontade das partes, no Estado Liberal, traduzia-se em lei e constringia os contratantes ao cumprimento completo do negócio jurídico. Em contrário, essa idéia liberal não mais prevalece e sim a ideia de justiça e equilíbrio contratual.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, J. Manoel de Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. RT, v.815 e RF, n.371.

AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização, do paradigma da aplicação ao paradigma judiciário decisório. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v.32, n. 100, p. 10-37, dez. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). **Revista dos Tribunais**, 750/116 e 117.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.230.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Organização Saraiva. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Organização Saraiva. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização Saraiva. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração; **Agravo Recurso Especial 343.003**; Proc. 2013/0148042-2; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; Diário da Justiça 25/02/2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 46, n182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSIN, René. **El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedade universal**. In: Viente años de evolución de los derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito de defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 3º v. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACCHINI, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado** In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O novo Código Civil e os contratos celebrados antes da sua vigência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/>

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMOPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil; Contratos: Teoria Geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais Inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito – Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IRTI, Natalino. Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XXV, parte I, 1979.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho e agrário**. 3ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editos Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n.753, p. 25-48, jul. 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil brasileiro. Direito das obrigações.** 2º Parte, atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT, v.12. p.54,out.dez./2002.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Paraná: Juruá, 1. ed., 5. tir., 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson. **Contratos no Código Civil.** In: Estudo em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. Coords. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0900976-7; Curitiba; Nona Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Sérgio Luiz Patitucci; Diário de Justiça do Estado do Paraná 20/02/2013;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução.** Rio de Janeiro, 2001.

_____. **Instituições de direito civil. Contratos.** Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **História do novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale.** São Paulo: RT, 2005. v.1.

_____. **O projeto do novo Código Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO GRADE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 285166-55.2013.8.21.7000;** Caxias do Sul; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; Julgamento em 30/07/2013; Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul 05/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 238725-16.2013.8.21.7000;** Farroupilha; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Luiz Grassi Beck; Julgamento em 31/07/2013; Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul 07/08/2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 2013.069410-6;** Joinville; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Julg. 10/12/2013; Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina 16/12/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo Regimental 0016400-51.2012.8.26.0008/50000; **Acórdão 7253732;** São Paulo; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Maia da Cunha; Julgamento em 10/10/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 21/01/2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0001657-57.2012.8.26.0486; **Acórdão 7205792;** Quatá; Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Marcondes D' Ângelo; Julgamento em 28/11/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 12/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0004566-26.2006.8.26.0246; **Acórdão 7196828;** Ilha Solteira; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alexandre Marcondes; Julgamento em 26/11/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 17/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0007226-37.2008.8.26.0047; **Acórdão 7216889;** Assis; Trigesima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Gomes Varjão; Julgamento em 02/12/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 13/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0013524-13.2013.8.26.0001; **Acórdão 7299373;** São Paulo; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Carlos Alberto de Salles; Julgamento em 28/01/2014; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 14/02/2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0017324-73.2011.8.26.0048; **Acórdão 6943822;** Atibaia; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Loureiro; Julgamento em 15/08/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 08/01/2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0056313-77.2007.8.26.0602; **Acórdão 7199232;** Sorocaba; Vigésima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Correia Lima; Julgamento em 25/11/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 12/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1006117-30.2013.8.26.0100; **Acórdão 7291414;** São Paulo; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel^a Des^a Ana Lúcia Romanhole Martucci; Julgamento em 24/01/2014; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 25/02/2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1025541-58.2013.8.26.0100; **Acórdão 7300870**; São Paulo; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Carlos Alberto de Salles; Julgamento em 28/01/2014; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 14/02/2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 9113952-86.2009.8.26.0000; **Acórdão 7128752**; Porto Ferreira; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva; Julgamento em 23/10/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 03/12/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração 0003358-82.2012.8.26.0153/50000; **Acórdão 7265012**; Cravinhos; Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Julgamento em 15/10/2013; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 04/02/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. In: SARLET, Ingo. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org. Luís Roberto Barroso. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**. In: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco Antônio Marques (Coord). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

WALD, Arnaldo. **O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual**. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.21, jul./set. 2003, ano 6.