

DIREITO
PRIVADO

Função social do contrato: um estudo sobre a nova ótica contratual.

Pedro Paulo Abreu e Silva¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 2.1. Análise ideológica. 2.2. Análise do Texto legal. 2.2.1. A origem da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Dos princípios contratuais. 3.1 Do significado da palavra princípio. 3.2 Da normatividade dos princípios. 3.3. Dos novos princípios contratuais. 3.3.1. O princípio da autonomia privada. 3.3.2. O princípio do equilíbrio contratual. 3.3.3. O princípio da boa-fé objetiva. 4. Da função social do contrato. 4.1. Do conceito de função. 4.2. Dos elementos de composição da função social do contrato. 4.3. Da evolução normativa da função social do contrato. 4.3.1. A dignidade da pessoa humana, o solidarismo e a função social do contrato. 4.4. Do aspecto econômico do contrato e sua relação com a função social. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: A função social do contrato é fruto de uma idéia protetiva dos chamados “direitos de terceira geração”, marcados pelo lema solidariedade e fraternidade, que são consagrados pela Lei Magna de 1988. A partir dessa ideologia, cingiram-se os direitos transindividuais, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de Direito. Nesta perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento na República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art.1º, III, da Lei Fundamental), é mais adequado, então, compreender a aplicação não só do princípio da

¹ Bacharelado do 11º período em Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: coti0511@gmail.com

função social dos contratos, mas do ordenamento civil como um todo, através do fenômeno da constitucionalização do direito civil. Assim sendo, consagrou-se a tendência de fazer uma leitura do direito privado à luz das regras constitucionais e, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Desta forma, a noção de função social do contrato convida o intérprete a deixar de lado a leitura do Direito Civil sob a ótica clássica, baseada na doutrina voluntarista, e a buscar valores sociais existenciais do homem, sempre tendo em vista a realização da dignidade da pessoa humana.

***Abstract:** The social function of the contract is a result of a protective idea of the known “rights of third generation”, marked by the lemma solidarity and fraternity, which are consecrated in the Constitution of 1988. From this ideology, the transindividuais rights were developed, which generated the opportunity of referring to a post social State of Right. In this perspective, especially in face of the principle of dignity of the human person, which is a basis in the Federative Republic of Brazil and matrix principle of all of the fundamental rights (article 1, III, of the Fundamental Law), it is more adequate to understand not only the application of the principles of the social function of the contracts, but also the civil ordainment as a whole through the phenomenon of constitutionalization of Civil Law. Therefore, it was consecrated the tendency of understanding the private right through constitutional rules, and, in many cases, to recognize the direct application of the fundamental rights in private relations. Then, the notion of social function of the contract gives the interpreter the chance to set aside the comprehension of Civil Law on a classic view, based on a doctrine, and to search for existential social values of manhood, always intending to put into practice the dignity of the human person.*

1. INTRODUÇÃO

O desiderato deste artigo é investigar as transformações e limites trazidos pela recente mudança jurídico-sociológica proveniente da “visão constitucionalizadora” do ordenamento jurídico privado vigente, especialmente no que tange ao princípio da função social do contrato e sua aplicação.

Este objeto de pesquisa assume relevância à medida que, nos tempos atuais, avulta a necessidade do estabelecimento de relações solidárias entre as pessoas, que preservem ou mesmo que fomentem a dignidade humana.

Neste contexto é que se sobressai a função social do contrato, princípio que se encontra insculpido no art. 421 do Código Civil, e que necessita de configuração para que não se torne apenas uma figura retórica do ordenamento.

Assim, o objetivo a ser alcançado é demonstrar que hoje, o contrato desempenha uma nova função, a de cumprir os objetivos sociais eleitos pelo sistema, de maneira concorrente com o desenvolvimento da pessoa humana.

Para tanto, pretende-se de início examinar o que se reputa constituir uma nova série de princípios que regem o contrato, além daquele da função social, e a par da recompreensão, à luz de um diferente paradigma jurídico, dos princípios anteriores.

Em seguida busca-se um conteúdo genérico para a função social do contrato. Um conteúdo que se coloca, *a priori*, na própria relação *inter partes*, ou seja, pressupondo-se que a função social do contrato é princípio que, antes de qualquer coisa, permeia-se entre os próprios contraentes. Mais adiante, eleva-se o conceito genérico, de maneira que o princípio possa abranger a eficácia externa do ajuste, através dos seus efeitos.

No bojo dessa análise, interligam-se as disciplinas jurídicas provenientes da separação didática entre direito público e direito privado, a fim de dar roupagem consistente

ao cenário contratual no qual será posteriormente analisada a incidência da função social do contrato.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos.

Nesse sentido, a noção de função social do contrato convida o intérprete a deixar de lado a leitura do Direito Civil sob a ótica clássica, com esteio na doutrina voluntarista, e a buscar valores sociais existenciais do homem, sempre tendo em vista a realização da dignidade da pessoa humana. Portanto, é a função social que torna o contrato um fenômeno transcendente dos interesses dos contratantes individualmente considerados.

Assim, nos limites deste trabalho, a proposta deste capítulo é analisar as ideologias que culminaram com o nascimento do princípio da função social do contrato e, posteriormente, os posicionamentos adotados pela evolução do texto legal brasileiro.

2.1 ANÁLISE IDEOLÓGICA.

O Iluminismo foi a filosofia que concedeu à Razão a capacidade de compreensão das verdades últimas da existência, tendo por escopo a felicidade e a liberdade do homem. Assim denominou-se por lançar Luzes sobre o obscurantismo dogmático que negava ao homem a penetração nos mistérios sem ser por intermédio da Religião.

Com o conhecimento inaugurado pela imprensa e a conseguinte disponibilização do conhecimento, num processo que remonta ao Renascimento Italiano, o homem volta, portanto, a questionar o universo a partir de si mesmo e não de uma concepção religiosa prefixada e intangível.

Nessa linha de raciocínio, Voltaire, visto como símbolo do iluminismo, atacou com ímpeto leonino o fanatismo religioso e o absolutismo, servindo assim imensamente aos propósitos de uma burguesia que enfrentava em sua ascensão, a resistência de uma aristocracia amparada pelo clero.

A Religião corroborava com o poder vigente e impedia a autodeterminação do homem a partir de sua livre compreensão do mundo. Nessa ótica, atacar nobreza ou clero equivalia ao mesmo, de forma que a Revolução Francesa, acometendo contra as duas coisas, foi a culminância de todo este caldeirão de idéias.

Desse modo, tornou-se a Revolução do século XVIII, gênero de importantíssimas renovações institucionais, na medida em que içou, a favor do Homem, a tríade de liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização.

Com isso, a burguesia aproveitou-se da idéia de que as desigualdades sociais têm origem no próprio enredo humano, sem nenhuma causa metafísica. Mediante tal pensamento, postulou a eliminação dessas desigualdades se amparando, também, na idéia de que o universo é inteligível pela razão, sendo o homem senhor absoluto de seu destino, que assim pode ser modificado ao talante de seu arbítrio.

O presente enredo foi o pano de fundo ideológico que permitiu a derrocada da nobreza e do poder do clero. O lema *liberdade, igualdade e fraternidade* concentrou os elementos ideológicos e filosóficos da Revolução, refletindo deste modo as concepções iluministas, contudo logo a realidade se demonstrou bem distinta do sonho utópico que encerrava a tríade.

A propriedade sucedeu aos valores da aristocracia e do clero, de forma que a desigualdade perpetuou-se, agora sublinhada pelo capital no lugar do “direito de nascença”. Com isso, a dominação do homem pelo homem perdurou, visto que os valores ideológicos somente serviram como alavanca para a ascensão da burguesia.

Com isso, a perspectiva contratual sofreu algumas mudanças. A autonomia da vontade consolidou-se como fundamento inafastável da relação contratual, caracterizada pelo querer contratar, escolher com quem contratar e estabelecer as cláusulas contratuais, mas revelou-se insuficiente para garantir uma relação justa, visto que as partes, sob a pressão de necessidade, sempre foram levadas a aceitar a imposição do lado economicamente mais forte.

Quanto ao consentimento das partes, o professor Felix Sobeilman (2003, p. 133) leciona o seguinte em sua obra:

“A Revolução Francesa, destruindo as corporações, instaurou o regime da liberdade contratual, deixando o empregado entregue à própria sorte, com a ‘liberdade’ de discutir com o empresário as condições de trabalho. É evidente que não pode haver livre consentimento entre partes economicamente desiguais, e daí o renascimento atual do formalismo contratual para proteção do indivíduo perante grupos ou pessoas que detêm grande poder na sociedade.”

Em face deste panorama, percebeu-se logo a necessidade de redimensionamento da autonomia frente a uma urgente intervenção estatal no campo da liberdade de contratar. Tal intervenção foi uma reação ao domínio selvagem e absoluto do capital no campo das relações contratuais, visto que os instrumentos trazidos pelo ideal social da Revolução Francesa, com o intuito de libertar o indivíduo dos grilhões da imposição de uma “vontade superior”, acabou por aprisioná-lo ao domínio do capital.

Bem se vê, então, que à proporção em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. Nesta seara, percebe-se que a liberdade contratual do Direito converteu-se, portanto, em escravidão contratual da sociedade.

Exatamente neste ponto que a idéia de função social do contrato irrompe hodiernamente como desdobramento deste processo social iniciado há mais de dois séculos, através da crescente mitigação da autonomia da vontade.

Neste diapasão, o modelo contratual construído no Estado Liberal, que tinha na autonomia da vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, não corresponde mais à realidade atual, tendo seus princípios sido alterados. Na visão contemporânea, produto das inúmeras alterações sociais e da massificação das relações contratuais, ao contrário, a autonomia da vontade não configura algo absoluto, convivendo com outros princípios igualmente importantes para a melhor interpretação e solução dos conflitos resultantes das sobreditas relações.

2.2 ANÁLISE DO TEXTO LEGAL

No enfoque do Código Civil de 1916, a garantia do adimplemento dos pactos era apenas de ordem jurídica, de acordo com o entendimento de que o direito deve ser disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas. Todavia, atualmente, não se prescinde o que *eticamente* é exigível dos que se vinculam em virtude de um acordo de vontades.

Com isso, no campo da interpretação e aplicação da lei civil ocorreram mudanças. Estas mudanças trataram imperiosamente de compreender o direito privado, à luz de um novo modelo jurídico, em que, a um só tempo, não só se garante a liberdade de atuação, que é uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada a fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88), mas também se entenda o papel do Estado na tarefa assecuratória do bem estar social.

Diante desta visão, o professor Ludwig Raizer (1979, p. 11) acentua que:

“Os direitos público e privado passam a apresentar campos de interpenetração, particularmente no domínio econômico, impondo-se, porém, que, conforme acentua sejam ambos preservados em próprios princípios e pesos políticos, afinal insuperável - na prática, a distinção entre o fundo Estado e sociedade, ainda que se distinguindo as diversas funções do Direito privado de acordo com o conceito publicístico, de interesse e intervenção públicos nas diversas relações que vise a ordenar.”

Assim sendo, consagrou-se a tendência de fazer uma leitura do direito privado à luz das regras constitucionais e, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em consonância com a ótica constitucional e suas perspectivas, leciona o professor Paulo Nalin (2002, p.142):

“A perspectiva instituída pela Constituição Federal de 1988 importa em oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, Filosofia, Economia, Antropologia, Biologia, Psicanálise, História e especialmente a Ética, acabam, neste prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa. É romper com a auto-suficiência do Direito, hermético em sua estrutura e tecnicismo, outrora mais preocupado com os aspectos formais das regras, do princípio e do instituto, que com sua eficácia social. Por isso, a função perseguida é social.”

Nesta senda, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art.1º, III, da Carta Federal), é mais adequado, então, compreender a aplicação não só do princípio da função social dos contratos, mas do ordenamento civil como um todo, através do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

2.2.1 A Origem da Função Social do Contrato no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A função social do contrato é fruto de uma idéia protetiva dos chamados “direitos de terceira geração”, marcados pelo lema solidariedade e fraternidade, que são consagrados pela Lei Magna de 1988.

Nas palavras de Miguel Reale (1999, p. 129):

“Um dos pontos altos do novo Código Civil está em seu Art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. 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.”

Acerca do mesmo panorama, leciona o professor Eduardo Sens Santos (2002, p.9):

“A função social do contrato, não se apresenta como uma inovação, uma criação do novo Código Civil Brasileiro, mesmo porque a Constituição já a previa junto à função social da propriedade. Ao contrário, como princípio que é, existe independentemente de lei e dispensa referência expressa.”

Nesta seara, é perceptível que após a Lei Magna de 1988 o núcleo do contrato passa a residir na solidariedade, e a sua causa divide espaço entre interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os interesses sociais.

A bem dizer, de acordo com a lição do professor Eduardo Sens Santos, é no texto constitucional que se localiza o princípio da função social do contrato, ao conformar, no art. 170, *caput*, a livre iniciativa à justiça social.

O conteúdo da justiça social expresso no Texto Fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no Direito Civil contribuindo, em sede interpretativa, para subjetivar o conteúdo específico que concretamente devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão e à causa não imputável, da diligência e boa-fé.

Neste diapasão, fica evidente que o regime jurídico brasileiro atual há de primar pelo equilíbrio evocado pelo conteúdo social positivado no Estado Democrático de Direito moldado na Constituição Federativa. Liberdade e igualdade concorrem, relativizando-se tópica e axiologicamente em prol do princípio da dignidade da pessoa humana. Os excessos admissíveis pelos extremos não encontram respaldo no sistema constitucional.

Veja-se, enfim, que a função social do contrato surge para proporcionar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, através da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.

3. DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

3.1 DO SIGNIFICADO DA PALAVRA PRINCÍPIO

Não é de fácil consecução, dada à vagueza semântica, a tarefa de conceituar o vocábulo “princípio”. A dificuldade sustenta-se devido à larga utilização do termo por diversos campos de conhecimento. Para tanto, verifica-se num primeiro momento o significado que o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa afere a esta palavra:

“**Princípio** prin.cí.pio SM (lat principiu) 1 Ato de principiar. 2 Momento em que uma coisa tem origem; começo, início. 3 Ponto de partida. 4 causa primária. 5 Fonte primária ou básica de matéria ou energia. 6 Filos aquilo do qual alguma coisa procede na ordem do conhecimento ou da existência. 7 Característica determinante de alguma coisa. 8 Quím. Componente de alguma substância, especialmente o que lhe dá alguma qualidade ou efeito que a distingue de outras congêneres. 9 Farm. Componente de um remédio, do qual dependem certas propriedades deste. 10 Agente ou força originadora ou atuante: Princípio do movimento. 11 *Lei, doutrina ou acepção fundamental em que outras são baseadas ou de que outras são derivadas: Ao princípios de uma ciência.* [sem grifo no original] 12 Regra ou lei exemplificada em fenômenos naturais, na construção ou no funcionamento de uma máquina ou mecanismo, na efetivação de um sistema etc.: Princípio da atração capilar; princípio da causalidade. 13 Norma de conduta. 14 Modo de ver; opinião, parecer: Sempre fiel aos seus princípios. 15 estréia. (MICHAELIS, 2009, p. 413).”

De fato, é interessante assinalar que a idéia de princípio, de um modo geral, remete a tradução de fonte primária. Para tanto, nota-se que é a partir dessa noção que o termo princípio evoluirá para o contexto jurídico, vale ressaltar, entendendo princípio como algo basilar.

De outra banda, uma vez enfatizado o significado genérico de “princípio”, apresenta-se o entendimento técnico da palavra na seara jurídica. Nesta senda, tem-se a definição proposta por José Afonso da Silva (2001, p. 95), que confere ao verbete “princípio” uma noção além da que foi ressaltada:

“A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém um início ou esquema de um órgão,

entidade ou de programa, como são as normas de princípio intuitivo e as de princípio programático. Não é esse o sentido que se acha a palavra princípio da extensão princípios fundamentais do *Título I da Constituição*. *Princípio aí exprime noção de “mandamento nuclear” de um sistema*. [sem grifo no original].

É certo que a visualização do princípio como um conceito transcendente do significado de começo ou início, a ele conferindo a idéia de núcleo, também é aferida na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 817-818):

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...). Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo um sistema de comandos* [sem grifo no original]. 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, contumélia irremissível ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e aluem-se todas as estruturas nela forçadas.”.

3.2 DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Neste prisma, encarando a normatividade dos princípios pode-se dizer que eles detêm seis características : (i) norma com alto grau de generalidade; (ii) normas com alto grau de indeterminação; (iii) normas de caráter programático; (iv) normas de elevada hierarquia; (v) norma de função importante e fundamental; (vi) normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

É certo que não há como interpretar um princípio, sem considerá-lo como norma propriamente dita, tendo em vista o seu caráter intrínseco. Sobre a normatividade dos princípios jurídicos, afirma Bobbio (1957, p. 181-182):

“Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que

é velha a questão entre os juristas, se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: *os princípios são normas como todas as demais. Esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli* [sem grifo no original]. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtendo sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento, não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E porque então não deveriam ser normas?”

Nessa matéria, cumpre destacar que a normatividade dos princípios passou por fases distintas, dentre elas: a jusnaturalista, em que todos os princípios eram encarados como um ideal de justiça, traduzindo verdades divinas e humanas; a juspositivista, onde os princípios derivam das leis e passam a ser fontes normativas subsidiárias e a pós-positivista, em que os princípios ganham hegemonia axiológica-normativa e são encarados como normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes, destacando-se os juristas Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Por fim, Paulo Bonavides (1999, p. 294) resume a conjuntura que se apresenta ao final dessas três fases, apresentando o seguinte resultado:

“A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com o baixíssimo teor de densidade normativa; *a transição crucial da ordem jusprivativista (sua antiga inserção nos Códigos) para a ordem juspublicistas (seu ingresso nas Constituições)*; a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificados do gênero norma, e, *finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.* [sem grifo no original]”.

3.3 DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Segundo a doutrina clássica, os princípios fundadores da disciplina do direito contratual eram basicamente três: o princípio da liberdade das partes (ou da autonomia da vontade), cujo conteúdo remetia à plena liberdade de contratar, do que contratar e de com quem contratar, o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade dos seus efeitos (o contrato não prejudica e nem favorece a terceiros, além das partes contratantes).

Deve-se ressaltar que para alguns doutrinadores clássicos, pode-se, ainda, acrescentar outros princípios, tais quais o princípio do consensualismo ou o da supremacia do interesse público. É certo que tais princípios ainda subsistem, mas, atualmente, possuem seus contornos relativizados.

Com isso, o fato, agora relevante, é que, ao lado desses clássicos princípios contratuais, outros, decorrentes das premissas sobre as quais se assenta o Estado Social, sobretudo aquelas de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo na relação entre as pessoas, surgem e alteram implacavelmente todo o alicerce do tradicional direito contratual.

Segundo o professor Antônio Junqueira de Azevedo (2000, p.115):

“Estamos em época de hipercomplexividade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitindo como princípios, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.”

Nesta alçada, Fernando Noronha (1994, p. 86) assevera que:

“Premido o contrato pelo contexto coletivo e pela função social que se lhe reconhece, passa a ter novos princípios fundamentais, quais sejam o da autonomia privada (com nova dimensão), o da justiça contratual e o da boa fé objetiva, inclusive corolário, cada qual, e respectivamente, de valores jurídicos

que reputa básicos em qualquer sistema jurídico: liberdade, justiça e ordem (segurança).”

O propósito deste trabalho importa, especificamente, o exame de um desses novos princípios contratuais sobre uma ótica bem particular: o princípio da função social dos contratos. Todavia, impende, antes, que se dê cabo da consideração dos assim reputados novos princípios do direito dos contratos particularmente interpenetrando com a função social do contrato.

3.3.1 O Princípio da Autonomia Privada

Em decorrência do clássico princípio da autonomia da vontade ter o conteúdo e a compreensão alterados, para dar lugar, hoje, ao que se considera ser um novo princípio contratual, qual seja, o da autonomia privada. Sempre se definiu a autonomia da vontade como sendo o poder reconhecido às partes de reger suas relações jurídicas, voltadas à satisfação de seus interesses. Tal definição era pautada em modelo onde a legitimação dos efeitos surgidos estaria na força jurígena da vontade.

Essa noção voluntarista é típica da concepção de que a autonomia da vontade - expressão cuja origem atribui a Gounot - deveria ser compreendida como “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas (*voluntas facit legem*)” (NORONHA, 1994, p. 113).

De seu turno, é possível contemplar que essa noção de autonomia da vontade convinha ao cenário liberal, pois se constatava momento de visível separação entre a esfera pública e a esfera privada, onde não se aceitava a ingerência estatal, que era própria do absolutismo e da estrutura feudal. Todavia, as iniciativas de garantia da liberdade dos denominados direitos de primeira geração, ou dos “direitos de liberdade” (BOBBIO, 1992, p. 32)² ecoavam cada vez mais pelo cenário político e social da época.

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 32. Segundo Bobbio, os direitos de liberdade são todos aqueles direitos que

No mesmo contexto, é evidente que a idéia voluntarista de autonomia das partes para elaboração dos contratos tinha instrumentação jurídica lastreada na igualdade formal. Essa idéia estava vinculada ao reconhecimento da abstrata e genérica liberdade ao sujeito concedida para elaboração dos contratos, livres da interferência estatal, ou seja, do que era público.

Com efeito, é importante ressaltar que essa idéia de autonomia da vontade não era totalmente estranha a qualquer preocupação funcionalizadora do contrato. Pelas palavras da professora Ana Prata (1982, p. 8):

“A concepção do funcionamento econômico e social parte do pressuposto de que o negócio, como produto da autonomia privada, realiza, por si só, e automaticamente, a função que lhe é reservada. Isso é, desvaloriza-se a função porque se confia que o seu preenchimento resultará tão somente da liberdade do sujeito jurídico: a utilização dessa liberdade basta para garantir o funcionamento em termos ótimos da vida econômica e social.”

Contudo, o modelo liberal não tardou a revelar uma real desigualdade, que culminou com a necessidade de se “recompreender” a liberdade de contratar. Em diversos aspectos, a desigualdade material e o desequilíbrio entre as partes inerente a determinadas relações conduziram o modelo liberal ao fracasso na implantação de uma nova mentalidade contratual.

No paradigma do Estado Social, surgiram novos valores tais quais a dignidade da pessoa humana e o solidarismo. Estes valores são baluartes da consagração de um princípio da igualdade substancial, não só formal, do qual é fruto a edição de novo instrumental jurídico que prestigia esses elementos axiológicos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo.

Com isso, em primeiro lugar impende reconhecer que, atualmente, de fato o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos,

tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado.

tanto quanto a ela não se tributa a justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantida pelo ordenamento.

A consagração de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem como a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato. No que se refere ao tema, Pietro Perlingieri (1984, p. 141) anota:

“A autonomia privada não é mais a fonte exclusiva do contrato, no sentido de que este é a expressão não mais do auto-regulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade.”

Assim, pode ser dito que se costuma reservar à autonomia privada um campo residual na formação de negócios jurídicos, resultado da incidência das regras constitucionais e legais que a seguem deixam um espaço reservado à atuação do sujeito. A autonomia privada é uma reserva concedida às partes para gerirem seus próprios interesses, “longe” da intervenção estatal.

Por fim, o que se procura com esse “novo modelo” de autonomia privada é, dentro da compatibilidade do sistema jurídico implantado pelo Estado, garantir às partes um poder normativo. Por sua vez, instituída norma entre as partes deve estar nos moldes dos valores que a Constituição e, na sua esteira, as normas infraconstitucionais impõem para êxito do programa axiológico do ordenamento.

Em outras palavras, a índole social e a promoção dos valores basilares do ordenamento se justapõem aos interesses privados dos indivíduos, porém sem descaracterizá-los ou sem que, como regra, eles sejam institucionalizados, assumindo o Estado como seus esses interesses, assumindo mesmo sua titularidade. É exatamente nesse ponto que a nova noção de autonomia privada se relaciona, com profundidade, com a função social do contrato. Isso acontece porque a autonomia privada, como poder de autodeterminação, não mais encontra justificativa em si. Portanto, o ato merecedor de tutela

é aquele sendo expreso, corresponde a uma função que o ordenamento considere socialmente útil.

3.3.2 O Princípio do Equilíbrio Contratual

O princípio do equilíbrio contratual, cognominado por alguns autores de princípio da justiça contratual³ este consagrado no art. 3º, I da Constituição Federal. Segundo este dispositivo legal, dentre outros objetivos fundamentais da República, se encontra o estabelecimento de relações sociais justas e solidárias.

Curioso salientar que Aristóteles⁴ já se atentava sobre a necessidade de, nas relações entre os particulares, assegurar um equilíbrio que lhes garantisse a igualdade, mediante a atuação de uma justiça que fosse corretiva, justamente das desigualdades. Tal justiça se perfazia com a atuação da figura do governante nas relações particulares.

Ainda nesse contexto, o mestre Fernando Noronha⁵ observa que no Direito Romano, a própria noção de *jus* era a da arte do bom e do equitativo, procurando-se dar a cada um o que fosse seu (*suum cuique tribuere*). Esta disposição já consolidava uma idéia de justiça com o papel de garantidora de igualdade.

³ “A expressão atribuída a Fouillé, cunhada no século XIX, segundo a qual “quid dit contratuel, dit juste”, representa bem a concepção que do justo contratual na ótica do Estado Liberal. Com efeito, resistindo à preocupação medieval cristã de, nos ajustes bilaterais, identificar-se, no sentido de equilíbrio das partes, um justo preço do negócio (*justum pretium*) que, se ausente, autorizava o adquirente a alegar a lesão e a anular o ajuste. A economia liberal reclamava modelo jurídico que, assentando sobre uma proposta de igualdade formal dos indivíduos, garantisse ampla liberdade contratual (...)”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

⁴ Para Aristóteles, a justiça distributiva deveria se manifestar na distribuição das honras, de dinheiro ou das coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição, pois aí seria possível receber um quinhão igual ou desigual ao outro, pressupondo-se uma igualdade proporcional dos governados em face da ação do governante. Nesta atuação, Aristóteles falava em justiça corretiva, onde o governante desempenhava um papel corretivo nas transações dos indivíduos. BITTAR, Eduardo, **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 85.

⁵ Idem. *Ibidem*, p. 214.

Na Idade Média, por obra do denominado Direito da Igreja, os escolásticos depreenderam bastante estudo e teorização sobre critérios axiológicos como o da *aequitas*, devotando-se com especial dedicação a correção da lesão, estabelecendo o *justum pretium*, ou seja, justo preço dos negócios.

No Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, a justiça contratual sempre perpassava pelo interesse das partes envolvidas, no que fosse o reputado justo intrinsecamente as suas relações. O objetivo era somente garantir um consentimento não viciado.

Atualmente, a justiça contratual deve incidir nos contratos como uma forma de substancial igualdade do momento da formação em diante, permanecendo-se conservada ao longo de toda relação contratual. Seu principal papel é evitar que possíveis alterações extraordinárias modifiquem a estrutura contratual a ponto de gerar desequilíbrio entre as partes, podendo como conseqüências desembocar em desigualdade e posterior escravização de um ou mais contratantes, que não poderão legitimamente se desvincular posteriormente.

Segundo o professor Carlos Alberto Goulart Ferreira (2007, p. 23):

“É uma questão de se evitar as desigualdades econômicas, de forma a equilibrar os interesses das partes. Por isso mesmo, fala-se em igualdade substancial no sentido de obrigar o Estado, através de mecanismos legais, a intervir nas relações privadas para evitar as desigualdades. Isso é evidente, dentro de parâmetros que observem uma adequada e razoável equivalência dos direitos e obrigações das partes, como já se acentuou, nunca de forma matematicamente igual.”

Cabe ressaltar que parcela da doutrina não trata do princípio da justiça contratual de forma autônoma, preferindo incluí-lo no campo da boa-fé contratual objetiva. Nesse sentido, a professora Claudia Lima Marques (1999, p. 135) observa que:

“A boa-fé objetiva valoriza os interesses legítimos que levam cada uma das partes a contratar, e assim o direito passa a valorizar, igualmente e de forma renovada, o nexo entre as prestações, sua interdependência, isto é, o sinalagma contratual (*nexum*). Da mesma forma, ao visualizar, sobre a influência do princípio da boa-fé objetiva, a obrigação como uma totalidade de deveres e direitos no tempo e ao definir também como abuso da unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, valoriza-se, por conseqüência, o equilíbrio

intrínseco da relação em sua totalidade e redefine-se o que é razoável em matéria de concessões do contratante mais fraco, por isso então se inserindo no princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo no da confiança, que lhe dá suporte, a procura do equilíbrio contratual, na realidade voltando-se também a um olhar interno do contrato a gama de novos deveres que a boa-fé impõe e que, afinal, asseguram a realização das expectativas legítimas que levaram as partes a contratar.”

Por sua vez, Fernando Noronha (1994, p. 218) dispõe que:

“O princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária às relações sociais de intercambio de bens e serviços, *já é uma antecâmara do princípio da justiça contratual* [sem grifo o original].”

Portanto, é verdade que em diversos termos, boa-fé e justiça contratual se relacionam, tanto quanto, aliás, com elas se relaciona a autonomia privada. Esses princípios quando aliados à função social se completam e guardam entre si uma relação de complementação e de necessária harmonização. É de se ressaltar que nem poderia ser diferente, nos termos em que os mesmos valores constitucionais são os determinantes dessa recompreensão do fenômeno contratual, evidenciando assim os novos princípios que lhe dão conteúdo.

Por outras palavras, é através da partilha da mesma preocupação com a dignidade humana e com o solidarismo que é imposto o novo padrão de conduta das partes que transacionam. Esse padrão determina e assegura o equilíbrio das prestações contratuais, por isso, não se espera que os contraentes possam agir de forma desleal ou que fujam da retidão comportamental ou, ainda, que possam contratar e manter-se vinculados, tal como na origem, de maneira excessivamente desequilibrada, eis que tais condutas não seriam leais e nem permitiriam que o contrato fosse visto como instrumento de cooperação e colaboração entre as partes.

3.3.3 O Princípio da Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva foi primariamente difundida a partir do art. 242 do Código Civil alemão (BGB)⁶, segundo o qual “o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé (...)”. No ordenamento brasileiro, o princípio encontra-se implícito e inferido do solidarismo imposto pelos arts. 8º, I e 179 caput da Lei Máxima muito embora tenha sido levado ao texto positivo e expresso do Código de Defesa do Consumidor e mesmo do novel diploma civilístico.

A boa-fé subjetiva configura-se num padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração que se espera entre os contratantes. Diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto, esta não se confunde com aquela.

Com efeito, pode-se afirmar que boa-fé subjetiva e objetiva são conceitos diversos, na medida em que o primeiro se traduz tão somente em um estado e, o segundo, um princípio, de especial incidência no campo contratual. Neste contexto, em diversos termos, alguém pode perfeitamente agir imbuído de boa-fé subjetiva, sem que esse comportamento apresente padrão de conduta leal caracterizador da boa-fé objetiva, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele que contrata.

Atualmente, a boa-fé objetiva desponta na exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto de espargir seu campo de ocorrência por outras áreas do direito privado, alcançando também o campo do direito público. Destaca-se que a incidência do princípio

⁶ Apesar de colocado acima a referência de boa-fé como difundida a partir do Direito Civil alemão, a professora Judith Marins Costa afirma que ela poderia ter raízes também no Direito Romano. Como raiz romana da boa-fé objetiva, a relação que deveria ser de assistência e colaboração – paradigma de conduta – entre o *paterfamilias*, patrício, cidadão e a clientela, pessoas que se estabeleciam ao seu redor, o acompanhavam à guerra e lhe deviam respeito, em troca de proteção, a *fides* promessa (garantia). Lembra, porém, sobretudo os *bonae fidei iudicium*, aqueles que postulavam, perante o juiz, revelando uma proteção fundada, não na *Lex*, mas na *fides bona*, decidindo o magistrado romano de acordo com a boa-fé, com as circunstâncias concretas do caso (deveres de cumprimento), não necessariamente ligados ao fato principal em causa (**A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111-122).

da boa-fé é alargada na seara contratual, onde há a formação de uma relação jurídica complexa e dinâmica. Nesta relação, as partes não se vinculam somente à prestação principal, mas também a deveres instrumentais para melhor consecução do ajustado.

Costumeiramente, são reconhecidas três básicas funções à boa-fé objetiva, em matéria contratual. Essas funções fundam-se no confronto entre a tarefa judicial de aplicação da boa-fé e o direito dito escrito ou direito positivo⁷. Ainda neste foco, o professor Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 169) observa que a tríplice função da boa-fé, enquanto princípio contratual se situa nos objetivos do direito pretoriano em face do direito positivo, tal como se dava desde o direito romano, em que a atividade judicial vinha *adjuvandi, suplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*. Daí dizer-se que a boa fé objetiva tem as funções interpretativa, supletiva e corretiva (ou de controle) do contrato.

Neste parâmetro, interpretar um contrato significa procurar assimilar o alcance do consenso dos contratantes, dentro do que tenha sido objetivado como sua intenção comum dentro do ajuste e não o alcance da vontade de cada qual dos contratantes. Portanto, o que se busca é a vontade contratual. Para tanto, o intérprete pode valer-se dos elementos do próprio contrato, tais quais o lugar de elaboração, as partes, suas disposições, qualificações, dentre outros dados, e dos elementos chamados extracontratuais como, por exemplo, o comportamento das partes⁸.

O Código Civil de 2002 dispõe no art.113, que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Significa dizer que o contrato deve ser interpretado de forma a preservar a confiança e a justa expectativa dos contratantes. Para tanto, as cláusulas contratuais devem ser entendidas de acordo com seu

⁷ Nesse sentido a tríplice função da boa-fé objetiva, conforme a lição de Franz Wieacker. **El principio general de La buena Fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 87-88.

⁸ “Econômico no estabelecimento de regras de interpretação, o Código Civil brasileiro de 1916, na sua parte geral, dispunha que, na interpretação das declarações de vontade, devia-se atentar mais à intenção do declarante do que ao sentido literal das palavras declaradas (art. 85). Dá sempre se inferiu a prevalência do que se convencionou chamar de interpretação subjetiva do contrato, em que a pesquisa se volta à identificação da vontade real dos contraentes.” FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. **Equilíbrio Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145.

sentido objetivo e aparente, seguindo sempre uma interpretação do que seria razoavelmente se espera de um contratante leal.

Na sua função supletiva, a boa-fé objetiva, além de dar suporte ao preenchimento das lacunas do contrato⁹, cria o que vem se chamando de deveres jurídicos acessórios, laterais, instrumentais ou secundários. De maneira geral, a doutrina é uníssona ao citar como exemplos: o dever de informação, o dever de sigilo, o dever de colaboração e o dever de cuidado.

Pelo dever de informar se entende ser indispensável conduta transparente, na relação contratual com o fim de que haja esclarecimento sobre os dados, o objeto e as características atinentes ao contrato. Ressalte-se que dentro do campo desse dever se situa, ainda, o aconselhamento, quando se tratar de ajuste específico inerente a qualificação técnica de uma das partes.

Por dever de sigilo, deve-se entender a exigência de reserva da parte sobre o que tenha sabido em razão do contrato e cuja divulgação lhe possa frustrar o objetivo ou trazer prejuízo ao seu desenvolvimento e, por conseguinte, à própria contraparte.

Como dever de colaboração está a parte obrigada, de um lado, a não criar dificuldades para o cumprimento da prestação do outro contratante, mesmo que não chegue a impedi-la, impondo-se, ainda, a operação de cooperar mesmo para que o contrato chegue a seu melhor termo.

Pelo dever de cuidado, impõe-se ao contratante a cautela de não contratar ou agir de forma a causar exacerbados riscos de danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante.

⁹ Alguns autores subsumem essa função integrativa de lacunas contratuais a uma única função genérica que se pode dizer hermenêutico-integrativa. Assim, por exemplo, a professora Judith Marins Costa. *Ob. cit.*, p.112.

Importante notar que esses deveres integrantes da boa-fé nascem antes de firmado o ajuste e perduram até depois do contrato. Logo, em diversos termos, a boa-fé objetiva impõe deveres que antecedem a obrigação e persistem até depois dela, revelando-a um verdadeiro processo não limitado tão somente pelo adimplemento da obrigação principal.

Com isso, percebe-se que os deveres embarcados na esfera da boa-fé objetiva convergem com a busca e manutenção da função social do contrato desde o período pré-contratual até a resolução do pactuado. Portanto, percebe-se que a boa-fé objetiva faz do ajuste hoje muito mais uma relação de cooperação, de consideração com o outro, garantindo, assim, a promoção do solidarismo que, como visto, é valor constitucional e, neste ponto, imbricando-se com a função social do contrato.

4. DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

4.1 DO CONCEITO DE FUNÇÃO

A real dificuldade em conceituar a função social dos contratos encontra-se, semanticamente conectada ao vocábulo “função”. Este vocábulo é presente em diversas outras ciências que não as do direito, podendo, por exemplo, significar até mesmo uma operação lógica matemática.

Todavia, em alguns campos científicos, a palavra “função” encontra definição de conjunto de papéis e atividades exercidos por indivíduos ou grupos sociais, no sentido de atender às necessidades específicas. Ainda nesta seara, pode-se conceituar função como sendo um conjunto de tarefas, ações, comportamentos e atitudes que fazem a adaptação e o ajustamento de um dado a um sistema.

O professor Norberto Bobbio (1992, p. 147), ao utilizar-se de uma analogia entre a sociedade e um organismo animal, conceitua a expressão “função” como:

“A prestação continuada que determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, de acordo com o ritmo de nascimento, crescimento e morte de um dado organismo, o que transportado ao direito, acarreta em um poder que deve ser exercido no interesse de outrem.”

Segundo a lição do professor Fábio Komder Comparato (1986, p. 71-79):

“Quando se fala em função, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-los a certos objetivos: o que, acrescido do adjetivo “social”, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo.” (COMPARATO, 1986, p.71-79)

4.2 DOS ELEMENTOS DE COMPOSIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Nos dias de hoje, existe um paradigma de função social que, segundo alguns autores, não foi construção do direito moderno¹⁰, de funcionalização dos direitos subjetivos, mesmo aqueles considerados ou chamados “egoísticos”. Esses direitos de finalidade consistem em prerrogativas que conferem ao seu titular o poder de exigir de um sujeito ou de outros uma ação ou uma omissão, que atende ao seu interesse.

Ainda no campo da funcionalização dos direitos subjetivos, discorre o professor Fernando Noronha (1992, p.130):

¹⁰Antonio Manoel da Rocha, em sua obra **Boa-fé no Direito Civil, v.2**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1230, expõe: de acordo com seu entendimento “não se teria, atualmente, uma concepção autônoma e científica da função social do contrato, senão por um serôdio tributo ao exegetismo oitocentista do direito francês, que não permitia se retirasse das normas mais que uma permissão imediata, sem espaço, inferível da própria interpretação das regras de direito subjetivo, para restrições à discricionariedade das partes, a base, afinal, de sua liberdade contratual, de sua autonomia privada. Hoje, a seu ver, e longe das necessidades que, no direito francês, a teoria do abuso do direito veio a atender, um princípio como o da função social seria vazio de conteúdo, pois que inviável definir-lhe, de forma científica, determinações em abstrato, servindo, só, caso a caso, para pesquisa de limitações funcionais eventuais às diversas posições jurídicas. Arremata, portanto que, diante das novas e profundas exigências do direito moderno, não há, na função social, um princípio autônomo, mas tão somente, uma constatação normal de que, nos direitos subjetivos, como noutros lugares normativos, não seria possível, sem uma interpretação adequada das normas presentes, apurar a mensagem jurídica que esteja em jogo”.

“A relatividade dos direitos seria postulada, desde sempre, pela sua própria origem: produtos sociais, destinados a preencher uma função social, sob pena de renegarem a própria filiação certa e invariável, que supõe um conhecimento da comunidade social, quer expressamente emanado dos poderes públicos, como é de hipótese vulgar, quer retirado direta e instintivamente da consciência coletiva, que se torna ou permanece o seu próprio legislador. Daí, segundo conclui, qualquer direito ou prerrogativa não são sociais apenas pela sua origem e pela sua gênese, são sociais pelo fim para que tendem, ou seja, pela sua finalidade.”

Complementa o raciocínio o mestre Louis Josserand (1939, p. 320):

“As prerrogativas, mesmo as mais individuais e as mais egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria inconcebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e serem empregadas para todas as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses os mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu.”

Com a idealização de um novo tipo de Estado, mais voltado para a idéia do assistencialismo e de manutenção da igualdade social, a funcionalização desses direitos subjetivos ganha uma nova correspondência objetiva. Nessa seara, esses institutos jurídicos não mais ficam adstritos à questão de solução de controvérsias; voltam-se, agora para a organização da sociedade, sempre de maneira promocional à atividade social distributiva.

Neste ponto, a funcionalização se revela quando “o exercício dos poderes legados aos indivíduos”, dentre eles a autonomia privada, se efetiva como forma de afirmação da pessoa, de sua dignidade, desde que, se manifeste, também, alguma utilidade à consecução de interesses gerais da comunidade. Portanto, segundo este raciocínio, deve-se conceber e proteger os direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis ao serviço do desenvolvimento social, erguidos em um campo de convivência entre os contratantes, onde se faça uma intervenção estatal, de maneira substancialmente equilibrada e igual.

Essa igualdade substancial dá o tom da função social do contrato, revelando a idéia de igual dignidade social, que deve ser alcançada no ajuste. Com isso, a função social do contrato representa um mecanismo interventivo da diminuição da desigualdade para, com isso, aumentar-se a liberdade real dos contratantes.

Eis aí, a presença de um Estado voltado a programas solidaristas e de valorização da pessoa humana, construindo, gradativamente, um direito social e “despatrimonializado”, de acordo com a esfera constitucional. Portanto, percebe-se que o legislador condiciona cada vez mais a proteção de situações contratuais tradicionalmente disciplinadas sobre a ótica exclusiva patrimonial ao cumprimento de deveres extrapatrimoniais.

Diante desse novo tecido normativo é que o contrato deve ser funcionalizado, devendo voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento. No ordenamento jurídico nacional, resta claro do art. 170, *caput*, da Carta da República¹¹, que o contrato é inserido, com destaque fundamental, dentro dos princípios fundamentais da ordem econômica para que haja a manutenção da justiça social.

Resta evidente que neste contexto, os objetivos perseguidos pelo legislador constitucional são: o alcance do solidarismo e da dignidade da pessoa humana, através da aplicação de uma função que seja eminentemente social, e que promova a integração dos indivíduos, com o escopo de garantir seu desenvolvimento social e individual.

A propósito, é como afirma Norberto Bobbio (1992):

“A noção de função que se possa dizer social (solidarismo) e a da individual não são perspectivas dissociáveis. Ao contrário, a análise funcional do direito deve abarcá-las num mesmo espectro, em que o Estado atua de modo não só a controlar os comportamentos humanos, mas a dirigi-los a certos objetivos queridos.”

Portanto, é certo que no direito brasileiro a assunção da função social significa que a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo

¹¹ Segundo o professor Eros Roberto Grau, em **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79. “A função social do contrato constitui um princípio do novo direito contratual que, agora, consubstancia-se, ainda, como um princípio estruturante da ordem econômica em virtude do quanto disposto no art. 170, *caput*, da Constituição Federal”. Ora, se é assim, vem de se afirmar que o contrato encerra expressão típica da atividade econômica, servindo, sempre, a dar forma a uma operação econômica, de transferência de riquezas.

modelo dessa espécie de negócio jurídico, voltado para observar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana.

Veja-se, enfim, que foi nesse contexto que se editou a Lei nº 10.406/02, ou seja, o Código Civil de 2002, aclamando como princípios fundamentais a operabilidade, a eticidade e a socialidade.

Pelo primeiro princípio, procura-se a superação de divergências teóricas e formais, acerca dos institutos do direito, pela sua capacidade de ser executado. Por outras palavras, a novel lei civil buscou a maior facilidade na aplicação da norma prevista em seu texto.

Pelo princípio da eticidade, o diploma legal se rendeu a irrefutável constatação de que nem todas as situações jurídicas podem ser resolvidas por meio de preceitos normativos expressos. Sob este prisma, deve-se, a rigor, superar o dogmatismo entranhando no texto legal e abrir o sistema à interferência de critérios éticos, como a equidade, a justiça social e a boa-fé.

Por fim, pelo princípio da socialidade, o Código Civil de 2002 quis retirar do ordenamento o individualismo entranhado no sistema legal brasileiro, cuja influência elaborou o Código Civil de 1916. Este se apresentava forte nas clássicas manifestações do direito subjetivo individual, ou seja, na proteção dos seus titulares, como por exemplo, as figuras do proprietário, do contratante, do marido e do testador.

Portanto, pretendeu-se inserir na normatização civil um novo paradigma de prestígio dos valores sociais, orientando-se sempre pelo valor fundamental da pessoa humana. Algumas situações previstas no estatuto Civil vigente exemplificam esse entendimento, como a usucapião com tempo reduzido, prevista no art.1.238, a usucapião especial, prevista nos arts. 1.239 e 1.240, e com especial relevância o art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por meio do princípio da função social do contrato é que o ajuste é retirado da perspectiva individualista que lhe reservava o Código de 1916, modificando-se o seu eixo interpretativo. Essa modificação vem com o escopo de garantir que o ato de iniciativa das partes contratantes seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia, desde que ele cumpra o papel de satisfação dos propósitos e valores reservados pelo sistema em prol do interesse comum.

Acrescente-se que esses propósitos e valores foram previstos, antes de tudo, pelo constituinte, que resguardou a dignidade humana, também sobre a ótica da liberdade contratual, assegurando o acesso de todos aos bens e serviços essenciais.

É nesse sentido que leciona o professor Miguel Reale (2000, p. 124):

“O novo contexto do contrato está inserido na correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. Apenas que, decerto, não o indivíduo ou seu direito subjetivo como fonte única do valor da pessoa, mas, antes, a pessoa, enquanto partícipe das relações sociais e artífice da construção de um projeto de sociedade que a todos favoreça. Até porque, o individualismo não tem sentido do ponto de vista jurídico, pois ao Direito interessa não o momento individual, mas o momento social, o instante da relação, pressuposto mesmo da própria existência do direito subjetivo.”

4.3 DA EVOLUÇÃO NORMATIVA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Na Jornada de Direito Civil, promovida de 11 a 13 de setembro de 2002, ocorrida no Superior Tribunal de Justiça ficou estabelecido o seguinte enunciado (JUNIOR, 2007, p. 35)¹²: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance deste, quando presentes

¹² JUNIOR, Alberto do Amaral. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. *Revista do Direito do Consumidor*, nº 47, jun./jul. 2007, p. 35. Enunciado retirado deste texto.

estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”.

Nesse sentido, chegou-se a inserir, em proposta legislativa já de alteração do Código Civil de 2002, formulada pelo Relator do Projeto na Câmara, à época deputado Ricardo Fiuza. Todavia, a proposta foi rejeitada persistindo o presente verbete inscrito atualmente na Lei Civil vigente.

A propósito, pode-se observar que a função social do contrato não se traduz em simples limite negativo à liberdade de contratar. Ela integra o seu conteúdo, cumprindo papel afirmativo positivo de fomento de escolhas valorativas do sistema. Isso se dá quando, em suma, o art. 421 da Lei Civil preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, refletindo nada mais do que o entendimento de que a admissão da fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade.

Por outras palavras, considerando que a contratação representa um ato de liberdade, de nada adianta uma liberdade que seja só natural e não garantida pelo ordenamento. Nesta senda, a liberdade somente será garantida pelo ordenamento se houver no contrato mérito ou interesse social, ainda que estes sejam consubstanciados com o desenvolvimento subjetivo, que promova a dignidade da pessoa humana.

O professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior (JUNIOR, 2000, p. 19), ao discorrer sobre o art. 421 do Código Civil de 2002 enfatiza que:

“A autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins garante-lhe a eficácia não para satisfazer a qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum. Logo, invés de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força, pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia. Deste ponto, deve-se falar em liberdade contratual exercida em razão da função social do contrato.”

Acresce ainda, o professor Paulo Nalin (2002, p. 179):

“Há a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, no que tange os próprios valores constitucionais básicos, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana e o solidarismo. Ou seja, passa-se a entender o contrato, dada a sua função social, como voltado ao prestígio de valores primários eleitos pela Constituição.”

Nessa esteira, temos que “a função social do contrato representa, verdadeiramente, uma projeção da própria função social da propriedade.” (REALE, 2000, p. 125). Acerca do tema, complementa, ainda, a professora Ana Prata (1982, p. 98):

“O próprio conceito de autonomia privada se desenvolveu em estreita ligação com a afirmação da propriedade privada e do poder de disposição que ela é operada pela faculdade que ao titular se reconhece, então, de produzir efeitos jurídicos transmissivos do domínio. Portanto, falar-se em autonomia privada hoje somente faz sentido em um sistema mediante o qual se garanta a aquisição privada de bens e serviços.”

Neste prisma, sendo a função social do contrato uma projeção da função social da propriedade, de que verdadeiramente se origina, deve-se acentuar que a propriedade, atualmente, vem explícita no ordenamento constitucional como direito e garantia individual. Por isso, é de suma importância que seu acesso pelo contrato deva ser democratizado (art.5º, XXXIII, da Carta Política), daí a correspondência entre esses dois institutos.

Isto ocorre tendo em vista que o contrato funcionalizado instrumentaliza a aquisição de bens vitais à pessoa humana, demarcando não só o interesse particular, mas também o atendimento dos interesses sociais e valores coletivos. Esses interesses sociais e valores coletivos são encontrados a priori na Carta Magna de 1988.

4.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana, o Solidarismo e a Função Social do Contrato

A dignidade da pessoa humana forma a base axiológica a que são reconduzidos os direitos da personalidade. Esses direitos são princípios descritos na forma de regras pela atual Constituição, com o escopo de garantir a sua máxima efetividade.

De toda forma, vale anotar que à dignidade da pessoa humana deve-se reconhecer uma eficácia jurídica positiva, ou seja, uma exigibilidade judicial direta, tendo em vista ser ela valor constitucional básico do interesse da sociedade como um todo.

Portanto, tem-se a constatação de que se o negócio jurídico contratual estiver em desacordo com a sua função social não estará voltado à promoção do programa constitucional estabelecido. Neste ponto, vale a lição do professor Gustavo Tepedino (1998, p. 58):

“Há uma cláusula geral de tutela da personalidade, decorrente do princípio da dignidade, segundo a qual a validade dos atos jurídicos, por força da tutela da personalidade, está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais e à sua funcionalização ao desenvolvimento e realização da pessoa humana.”

De outra banda, há o princípio da solidariedade social, que também integra o conceito de função social a que o contrato deve voltar-se. Segundo o professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000, p. 17):

“A igualdade substancial é também uma expressão que dá conteúdo a função social, de forma a garantir o reconhecimento estatal do ato de autonomia privada, enquanto não importe num obstáculo que limite concretamente a liberdade dos indivíduos, portanto sua igualdade de fato, material que se contém no princípio da igualdade jurídica. Ou seja, a igualdade desempenha não só papel relevante no desenvolvimento dos princípios da justiça contratual, do equilíbrio e, pois, da distribuição equânime das prestações, dos riscos e dos encargos do contrato, mas também corresponde a um ideal do sistema, em que o contrato, ao lado de satisfazer uma função individual, sirva para tornar os indivíduos substancialmente mais iguais diante das escolhas valorativas do ordenamento.”

Por tudo isso, a igualdade substancial deixou de ser enfocada apenas como um dos direitos de primeira geração exigíveis diante do Estado, permeando também relações privadas. Essa transposição ocorre pois tem-se o poder de auto-regramento de interesses que as partes possuem convivendo com a exigência de que se faça de forma socialmente útil, possibilitando que cada um uma igual liberdade jurídico-negocial.

Nas palavras do professor Fábio Konder Comparato (2003, p. 58):

“A solidariedade social, mais ainda, significa impor a todos deveres positivos de colaboração levando em conta as diferenças de condição social. Para tal, deve haver a divisão orgânica de funções dentro da sociedade, que se complementam, reciprocamente, quer pela chamada justiça distributiva, que compreende a compensação proporcional como critério de repartição de bens ou prestação de serviços sociais.”

Em diversos termos, no campo da atual ideologia do contrato, ao se tratar da transposição entre a justiça puramente comutativa, própria do Estado Liberal, com relação à justiça distributiva do Estado Social há a representação da nova ótica contratual enfatizada na sua função social. Exatamente nessa senda que o contrato, em sua nova moldura, induz evidentes efeitos distributivos.

4.4 DO ASPECTO ECONÔMICO DO CONTRATO E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL.

Diante da evolução econômica da sociedade, pode-se constatar que a ideologia contratual sempre esteve a serviço de um programa político vigente. No auge da ideologia capitalista do contrato, durante o momento do Estado Liberal, o contrato representou um maciço fortalecimento das liberdades, todavia sob este fortalecimento estava o conseqüente crescimento das desigualdades sociais, vez que somente a burguesia consolidava seus interesses.

Atualmente, contudo, ocorreu uma transformação no cenário econômico, que passou a cercar-se de atividades ainda de larga escala e de produção em massa, porém fomentadas por atividade de cunho empresarial. Ora, se é assim, o que se tem é uma

economia flexível e especializada, essencialmente tecnológica e de serviços fundando-se no instrumento contratual.

A essa realidade não se nega, tendo em vista que o contrato é sempre a veste de uma operação econômica de transferência de riquezas e, inserido nesse cenário econômico pós-moderno, se “estandardizou” revestindo-se de condições gerais preestabelecidas, assumindo novas formas de consumação.

Diante dessas assertivas, com efeito, vale reafirmar que a função social do contrato se insere nesse contexto contratual demarcando a promoção do solidarismo, de relevância não só das partes contratantes, mas de toda a sociedade. Portanto, como visto, coexiste junto da função social na esfera contratual a sua função econômica.

A função econômica do contrato é responsável por dar suporte à atividade regulada entre as partes tal qual ela se desenvolve. Nos dias de hoje, a atividade empresária se desenvolve basicamente sob dois patamares: em larga escala, no que tange os bens e serviços ofertados a uma universalidade indistinta de pessoas e em escala especializada, privilegiando os serviços e a tecnologia neles envolvida. Essa última atividade se consoma em grandes espaços, através das relações mais simples. Além disso, é marcada pela desigualdade intrínseca, haja vista que não há a possibilidade de negociar a prestação dos serviços prestados ao indivíduo.

Nessa realidade é que estão contidos os contratos de adesão, correspondentes a prestação de serviços de fornecimento de água e luz. Esse tipo de contrato possui cláusulas gerais previamente estipuladas onde a vontade da parte aderente é materializada também de maneira generalizada no tocante ao que foi predisposto pela parte proponente.

Deve-se ressaltar que nessa espécie de contrato se as características tradicionais de individualismo, de pertinência, fossem mantidas em cada relação econômica específica, com prévia negociação e cláusulas particulares, a atividade empresária se tornaria inviável ou teria seu custo amplamente majorado. Assim, nesse sentido, a “estandardização”

representa uma economicidade do contrato, porque racionaliza a atividade empresarial, sem a qual ela não se desenvolveria da mesma forma perante o modelo econômico atual.

Essa espécie de contrato permite o planejamento da produção ou do fornecimento, tornando seguras as disposições que poderiam afetar seu custo. Sob a ótica do proponente é sempre ideal, nesse contexto, se utilizar desta ferramenta contratual, tendo em vista que pode proporcionar os seguintes benefícios: acelerar a conclusão dos negócios, aperfeiçoar o seu controle de maneira a prevenir litígios e reduzir custos adicionais. Cabe realçar que nesses moldes apresentados, também agradaria ao consumidor.

Todavia, o que essa ideologia esconde pela outra face é o enfraquecimento da parte aderente, a bem do interesse da imposição econômica pela parte preestipulante. Em suma, há sempre - mesmo que intrinsecamente, nas formas de contratação em massa, com imposição de cláusulas gerais - uma danosidade social que deve ser suplantada, tendo em vista que não se trata sempre e simplesmente de racionalizar a produção, a atividade de empresa, mas sim de impor ao aderente a imposição das condições de mercado.

Deve-se ressaltar que se o contrato “estandardizado” serve para racionalizar a atividade da empresa, só é possível a providência se for de interesse comum do grupo de consumidores, o que apenas ocorrerá se a racionalização e o contrato - que é seu instrumento - prestarem-se a possibilitar o melhor acesso ao consumo. Isso ocorreria como resultado do efeito distributivo que o contrato deve conter e que o acesso à propriedade, hoje alocado como direito e garantia individual, deve ser facilitado.

Sobre o assunto adverte o professor Ricardo Lorenzetti (1998, p. 76):

“O que se trata atualmente é do favorecimento ao acesso do consumo. Existe uma evidente falha de mercado, que tem características estruturais, mediante a qual os bens não chegam aos consumidores. Há uma grande massa de excluídos do consumo, daí a necessidade de se elaborar formas de intervenção que corrijam essa situação e flexibilizem o acesso ao consumo *de maneira segura e com qualidade aceitável* [sem grifo no original].”

Dessas respostas, afirma-se então que, sob seu aspecto de promoção do solidarismo, o contrato na sua feição atual, deve ter efeito distributivo. Isso significa compreendê-lo como instrumento não só da racionalização da atividade econômica, mas também como a ferramenta que facilita e garante o acesso ao consumo. Eis aí a razão das regras de intervenção, por meio da lei e do juiz, no seio das relações contratuais.

Em suma, a função social num primeiro contorno, que vale para quaisquer relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas. Por outro lado, significa, também, a promoção da justiça distributiva, enquanto fomenta o acesso aos bens e serviços.

5. CONCLUSÃO

Ao cabo deste estudo, impende, reafirmar que a noção de função social do contrato convida o seu intérprete a abandonar uma leitura clássica do ordenamento jurídico a qual ela se insere, estimulando-o na busca por valores sociais existentes no homem, que foram inseridos no nosso ordenamento jurídico.

A conseqüência direta disso é o imediato estímulo que recebe o intérprete a conectar-se com o universo fático-jurídico à sua volta, rompendo de vez com uma postura exclusivamente positivista. Portanto, é através desse princípio que o intérprete pode conectar-se com o lado dinâmico do Direito, acompanhando mais atentamente a influência trazida pela sociedade neste mundo de normas. Partindo desse ponto, pode o intérprete da norma exercer a adaptação do direito positivo ao caso concreto seguindo a orientação valorativa fundamental fornecida pela nossa Lei Máxima, coadjuvando a produzir, conseqüentemente, uma norma concreta mais equilibrada.

Nesta seara, pode ser dito que após o princípio da função social do contrato ter sido consagrado no ordenamento jurídico, o núcleo dos contratos passa gradativamente a

residir na solidariedade, através da promoção de uma nova visão contratual, que deixa de lado o sentido de situar os contratantes em posições opostas, passando a colocá-los no *status* de cooperação.

Assim, fundadamente, pode-se falar que a função social do contrato é a ferramenta precisa para alavancar de fato a instalação de um novo Estado, mais voltado para a idéia do assistencialismo e de manutenção da igualdade social, que promove a justiça distributiva. É ilusório, todavia, pensar que atualmente as relações já se apresentam nesse patamar. O que se tem, enfim, não obstante a influência desse baluarte do “Estado distributivo” é a contínua escravização do cidadão a uma cadeia de fornecimento de serviços essenciais mal prestados e extremamente onerosos.

Observa-se que não obstante a contínua progressão da dinamização dos valores constitucionais fundamentais, materializados através de legislações protetivas dos direitos dos cidadãos, ainda é absoluta a influência do “positivismo capitalista” no ordenamento jurídico vigente, e por parte da cultura da maioria de seus intérpretes e elaboradores.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A Evolução Histórica e os Princípios Fundamentais dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Alberto do Amaral. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 47, jun./jul. 2007.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Projeto do Código Civil: as Obrigações e os Contratos**. São Paulo: RT, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Ética e Boa fé no Adimplemento Contratual**. São Paulo: Saraiva 2002.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Questões atuais de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOBEILMAN, Felix. **A Evolução dos Princípios Contratuais**. São Paulo: Atlas, 2003.