

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. UMA CONTRAPOSIÇÃO OU UMA SUPERPOSIÇÃO DE PRINCÍPIOS?

Leandro Valladares*
Iacyr de Aguiar Vieira**

Imaginemos uma moeda em que de um lado esteja incrustada a imagem de um campo de trigo sendo trabalhado por muitas pessoas. No verso, o valor impresso nesta moeda. A imagem do campo seria o caráter social da atividade econômica e o valor impresso, a representação econômica de cada peça colocada em circulação no mercado. Como dissociar as duas faces desta moeda?

Sumário: Introdução. 1. A importância do contrato no meio social. 2. Breve consideração sobre a evolução histórica do contrato. 3. O princípio da função social nos contratos. 4. A função econômica do contrato em face do princípio da função social. 5. Considerações sobre a inserção do princípio da função social do contrato como uma cláusula geral. 6. A função social como um princípio norteador da função econômica do contrato. 7. Bibliografia.

Introdução

O Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta uma série de novos princípios contratuais: o princípio da boa fé, o princípio da função

* Advogado e Professor Universitário.

** Professora de Direito Civil e de Direito Internacional Privado na Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito Privado pela Université Robert Schuman de Strasbourg, France.

social do contrato e o princípio da função econômica do contrato. Estes princípios não são desconhecidos do sistema jurídico nacional. Consagrados pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor apresentou esta mesma série de princípios como mecanismos de proteção da parte considerada como vulnerável numa relação contratual, tendo como objeto uma prestação no âmbito das relações de consumo.

Importantes trabalhos já foram desenvolvidos nesta área, seja realçando os princípios norteadores da relação de consumo, seja realçando os novos princípios apresentados pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Assim, nesta exposição, apresenta-se a questão de saber em que medida o princípio da função social do contrato pode servir de norteador, de limite ou mesmo de delineador do princípio da função econômica. A boa fé apresenta-se como uma baliza moral, desta feita observada em seus dois parâmetros, o subjetivo e o objetivo, vez que a subjetividade sem a franca demonstração através de comportamentos objetivos voltados para a concreta realização dos fatos almejados pelos contratantes, resulta importante apenas no momento de criação do ato jurídico, conferindo-lhe validade.

A síntese que poderá advir desta confluência de princípios apresenta-se como uma importante tarefa ao aplicador do Direito. As idéias de moralidade no âmbito das relações jurídicas, tão caras ao legislador de *civil law*, e a análise econômica do Direito, tão presente nos sistemas de *common law* poderão encontrar no Direito Brasileiro um pano de fundo propício à conjugação destas duas forças, presentes na relação contratual, com o desenvolvimento de uma nova teoria contratual baseada tanto na realidade econômica quanto nos preceitos morais que devem conduzir as relações jurídicas.

Nesta exposição, os autores buscarão efetuar uma apresentação do princípio da função social e da função econômica do contrato e verificar, na jurisprudência nascente, em que medida ocorre uma contraposição ou uma justaposição destes novos princípios contratuais.

1. A importância do contrato no meio social

A estrutura social moderna, com sua necessária circulação de riquezas, está diretamente ligada, e de forma crucial, ao fenômeno contratual. O contrato constitui por excelência o instrumento pelo qual se desfazem, constituem, modificam, resguardam, transferem e conservam bens e direitos. A compra de um carro, o aluguel de uma casa, o empréstimo de dinheiro, todas essas situações não seriam possíveis se a relação contratual não pudesse efetivar-se. O mundo financeiro

estagnaria, conforme afirmou Caio Mario da Silva Pereira: "O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, em tão alta escala que, se fizesse uma abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a vida do homem limitar-se-ia aos momentos primários"¹.

O contrato encontra-se como uma estrutura fática e como uma estrutura normativa para as relações econômicas. Assim, tem ele uma dupla função: a de garantir a livre circulação de bens no meio social e ao mesmo tempo, conferir segurança jurídica a esta circulação, vez que a realidade sem controle pode conduzir a desigualdades no plano econômico e social. Seu ofício é então, garantir a satisfação das vontades humanas; permitir que os anseios paralelos unam-se em torno de um mesmo instrumento, e, assim, possam satisfazer as ambições de quem contrata. Entretanto, não deve ele consentir que a vontade de uns possa suprimir a de outros, criando um abismo de condições coletivas.

Como ensina Messineo², "o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, através da transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos". Esta idéia, no entanto, surge apenas no final do Século XIX e no início do Século XX, abrindo o debate sobre a função social do contrato.

Neste sentido, destaca-se a obra de Raymond Saleilles (1855-1912), que, influenciado pelo pensamento alemão, não foi indiferente às novas idéias de solidariedade no direito privado. Através do método histórico que ele pretendeu promover, buscou substituir o voluntarismo jurídico pela concepção de justiça social, não obstante suas idéias ervadoras no plano político³. Sobre a interpretação do contrato pelo Juiz, em caso de divergência na intenção recíproca das partes, assim se manifesta Saleilles: "(...) O contrato não é um ato de perfeição de

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Contratos, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

² Messineo, citado por GOMES, Orlando, Contratos. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.21.

³ TELLIER, F., Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social, In: *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, nº 20, p. 147-177.

uma vontade criadora de direito; mas o procedimento de adaptação de vontades privadas à utilização de esforços comuns, para a satisfação de interesses individuais recíprocos. Também é de acordo com o fim social deste procedimento de solidariedade jurídica, e não de acordo com a fantasia individual de cada um daqueles que aí tomam parte, que o contrato deve ser interpretado e aplicado⁴.

Segundo Demogue, "... *Nous savons qu'il suffit de certaines libertés. On n'a pas besoin de la Liberté. L'ordre social importe beaucoup plus*"⁵. Esta noção se revela de forma clara em Josserand, segundo o qual, com o direito dos contratos pode-se descobrir uma nova função e um novo aspecto da teoria do abuso de direito, que vai condicionar, não mais as prerrogativas legais, pretensamente absolutas, mas relações obrigacionais que são a obra de vontades privadas e cujo caráter relativo tem um valor quase constante, de sorte que seu relativismo vai de encontro à relatividade das obrigações às quais ela vem se sobrepor e reforçar.

Segundo Josserand, por ter uma origem convencional e uma *portée* restrita, as obrigações, malgrado sua abstração tradicional, são também prerrogativas sociais, destinadas a se realizar socialmente e eqüitativamente; como os direitos reais, como os direitos ditos absolutos, elas comportam uma finalidade. No direito moderno, os contratos são de boa fé; é numa atmosfera saudável, e não viciada, que eles devem se preparar, se concluir, se executar e se extinguir⁶; os contratos não são uma finalidade em si mesmos, mas meios empregados em vista de um fim a alcançar; afastá-los desta finalidade, é cometer um abuso do direito contratual⁷.

⁴ SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 a 144), Paris: Pichon, 1901, pp. 228-229.

⁵ DEMOGUE, R., Traité des obligations en général, Paris: Rousseau & Cie, t. 1, 1923, n. 5.

⁶ Como bem observa MARTINS-COSTA, Judith H., O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação", In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001, p. 211-260, esp. p. 249-250: "a boa fé vem posta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (art. 422), seja na fase de sua conclusão (abrangendo, por óbvio, a fase das tratativas, pois se deve considerar a noção da obrigação como um processo), seja na sua execução. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa de deveres de comportamento pautado por um específico standard ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé que reveste todo o íter contratual".

⁷ JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*. 2ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 124-125.

Estas idéias se desenvolveram a ponto de se acreditar num declínio do contrato ou a preconizar a morte do contrato, já que este era tido pela doutrina clássica, como um dos instrumentos da liberdade individual. Os autores, no entanto, mostraram que ocorre o contrário visto que a sociedade se utiliza cada vez mais do instituto, embora concebido sob outra roupagem⁸. A concepção individualista e liberalista que tomou corpo durante o Século XIX, sob uma dupla influência: a inspiração kantiana e uma liberação progressiva das trocas econômicas, cede espaço a uma concepção social das relações contratuais⁹.

2. Breve consideração sobre a evolução histórica do contrato

A concepção de contrato nem sempre foi a mesma através dos tempos. A teoria contratual, no evoluir histórico, adaptou-se às necessidades humanas, a fim de que as peculiaridades de cada tempo e lugar fossem respeitadas, permitindo assim a circulação livre e desembaraçada de riquezas.

Na Roma antiga, a concepção contratual apresenta profundas diferenças com a que hoje temos. Os contratos, naquela época, eram agrupados em quatro categorias nominadas (*re, veris, litteris, consensu*) e em contratos inominados (*do ut des, do ut facias, factio ut des e factio ut facias*)¹⁰.

Para ser considerado como um contrato, o acordo de vontades devia ser acompanhado da possibilidade de se intentar a *actio*, ou seja, somente aqueles acordos que detinham o respectivo *direito de ação* eram considerados contratos. E apenas essas quatro modalidades cita-

⁸ Analisando, por exemplo, as idéias de GILMORE, Grant, *The Death of Contract* (La morte del contratto, tradução de Andrea Fusaro), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. O autor discute algumas idéias mestras que percorreram a evolução da disciplina do contrato nos seus dois séculos de vida americana. O título é fictício, pois, mais que da morte, fala-se da vida do contrato, bem como do arco ascendente e descendente da teoria geral do contrato. O autor fala sobre "morte" porque quer relativizar a teoria geral clássica e, se possível, colocar uma pedra sobre ela. Analisa o nascimento da teoria abstrata do contrato, a sua função ideológica e política; a progressiva objetivação da "consideration"; o fim da teoria clássica e a exigência de uma análise dos interesses concretos expressos no acordo, conduzida com o método formal mas com exame dos interesses substanciais.

⁹ Para uma retrospectiva sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade na vigência do Código Civil de 1916, ver o artigo de VIEIRA, Iacyr de Aguiar, A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 791, Setembro de 2001, p. 31-64.

¹⁰ SCIASCIA, Gaetano, *Istituzioni di diritto romano in sintesi*. 3ª ed., Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1969, pp.119-140.

das dele desfrutavam. A forma era muito importante para a formação dos contratos, sendo a solenidade um elemento essencial para que um *consenso* fosse considerado um contrato perfeito.

O contrato, uma vez celebrado com observância estrita ao ritual, já que o rigorismo formal era muito grande, gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*. O credor desprovido da *actio* correspondente não estaria munido da faculdade de reclamação em juízo.

As demais categorias contratuais eram chamadas de *pactum*. Estas, entretanto, não permitiam ao sujeito ativo da relação o *direito de ação*, e como se sabe a importância que isto dotava, não tinham os pactos a força cogente (*nuda pactio obligationem non parit*; Ulpiano, D.2, 14, 7, 4). Todavia, algumas categorias de pactos eram munidas de *actio*, os *pacta adiecta* celebrados de boa fé, os pactos pretorianose (como o *pactum hypothecae* e o *pactum antiretiro*) e os pactos legítimos (como o *pactum donationis*)¹¹.

Conforme observa Orlando Gomes, "Distinguiam os *contractus* de *pactum*. Enquanto o contrato consistia em relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis, o pacto era protegido, apenas, por uma *exceptio*"¹².

Essas duas classificações presentes no sistema romano eram abrangidas por uma maior: o *consensus*. Este era o gênero, do qual contratos e pactos eram a espécie.

No Direito Romano, a obrigação oriunda de uma relação contratual tinha um caráter personalíssimo. Ao formularem o consenso, as partes não se prendiam pelos seus respectivos patrimônios. Sujeitavam os seus próprios corpos ao pagamento da dívida. A dívida recaía sobre o próprio indivíduo, respondendo ele com sua força vital, como se dava nos casos de escravidão por dívida, até o advento da *Lex poetelia papiria* (ano 326 a.C.).

A concepção de contrato no império romano evolui com o tempo, o rigorismo formal foi, aos poucos, sendo deixado de lado, com crescente relevo da vontade e da autonomia negocial.

Na Idade Média, pela grande influência que a Igreja exerceu sobre as relações interpessoais, o que acarretou na valorização da palavra humana frente à divindade, tomou o *consensus* uma conotação mais séria, mais cogente. A palavra humana era, agora, dotada de um grau de importância muito grande e a idéia de pecado fazia com que

¹¹ SCIASCIA, Gaetano, Istituzioni di diritto romano in sintesi, cit., p. 140.

¹² GOMES, Orlando, *Contratos*, Cit. p.17.

os contratantes cumprissem o avençado acima de qualquer coisa. Os pactos deveriam ser cumpridos independentemente de qualquer situação. Surge, assim, o princípio *pacta sunt servanda*, ou o princípio da força obrigatória dos contratos.

Já a concepção clássica de contrato, formulada no período do triunfo revolucionário burguês, apresenta-se com um entendimento bastante diferente do que até agora foi visto. A regra era a liberalidade, sem intervenções, salvo os preceitos de ordem pública.

Na estrutura do Estado liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, em que a vontade reina ampla e livre. Salvo apenas pouquíssimas limitações de ordem pública, a autonomia de vontade é que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas essa força se manifesta apenas entre os contratantes. Reinava pleno e absoluto, salvo, como dito, pouquíssimas exceções, o princípio da autonomia de vontade. Como observa Michel VILLEY, "os modernos definiram o ato jurídico (*Rechtsgeschäft*) como 'manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos'. A alma do contrato é o consentimento, e em princípio, reina a liberdade contratual"¹³.

Presumia-se entre os contratantes uma igualdade que, na verdade, não existia. As partes eram tidas como supostamente iguais, mesmo se fossem pessoas de níveis econômicos extremamente diferentes. Os sistemas jurídicos, salvo os raros casos, nada faziam para a atenuação dessas dessemelhanças. Foi o ápice da liberalidade contratual. Foi consagrado, então, o princípio da autonomia da vontade, concebido como o *poder* de auto-regulação de interesses. Apresenta-se, em seguida como o poder de livre discussão de condições do contrato, e, por fim, como o poder de escolher livremente o tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. O princípio manifesta-se, por conseguinte, sob triplice aspecto: liberdade de contratar propriamente dita; liberdade de estipular o contrato e liberdade de estruturar o conteúdo do contrato.

Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que essa suposta igualdade com que a legislação tratava os contratantes, deu origem a uma desnivelada distribuição de riquezas no meio social, servindo, assim, para legitimar a superioridade da parte mais forte em detrimento da mais fraca. Cláusulas extremamente abusivas eram estipuladas sem qualquer restrição, e, como a força obrigatória dos contratos não sofria qualquer repressão, devia ser cumprido o avençado.

¹³ VILLEY, Michel, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, In: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1957, p. 328.

No plano político, presencia-se a crescente vaga socialista, impulsionando as camadas mais vulneráveis das populações a exigirem uma posição mais ativa do Estado na economia. Os países capitalistas, visando evitar o avanço do socialismo, procuram, através de ações estratégicas, atuar de forma mais eficaz na economia, seja através da intervenção do legislador na formulação de leis de ordem pública de direção ou de proteção, seja através da intervenção do judiciário na aplicação da lei.

O Estado, sob a influência deste contexto social, começou a se mostrar mais presente nas negociações entre os particulares, criando dispositivos que não só buscavam o equilíbrio entre eles em uma relação de negócio, mas também com intuito de regular o contrato em seu aspecto social. O Estado social impôs-se, progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia de vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico¹⁴.

A partir desse momento, o Estado mostra-se mais presente nas relações entre os particulares, a fim de assegurar princípios de ordem coletiva, fazendo com que estes princípios, que assegurariam a manutenção da organização pública, prevaleçam sobre os interesses particulares.

O negócio jurídico passou a ser visto não só como um consenso entre partes às quais ficavam os efeitos ali restritos. Chegou-se à conclusão de que podia ele, como fruto de uma vontade que não seguisse os ditames da moral, da boa fé e dos costumes sociais, trazer malefícios e vir a contribuir para a desarmonia da coletividade.

Assiste-se então, na Europa central, ao surgimento do fenômeno a que se pode chamar solidarismo contratual, que constitui exatamente uma teoria social do contrato. Este solidarismo rompe com a concepção puramente voluntarista do contrato, passando esse a ser percebido como um instrumento de solidariedade, no qual a troca de serviços deve importar sobre os interesses, evitando assim uma crise política à qual conduziria o voluntarismo individualista do Século XIX¹⁵.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2.

¹⁵ JAMIN, Christophe, *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction*. In: *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Paris: Dalloz, 2003, p. 13.

O pensamento liberal e o *voluntarismo simples*, conforme expressou Battifol¹⁶, sofrem assim uma ruptura nos anos 1900-1920, cedendo espaço à teoria social ou solidarista do contrato que se impôs progressivamente no direito positivo¹⁷. Foi nessa época, portanto, que aconteceu, na Europa Central, a gênese de novos princípios contratuais que começaram a limitar a função do contrato e a concebê-lo de maneira mais ampla, ou seja, a partir dos seus efeitos no meio social.

Constata-se, pois, a existência de quase um século de distância entre o movimento jurídico implantado recentemente pelo sistema jurídico brasileiro ao consagrar de forma explícita o princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002 e o movimento ocorrido no velho continente. Assiste-se atualmente na Europa Central à discussão em torno de uma nova crise do contrato, colocando em xeque esta concepção social ou solidarista dos contratos. Esta nova crise revela-se, notadamente, por uma teoria concorrente sobre os princípios: o direito dos direitos humanos, pulverizando o direito em direitos subjetivos, contrariando estes diretamente toda concepção social do direito.

Diante deste quadro, seria possível a implementação do princípio da função social do contrato no Brasil? A pergunta se apresenta como oportuna, principalmente pelo fato de o Brasil estar inserido num contexto político e econômico *globalizado* no qual predomina a corrente de pensamento neo-liberal. Esta pergunta, todavia, não se encontra isolada, sugerindo, por sua vez, uma série de questões de fundo material e de fundo procedimental.

A consagração do princípio da função social do contrato

¹⁶ BATTIFOL, Henri, La "crise du contrat" et sa portée, In: *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 13-30.

¹⁷ Como ressalta Francisco Amaral, "a teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida". Segundo o autor, "é precisamente o contrato, instrumento da autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida primeiramente no Código Civil italiano, art. 1.322, segundo o qual 'podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei, e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a realizar interesses dignos de tutela, segundo o ordenamento jurídico'. Do mesmo modo e de forma idêntica a consagra o Código Civil português no seu art. 405.º, ao dispor que as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato, nos limites da lei, e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo Código, completando-se esse dispositivo com o art. 280.º, que fixa limites ao exercício da autonomia privada, estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. António de Ar-ruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, 1989, p.8- 41, esp. pp.39-40).

sob a forma de uma cláusula geral pode levar o intérprete a cometer abusos na aplicação do direito? Não seria mais interessante o reconhecimento oficial de uma finalidade social através de restrições legislativas ou regulamentares do direito em si, como bem observa Antoine Pirovano¹⁸, após analisar uma série de decisões proferidas em França, a propósito de vários aspectos do direito, tendo como fundamento a idéia de função social dos direitos? A experiência europeia pode servir de modelo a esta nova fase do direito brasileiro?

3. O princípio da função social nos contratos

No Brasil, a inserção do princípio da função social do contrato efetivou-se com a entrada em vigor do Novo código civil. Estabeleceu o legislador, por meio de uma cláusula geral, contida no artigo 421, que os contratos devem atender à sua função social: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*".

No Novo Código Civil, o legislador condicionou o contrato e seus efeitos a um limite, ou seja, à função social que ele exerce. O contrato deve ser firmado de modo que seus espectros sociais não prejudiquem a coletividade, e, dessa forma permita que seja ele um instrumento de circulação justa de riquezas¹⁹. Como ressalta Francisco Amaral, "Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais".

Observe-se que o princípio foi inserido no Código Civil brasileiro, mas sem nenhuma base conceitual ou restritiva acerca do que seja e até onde pode ser aplicado. Sua apresentação sob o regime das cláusulas gerais permitirá que o negócio jurídico seja analisado de acordo com a realidade em que está circundado. Ao analisar se o contrato está atendendo ou não à função social, o operador do direito terá que fazer a observação de acordo com as circunstâncias em que o contrato está contextualizado, permitindo, dessa forma, que parâmetros traçados em uma região, tão peculiares a ela, não interfiram em pareceres de outras, mitigando assim a real essência do princípio.

A relação negocial não é mais observada na estrita visão do

¹⁸ PIROVANO, Antoine, La fonction sociale des droits: Réflexions sur le destin des théories de Josserand. In: *Recueil Dalloz Sirey*, 1972, 12e Cahier - Chronique, pp.67-70.

¹⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., pp.38-39.

código civil de 1916, que levava a relatividade dos efeitos dos contratos em grau máximo. Não se considerava o contrato um fenômeno inserido na sociedade e que nela, se não respeitados seus costumes, poderia produzir efeitos maléficos.

Conceituando a função social do contrato, Humberto Theodoro Júnior explana: "A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que estipulam (contratantes). Dessa forma, fica a função social com um escopo de limitação objetiva do contrato"²⁰.

Não é a função social um dispositivo que se preocupa com a face interna do contrato, mas sim com o que ele externa à sociedade e os efeitos maléficos que poderá causar se não respeitados os costumes, os princípios éticos e a moral do contexto em que o contrato está inserido. Não cabe a esse princípio ser aplicado às relações internas do contrato. Para esse tipo de relações o código civil estabeleceu o princípio da boa-fé objetiva, consagrado pelo artigo 422 do Novo Código Civil. Por ele, cuida-se da relação no que tange a seus membros, em suas condutas uns com os outros. As partes devem observar, quanto aos direitos e obrigações gerados por aquele consenso, se está atendendo aos pilares da probidade e boa-fé.

São nesses dois pontos que diferem os princípios supracitados. O da função social volta-se a uma visão da projeção contratual aos membros da sociedade, já o princípio da boa-fé, cuida de resguardar a moralidade na conduta das partes contratantes²¹.

Desta forma, de acordo com o princípio da função social, a relação contratual deve alcançar um contexto maior em que está inserida. O

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, cit., p. 29.

²¹ Como observa Francisco Amaral, "*Função social significa não individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem-comum, o bem estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve. Ideologicamente, representa a teorização do bem comum, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar, ou eliminar até, a propriedade privada. Sistemáticamente, atua no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e consequentemente da afirmação da pessoa. E ainda historicamente, o recurso à função social demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela dogmática tradicional do direito privado, liberal e capitalista*". AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., pp.38-39.

meio que a circunda, em hipótese alguma deve entrar em dissonância por conta de um consenso formado por alguns membros que o compõe. O intuito da inclusão do princípio da função social do contrato na legislação brasileira é justamente resguardar terceiros, estranhos ao negócio jurídico, de eventuais conseqüências danosas que este possa trazê-los. Assim, na abstenção de condutas contratuais nocivas a terceiros é que se opera a função social do contrato.

São exemplos, segundo Humberto Theodoro Júnior de desrespeito à função social do contrato, em virtude do abuso da liberdade de contratar, as seguintes situações:

- A) Induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa.
- B) Alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade.
- C) Alugar quartos de apartamento de prédio para transformá-los em pensão.
- D) Ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros.
- E) Qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores.
- F) Qualquer contrato que, no mercado importe o exercício de concorrência desleal.

No primeiro exemplo citado pelo autor, pode-se, fazendo uma exemplificação mais ampla, pensar em um contrato celebrado entre um proprietário de uma grande empresa e um publicitário, no qual as partes acertam o uso de propagandas subliminares. Este tipo de modalidade publicitária não permite ao público ter uma opinião formada e consciente do que seja o produto, pois os estímulos ao consumo são empregados em um nível abaixo do limiar da consciência. Desta maneira, o contrato entre o publicitário e a empresa estaria, diretamente, prejudicando terceiros, e assim, não atenderia à sua função social.

No segundo exemplo, pode-se imaginar a situação de um proprietário de um imóvel situado em um bairro residencial, que o aluga como casa de festas. Este contrato irá prejudicar os moradores do bairro em que o imóvel está inserido, e, por conseguinte, não estará atendendo à sua função social.

Note-se, que todos os exemplos citados pelo autor lançam um olhar objetivo sobre o contrato e sobre os seus efeitos em relação à coletividade.

Não há ainda um acervo jurisprudencial que firme as bases da função social do contrato. Algumas decisões, no entanto, podem ser citadas como exemplo da aplicação efetiva deste princípio, no momento de formação do contrato.

Assim, decisão proferida em ação cautelar inominada, relativa a cancelamento unilateral de seguro saúde: "os estritos limites do agravo de instrumento permitem, tão-só, apreciação da matéria definida na decisão hostilizada, afigurando-se incabível analisar questões relacionadas ao mérito da ação originária. A função social do contrato repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social, sob pena de a liberdade individual no contrato, com força obrigatória, tornar-se fonte geradora de anarquia social, incompatível com a nova concepção contemporânea de Estado"²².

Interessante também é a decisão proferida em Apelação Cível numa Ação anulatória de relação de consumo. Decidindo sobre a invalidade de cláusula abusiva, a decisão releva que: "1. O contrato, na relação de consumo, deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade. 2. Em decorrência da função social, revela-se abusiva a cláusula que, em contrato de plano de saúde, exclui de cobertura as próteses necessárias ao restabelecimento da saúde. 3. Apelação conhecida e não provida"²³.

Verifica-se, da leitura destas ementas, que no Brasil a concepção de função social poderá se amoldar tanto à idéia de social em sentido lato, quanto à idéia de social em sentido estrito. O Estado poderá utilizar deste princípio tanto para a promoção de interesses sociais coletivos (estruturação social do Estado) quanto para a promoção de interesses individuais (principalmente na área de saúde) que constituiriam, num primeiro momento, uma função do Estado, delegada, na economia neoliberal, a particulares.

A partir da idéia de abuso de direito, a jurisprudência francesa adotou, durante a metade do século passado, uma concepção social dos contratos em diversas situações: em matéria de direito do trabalho, quando da rescisão de contrato de trabalho por tempo indeterminado, em face da "*légèreté blâmable*" do patrão, ou seja, ausência de motivos realmente relevantes para tal rescisão²⁴; em matéria de locação de

²² Tribunal de Justiça da Bahia, AG 3.212-2/02 (16.309) - 1ª C.ív. - Rel. Des. Robério Braga - J. 08.05.2002.

²³ Tribunal de Alçada de Minas Gerais, AP 0341075-9 - Teófilo Otoni - 3ª C.ív. - Rel. Juiz Caetano Levi Lopes - J. 26.09.2001.

²⁴ Camerlynck et Lyon-Caen, Précis du droit du travail, Dalloz, 2e ed., 1967, p. 137 et

imóveis, conforme decisão prolatada em 1965, em que o locador não autorizou a substituição de um antigo forno por um forno mais moderno, pelo locatário, que explorava o ramo comercial de padaria²⁵.

Em matéria de direito de propriedade, a justiça francesa sancionou a ausência de "*utilidade apreciável*" e observou numa decisão que "*o direito de propriedade tem por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo*"²⁶.

Em matéria de função social relativa ao direito de propriedade, o direito alemão apresentou-se como pioneiro, ao consagrar expressamente na Constituição de Weimer (1919): "*A propriedade obriga. Seu uso deve servir ao mesmo tempo ao bem da coletividade*" (art. 153), disposição esta mantida pela Lei Fundamental de Bonn (de 23 de maio de 1949), em seu art. 14(2).

A função social da propriedade foi consagrada pelo sistema jurídico brasileiro no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), ao estipular de forma clara a função social da terra, em seu art. 2º: "É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista pela lei. § 1º - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam. (...)".

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, consagra de forma expressa o princípio da função social da propriedade em seu artigo 170, inc. III: "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, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; (...)". A referência à função social permeia vários dispositivos constitucionais, devendo ser respeitada, por exemplo, no caso de exploração direta da

s., citado por Antoine PIROVANO, op. cit. p.68.

²⁵ Dalloz, 1965, p. 67.

²⁶ Colmar, 2 de maio de 1855, Dalloz, 56, 2.9. e Civ., 1re, 20 janeiro 1964. Em matéria de locação de imóveis, quando da rescisão de contrato determinado por motivo de mudança de domicílio pelo locatário, a Cour de Cassation francesa proferiu decisão em 22 de fevereiro de 1968, marcada por forte acento social; ao observar que a atitude do locador tinha como clara consequência deixar uma moradia vaga durante dez meses, revelando uma crítica do exercício anti-social do direito.

atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1º, II); no caso da promoção da política urbana (art. 182, § 2º) e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (art. 184 e 186), reafirmando assim as idéias introduzidas no sistema jurídico nacional pelo Estatuto da Terra.

4. A função econômica do contrato em face do princípio da função social

O princípio da função econômica do contrato apresenta várias questões relativas ao seu enunciado, uma vez que despido de qualquer informação do que seja o seu conteúdo. Refere-se ao próprio contrato como instrumento necessário à circulação de riquezas? Refere-se à noção de economia do contrato em direito privado? Refere-se à análise econômica do direito dos contratos?

O cerne do desenvolvimento da nossa sociedade encontra-se na necessária circulação dos bens da vida, para que a satisfação dos indivíduos possa ser realizada em seu aspecto material. A circulação de riquezas é um pressuposto necessário para que se criem oportunidades dos integrantes de uma dada sociedade, afim de que encontrem a situação propícia para seu conforto material, e, conseqüentemente espiritual e psicológico.

Sendo assim, precisa a sociedade de um instrumento que regule de forma organizada e certa essa circulação de riquezas. Não poderia essa distribuição dos bens ficar a mercê da força bruta, ou em total desorganização, sob pena das posses das riquezas existentes no meio terrestre ficarem totalmente desiguais.

O contrato é, em suma, esse instrumento que permite ao sujeito de direito participar da vida econômica da sociedade em que está inserido com certa segurança e permissão de planejamento quanto suas expectativas. "É por meio do contrato que a pessoa se desfaz de um bem em troca de outro, ou de dinheiro; que trabalha para receber salário, que coopera com outro em troca de vantagem pecuniária, que a outros se associa para realizar determinado empreendimento; que previne riscos e assegura o futuro, que põe em custódia bens e valores..."²⁷.

O contrato é um instrumento a serviço da estrutura econômica da sociedade. A formalização das relações econômicas entre os particulares, tão necessária ao desenvolvimento ordenado, opera-se através do embasamento jurídico a elas emprestado, embasamento este que se manifesta no contrato.

Dessa forma, elucida bem Francisco Amaral que "Quanto à sua função, o contrato é um instrumento de composição de vontades con-

²⁷ GOMES, Orlando *Contratos*, cit. p. 23

vergentes, que se usa para promover a circulação de bens, a prestação de serviços... Pode-se dizer que é a expressão típica da economia liberal, como fonte, por excelência, das obrigações"²⁸.

As variações dessa função econômica contratual dividem-se, nas seguintes categorias: contratos que se destinam a promover a circulação de riquezas, contratos de colaboração, contratos para prevenção de risco, contratos de conservação e acautelatórios, contratos destinados a prevenir ou dirimir uma controvérsia, contratos que têm por objeto a concessão do crédito e contratos constitutivos de direitos reais de gozo ou de garantia²⁹. Verifica-se assim a utilização do contrato em conexão com vários ramos do direito privado, abrangendo o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito Obrigacional propriamente dito.

A noção de economia do contrato em direito privado é também recente e ainda difusa. Este conceito tem sido utilizado de forma cada vez mais freqüente pelos tribunais europeus, ora como instrumento de análise do contrato, para apreciar a causa objetiva ou subjetiva, ora para remediar a obscuridade ou a insuficiência do contrato, com o objetivo de apreciar a vontade expressa ou para suprir a ausência de vontade expressa na relação contratual. Esta noção é também um instrumento do destino do contrato. Diante de uma modificação da economia do contrato, sobretudo por parte de um dos contratantes, apresentam-se conseqüências sobre a execução do contrato, podendo ir até a sua rescisão, podendo inclusive ocasionar a rescisão de outros contratos a ele conectados³⁰.

Alguns autores³¹ rejeitam esta noção de economia do contrato, considerando-a inoportuna e perigosa, principalmente pelo fato de não responder à idéia de estabilidade e de permanência. O fato de necessitar de uma concreção, não podendo se destacar da realidade, permanece uma noção leve, podendo levar o julgador a tomar em consideração elementos de ordem subjetiva, exteriores à relação contratual.

A análise econômica do direito dos contratos faz ressaltar vários princípios fundamentais: "em primeiro lugar, o contrato é percebido como um instrumento de maximização das utilidades

²⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, O contrato e sua função institucional, In: *Boletim da faculdade de Direito*, Coimbra, Editora, Universidade de Coimbra, 1986, pp. 372-373.

²⁹ GOMES, Orlando, *Contratos*, Cit. p. 19.

³⁰ ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, La notion d'économie du contrat en droit privé. In: *La semaine juridique*. Édition Générale, n° 9, 28 février 2001, p. 423-429.

³¹ MOURY, Jacques, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, In: *Le Dalloz*, 2000, n° 24, p. 382-386.

individuais e sociais; em segundo lugar, esta análise tem por objetivo a minimização dos custos de transação e dos efeitos externos"³².

Este primeiro fundamento é aceito atualmente nos sistemas de *civil law* através dos princípios da função social do contrato, "da utilidade do contrato" ou pelo fundamento do dever de lealdade³³. Em alguns sistemas jurídicos como o francês, a idéia é fundamentalmente ligada ao conceito de "*utilidade do contrato*" e ao princípio da boa fé prescrito pelo art.1134 do Code Civil³⁴.

O segundo fundamento caracteriza-se pela presença de elementos de natureza mais objetiva, como por exemplo, a minimização dos custos de transação e de efeitos externos, traduzidos na obrigação de minimizar as perdas nos contratos internacionais, obrigação esta prevista na Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, em seu art. 77: "A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, correspondente ao montante da perda que deveria ter sido evitada".

Como se vê, a função econômica contratual não mais se encontra totalmente livre e desimpedida em qualquer situação, podendo ser limitada seja pelo leve conceito de economia do contrato, seja pela análise econômica das relações, principalmente quando se leva em conta a utilidade individual e social do contrato.

Com a inserção do princípio da função social do contrato ordenamento jurídico brasileiro, a função econômica do contrato passa a provocar uma nova leitura. Não é certo dizer que estará ela totalmente mitigada, ou sofrerá alterações profundas em sua essência, de modo que o contrato perca sua verdadeira natureza e sua razão de ser no meio social. O que agora vem a acontecer é que além de uma função econômica, que sempre o acompanhou, a relação contratual foi adicionada de um outro designo, a sua função social.

A função social do contrato não deve ser confundida, em hipóte-

³² M. FABRE -MAGNAN, In: *La Formation du contrat*, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., Paris : L. G. D. J., 1993, p. 188.

³³ VIEIRA, Iacyr de Aguiar, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil*, Thèse. Strasbourg, 2003, p. 70.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, In: *La formation du contrat*, cit., p. 188. Y.PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Tome 208, Paris: LGD], 1989.

se alguma como uma face filantrópica a ele imposta. Não, longe de ser isto. Não é o contrato um instrumento a favor da filantropia ou de uma forçada igualdade no seio da sociedade. Não é de sua característica. Se a função social se revelasse dessa forma, a própria essência contratual seria totalmente traída. A autonomia da vontade, que é por excelência o fundamental princípio que guia a teoria contratual, tombaria ao chão, pois a liberdade de contratar, para que os desejos individuais sejam satisfeitos e a circulação de riquezas possa efetivar-se de forma livre, seria agora condicionada a uma espécie de socialismo contratual. Ao contrato cabe uma função social e não uma função de assistência social... O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei.

O princípio da função social do contrato apresenta-se com o sentido de não permitir excessos da função econômica contratual. Assim, o lado econômico do contrato já não é mais posto acima de tudo e de todos. A vontade individual de gerar riquezas é, a partir de então, limitada em seus efeitos em relação a terceiros, de modo que, causando malefícios a indivíduos que estão portados externamente à relação, estará ferindo um pressuposto positivado no Código Civil.

5. A inserção do princípio da função social do contrato como uma cláusula geral.

A função social se configura como um princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato. Este princípio, que legitima a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, opera ainda como critério de interpretação das leis.

Como ressalta Francisco Amaral, "A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro *standard jurídico*, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem torna ineficaz os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem-comum e a justiça social"³⁵. Neste diapasão, nada mais natural que o princípio da função social do contrato [como também o da função social da propriedade] se apresente sob a forma de uma cláusula geral.

Nas palavras de Martins-Costa³⁶, "Todos os princípios, posi-

tivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente, como meios para esta concreção, porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos".

Princípios, no entanto, não se confundem com cláusulas gerais. Martins-Costa³⁷ apresenta de forma clara esta distinção: "A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial, onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras "janelas" consubstanciadas em tais cláusulas".

As cláusulas gerais, por sua vez, também não se confundem com os conceitos indeterminados. Como esclarece Martins-Costa, "Integrando o corpo dos Código, as cláusulas gerais apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que as diferenciem dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, parece imperioso verificar quais são as suas especificidades, apurando-se no que diferem das normas que traçam princípios gerais e daquelas que contêm os chamados conceitos indeterminados". Os conceitos indeterminados, segundo a autora, "podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por serem vagos e ambíguos são muitas vezes polissêmicos, podem permitir razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação. Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do "fato" que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, determinada. Existe uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade". Seja na apreciação de conceitos indeterminados, seja na apreciação de cláusulas gerais, haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa. Observa a autora que nas cláusulas gerais a atitude de subsunção, que subsiste na apreciação dos conceitos indeterminados, é substituída pela atividade de

³⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., p.39.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n° 112, out./dez., 1991,

p. 13-30, esp. p. 21.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, cit., pp. 21-22.

criação judicial, por meio da síntese, de forma a constituir processo de verdadeira concreção³⁸.

Segundo a autora, citando Joseph Esser, "através das cláusulas gerais, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística - como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como "pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas".

Embora o legislador do Código Civil de 1916 tenha se utilizado da técnica de cláusulas gerais³⁹, este mecanismo legislativo apenas tomou relevância e passou a ser objeto de discussão pela doutrina brasileira no final do Século XX, principalmente com os estudos sobre o direito alemão, desenvolvidos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Com a promulgação do Código Civil de 2002, estes estudos atraíram a atenção da doutrina nacional.

As cláusulas gerais consistem em uma norma jurídica codificada, como qualquer outra. Entretanto, são elas dotadas de um conteúdo vago, deixado propositalmente pelo legislador, para que em sua aplicação o juiz tenha maior discricionariedade no exercício do direito e possa resolver uma lide apoiado, também, em critérios extralegais. Conforme ressalta Martins-Costa, "Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio - é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz "a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, standing points, ou pontos de apelo para a formação judicial da norma no caso concreto"⁴⁰.

Theodoro Júnior⁴¹ destaca o perigo que pode decorrer do proces-

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith H., *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, cit., pp. 21-23.

³⁹ Como por exemplo, na formulação do artigo 159, ao consagrar a cláusula geral de reparação de dano: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith H., *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, cit., p. 21, citando Joseph Esser, *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito*, p. 195.

⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, cit., pp. 111-112.

so de concreção de princípios através das cláusulas gerais: "A adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada. Nos ordenamentos que adotam tipos rígidos para sua conceituação normativa, os valores e princípios fundamentais são levados em conta pelo legislador, de maneira que o Juiz tem sua atividade exegetica e axiológica bastante reduzida e simplificada. Já num regime de normas principiológicas, cabe-lhe uma tarefa complicada e penosa, qual seja, a de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver de aplicar a cláusula geral da lei às necessidades do caso concreto".

O sistema de cláusulas gerais tem uma grande vantagem, a de permitir que o engessamento que vigora no sistema civil law, decorrente do próprio sistema, que é baseado em leis escritas, possa ter uma maior flexibilização e o direito, que então apresenta uma evidente morosidade, haja vista a dificuldade e demora do processo legislativo, possa ter uma evolução por parte do próprio juiz, que é aquele que tem contato direto e conhece mais de perto o conflito de interesses e as necessidades do social.

Como ressalta a doutrina recentíssima, a moderna técnica de cláusulas gerais de que se valeu o código de 2002, possui aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, com vistas a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis⁴².

Entretanto, há uma outra questão que deve ser levantada. Já que as cláusulas gerais possuem uma estrutura aberta e de designação ao juiz do seu preenchimento, como ficará a sua aplicação? Será que as cláusulas gerais realmente atenderão à essência e à natureza para as quais realmente foram criadas? Ou será mais um instrumento de poder em um país com uma estrutura democrática débil e de fragilidade evidente?

No caso do princípio da função social, corre-se esse risco. A sua consagração na legislação se fez sem qualquer base conceitual ou referências em que ele poderá ser aplicado. O estabelecimento conceitual

⁴² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, *Indenização por equidade no novo código civil*, São Paulo, Atlas, 2003, n.º 32, p. 26.

do que vem a ser esse cânone é tarefa das mais árduas e complicadas.

Sabe-se que a imparcialidade do juiz é pressuposto crucial para o exercício do Direito no Brasil. O juiz deve se portar ao centro e ao mesmo tempo equidistante das partes litigantes. Deve ele, ao julgar um conflito de interesses, tratar as partes de modo igual e permitir que possam elas apresentar, de forma igualitária suas provas e argumentos. No entanto, a neutralidade judicial, nos moldes de August Comte, nunca poderá ser alcançada. O homem, como produto do meio em que vive, carrega em suas atitudes, em sua profissão a bagagem sócio-cultural do contexto em que foi criado. E assim também é o juiz. Na detenção de um grande poder em suas mãos, como é o caso das cláusulas gerais, o magistrado pode ter uma grande tendência de, imperceptivelmente, aplicar convicções suas que podem ir contra as sociais e que o ordenamento jurídico como um todo defende.

Posto isto, deve-se delinear com precisão qual é o conteúdo que deve preencher uma cláusula geral. A cláusula geral deve ser aplicada pelo magistrado não em consideração aos seus valores morais e convicções intelectuais, mais sim de acordo com a moral, costumes e necessidades em que o problema jurídico está sendo analisado. O sistema de cláusulas gerais foi criado, como já dito, para a evolução do direito a partir dos anseios sociais, e não por valores dos juízes.

Partindo desse ponto, a aplicação do princípio da função social nos contratos deve ser analisada amplamente, e de uma maneira que traduza os sentimentos de equidade presentes no meio em que o contrato está inserido. Seria importante, também, estabelecer a contextualização do contrato. O juiz deve ater-se à análise do contexto no qual a relação deve estar inserida, para que partindo de um raciocínio dedutivo, possa verificar o verdadeiro sentido que aquele consenso deve seguir.

As cláusulas gerais remetem o aplicador do direito a um exame dos valores e de costumes que ditam as regras de convivência de uma determinada sociedade. Abrem um espaço para que uma ilimitada gama de situações possa ser regulada sem o engessamento e a pouca discricionariedade que a lei carrega em sua aplicação, permitindo ao intérprete do direito analisar o caso de acordo com a realidade em que ele está inserido.

6. A função social como um princípio norteador da função econômica do contrato

É importante ressaltar e que fique bem clara a importância da inserção do princípio da função social no ordenamento jurídico brasileiro. A relação contratual a partir de então, ficou dotada de um elemento a mais a ser analisado que dispõe aos terceiros, sujeitos externos à relação

contratual, uma certa " imunidade " contra os excessos da autonomia da vontade que outrora eram praticados sem uma contensão quanto aos efeitos externos do contrato.

A inovação legislativa apresentada pelo código civil de 2002 poderá permitir a harmonia necessária ao equilíbrio de riquezas em uma dada comunidade.

O contrato é, por excelência, o instrumento de circulação de bens e serviços que sustenta a divisão e a especificação do trabalho, facilitando a convivência e o alcance dos interesses particulares.

Mas essa circulação, a despeito da necessária liberdade que a economia precisa para suscitar um equilíbrio, deve conter também uma face social. O crescimento econômico deve ser pautado, além da autonomia da vontade e da liberdade contratual, na ética e no equilíbrio social. Para tanto, deve-se impor aos contratantes certas restrições ao ato negocial, para que seus acordos, pautados no anseio de crescimento material, possam respeitar os limites impostos pelo bem público.

O princípio da função social nos contratos apresenta-se com essa função. A de se relacionar com os princípios clássicos da teoria contratual e juntos promoverem o justo meio entre a vontade individual e o bem coletivo.

Um erro bastante corriqueiro entre estudiosos do direito é atribuir a esse princípio duas características que, essencialmente não lhe pertencem. Uma é de designá-lo com o condão de dar um certo equilíbrio às partes contratantes, de modo que viria o contrato ser tido como uma balança, atenuando as disparidades e diferenças de modo interno ao contrato. Esse ponto de vista parece equivocado. O legislador pátrio, para consagrar o equilíbrio contratual e a igualdade entre as partes, estabeleceu o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no artigo 421 de nosso código civil. Note-se que este artigo se apresenta de forma a limitar a relação interna contratual, ou seja, impõe a probidade e a boa-fé entre os contratantes, na fase de conclusão e de execução do negócio jurídico, o que já traria ao contrato uma exigência de lealdade, gerando assim o equilíbrio de posições. Dessa forma, seria um equívoco tratar o princípio da função social da mesma maneira, ou seja, internamente à relação. Porta-se este de forma exterior ao contrato, em relação a terceiro à relação contratual.

Outra maneira errônea com que os estudiosos do direito vêm tratando o princípio em questão é no sentido de atribuir-lhe uma função filantrópica ou assistencial para a parte mais fraca de um contrato. Ora, se esta fosse sua função, estar-se-ia impondo ao contrato uma conotação socialista, aos moldes das repúblicas comunistas, de distribuição for-

çada de bens. É sabido que o Estado brasileiro nada tem de intenções socialistas em sua economia. Seria a mitigação dos clássicos princípios contratuais consagrados com grande labor doutrinário e constatações das necessidades da sociedade.

A jurisprudência anterior à promulgação do Código Civil de 2002 demonstra uma tendência a aplicar o princípio da função social em matéria contratual através da técnica de revisão contratual pelo Juiz. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicou o princípio da boa fé e o princípio da função social do contrato como princípios limitadores do princípio da autonomia da vontade em matéria de revisão de contratos, apoiando-se muitas vezes no Código de Defesa do Consumidor. Assim, no período de 28/10/2002 a 19/12/2002, o Tribunal modificou cláusulas contratuais, principalmente aquelas editadas em contratos bancários, reduzindo as taxas de juros ao teto constitucional: 12% ao ano. O exemplo, mais importante desta série de decisões encontra-se na Apelação Civil nº 70004615936. Segundo o acórdão, proferido em 29 de outubro de 2002, o Tribunal revogou a decisão apelada e procedeu à revisão do contrato, argumentando sobre os princípios apresentados pelo Novo Código Civil, antes de sua entrada em vigor: "*os contratos deverão cumprir não apenas a função de instrumentalizar a circulação de riquezas, mas também a de funcionalizar direitos subjetivos e de atuar como instrumento condicionante do princípio da liberdade contratual*".

Por isso, ressalta-se a importância do presente trabalho. Em se tratando de matéria tão ampla e recente, e com pouquíssimas bases conceituais traçadas, é de suma importância que a doutrina a trate com bastante afinco, evitando ser o princípio da função social do contrato interpretado de forma a inibir a justa e correta aplicação do Direito. A dificuldade em preencher conceitos indeterminados tais como "*interesse sério e legítimo*", bem como de concretizar o direito através de cláusulas gerais, apresenta uma responsabilidade muito grande para o julgador, principalmente num País como o Brasil, dotado de contrastes e de grandes desigualdades sociais⁴³.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, O contrato e sua função insti-

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, cit., p. 19.

tucional, In: Boletim da faculdade de Direito-Coimbra Editora Universidade de Coimbra, 1986.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, 1989, p.8- 41.

BATTIFOL, Henri, La "crise du contrat" et sa portée, In: Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13-30.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por equidade no novo código civil, São Paulo, Atlas, 2003, nº. 32.

DEMOGUE, R., Traité des obligations en général, Paris: Rousseau & Cie, t. 1, 1923.

FABRE-MAGNAN M., In : La Formation du contrat, Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN, , 3e éd. , Paris : L. G. D. J. , 1993, p. 186.

GILMORE, Grant, The Death of Contract (La morte del contratto, traduzione di Andrea Fusaro), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

GOMES, Orlando, Contratos. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HENTZ, André Soares, O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato - www.jusnavigandi.com.br - consultado em 13/09/2004.

JAMIN, Christophe, Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction, In: La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Paris: Dalloz, 2003, p. 13.

JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits, 2ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

MARTINS-COSTA, Judith, O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação", In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, Outubro/2001, p. 211-260.

MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, In: Revista de Informação Legislativa, a. 28, nº 112, out./dez., 1991, p. 13-30.

MOURY, Jacques, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, In: Le Dalloz, 2000, nº 24, p. 382-386.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Direito Civil: Contratos, 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PIROVANO, Antoine, La fonction sociale des droits: Réflexions sur le destin des théories de Josserand, In: Recueil Dalloz Sirey, 1972, 12e Cahier - Chronique, pp.67-70.

SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144), Paris: Pichon, 1901.

SCIASCIA, Gaetano, Istituzioni di diritto romano in sintesi. 3ª ed., Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1969.

TELLIER, F. Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social, In: Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1999, nº 20, p. 147-177.

THEODORO JÚNIOR, Humberto - O contrato e sua função social 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar, A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, In: Revista dos Tribunais, vol. 791, Setembro de 2001, p. 31-64.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil. Thèse, Strasbourg, 2003.

VILLEY, Michel, Essor et décadence du volontarisme juridique, In: Leçons d'histoire de la philosophie du droit. Paris: Dalloz, 1957.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, La notion d'économie du contrat en droit privé. In: La semaine juridique Édition Générale, nº 9, 28 fevrier

2001, p. 423-429.