



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

EDMAR RAMIRO CORREIA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

RIO DE JANEIRO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

EDMAR RAMIRO CORREIA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Doutor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

RIO DE JANEIRO

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE.
UERJ / REDE SIRIUS Q BIBLIOTECA CCS/C

C824f Correia, Edmar Ramiro.
A função social do contrato / Edmar Ramiro Correia. – 2009.
115.f.

Orientador: Carlos Edison do Rego Monteiro Filho.
Dissertação (mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Contrato social - Teses. I. Monteiro Filho, Carlos
Edison do Rego. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese.

Assinatura

Data

EDMAR RAMIRO CORREIA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Faculdade de Direito da UFPR

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins
Prof. visitante da Faculdade de Direito da UERJ

Rio de Janeiro
2009

OBSERVAÇÃO

Desde o dia 1 de janeiro de 2009, entraram em vigor no Brasil as novas regras ortográficas da língua portuguesa, resultado do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, celebrado entre os oito países que falam português (Portugal, Brasil, Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde e Timor Leste), no dia 16 de Dezembro de 1990¹. Como grande parte desta pesquisa foi escrita no momento de transição da entrada em vigor do Acordo, optou-se por conservar, nesta versão final, as regras definidas pela Convenção Ortográfica de 1943, aprovada pela Lei nº 5.765, de 18 de dezembro de 1971, ainda aceita no Brasil, ao lado das mudanças determinadas pelo novo Acordo.

¹ In: <http://www.portaldalinguaportuguesa.org/index.php?action=acordo> Acesso em 26/04/2009.

RESUMO

CORREIA, Edmar Ramiro. A função social do contrato. 2009. 115 f. Monografia (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Este trabalho analisa a função social do contrato buscando determinar quais as implicações práticas do artigo 421 do Código Civil. Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente, faz-se uma abordagem panorâmica da evolução do direito moderno a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social e procura-se identificar quais os elementos que formam o conteúdo da função social do contrato, distinguindo-a da função econômica. Em seguida, examinam-se, criticamente, as principais correntes doutrinárias sobre o tema, aferindo-se a utilidade prática das mesmas e a compatibilidade com o Código Civil. Por fim, o princípio da função social do contrato é examinado sob dois enfoques: (i) o da técnica legislativa, o qual procura identificar as implicações da opção do legislador pelo emprego da técnica da cláusula geral e de conceitos indeterminados no artigo 421 do Código Civil; (ii) e o do conteúdo que, de acordo com a abordagem proposta, é determinado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, para cuja concretização o contrato serve de instrumento.

Palavras-Chave: Função Social do Contrato. Artigo 421 do Código Civil.

ABSTRACT

It is analyzed the social function of the contract in order to determine the practical implications of the clause 421 of the Civil Code. For a better comprehension of the problem it is made a panoramic view of the modern law evolution, from the passage of the liberal state to the welfare state, trying to identify which are the elements that build the content of the social function of the contract, distinguishing this function from the economical one. Then the main doctrines about the theme are critically analyzed trying to discover their practical utilities, and also if they are compatible with the Civil Code. Finally, the principle of the social function is analyzed under two points of view: (i) the legislative technique, trying to identify the consequences of the technique that was used in clause 421 of the Civil Code; (ii) the content, which, according to the proposed approach, is determined by the principle of the human dignity, for which the contract is the instrument.

Keywords: The social function of the contract. Clause 421 of the Brazilian Civil Code.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	08
1.	AS EXIGÊNCIAS QUE SE COLOCAM AO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	11
1.1	A evolução do direito moderno.....	11
1.2	O contrato na atual fase da evolução do direito moderno.....	16
1.3.	A constitucionalização do Direito Civil.....	20
1.4	A função social do contrato no Código Civil de 1916.....	24
2.	ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL.....	26
2.1	A função social do contrato como princípio coadjuvante da boa-fé objetiva na criação de deveres de conduta.....	26
2.2	A função social como função econômico-social.....	32
2.3	A função social do contrato como cânone hermenêutico.....	39
2.4	O contrato como instrumento de realização dos direitos coletivos.....	44
2.5	A função social do contrato como fundamento da tutela externa do crédito	49
2.6	A função social do contrato como fundamento do paradigma da essencialidade.....	54
3.	A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO SOB OUTRA PERSPECTIVA....	60
3.1	A função social do contrato como cláusula geral.....	60
3.2	O conteúdo do princípio da função social do contrato.....	68
3.3	A função social como critério para merecimento de tutela jurídica.....	73
3.4	A função social como legitimação do poder social de criação do direito	89
4.	A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS.....	95
4.1	A hermenêutica tradicional e sua insuficiência para a concretização do direito.....	95
4.2	A hermenêutica jurídica de acordo com Emílio Betti.....	97
4.3	O merecimento de tutela jurídica.....	95
4.4	As lacunas axiológicas do ordenamento jurídico positivo.....	100
4.5	Critérios para a aferição do desempenho da função social e merecimento de tutela jurídica.....	102
	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

É na esteira das mudanças e tentativas de renovação do Direito Civil que se introduz no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da função social do contrato, expresso no artigo 421 do Código Civil.

Sobre o festejado artigo 421, se assim é permitido dizer, já se falou que é uma das principais inovações do Direito brasileiro, um dos mais importantes dispositivos do Código Civil, mas também já se falou que é um dos mais enigmáticos. O certo, entretanto, é que, passada a euforia da edição do Código Civil de 2002, e superada a angústia dos que operam com o direito e são obrigados a entendê-lo para aplicá-lo no dia-a-dia de sua atividade profissional, pode-se afirmar, sem dúvida alguma, que a doutrina ainda não encontrou o caminho que possa levar a uma compreensão do conteúdo e das implicações práticas do princípio da função social do contrato.

A funcionalização do direito não é um assunto novo, há mais de um século, os estudiosos se debruçam sobre o tema, destacando-se trabalhos da doutrina francesa, alemã e italiana, conforme se verá no curso do presente trabalho sem, no entanto, chegar a resultados práticos satisfatórios para a dogmática jurídica, ou que pudessem servir de chave para a interpretação do artigo 421 do Código Civil. Nesse contexto, a positivação do princípio da função social do contrato pelo Código Civil é mais do que uma grande inovação para o Direito brasileiro, é um desafio para a doutrina e para os tribunais, especialmente quando se pensa na tradicional, mas muito atual, regra de hermenêutica de que a lei não tem palavras vazias ou inúteis.

A se admitir que o princípio da função social do contrato é um dos mais importantes princípios do Direito brasileiro e que o artigo 421 tenha sido uma das maiores mudanças introduzidas no Direito Civil pelo Código vigente, questiona-se: por que, até o momento, esse enigmático princípio não produziu resultados práticos e dignos de nota na realidade do direito? A constatação de que o artigo 421 ainda não recebeu uma interpretação que lhe seja adequada reforça-se diante da expectativa que se tinha de que o princípio da função social do contrato causasse um forte impacto na realidade jurídica brasileira, tanto que o parágrafo único do artigo 2.035, prevendo uma transição turbulenta do Código de 1916 para o vigente, dispõe que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Esse dispositivo, pelo menos, não teve utilidade prática, bastando para comprovar

tal assertiva a jurisprudência dos tribunais brasileiros, relativamente ao período de transição dos dois códigos, mostrando que não houve impacto significativo do princípio da função social do contrato sobre os contratos que estavam em fase de execução quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Embora tenha-se passado mais de cinco anos do início da vigência do Código Civil, a doutrina não descansa. O volume de artigos e obras de maior porte sobre o princípio da função social do contrato, produzidos pelos mais significativos nomes da cultura jurídica brasileira, não deixa dúvidas, a doutrina aceitou o desafio do legislador e está imbuída da tarefa de renovação do direito contratual, ainda tão marcado pela tradição oitocentista.

Muito já se escreveu sobre o princípio da função social do contrato, porém não o suficiente a ponto de justificar o abandono do tema, conforme fica demonstrado no curso do presente trabalho. Se por um lado ainda não se encontrou aplicações práticas significativas para tal princípio, por outro lado, tudo que até aqui se disse sobre o assunto é a licença e a liberdade para ousar novas possibilidades. O presente estudo foi desenvolvido a partir dessa idéia.

No Capítulo I, traçou-se um panorama da evolução do direito moderno, tomando como ponto de referência a passagem do Estado liberal para o Estado social e os valores da igualdade formal e da livre iniciativa (da qual, no âmbito do direito contratual, decorre o princípio da liberdade contratual), procurando-se estabelecer as diferenças conceituais entre as funções social e econômica, bem como entender de que maneira a função social do contrato pode ser desvinculada de sua função econômica.

Ainda no Capítulo I são examinadas as atuais tendências doutrinárias a respeito das tentativas de reelaboração do conceito tradicional de contrato e de sua funcionalização, bem assim o tratamento que a doutrina brasileira deu à função social do contrato inda na vigência do Código Civil de 1916, que muito pouco contribui para a compreensão do artigo 421 do Código Civil vigente. Em seguida, são examinadas as premissas metodológicas do direito civil constitucional, buscando-se compreender de que maneira essa doutrina pode contribuir para a elucidação do princípio da função social do contrato.

No Capítulo II são examinadas as principais correntes doutrinárias a respeito da função social do contrato, a partir de um enfoque crítico com base no critério da compatibilidade das diversas teorias com o Código Civil vigente e com as tendências doutrinárias do direito civil contemporâneo. Outro critério adotado é o da utilidade, a partir da qual busca-se conhecer as implicações práticas de cada uma das teorias examinadas.

No Capítulo III, o princípio da função social do contrato é tratado de acordo com a visão do autor do presente estudo, ou seja, onde procura-se demonstrar que a funcionalização do contrato implica o reconhecimento do poder social de legitimar determinadas situações jurídicas que não encontram tratamento adequado no ordenamento jurídico positivo e que, apesar disso, os interesses delas emergentes devem ser protegidos juridicamente por meio de uma interpretação construtiva do direito. Nesse sentido, a função social do contrato não é vista como um simples limite imposto à liberdade contratual, ou como imposição de deveres às partes contratantes, posição defendida pela maior parte das teorias examinadas.

De acordo com o tratamento que é dado à função social do contrato no presente estudo, o artigo 421 do Código Civil funciona como fundamento legal para a concessão de tutela jurídica a interesses tendentes a realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que, à primeira vista, tais interesses sejam excluídos do ordenamento infraconstitucional. Em outras palavras, a função social opera de maneira positiva, no sentido de legitimar a concessão de tutela jurídica a interesses que estão fora do sistema jurídico, não de maneira negativa, como vem entendendo a doutrina, no sentido de negar tutela jurídica a interesses que são tutelados abstratamente pelo ordenamento jurídico. Nessas condições, a função social do contrato define novos limites para a autonomia negocial de maneira que, concretamente, pode, inclusive, ampliar os poderes das partes contratantes, conforme ocorre, por exemplo, no caso dos “contratos de gaveta” que, à luz do ordenamento jurídico positivo, são negócio nulo e, apesar disso, desempenham função social relevante e, por isso, embora de maneira não declarada, o Superior Tribunal de Justiça lhes reconhece os efeitos jurídicos do contrato translativo de propriedade imobiliária.

Por fim, ante as limitações da hermenêutica tradicional, cujas técnicas não são adequadas para se operar com conceitos indeterminados e cláusulas gerais (técnicas legislativa empregada no artigo 421), o capítulo IV propõe uma técnica de interpretação e aplicação do direito, mediante a qual o merecimento de tutela jurídica dos interesses demandados em juízo é aferido num momento que antecede à qualificação jurídica do fato social, ao contrário do que ocorre na hermenêutica tradicional, baseada na lógica formal, em que a tutela jurídica é uma inferência dedutiva da incidência da norma jurídica.

1. AS EXIGÊNCIAS QUE SE COLOCAM AO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

1.1 A evolução do direito moderno

O Direito Civil, tal como é conhecido hoje, segue uma tradição que vem da Revolução Francesa e passa pelo idealismo alemão, tendo como pontos de referência dois monumentos legislativos, o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleão) e o Código Civil alemão de 1900. Esses dois marcos na história do direito privado exerceram tamanhas e tão profundas influências que serviram de modelo para quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado, e estabeleceram o que se habituou chamar de tradição oitocentista. O Código Civil brasileiro de 1916 é filho dessa tradição², e o vigente Código Civil dela não ficou livre.

A diferença fundamental entre o Código Napoleão e o Código Civil alemão é que este, mais recente e concebido já sob a influência do idealismo, contempla o contrato como uma categoria jurídica constituída à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras jurídicas, ou seja, o contrato é uma subespécie de negócio jurídico³. Os elementos que unem os dois códigos, entretanto, são muito mais significativos, pois ambos são realizações inspiradas nos ideais do liberalismo político e econômico, ideais que também servem de base para a configuração do modelo do Estado e da sociedade.

Assim, pode-se afirmar que os ideais do Estado liberal constituem a base do direito civil de tradição oitocentista que, ao regular as relações entre os particulares, pressupõe uma sociedade organizada de acordo com os ideais e valores liberais, dos quais se destacam, para a finalidade do presente trabalho, a igualdade jurídica ou formal e a livre iniciativa.

Os referidos ideais do Estado liberal, ao menos no plano teórico, foram generalizados como ideais comuns de toda a sociedade. A doutrina da classe vencedora da Revolução Francesa foi cristalizada no Código Napoleão e tornou-se a doutrina de todas as classes, ou seja, a doutrina da sociedade como um todo⁴.

Essa generalização faz coincidir, no discurso jurídico, os interesses econômicos de uma parcela da sociedade – a burguesia, que participa da vida econômica – com os interesses sociais, de maneira que passa a existir uma convergência entre livre iniciativa e interesse

² GOMES, Orlando. **Raízes históricas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 32-44.

³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 47.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

social. A função social do contrato, nesse contexto, termina por ser confundida com sua função econômica. Esse equívoco, no qual a doutrina recente incorre, é examinado mais adiante, juntamente com a crítica às diversas correntes doutrinárias a respeito da interpretação do artigo 421 do Código Civil.

A tradição oitocentista é uma fase importante do desenvolvimento do direito moderno, que se caracteriza pelo formalismo jurídico, uma opção teórica que defende as seguintes concepções: (i) o direito é entendido como uma estrutura normativa, um sistema fechado de normas, capaz de regular todos os fatos da vida; (ii) a lei é entendida como a única fonte do direito; (iii) a hermenêutica jurídica e a aplicação do direito operam através da subsunção lógico-formal do fato à norma legal; (iv) a linguagem das leis é descritiva de fatos genéricos e abstratos⁵. Os limites do presente estudo não permitem discorrer sobre as razões históricas pelas quais essa opção teórica se impõe, sendo necessário, entretanto, estabelecer o pano de fundo sobre o qual o problema da função social do contrato se coloca.

A insuficiência do formalismo se tornou evidente já no final do século XIX, verificada com o alargamento das bases do capitalismo industrial, abrindo-se à economia de mercado com o conseqüente aumento da massa consumidora, surgindo, com isso, fatos novos que não se subsumem nas categorias jurídicas do direito então vigente.

A igualdade formal no modelo capitalista redundou em exploração do fraco pelo forte e na proliferação da miséria e da desigualdade substancial. É sob o influxo desses fatos, denunciando o anacronismo do sistema então vigente, que o direito moderno inicia o processo de humanização, que perdura até os dias atuais⁶.

A evolução do direito moderno, entretanto, não se dá através do abandono ou da completa superação do sistema de tradição oitocentista. No plano político, a evolução se verifica pela passagem do Estado liberal para o Estado social, passagem que não representa uma ruptura radical, pois esses dois modelos de Estado apresentam muitos pontos de convergência, o que representa uma espécie de continuidade entre o Estado liberal e o Estado social, ou seja, a passagem para o modelo social não se deu por meio de uma ruptura com as tradições liberais⁷. Apesar disso, é possível verificar a reformulação de alguns conceitos políticos que interferem de maneira profunda na compreensão do direito privado. O contrato,

⁵ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 95-102.

⁶ Ibid. p. 103-104.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa, trad. Flávio R. Kote. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 261.

uma das principais expressões da filosofia liberal, passa por uma crise de identidade, pois, concebido na tradição liberal, para a realização de valores individuais, no Estado social deve desempenhar outras funções, além da função econômica, consistente no instrumento jurídico mediante o qual a propriedade é posta em circulação.

O Estado social “conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”, o que o caracteriza, no entanto, é a tentativa de superação das desigualdades sociais, implicando numa postura intervencionista do Estado na economia e em outros setores da vida privada⁸.

O direito contratual, desenvolvido pela tradição oitocentista, está ligado a um modelo ou noção básica de contrato que orienta a interpretação e dá unidade ao conjunto de regras que constituem a sua disciplina legal. As mudanças do direito contratual, necessárias à sua adaptação ao Estado social, apontam a estruturação de um novo modelo, consistente na superação do modelo tradicional.

As dificuldades de identificar o contrato com a ideologia do Estado social deixam a doutrina em verdadeiro estado de perplexidade. Segundo Orlando Gomes, o que mais impressiona quem confronta o direito privado do século XIX com o direito privado contemporâneo é a “aparência de que as instituições conservam a mesma contextura” ao lado do fato de a categoria do contrato servir como “uma camisa de força para imobilizar as relações jurídicas emergentes de novas necessidades”⁹.

Ainda conforme a visão de Orlando Gomes, verifica-se um desajustamento da ordem jurídica no terreno das relações privadas. Há um descompasso entre o direito e realidade, impondo ao jurista a revisão dos conceitos básicos do direito privado, é “todo um direito que está por se reconstruir e refazer. Desde as suas matizes filosóficas às suas noções técnicas. Desde os seus pressupostos morais à nomenclatura de seus institutos”¹⁰.

De acordo com o modelo legado pela tradição oitocentista, o contrato é “a expressão mais significativa da autonomia da vontade”¹¹. Essa característica, essencial à noção de contrato, ainda não passou por uma reformulação adequada, apesar de já se mostrar defasada. Atento às exigências que a sociedade contemporânea impõe ao direito privado, o mesmo autor aponta as razões que confirmam a defasagem do conceito tradicional de contrato: (i) o

⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 184-185.

⁹ GOMES, Orlando. **A crise do direito privado**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 08.

¹⁰ Ibid. p. 23.

¹¹ Id. Transformações gerais do direito das obrigações. 2 ed. aum. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1980. p. 68.

desequilíbrio verificado entre as partes contratantes; (ii) a crescente interferência do Estado na vida e na economia, por meio de limitações à vontade de contratar e; (iii) os fenômenos ligados à técnica de formação do contrato (contratos de massa)¹².

A reformulação do conceito de contrato, no que diz respeito à sua dimensão econômica, para atender às exigências impostas pela sociedade contemporânea, leva a doutrina a associar a sua função econômica a valores como a igualdade substancial e a justiça social:

O contrato exerceu uma função individual, em conformidade com a ideologia dominante: o liberalismo. Há de ser reestruturado, para atender e exercer uma função social, segundo a ideologia que, em nosso tempo, parece ser dominante: o igualitarismo, com suas demandas de justiça social¹³.

Entretanto, uma característica relevante do processo de humanização do direito, que não pode ser relegada a um segundo plano quando se trata de examinar a função social do contrato, consiste no aprofundamento da afirmação histórica dos direitos humanos, que aponta para valores éticos, conforme a lição de Fábio Konder Comparato:

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento, como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos¹⁴.

O que se verifica no período pós-II Guerra é um “*revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros”¹⁵. A pessoa passa a ser o “valor-fonte fundamental do direito”¹⁶. A preocupação com a pessoa humana representa uma mudança de mentalidade da doutrina, e reflete, de maneira significativa, na compreensão do direito civil contemporâneo.

Na esteira dessas mudanças, a expressão *social* está sujeita “às mais caprichosas variações de sentido”, o seu significado, no Estado liberal, não é o mesmo do Estado social. No Estado liberal é o sistema econômico e capitalista, fundado na livre iniciativa e igualdade formal entre os indivíduos, que serve de base para a ordem social. Nesse contexto, a função social se identifica com a função econômica, que se caracteriza pela livre circulação das

¹² Id. **A crise do direito privado**, p. 93.

¹³ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no estado social: crise e transformações**. Maceió: Edufal, 1983, p. 41.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e aum.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 179.

¹⁶ REALE, Miguel. Op. cit. p. 159.

riquezas, especialmente da propriedade que, com o advento do Estado liberal, se libertou das amarras até então impostas pelo regime feudal, o que justifica a proteção da autonomia privada como valor supremo. No Estado social, a expressão *social* está comprometida com outros valores e ideais, os quais apontam o propósito de superar o individualismo clássico, corrigindo suas injustiças mediante o reconhecimento e concretização dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana¹⁷.

A dignidade da pessoa humana, no contexto do Estado social, passa a ser um valor supremo que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”, de maneira que, só a partir da dignidade da pessoa humana é possível compreender os demais direitos e garantias constitucionais, inclusive aqueles relacionados com a autonomia privada¹⁸.

A passagem do Estado liberal para o Estado social, que costuma ser relegada pela dogmática civilística a um problema do direito constitucional, leva à confusão entre o significado de função social e de função econômica pela doutrina. Conforme tratado mais adiante, essas duas funções são correlatas, porém não se confundem no direito contemporâneo.

A liberdade contratual, no Estado social, passa a interessar, fundamentalmente, aos “componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre da melhoria social e sentem que a liberdade se identifica com a emancipação econômica, ou, se não for esta, imediatamente possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade no nível geral das condições materiais de existência”¹⁹. O que interessa, nesse contexto, conforme se pode perceber, é a dimensão econômica do contrato, ou seja, o contrato como meio econômico para a realização de justiça social, o que justifica a intervenção estatal nas esferas privadas, criando condições materiais para que a justiça social seja possível.

Sob a égide do Estado social, é necessário não confundir, insista-se, a função social do contrato com a sua função econômica. Os valores sociais relacionados com a livre iniciativa e a igualdade substancial identificam-se com um ideal de organização do mercado econômico, pois visam a criação de condições para que as relações contratuais sejam justas, ou equilibradas. Assim, a igualdade material entre as partes contratantes, que se busca alcançar a

¹⁷ MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-40.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 188.

partir de regras protetivas do contratante mais fraco e de limitações à autonomia privada no campo contratual, visam garantir que o contrato realize a sua função econômica, de maneira que não é possível encontrar um sentido para a função social do contrato no mercado econômico²⁰.

1.2 O contrato na atual fase da evolução do direito moderno

É importante examinar, ainda que de maneira panorâmica, as transformações pelas quais o direito contratual tem passado nos últimos tempos, bem como, aquelas que a doutrina já sinaliza para o futuro, a fim de constatar que nenhuma delas é suficiente para explicar a exata dimensão do princípio da função social do contrato, contemplada no artigo 421 do Código Civil.

As transformações do direito contratual estão inseridas no contexto da evolução do direito moderno, sobretudo na passagem do Estado liberal para o Estado social, conforme foi examinado na seção anterior. Tais transformações apontam duas direções: uma delas decorre da pressão dos fatos sobre o direito e é imposta pela realidade social, com suas demandas que não podem ser ignoradas pelo legislador ou pelo aplicador do direito; a outra direção está relacionada com a mudança de mentalidade da doutrina, representada por formulações contrárias aos valores que estão na base do sistema tradicional, de cunho individualista, numa tentativa de reconstrução do sistema de acordo com os novos valores, que estão na base do personalismo ético.

De acordo com a tradição oitocentista, inspirada no liberalismo econômico e político, “a liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contratantes”, é um valor supremo, por outro lado, na sociedade contemporânea, a liberdade contratual, embora presente, deixa de ser um valor em si mesma, e o fundamento do contrato passa a ser o papel que ele desempenha na realidade social²¹.

Se não é possível, por um lado, negar as transformações sociais e seus reflexos no direito contratual; por outro lado, também, não é o caso de afirmar que o direito contratual passa por uma “completa inversão das concepções e dos valores dominantes no passado”, ou

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 360-361

²¹ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 295.

que a vontade dos contratantes já não tem qualquer relevância. Nenhuma dessas posições corresponde à realidade²².

De acordo com Enzo Roppo²³, as mudanças no direito contratual, verificadas em razão de sua evolução, podem ser sintetizadas pelas seguintes tendências: (i) passagem da teoria da vontade à teoria da declaração (objetivação do contrato); (ii) consideração do contrato como relação determinada não somente pela vontade, mas, também, pelo “contato social” e; (iii) entendimento do contrato como “instituição”.

Na evolução do direito contratual há uma tendência no sentido de reduzir, progressivamente, a importância e o papel da vontade, o que pode ser percebido pela objetivação do contrato, apontando a revisão da “influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação”²⁴.

Há, assim, uma tendência de substituição da teoria da vontade pela teoria da declaração, imposta pela dinâmica do mercado, que não se compraz com o contrato como consenso ou encontro de vontades dos contratantes. A tradição, assim, tende a ceder às exigências da moderna economia de massa, com seu extraordinário volume de trocas, sendo necessário “garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações”, que passam a ser disciplinadas objetivamente, sem atribuição de relevância decisiva à vontade²⁵.

Outro efeito da superação do dogma da vontade consiste em ligar “o tratamento jurídico das relações aos *elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis*, dos atos pelos quais as relações se constituem”. Assim, no confronto entre a vontade subjetiva e a declarada, tende-se a prevalecer essa última, com o objetivo de tutelar a confiança depositada na declaração pelo destinatário dela, o que garante a segurança, a celeridade nas trocas e a estabilidade dos negócios²⁶.

O conceito de “contato social” consiste no complexo de circunstâncias e de comportamentos valorados de modo socialmente típico, por meio dos quais, realizam-se as operações econômicas e as transferências de riqueza, passam a ter relevância no tratamento do

²² Ibid. p. 296.

²³ Ibid. p. 295-338.

²⁴ Ibid. p. 297.

²⁵ Ibid. p. 298.

²⁶ Ibid. p. 299.

contrato, pois não é somente a vontade das partes contratantes que fundamenta o contrato. A declaração de vontade deixa de ser o elemento exclusivo de origem do contrato, atribui-se, assim, “o valor de declaração contratual a comportamentos sociais valorados, de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se as atitudes psíquicas concretas dos seus autores”²⁷.

Na esteira do processo de objetivação, reconhecem-se ao contrato outras funções, além da econômica. Destaca-se a de “dar vida diretamente a uma *complexa organização de homens e meios*, que adquire uma *objetividade autônoma* em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, e que, por assim dizer, transcende”, como ocorre, de uma maneira muito evidente, nas associações e sociedades nas quais o contrato é transcendido pela instituição para a qual dá vida²⁸.

A objetivação do contrato tem por finalidade garantir a estabilidade das relações contratuais que se operam nas relações de massa, impondo a transformação do contrato em instrumento objetivo e impessoal, adequado às necessidades da sociedade. A par das relações necessárias à economia de massa, porém, permanecem zonas, ainda que reduzidas, onde as trocas continuam pessoalizadas, pois os bens permutados não são standardizados.

As mudanças na concepção tradicional de contrato, apontadas por Enzo Roppo, parecem decorrer da pressão da realidade social sobre o direito e, em grande medida, estão relacionadas com a contratação em massa. Há, entretanto, um conjunto de mudanças do direito contratual que, conforme dito anteriormente, decorre de uma mudança de mentalidade da doutrina diante do fenômeno contratual.

Segundo Thomas Wilhelmsson, o modelo tradicional de contrato está estruturado com base em cinco características básicas, a saber: (i) neutralidade de conteúdo; (ii) abordagem estática do contrato; (iii) antagonismo entre as partes contratantes; (iv) atomismo e; (v) abordagem abstrata. No direito contemporâneo, a doutrina busca a superação desse modelo, que não mais atende às exigências da realidade social e aos valores de justiça. Muda-se o enfoque das referidas características: da neutralidade de conteúdo passa-se a um enfoque conteudista; da abordagem estática passa-se a uma abordagem dinâmica do contrato; do antagonismo passa-se à cooperação entre as partes contratantes; do atomismo passa-se ao

²⁷ Ibid. p. 302.

²⁸ Ibid. p. 305-306.

coletivismo; e da abordagem abstrata do contrato passa-se a uma abordagem voltada para a pessoa²⁹.

A pretensa neutralidade do contrato, cujo conteúdo não tem qualquer relevância em relação ao seu efeito vinculante, é um reflexo do formalismo jurídico e tende a evoluir para um modelo cujo conteúdo seja valorizado em seus efeitos práticos, consideradas as circunstâncias que o cercam, as necessidades das partes contratantes etc.³⁰

O antagonismo entre as partes contratantes, próprio do modelo tradicional, cujas partes se preocupam apenas com os interesses individuais, tende a evoluir para um modelo de cooperação. Essa mudança reflete-se nos deveres das partes contratantes, que passam a não se circunscrever mais àqueles derivados da autonomia da vontade, surgindo, assim, outros deveres como o dever de informar, o dever de lealdade etc.³¹

O raciocínio atomístico, por meio do qual o contrato é visto isoladamente ou fora da realidade na qual ele tem origem e irá ser executado, tende a ser substituído por um raciocínio coletivista, o qual considera tanto a interferência que o contrato sofre, quanto a interferência que produz na realidade que o cerca, o que implica o reconhecimento da natureza repetitiva de certos contratos, o surgimento de novos métodos para criação de contratos, a contratação coletiva e corporativa etc.³²

O tratamento dispensado às partes no modelo contratual tradicional, vistas somente pelo ponto de vista da posição que ocupam na estrutura formal do contrato, tende a evoluir para um tratamento que as considere como pessoas, passando a ter relevância aspectos subjetivos, como pobreza ou hipossuficiência de uma das partes contratantes³³.

As críticas ao modelo tradicional de contrato, entretanto, não se limitam àquelas levantadas por Thomas Wilhelmsson. A autonomia da vontade, baseada na igualdade formal, no Estado social, tornou-se passível de críticas fundadas basicamente em dois pontos: (i) o de que o contrato é uma instituição que não interessa a uma camada significativa da sociedade, especialmente às pessoas mais pobres, uma vez que a autonomia da vontade pressupõe, na pessoa, condições materiais de vida que ela, na realidade, não desfruta³⁴ e (ii) o de que o

²⁹ WILHELMESSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, abril/junho, 1996, p. 9.

³⁰ Ibid. p. 10-11.

³¹ Loc. cit.

³² Ibid. p. 11-12.

³³ Ibid. p. 12.

³⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 78.

contrato, que antes tinha um papel complementar ao direito de propriedade, constituído de um “simples meio para a transferência da propriedade dos bens”, não serve mais a essa função, dado que a riqueza passa por um processo de “mobilização e desmaterialização” que prima pela “fortuna mobiliária e pelo deslocamento do poder sobre as coisas para pretensões ao comportamento ou à atividade de outras pessoas, muito diferente do direito que tem o proprietário”³⁵.

É nesse amplo panorama de mudanças impostas ao modelo tradicional de contrato que a doutrina vem buscando, conforme demonstrado mais adiante, desvendar o sentido da função social do contrato.

Vale destacar, ainda, na esteira das transformações do direito moderno, a constitucionalização do direito civil que, pela inegável importância doutrinária, é objeto de exame em separado no tópico seguinte.

1.3 A constitucionalização do Direito Civil

A chave para a compreensão da função social do contrato, ao que tudo indica, está na passagem do Estado liberal para o Estado social e na assimilação, pelo direito privado, do conceito de dignidade da pessoa humana ou personalismo ético, que introduz no discurso jurídico um elemento novo capaz de servir de ferramenta para a reelaboração dos conceitos clássicos do direito civil, presentes na tradição oitocentista e que não podem ser simplesmente desconsiderados, conforme pretende parte da doutrina.

Segundo Karl Larenz, louvando-se na filosofia kantiana, “o personalismo ético atribui ao homem, precisamente porque é uma pessoa em sentido ético, um valor em si mesmo, não como meio para realização de outros fins”. Nesse sentido é que se toma a dignidade da pessoa humana³⁶.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e indissociável do ser humano. Ela aponta a existência de direitos, sobre os quais ela se realiza, salvaguardados constitucionalmente como direitos fundamentais³⁷. O valor fundamental da ordem jurídica,

³⁵ Id. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 37.

³⁶ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general, trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 45.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26-27.

assim, deixa de ser a liberdade ou a autonomia privada e desloca-se para a pessoa humana, no pressuposto de que o homem é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado³⁸.

A natureza da dignidade da pessoa humana não permite estabelecer seu conteúdo a partir de conceitos abstratos, nem, tampouco, fixar uma pauta exaustiva das suas violações. Ela apresenta-se como um princípio ou como uma norma axiológica aberta, cujas implicações práticas só serão conhecidas com exatidão pelo labor dos tribunais³⁹.

Apesar das dificuldades de se estabelecer o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível reconhecer-lhe um conteúdo mínimo, tanto que a Constituição Federal (artigo 1º, III) o erigiu à categoria de fundamento do Estado brasileiro. Nessas circunstâncias, é correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana está no centro do ordenamento jurídico, ou seja, o personalismo ético tem primazia em relação aos valores patrimoniais. Por força da Constituição Federal, esse princípio permeia todo o sistema jurídico⁴⁰, o que indica a defasagem do sistema da tradição oitocentista e aponta a necessidade de uma nova metodologia para a interpretação e aplicação do direito, que seja adequada à realidade contemporânea.

Apesar de o direito das obrigações, do qual o contrato é um dos principais institutos, ser um dos ramos do direito civil mais impermeáveis à renovação, o direito contratual não deixa de sofrer as influências da constitucionalização do direito civil, conforme pode-se perceber nas claras observações de Leonardo Mattietto:

A renovação do direito brasileiro tem no chamado “direito civil constitucional” o seu mais firme ponto de apoio. O reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível dos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana⁴¹.

O direito civil proveniente da tradição oitocentista, de índole patrimonialista, tinha, na autonomia da vontade, um dos principais fundamentos para a divisão do direito em dois grandes ramos, o direito público e o do direito privado, cada um com seu estatuto próprio (a

³⁸ Ibid. p. 39.

³⁹ Ibid. p. 41-42.

⁴⁰ Ibid. p. 71-72.

⁴¹ MATTIETTO, Leonardo. O direito contratual e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-164.

Constituição e o Código Civil, respectivamente). Com o advento do Estado social, essa divisão clássica não mais se impõe, pois a Constituição passou a ser o eixo de todo o sistema e, com isso, o lugar de destaque, antes ocupado pela propriedade e a autonomia privada, passou a ser ocupado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme leciona a doutrina:

Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocam a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do direito⁴².

Em síntese, não se pode negar a “incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”⁴³.

Dessa opção metodológica decorrem algumas conseqüências que constituem o cerne da doutrina que se convencionou chamar direito civil constitucional, cujas premissas metodológicas podem ser depreendidas de textos centrais de Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁴ e de Gustavo Tepedino⁴⁵, os quais defendem que: (i) todo ordenamento deve ser interpretado conforme os princípios constitucionais, que servem de justificação para as normas infraconstitucionais; (ii) os enunciados constitucionais têm natureza normativa, ou seja, são espécies do gênero normas jurídicas, de caráter imperativo e não somente um programa ou ideário não jurídico; (iii) as normas constitucionais são dotadas de supremacia e ocupam papel relevante na teoria das fontes do direito civil; (iv) a aplicação das normas e princípios constitucionais às relações privadas deve ser direta e efetiva, não sendo, necessariamente, mediada por normas infraconstitucionais; (v) a funcionalização dos direitos de propriedade, da empresa e do contrato, institutos cujas funções nos dias que correm não mais coincidem com aquelas da tradição oitocentista.

A autonomia privada, nesse contexto, deixa de ter como fundamento a liberdade individual e passa a se legitimar pela sua função promocional dos valores existenciais. “A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65, p. 26.

⁴³ Ibid. p. 25.

⁴⁴ Loc. cit.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, n. 5, 1997.

todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana”⁴⁶. É nesse contexto – do direito civil constitucional –, que deverá ser compreendido o conteúdo e alcance do princípio da função social do contrato.

A doutrina, entretanto, ainda não conseguiu dar um tratamento dogmático ao artigo 421 do Código Civil, que seja compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a interpretação do tal artigo, conforme esclarece Gustavo Tepedino, destacam-se três correntes doutrinárias: (i) a que defende que o princípio da função social não tem eficácia jurídica autônoma, servindo como justificativa para institutos como a onerosidade excessiva, conversão do negócio jurídico, lesão e simulação como causa de nulidade; (ii) a que defende a função social como um valor social das relações contratuais, apontando a mitigação do princípio da relatividade dos contratos e criação de garantias da posição contratual, consistente na tutela externa do crédito; e (iii) a que defende a função social como meio de imposição de deveres aos contratantes⁴⁷.

O ponto comum entre essas correntes doutrinárias é que todas partem do pressuposto de que a função social é uma limitação à autonomia privada, variando somente a maneira como a limitação se dá em cada uma das formulações referidas. O ataque à autonomia privada, em razão de ela estar diretamente ligada ao direito civil tradicional, tornou-se lugar comum. Há uma tendência, quase que natural, de interpretar todo e qualquer instituto do direito civil como restrição à autonomia da vontade, a grande vilã do direito civil contemporâneo⁴⁸. Essa postura limita a compreensão do problema e impede o desdobramento da função social para alcançar outros aspectos do fenômeno jurídico que não estejam relacionados com a vontade.

Parece, entretanto, que o artigo 421 do Código Civil desloca o fundamento da liberdade contratual da autonomia privada para o poder social de criação do direito, de maneira que, concretamente considerada, nada impede que haja uma ampliação da liberdade contratual se, e quando, essa liberdade servir a fins socialmente relevantes, ou como meio para a concretização de interesses diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, conforme demonstrado mais adiante.

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 28.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coords.) **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 6. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

1.4 A função social do contrato no Código Civil de 1916

Na vigência do Código Civil de 1916, apesar da ausência de uma disposição expressa a respeito da função social do contrato, introduzida no ordenamento positivo somente no artigo 421 do vigente Código Civil, a doutrina brasileira chegou a tratar do assunto. Entretanto, a abordagem não se deu com uma profundidade capaz de transmitir alguma lição significativa. Apesar disso, é útil o exame dessa doutrina, ainda que de forma panorâmica, para constatar que, ao tratar desse intrincado problema, confunde-se a função social do contrato com a sua função econômica.

Segundo Clóvis Bevilacqua⁴⁹, não se pode conceber uma sociedade na qual o indivíduo simplesmente lance mão dos bens dos quais necessita. Os conflitos advindos de uma sociedade assim concebida tornariam inviável a convivência, pois as necessidades são ilimitadas e os bens capazes de satisfazê-las são escassos. Assim, o contrato funciona como um instrumento conciliador dos interesses conflitantes e egoísticos, pois cada um pretende obter o máximo e dispor do mínimo, o que justifica a regulamentação tanto dos requisitos para a formação dos contratos, quanto das garantias para a execução das obrigações contraídas, decorrendo daí a sua função social.

Para Serpa Lopes, outro autor que tratou do tema, a vida em sociedade requer um mínimo de “liberdade nas relações de fabricação, da circulação e da repartição de riquezas”⁵⁰. Sua doutrina equipara a função social do contrato à mera função econômica, conforme se pode notar na seqüência de sua breve exposição: “O contrato, assim, resiste às inovações, pois representa o centro da vida dos negócios, o instrumento prático sob as mais variadas finalidades da vida econômica, os quais implicam a composição dos interesses inicialmente opostos, ou, quando menos, não-coincidentes”⁵¹.

Outro grande civilista que tratou do tema, identificando a função social com a função econômica do contrato, foi Orlando Gomes. Para ele, “todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua causa”⁵².

⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**, ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154-156.

⁵⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: fontes das obrigações, contratos, 6. ed. rev. e atual. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 35.

⁵¹ Loc. cit..

⁵² GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

Ainda segundo o mesmo autor, “na afirmação de que o contrato exerce uma função social, o que se quer significar, em suma, é que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela”. A função do contrato, assim, se identifica com a sua “função típica”⁵³.

Conforme se percebe, a doutrina, na vigência do Código Civil de 1916, compreende o contrato como um fato puramente econômico e como instrumento de composição dos interesses contrapostos ou não-coincidentes, o que justifica o seu regramento pelo ordenamento jurídico positivo. A função primária do contrato é econômica e dirigida à satisfação do interesse individual. Só indiretamente, conforme lição de Francesco Messineo, o contrato beneficia, também, a sociedade⁵⁴.

A doutrina, na vigência do Código Civil de 1916, ocupa-se da função social do contrato mais como uma necessidade de bem compreender o direito como um fenômeno inserido na realidade social. Essa postura, apesar de não conduzir a resultados práticos, é positiva, porque demonstra uma preocupação com o tema. Com o advento do Código Civil de 2002, que positivou o princípio da função social do contrato em seu artigo 421, dispondo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o papel da doutrina deverá ser outro, conforme chama a atenção Guilherme Calmon Nogueira Gama, advertindo que a questão agora é colocada em um contexto bem diferente, exigindo uma atitude que aponte para a concretização de tal princípio⁵⁵.

⁵³ Ibid. p. 20.

⁵⁴ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, t. 1, p. 34.

⁵⁵ CALMON, Guilherme. A função social do contrato e o papel da doutrina. In: ASSIS, Araken *et al.* (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36-48.

2. ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL

No presente capítulo são examinadas as principais correntes doutrinárias a respeito da interpretação do artigo 421 do Código Civil. Por meio de um enfoque crítico, procura-se aferir a validade das teorias a partir de três critérios: (i) se as suas conclusões conduzem a algum resultado prático; (ii) se as suas conclusões atendem às exigências que se colocam ao direito civil na fase atual de seu desenvolvimento e; (iii) se as formulações são compatíveis com o Ordenamento Jurídico positivo.

2.1 A função social do contrato como princípio coadjuvante da boa-fé objetiva, na criação de deveres de conduta

Uma das principais correntes doutrinárias a respeito do princípio da função social do contrato o entende como um princípio que guarda certo paralelismo com a boa-fé objetiva. Com base nos pontos comuns de ambos os institutos, propõe dispensar-lhes o mesmo tratamento dogmático.

A compreensão das razões pelas quais se dispensa, em certa medida, o mesmo tratamento dogmático a esses dois princípios impõe o exame do princípio da boa-fé, ainda que de maneira superficial para não desviar o foco do presente trabalho.

A boa-fé pode ser objetiva ou subjetiva. Esta refere-se ao estado de consciência ou à convicção de agir em conformidade com o direito, de maneira que age de má-fé quem atua com a intenção de lesar ou com a consciência de que está agindo contrariamente aos interesses de outrem. Por outro lado, age de boa-fé quem ignora uma circunstância contrária ao direito, por exemplo, a parte inocente no casamento putativo, o possuidor que ignora os vícios que recaem sobre a posse etc.⁵⁶.

A boa-fé objetiva, positivada no artigo 422 do Código Civil, é uma cláusula geral que não descreve tipos de conduta honesta ou leal, consiste, entretanto, na determinação de se comportar de acordo com um modelo de conduta socialmente adequada, ou seja, das partes do

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

contrato exige-se que atuem de acordo com as regras do tráfico jurídico; sem descrever tipos de conduta, a cláusula geral está em permanente construção e controle⁵⁷.

A boa-fé objetiva constitui-se num princípio cuja compreensão pressupõe a mudança de foco na maneira pela qual, tradicionalmente, entende-se a relação obrigacional, ou seja, a relação obrigacional deixa de ser vista somente pelo seu aspecto estrutural e estático para ser tratada, também, pelo seu aspecto funcional e dinâmico, ou como um processo que se desencadeia e se desdobra em direção a uma finalidade ou adimplemento que atrai e polariza a obrigação⁵⁸.

No contexto da teoria da obrigação como processo, a relação obrigacional não é unicamente uma relação entre credor e devedor que se inicia com a celebração do contrato e se extingue com o cumprimento do objeto. Sob o aspecto dinâmico, a relação obrigacional irradia efeitos desde antes de seu nascimento até depois de sua extinção.

Sob esse enfoque, a relação obrigacional é uma totalidade que se caracteriza não pela mera soma de seus elementos, mas pelo vínculo jurídico entre as partes como uma ordem de cooperação em que credor e devedor não estão em posições antagônicas, mas em cooperação⁵⁹.

Assim, o princípio da boa-fé assume o (i) significado de regra de conduta, (ii) estabelece a cooperação entre as partes da relação obrigacional e, (iii) contribui para delimitar *o quê e o como* da prestação, fixando os seus limites. Essas premissas resultam na possibilidade de ampliação dos deveres das partes, tanto do devedor quanto do credor, para além daqueles que a convenção expressamente constituiu⁶⁰.

A relação obrigacional, no transcorrer de sua existência, impõe às partes, credor e devedor, deveres primários, que se traduzem em prestações determinadas e que dão significado à relação jurídica, cujo cumprimento constitui o objeto da relação obrigacional, conferindo-lhe o seu caráter típico. Por outro lado, há os deveres de conduta que podem ser qualificados de secundários, pois excedem o estrito dever de prestação, por exemplo, os deveres de custodiar a coisa devida até a entrega, de prestar informações a respeito da coisa etc. Esses deveres de conduta, que excedem o estrito dever de prestação, decorrem do princípio da boa-fé ou das exigências do tráfico social e impõem-se a ambas as partes da

⁵⁷ Ibid. p. 412-413.

⁵⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 32.

⁵⁹ Ibid. p. 19.

⁶⁰ Ibid. p. 33-34.

relação obrigacional, de acordo com as circunstâncias, enquanto os deveres primários decorrem do princípio da autonomia da vontade⁶¹.

Entendida como um processo, a relação obrigacional não é formada sob o estrito sentido legal ou tal qual ela é prevista hipoteticamente na lei, mas como uma relação jurídica total, ou seja, como uma série concatenada de deveres de prestação e de conduta, considerada tanto no seu aspecto abstrato como em seu aspecto concreto, na medida em que ela existe no tempo, nasce e desaparece, modifica-se e desenvolve-se em direção a um fim determinado, que é o adimplemento⁶².

A relação jurídica, em especial se ela é daquelas que se protraem no tempo, é permeada pela confiança recíproca entre as partes e impõe especial diligência no cumprimento das prestações assumidas. A boa-fé, dessa forma, converte-se num princípio fundamental da relação obrigacional, base indispensável da relação de confiança, determinando, concretamente, a conduta adequada, não como uma regra apta a ser aplicada ao caso particular, como ocorre na mera subsunção, mas como um juízo valorativo, do qual deriva a norma de conduta de acordo com o momento, o lugar e as circunstâncias do caso concreto, sem a possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as suas possibilidades⁶³.

De acordo com Judith Martins Costa, uma vez reconhecida a relação obrigacional como um processo, há dois tipos de deveres de conduta a considerar: de um lado, os deveres principais (deveres de prestação), que derivam diretamente da vontade das partes no negócio; e de outro, os deveres acessórios (também chamados de funcionais, laterais ou instrumentais), que têm como origem os “princípios da função social e da boa-fé”⁶⁴.

Ainda de acordo com a mesma autora, os deveres que decorrem da incidência do princípio da boa-fé (deveres acessórios), dirigidos a ambas as partes do contrato, identificados pela doutrina, são: (i) deveres de cuidado, providência e segurança (por exemplo, o dever do depositário de bem acondicionar a coisa depositada); (ii) deveres de aviso e esclarecimento (por exemplo, o dever do advogado de bem aconselhar o seu cliente); (iii) deveres de informação; (iv) deveres de prestar contas; (v) deveres de colaboração e cooperação (por

⁶¹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**, trad. Jame Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 19-21.

⁶² Ibid. p. 37-38.

⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit. p. 36-38.

⁶⁴ MARTINS, Costa, Judith. Op. cit. p. 403.

exemplo, o dever de não dificultar o pagamento por parte do devedor); (vi) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte (dever do proprietário de uma sala de espetáculo de tomar medida para diminuir o risco de acidentes); (viii) deveres de omissão e sigredo (dever de guardar sigilo sobre fatos que tenha tomado conhecimento em razão do contrato ou das negociações preliminares)⁶⁵. A essa relação podem ser acrescentados outros deveres, pois, conforme mencionado anteriormente, o princípio da boa-fé está em constante construção.

Não há um consenso na doutrina a respeito dos deveres de conduta derivados da boa-fé. Na doutrina de Karl Larenz pode-se encontrar o seguinte rol de deveres: (i) modo de cumprir da prestação (por exemplo, se não se estabelece o dia e hora de cumprimento da obrigação, não pode o devedor, ao seu arbítrio, escolher dia e hora que resulte em prejuízo injustificado ao credor, como cumprir a obrigação à noite ou em dia festivo); (ii) limitação do exercício do direito (por exemplo, não se admite a recusa do recebimento da prestação parcial; a falta de uma ínfima parte ou um pequeno atraso na prestação não caracteriza inadimplemento); (iii) limitação ou extinção do dever de prestar, especialmente em consideração à vida ou à saúde do devedor ou de seus familiares, ou de um dever moral mais elevado (por exemplo, não se exige a prestação quando o devedor está doente e não pode executá-la sem prejuízo de sua saúde); (iv) liberação do credor pelo desaparecimento da base do negócio jurídico; (v) criação de deveres de conduta (por exemplo, proibição de concorrência, prestação de contas, dever de informar, dever de diligência etc.)⁶⁶.

Esses deveres são aferíveis concretamente ou na relação contratual objetivamente considerada. Pode acontecer que um mesmo tipo contratual determine deveres acessórios diferentes. Por exemplo, a venda de um objeto a um leigo na utilização desse objeto gera o dever de prestar informações sobre o uso da coisa. O mesmo dever não se verifica se a coisa é vendida a pessoa que tenha conhecimento e experiência no seu uso. O tipo contratual é o mesmo, isto é, compra e venda, mas os deveres laterais são diferentes⁶⁷.

Trata-se, em síntese, de “deveres de adoção de determinados comportamentos”, tendo em vista o fim do contrato e em razão da confiança criada entre as partes contratantes, o que

⁶⁵ Ibid. p. 439.

⁶⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones...**p. 148.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 447.

impõe a atuação com correção e lealdade e cria uma solidariedade entre credor e devedor, ambos tornam-se colaboradores na consecução do adimplemento⁶⁸.

A relevância do princípio da função social do contrato, segundo Judith Martins Costa, está relacionada às “obrigações fundadas no dever contratual de evitar o dano ou de assegurar a sua reparação ou, ainda, de se responsabilizar por medidas tendentes à prevenção”⁶⁹. Isso significa que a função social do contrato desempenha o mesmo papel da boa-fé objetiva, ou seja, ambos os princípios funcionam como fonte de deveres acessórios de conduta.

Enquanto o princípio da boa-fé diz respeito à relação entre as partes contratantes, o princípio da função social está relacionado à interação das partes entre si e das partes com terceiros, funcionando, assim, como limites interno e externo ao exercício dos direitos subjetivos; limites que irradiam, por conseguinte, na liberdade contratual⁷⁰.

A função social, assim, “atua tanto na esfera intersubjetiva (entre as partes contratantes) quanto na dimensão transubjetiva (entre um ou ambos os contratantes e terceiros, determinados ou não, considerando-se como ‘indeterminados’ a comunidade em geral)”. Além da criação de deveres acessórios e de imposição de limites à liberdade contratual, a função social “adquire a face de *fundamento (interno) desse mesmo exercício* [exercício da liberdade contratual], daí nascendo da relação obrigacional eficácias intersubjetivas e transubjetivas”⁷¹.

A função social, nessa linha de entendimento, está relacionada tanto com os efeitos que o negócio jurídico produz para as partes contratantes (eficácia intersubjetiva), quanto para os terceiros, sejam eles pessoas determinadas ou a comunidade em geral (eficácia transubjetiva), e opera na criação de “deveres negativos (de abstenção) e de deveres positivos (de promoção)”⁷².

É a relevância social do objeto do contrato que serve de fundamento para a criação dos deveres referidos, o que só pode ser aferido concretamente. Não se pode pensar na função social abstratamente considerada, pois não é possível um conceito de função social. Somente a partir dos problemas práticos, concretamente considerados, é que esses deveres são

⁶⁸ Ibid. p. 449 e 453.

⁶⁹ Id. **Comentários ao novo Código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1, p. 89.

⁷⁰ Ibid. p. 90.

⁷¹ Ibid. p. 90/91.

⁷² Ibid. p. 91-92.

revelados e, uma vez revelados, são admitidos pelo sistema como norma jurídica por meio do procedimento de “ressistematização”, cabendo à doutrina apenas a indicação de exemplos de casos em que a função social opera⁷³.

Em síntese, segundo essa corrente doutrinária, “o princípio da boa-fé incide sobre todos os participantes da relação e o princípio da função social pode aumentar os interesses envolvidos”⁷⁴. Aumentando os interesses, por óbvio, aumentam também os deveres jurídicos das partes. A prestação devida é ampliada com a adição de outras prestações derivadas dos deveres cujo fundamento não é o contrato considerado pelo seu aspecto do conteúdo, mas pela função social que ele desempenha, para tornar-se uma prestação “concretamente devida”⁷⁵.

É certo que o contrato socialmente funcionalizado deve atender não somente aos interesses individuais, mas, também, aos interesses relevantes de acordo com os princípios e valores constitucionais. Essa afirmação, por si só, carrega um valor que deve estar presente na interpretação e aplicação do direito aos conflitos de interesses apresentados ao judiciário. Entretanto, se ela não tem significação alguma em termos práticos, não passa de retórica, deixando sem utilidade o artigo 421 do Código Civil.

A afirmação pura e simples de que a função social do contrato implica a imposição de deveres para as partes contratantes que transbordam aqueles assumidos pela manifestação de vontade é uma fórmula vazia. Sem o conhecimento do conteúdo da função social do contrato não é possível saber quais os deveres que dela advêm. Não adianta muito acrescentar que é com o labor dos tribunais que esses deveres são revelados, como se o tal princípio fosse uma norma programática para vigência num futuro ainda desconhecido.

É interessante notar que, com a complexidade da sociedade contemporânea, se houvesse alguma possibilidade de concreção do princípio da função social do contrato como fonte de deveres acessórios de conduta, a doutrina já teria indicado algum caso prático em que o tal princípio pudesse ser aplicado, ao modelo do que ocorreu com a boa-fé objetiva, cujos deveres dela decorrentes foram verificados concretamente mesmo antes de sua positivação.

⁷³ Ibid. p. 90-93.

⁷⁴ Ibid. p. 95.

⁷⁵ Ibid. p. 96.

2.2 A função social como função econômico-social

A teoria da causa como função econômico-social foi formulada por Emílio Betti. A base legal de sua teoria encontra-se nos artigos 1.321, 1.343 e 1.418 do Código Civil italiano de 1942 e aponta duas idéias que constituem o seu eixo: (i) a função econômica, porque o negócio jurídico é instrumento pelo qual as partes alcançam um proveito, e (ii) a função social, porque através dela permite-se um controle social sobre o individualismo que está na base da liberdade contratual.

Ao examinar a aplicabilidade do princípio da função social do contrato no Direito brasileiro, Maria Celina Bodin de Moraes entende que o artigo 421 do Código Civil acolheu a teoria da causa como função econômico-social, se não em sua totalidade e como formulada pela doutrina italiana, ao menos no que concerne a um de seus papéis, em que a causa permite a qualificação do negócio jurídico, ou seja, permite saber a que negócio jurídico pertencem os efeitos do contrato examinado concretamente e, por conseguinte, serve de critério para a determinação da disciplina legal aplicável no caso concreto⁷⁶.

A autora reconhece que o Direito brasileiro optou por um não-expresso causalismo, mas que, apesar disso, a teoria da causa como função econômico-social é logicamente compatível com o Código Civil, sendo de utilidade o seu acolhimento⁷⁷ e, entre os diversos papéis que a função econômico-social pode desempenhar, tende a consolidar o seu emprego como restrição à autonomia privada, especialmente no que tange à tutela jurídica dos contratos inominados que, além dos requisitos do artigo 425 do Código Civil, deve atender à tipicidade social⁷⁸.

A doutrina é unânime na afirmação de que causa do negócio jurídico é um conceito complexo e tormentoso; a divergência conceitual e terminológica é a única certeza a respeito do tema⁷⁹. Assim, antes de examinar criticamente as conclusões da doutrina que entende que o Código Civil acolheu a teoria da causa como função econômico-social, são necessários alguns esclarecimentos prévios.

⁷⁶ MORAES, Maria Celina de Bodin de. A causa nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, jan/mar 2005. Padua, v. 21, p. 98.

⁷⁷ Ibid. p. 117.

⁷⁸ Ibid. p. 119.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparatista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 45, p. 213.

De acordo com a tradição filosófica da escolástica, baseada nas noções de Aristóteles, as causas podem ser classificadas em (i) causa formal, (ii) causa material, (iii) causa eficiente e, (iv) causa final. Um exemplo clássico ilustra a explicação das classes de causas: em uma estátua se pode distinguir a causa formal, consistente na idéia do escultor (como?), a causa material, consistente no mármore do qual a estátua é feita (de quê?), a causa eficiente, consistente no escultor (quem? o quê?) e a causa final, consistente no propósito determinante da obra (para quê?)⁸⁰.

Essa classificação é encontrada na maioria dos trabalhos que tratam da causa sob o ponto de vista jurídico, pois é a partir dela que a causa entrou na ciência jurídica. Entretanto, somente a causa eficiente e a causa final são levadas em consideração no debate jurídico.

A causa eficiente ou causa-fonte pode ser entendida como a fonte ou fundamento da obrigação ou do negócio jurídico. Sob determinado ponto de vista, é a justificação ou o fundamento que confere legitimidade à obrigação. É nesse sentido que se afirma que não há obrigação sem causa, ou que o pagamento indevido gera o direito de repetição, de restituição daquilo que se pagou indevidamente. Assim, toda obrigação deve ter uma causa eficiente, que é o seu fundamento, o qual, se retirado, a obrigação não subsiste, tanto é assim que a lei veda o enriquecimento sem causa, conforme dispõem os artigos 884 *et sequentia* do Código Civil.

Mesmo os negócios jurídicos abstratos têm sua causa. Ocorre que, em determinadas circunstâncias, pela natureza do negócio, a causa é simplesmente abstraída. No que concerne aos títulos de crédito, por exemplo, uma de suas principais características é a abstração, uma vez que a sua finalidade é circular, podendo chegar às mãos de pessoas que sequer tiveram contato com o emitente. Nessas circunstâncias, não seria crível que se permitisse invocar a ausência de causa para desconstituir a obrigação cambiária.

A causa eficiente, assim, determina em quê casos a obrigação é exigível, não o sendo quando ausente um fato jurídico subjacente que lhe dê origem. Além disso, desempenha o papel de justificação da atribuição patrimonial e serve como meio de controle da legitimidade da passagem de bens ou interesses de um patrimônio a outro, não se permitindo que isso ocorra senão por atos jurídicos revestidos de licitude⁸¹.

Por outro lado, todo ato jurídico tem uma finalidade, que é produzir efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo obrigações, ou seja, uma causa final, que é o propósito, o

⁸⁰ PIRES, Celestino. Causa (verbete). *In*: CABRAL, Roque (Dir.) *et al.* **Logos – Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1989. p. 906-914.

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 403.

motivo ou a razão pela qual as partes contratam, é aquilo que as partes pretendem alcançar com a celebração do contrato. Se ela for examinada do ponto de vista do conteúdo da vontade, é chamada de causa subjetiva, se for tomada como objeto do contrato ou como interesse efetivamente determinante do negócio, tem-se a causa objetiva. Nesse último sentido, a causa final pode ser entendida como o objeto da relação jurídica ou como o bem jurídico que a parte busca obter e, para tanto, a causa se utiliza do ato jurídico para alcançar o seu objetivo.

Assim, a causa final pode ser subjetiva ou objetiva. A causa final subjetiva se identifica com aquelas razões de ordem individual que encontram correspondência com um determinado tipo de negócio, distinguindo-se dos motivos que são estritamente subjetivos e que, a rigor, não têm relevância jurídica, salvo se as partes os fazem inserir no negócio jurídico; causa final objetiva é o próprio bem jurídico que a parte pretende obter.

Não se confunde a causa com o motivo da obrigação. O motivo é a razão contingente e subjetiva, portanto variável de indivíduo para indivíduo e que impulsiona a parte no sentido de contratar. No contrato de compra e venda, por exemplo, o motivo pelo qual o vendedor decide contratar pode ser a necessidade de dinheiro para pagar suas dívidas ou porque quer comprar outra coisa mais valiosa, ou por que supõe que a coisa sofrerá uma desvalorização etc. O motivo, por ser de natureza subjetiva ou psicológica, não interessa ao direito, não exerce qualquer influência sobre o negócio. A causa, por outro lado, é objetivamente conhecida de ambas as partes e depende do tipo de negócio⁸².

De acordo com Emílio Betti, causa é a função do negócio jurídico. Embora a expressão causa seja de uso comum, já consagrada pela tradição doutrinária, causa e função são expressões equivalentes e bem podem ser tomadas uma pela outra sem prejuízo do entendimento⁸³.

Segundo a teoria da causa como função econômico-social, o negócio jurídico deixa de ser visto somente em seu aspecto formal. A forma e o conteúdo do negócio jurídico constituem a sua estrutura. Quando se fala em forma, a referência se associa ao *como* o negócio é celebrado e, quando se fala em conteúdo, refere-se a *o que* é negociado. Dessa maneira, a função, ou *o porquê* do negócio jurídico, a razão de celebrar o negócio, não integra a sua estrutura. Não se confunde causa com forma, nem causa com conteúdo do negócio. Nesse sentido, tomando-se como exemplo o contrato de compra e venda, no conteúdo está a

⁸² CAPITANT, Henri. **De la causa de las obligaciones**, trad. y notas Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Gongora, p. 23-24.

⁸³ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**, trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. v. 1. p. 200.

vontade predeterminada pelo fim a que as partes se propuseram: a transferência da coisa e do preço; a função é a coisa e o preço já transferidos⁸⁴.

A função social do negócio jurídico espelha-se em um modelo ideal de negócio abstratamente considerado. Por outro lado, o negócio concretamente considerado é determinado por um interesse individual, muitas vezes egoístico, o que, na prática, pode desviá-lo de seu verdadeiro destino e produzir resultado anti-social. Nessa linha de idéias, o negócio, como um fato social concretamente considerado, deve ser objeto de fiscalização do interesse individual determinante⁸⁵.

O interesse individual visa a uma finalidade de caráter variável e contingente que, por si só, não é suficiente para justificar a sua proteção e tutela jurídica. Por outro lado, o tipo abstratamente considerado, do qual se deduz uma função econômico-social, também não é suficiente para explicar o negócio concretamente considerado⁸⁶.

Nesse contexto, segundo a teoria da causa como função econômico-social, não se confundem causa e objeto do negócio jurídico. O objeto pode ser existente, lícito e possível mesmo quando a causa é inexistente ou ilícita⁸⁷. A autonomia da vontade é exercida quando as partes, de comum acordo, dispõem a respeito da atribuição patrimonial, que se identifica com o objeto do negócio jurídico; enquanto o objeto é a atribuição patrimonial, e a causa é o interesse ou a razão pela qual se contrata⁸⁸. Nos negócios como o mútuo, doação e pagamento, por exemplo, tem-se o mesmo objeto: a transferência de uma coisa de um patrimônio a outro. Os mesmos negócios, entretanto, têm causas distintas, só verificáveis no plano econômico e social, o que torna possível tanto distinguir um tipo negocial de outro, quanto identificar a ilicitude da causa em negócios formalmente lícitos.

Colocado o problema nesses termos, a causa identifica-se com o interesse típico que determina a vontade privada. Estão presentes nesse interesse típico tanto aspectos objetivos quanto subjetivos. À causa não cabe, assim, a divisão em objetiva e subjetiva⁸⁹, pois ela é o interesse que determina a manifestação da vontade, que não se confunde com os motivos puramente individuais.

⁸⁴ Ibid. p. 247.

⁸⁵ Ibid. p. 250-251.

⁸⁶ Ibid. p. 252.

⁸⁷ Ibid. p. 260.

⁸⁸ Ibid. p. 253.

⁸⁹ Ibid. p. 258.

A causa é diferente para cada tipo de negócio e serve para distinguir um tipo do outro. Assim, a função econômico-social do contrato de compra e venda, por exemplo, é a transferência definitiva do domínio pleno sobre a coisa, enquanto a função econômico-social da locação é a transferência temporária do uso da coisa. Assim colocado o problema, o aspecto objetivo da causa não contrasta com o aspecto subjetivo, ou seja, na compra e venda, o intuito prático (subjetivo) consiste na transferência definitiva do domínio sobre a coisa⁹⁰.

De acordo com a teoria da função econômico-social, a consciência social aprova e protege a autonomia privada somente na medida em que se dirige a funções sociais dignas de tutela. É a função econômico-social que caracteriza o tipo de negócio jurídico e, nesse sentido, é típica. Ao conceder a tutela à autonomia privada, a ordem jurídica toma em conta a função socialmente relevante do negócio-tipo. A natureza geral dessa função é diversa do interesse concretamente considerado que as partes podem ter na realização do negócio. A manifestação de vontade, assim, deve ter uma intenção prática típica, que se identifica com a função prática do negócio-tipo e não com os seus efeitos jurídicos⁹¹.

Por outro lado, a classificação das causas dos negócios por tipos não se realiza necessariamente por qualificações legais. Além da lei, a consciência social torna típico o negócio (tipicidade social), funcionando, assim, como limitadora da autonomia privada, ou seja, além dos contratos tipificados pela lei, outros podem ser celebrados, desde que estejam de acordo com a tipicidade social⁹².

Assim, todos os negócios jurídicos são típicos, alguns têm a sua tipicidade prevista na lei que, ao discipliná-los, também lhes dá um nome; outros têm uma tipicidade social e, por isso mesmo, não costumam ter nome ou uma disciplina específica. Nesse sentido, ao invés da classificação dos negócios jurídicos em típicos e atípicos, o mais adequado seria tratar como nominados, aqueles que têm tipicidade legal e como inominados, aqueles que têm tipicidade social.

Entendida dessa maneira, a função econômico-social pode desempenhar papéis importantes no tratamento do negócio jurídico. Ela tem uma função cognitiva, pois permite, a partir dos motivos concretamente considerados (i) proceder à qualificação jurídica do negócio, especialmente dos negócios inominados, para os quais a lei não prevê a tipicidade, permite, também, (ii) ampliar o controle da licitude do negócio jurídico, sem limitar-se ao

⁹⁰ Ibid. p. 264-265.

⁹¹ Ibid. p. 266-276.

⁹² Ibid. p. 276.

controle da licitude do objeto, mas também do fim concreto da contratação, compatibilizando a conduta individual a certos *standards* de socialidade⁹³.

Essa teoria não passou sem a crítica da doutrina italiana mais recente, que vê nela um acento exagerado no aspecto coletivo da causa, descurando de outro aspecto importante, que é o privado, que serve de justificativa da autonomia privada. Por isso, a doutrina abandonou a teoria da causa como função econômico-social e prefere falar da causa como fundamento individual do contrato⁹⁴. Por outro lado, afirma-se, ainda, que a função econômico-social do contrato restringe o conceito de causa aos negócios patrimoniais, razão pela qual se propõe a definição da causa como a função prático-social do negócio⁹⁵.

A crítica, entretanto, não se restringe à questão terminológica ou à opção de se prestigiar o aspecto social do negócio jurídico em detrimento do individual. O maior ataque dirige-se à própria falta de coerência interna da teoria. O tipo, segundo doutrina mais recente, é o esquema do negócio jurídico (distinto da causa), que as partes têm liberdade para escolher, entre os legalmente previstos, ou criar tipos novos. Não faz sentido falar em uma tipicidade social que antecede a formação do negócio jurídico, cujas partes podem levar em consideração no momento de contratar⁹⁶.

Além da incoerência, a teoria da causa como função econômico-social padece de falta de utilidade. O que normalmente ocorre é que, quando o negócio tem o seu objeto reputado ilícito, a causa do negócio segue o mesmo destino, também será ilícita, sendo dispensável invocar a causa para fulminar o negócio. Por outro lado, quando o objeto é lícito e a causa ilícita, pode-se acreditar que a causa aumenta o controle sobre a autonomia da vontade, entretanto, mesmo nessa hipótese, o que ocorre é a ilicitude indireta do objeto, é o que se dá com o contrato celebrado com fraude à lei, em que a finalidade, se considerada *per si*, é lícita, porém, concretamente, é reprovada pelo direito, ou seja, o instituto do abuso de direito já desempenha essa função⁹⁷.

Parece que as críticas desferidas pela doutrina italiana já demonstram impropriedades suficientes para relegar ao esquecimento a teoria da função econômico-social. Entretanto, vale

⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit. p. 413.

⁹⁴ ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**, 4. ed., Padova: Cedam, 2005, p. 572.

⁹⁵ FERRA, Cariota, *apud* SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Teoria da causa no direito privado *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Coord.). **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 65.

⁹⁶ ALPA, Guido. Op. cit. p. 573.

⁹⁷ ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. Padova: Cedam, 1987, p. 292-296.

acrescentar mais uma, dirigida à tentativa de utilizar essa teoria para a tipificação de um grupo de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionados com a edição das súmulas 263 e 293⁹⁸.

De uma maneira bastante simplificada, o grupo de casos remete aos julgados que culminaram com a edição da súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça, lavrada nos seguintes termos: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”. Essa súmula, dois anos depois, mais precisamente em 2004, foi substituída pela súmula 293 do mesmo tribunal, da qual se extrai entendimento diametralmente oposto, no sentido de que o valor residual, diluído nas parcelas, não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, a ponto de se permitir considerá-lo como compra e venda para pagamento a prazo.

Na doutrina tradicional, a qualificação do contrato dá-se por dois métodos ou técnicas, o que permite qualificar o contrato por um procedimento bastante simples, dispensando-se a aplicação da teoria da causa. De acordo com um método muito comum, qualifica-se o contrato por meio da subsunção do caso concreto ao tipo contratual que seja mais próximo ou parecido; o outro método consiste na combinação de normas de tipos contratuais diferentes⁹⁹.

A maneira como oscilou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça demonstra a inutilidade da causa para a qualificação do negócio jurídico: um mesmo negócio foi qualificado como contrato de compra e venda (súmula 263), mediante o emprego da teoria da causa e, dois anos depois, como contrato de arrendamento mercantil (súmula 293), considerando inadequado o entendimento anterior.

Examinado o problema da qualificação desse grupo de casos, à luz do método tradicional, parece evidente que o tipo contratual mais próximo do contrato celebrado entre uma instituição financeira e alguém que quer financiar um bem é o arrendamento mercantil, tendo em vista que uma das partes do negócio não explora o ramo de compra e venda de bens móveis, enquanto a outra parte vale-se de um instrumento de crédito para ter acesso a um bem que não poderia pagar à vista, conclusão a que chegou a súmula 293.

Ainda, não parece haver qualquer indício de que se tenha alguma vez querido introduzir no Direito brasileiro a teoria da função econômico-social do contrato. O artigo 421 do Código Civil, ao dispor que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites

⁹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, n. 20, p. 234-265.

⁹⁹ ALPA, Guido. Op. cit. p. 572.

da função social do contrato”, optou pela desvinculação entre as funções econômica e social do contrato, de maneira que a expressão *econômico-social*, empregada na teoria de Emílio Betti, não equivale à expressão *social*, empregada pelo artigo 421. A diferença entre essas duas expressões fica mais evidente ao se constatar que no artigo 82 do Código Civil foi empregada a expressão *econômico-social*. Se o legislador entendesse que a expressão *econômico-social* é equivalente a *social*, ele não teria registrado diferentemente nos dois artigos.

2.3 A função social do contrato como cânone hermenêutico

Segundo Arruda Alvim, a autonomia privada, no correr da história, diminuiu na medida em que se foi reconhecendo que a igualdade formal entre os indivíduos deveria ser substituída por uma igualdade material, evitando-se, assim, injustiças, figurando a funcionalização do contrato nessa esteira evolutiva do direito, que tem como suporte a igualdade material¹⁰⁰.

A igualdade formal passa, assim, a outro patamar, em que a legitimação do contrato transcende a simples realização dos interesses privados dos contratantes. A busca de uma legitimação social para o contrato leva o Estado a intervir na relação contratual, o que limita o poder da vontade das partes contratantes às normas cogentes, processo que, na ciência do direito, é conhecido por dirigismo contratual. Por meio de normas protetivas do contratante mais fraco, “o legislador veio intervindo na ordem jurídica (...) em setores que se vieram a revelar críticos; em setores que a autonomia privada ilimitada veio a revelar-se socialmente indesejável”¹⁰¹.

A função social do contrato, de acordo com a doutrina que ora se examina, funciona como cânone interpretativo, orientando o juiz para, no caso concreto, promover o “reequilíbrio da situação econômica dos contratantes, reajuste do equilíbrio que deve estar presente na comutatividade de um dado contrato”¹⁰². Nesse contexto, “o estado de perigo e a lesão são dois institutos de grande envergadura que se colocam para reformular a

¹⁰⁰ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 815, set. 2003, p. 22.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 23.

¹⁰² *Ibid.* p. 28.

comutatividade do contrato, porque nasce viciado”¹⁰³ e, por isso, devem ser interpretados de acordo com o princípio da função social do contrato.

Ainda, segundo o autor, “o mais expressivo significado da função social do contrato é o de que ele se encontra permeado, através de outros textos próprios do Código Civil”¹⁰⁴, não se podendo, dessa maneira, encontrar um significado para o artigo 421 do Código Civil senão através de institutos limitativos da autonomia da vontade legalmente previstos.

A título de exemplo, entre muitos indicados pelo autor, vale a pena ater-se ao que refere o artigo 473 do Código Civil, que autoriza a rescisão do contrato mediante denúncia. O parágrafo único desse artigo, entretanto, ressalva que, dada a natureza do contrato e se uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a rescisão unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e os vultos dos investimentos. Os conceitos vagos empregados, contidos nas expressões *natureza do contrato, prazo compatível, natureza e os vultos dos investimentos*, devem ser interpretados de acordo com o artigo 421 do Código Civil, ou seja, de acordo com a função social do contrato¹⁰⁵.

Ainda na linha do mesmo exemplo, com base no princípio da função social do contrato, deve-se desvendar a natureza da norma aplicável para a solução de conflito de interesses concretamente surgido na relação contratual, se de natureza dispositiva ou cogente, sendo que a limitação do poder de denúncia unilateral do contrato, por encontrar fundamento na função social do contrato, deve ser considerada norma de ordem pública, não podendo, assim, ser afastada pela vontade das partes¹⁰⁶.

Essa doutrina foi utilizada na fundamentação do julgamento do Recurso Especial n.º 691.738-SC (2004/0133627-7), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode notar no voto da relatora Ministra Nancy Andrighi. Assentou-se o seguinte:

Tratando-se de uma questão relacionada à eficácia dos negócios jurídicos, bastaria o confronto entre o disposto nos arts. 1.488 e 2.035 do Novo Código para se concluir pela possibilidade da divisão do gravame hipotecário, porque os efeitos do contrato são expressamente regulados pela Lei Nova. Todavia, é importante notar que essa conclusão não decorre unicamente da interpretação literal da lei. Ela se coaduna com todos os princípios que informa o Código Civil de 2002 e demonstra que seus dispositivos não estão estabelecidos de forma aleatória. Há, não apenas uma harmonia internamente

¹⁰³ Ibid. p. 29.

¹⁰⁴ Ibid. p. 29-30.

¹⁰⁵ Ibid. p. 29-30.

¹⁰⁶ Ibid. p. 30-31.

no sistema, mas também uma perfeita adequação entre essa harmonia interna e o contexto histórico e social brasileiro.(...) Naturalmente, como toda criação humana, o sistema é passível de falhas. A própria discussão acerca da mitigação das garantias trabalhistas está a demonstrar que, com a evolução e a aplicação do direito, todos os princípios se lapidam, se adaptam, são levados ao seus extremos e, demonstradas suas incoerências, incitam os aplicadores do direito a os repensarem, num movimento contínuo. Assim também ocorrerá com o princípio da função social dos contratos. Para que essa evolução se possa verificar, todavia, é necessário que esse princípio seja, reiteradamente, submetido ao duro teste da realidade. Somente a prática demonstrará quais os limites em que o magistrado transitará em sua aplicação. Por isso é importante, em cada caso, relembrar o que levou o legislador a introduzir essa inovação em nosso sistema jurídico e, especificamente para a casa do concreto, verificar se há harmonia no sistema, se há uma situação de fragilidade de uma das partes e se, dado tudo isso, a aplicação do princípio se justifica.

No mesmo sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, para quem a função social do contrato deve ser encontrada no bojo do Código Civil, ou seja, na interpretação dos institutos já disciplinados:

O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo¹⁰⁷.

Nessa mesma linha de entendimento é a posição de Álvaro Villaça de Azevedo, para quem a função social do contrato é uma mera complementação ou reafirmação da regra de hermenêutica já constante do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Percebe-se que o novo Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista este princípio, reconhecido pela Doutrina, às vezes, ao aplicar a lei, são feridos valores sociais insubstituíveis. Aqui, mais particularizada a recomendação, segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve ater-se aos fins sociais a que a mesma se dirige (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código de 1916, vigente)¹⁰⁸.

Essa corrente doutrinária, conforme pode-se perceber, reduz o princípio da função social a uma mera regra de sistematização do Código Civil, funcionando como cânone hermenêutico segundo o qual, ao se interpretar os dispositivos do Código, deve-se buscar resultados que concretizem a igualdade material entre as partes contratantes, ou seja, o conteúdo da função social do contrato é a efetiva igualdade material das partes contratantes.

¹⁰⁷ THEODORO-JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93.

¹⁰⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 32.

A compreensão da função social do contrato, nos termos referidos, encontra respaldo na doutrina italiana. Francesco Messineo, ao tratar das inovações do direito contratual, decorrentes de reformas implementadas no Código Civil italiano, refere-se a uma série de mudanças legislativas decorrentes do *princípio da socialidade*: (i) defesa do contratante mais fraco, especialmente nos contratos de adesão e contratos tipo; (ii) respeito à boa-fé e tutela da confiança; (iii) reconhecimento do estado de perigo e da lesão; (iv) adimplemento substancial; (v) onerosidade excessiva como fundamento da resolução contratual. Essas mudanças, segundo o autor, constituem um corretivo da concepção excessivamente individualista e apontam um novo espírito para o direito contratual¹⁰⁹.

É também da doutrina italiana que vem a observação de que associar a função social do contrato com a igualdade material equivale a confundir função social com função econômica. Segundo Enzo Roppo, no controle da funcionalidade do contrato, por meio de remédios jurídicos que visam à igualdade material entre as partes, o que se persegue é a tutela do interesse privado de um contratante contra o interesse privado do outro, garantindo a substancial autonomia privada mediante a criação de uma situação material em seja possível o equilíbrio¹¹⁰. Embora haja um valor social na igualdade substancial, o que se visa, em última análise, é a disciplina do mercado econômico, de maneira que os institutos jurídicos que têm por objeto a igualdade entre as partes desempenham uma função econômica e não uma função social.

Conforme a lição do mesmo autor, as regras do controle da funcionalidade não são destinadas a controlar o equilíbrio das prestações. Ou seja, se a negociação não está eivada de vício e não sobrevém causa legal para a revisão das prestações, em última análise não importa ao direito se o que uma parte deu ou prometeu tem uma contrapartida adequada, cada parte é livre para dar dez em troca de um. A funcionalidade não visa a justiça comutativa, pois as partes são livres para fazer negócios onde não haja equilíbrio:

O ordenamento jurídico intervém só para controlar o quadro externo das circunstâncias, dentro das quais aquelas opções e decisões – quaisquer que sejam – foram assumidas ou devem ser executadas: e reage só nas hipóteses em que aquelas opções e decisões foram tomadas tendo por base elementos tais que perturbam gravemente as avaliações de conveniência do operador¹¹¹.

¹⁰⁹ MESSINEO, Francesco. Op. cit. p. 21.

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 222.

¹¹¹ Ibid. p. 224-225.

Embora as regras que disciplinam o mercado, cujas trocas são realizadas por meio do contrato, possam ter um fundamento ético, não é possível afirmar que tenham como meta a realização da função social do contrato, pois é a realização de sua função econômica que se busca. É necessário que o mercado seja organizado de acordo com determinados valores sociais – a igualdade material, por exemplo –, mas nem por isso pode-se confundir valor social com função social.

Além da confusão entre função econômica e função social, a corrente doutrinária ora examinada, em todas as suas variações, conforme se pode perceber, considera a função social do contrato como um cânone hermenêutico relacionado com as regras a respeito do direito contratual. O artigo 421, se tomado como simples regra estruturante das disposições que já constam expressamente no Código Civil, não tem eficácia jurídica autônoma, nem qualquer importância em si mesmo, a não ser como fundamento ou justificativa de outros institutos¹¹².

As disposições do Código Civil que visam à garantia da igualdade material entre as partes contratantes, encontradas, por exemplo, nos artigos 156 e 157, que disciplinam os institutos do estado de necessidade e da lesão, respectivamente, são dirigidas à criação das condições materiais para que os contratos possam ser celebrados em pé de igualdade entre as partes contratantes. Essas regras, conforme pode-se verificar com facilidade, são operativas e suficientemente claras. A compreensão e aplicação de tais regras dispensam a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil. Além disso, se a função social se tratasse de uma regra de interpretação, nos termos colocados pelos autores referidos, o mais certo seria que ela estivesse localizada na Parte Geral do Código, de tal maneira que pudesse incidir tanto na interpretação dos contratos como na dos atos jurídicos de uma maneira geral.

Por óbvio que a interpretação sistemática e funcional é de suma importância para a boa aplicação do direito, entretanto, para fundamentar essa assertiva, o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispondo que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, é o quanto basta, sendo duvidoso afirmar que o artigo 421 do Código Civil se limita a reafirmar norma já expressa, cuja efetividade não depende de complementação alguma.

Mas isso não é tudo, de acordo com a lúcida lição de Gustavo Tepedino, negar a existência de eficácia autônoma ao princípio da função social do contrato ou interpretá-lo por meio de institutos já positivados pelo ordenamento jurídico, simplesmente como um fundamento para institutos operativos e suficientemente disciplinados legalmente, equivale a

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos...* p. 397.

interpretar os princípios e valores constitucionais, uma vez que não se nega que a função social encontra assento na Constituição, à luz dos institutos codificados, ou seja, subverte-se a ordem hierárquica entre as normas, submetendo a Constituição ao Código Civil¹¹³.

2.4 O contrato como instrumento de realização dos direitos coletivos

Deve-se a Calixto Salomão a formulação da teoria segundo a qual o contrato é um instrumento para a realização dos direitos e interesses coletivos, decorrendo daí a sua função social.

Segundo o autor, a função social da propriedade e a função social do contrato, na essência, têm a mesma natureza, porém, os contratos afetam a sociedade mais amplamente; eles criam obrigações muito mais abrangentes para as partes contratantes, como as que envolvem a responsabilidade por todos os efeitos sociais das relações livremente organizadas. Enquanto a função social da propriedade diz respeito à própria coisa sobre a qual o direito de propriedade recai, a função social do contrato, por seu turno, diz respeito aos seus efeitos sociais, de maneira que o objeto de estudo para estabelecer a função social do contrato passa a ser “a identificação dos interesses dignos de tutela e passíveis de ser afetados pelas relações contratuais”¹¹⁴.

Ainda segundo o autor, a interferência do contrato na esfera jurídica de terceiros não é suficiente para definir e delimitar a sua função social, pois o contrato não pode subordinar-se aos interesses de qualquer grupo social, uma vez que não é possível determinar quais são os interesses sociais dignos de subordinar o contrato. Com base nessa constatação, uma aproximação “muito boa dos interesses dignos de tutela é dada pela teoria das garantias institucionais”¹¹⁵.

Nessa linha de idéias, as garantias institucionais têm a virtude de abranger tanto as garantias constitucionais individuais quanto os direitos difusos e coletivos, pois, enquanto as garantias individuais referem-se a indivíduos, as garantias institucionais referem-se a grupos

¹¹³ Ibid. p. 397.

¹¹⁴ FILHO, Calixto Salomão. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, n. 132, p. 10.

¹¹⁵ Ibid. p. 11.

sociais titulares de interesses supra individuais. Dessa forma, a subordinação do contrato às garantias institucionais garante a realização de sua função social¹¹⁶.

Nessa mesma linha, sustenta o autor que os interesses difusos e coletivos não são convenientemente tratados no Direito brasileiro, pois são definidos pela extensão subjetiva da lide, ou seja, são tratados a partir da legitimação dos interessados para defendê-los em juízo e pelos efeitos da sentença, o que os torna incompreendidos, ou mal compreendidos, sem permitir a identificação da sua natureza material¹¹⁷. Assim, conclui que é recomendável a substituição da categoria jurídica dos direitos difusos e coletivos pelas garantias institucionais, que apresentam as seguintes características: (i) “todas elas são, a um tempo, destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não”; (ii) “em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual” e; (iii) “os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social”¹¹⁸.

No sistema vigente, é da caracterização de um interesse como difuso e coletivo que depende a sua proteção por meio de ação civil pública, a mudança de foco aumenta a proteção dos interesses difusos e coletivos, ou seja, “o interesse difuso ganha maior consistência e efetividade aplicativa com sua definição a partir do objeto”, ou com a sua substituição pelas garantias institucionais, que não se baseiam na relação entre os titulares dos interesses ou sua relação com a parte contrária¹¹⁹.

Em síntese, a substituição dos interesses difusos e coletivos pelos institucionais faz aumentar o número de pessoas legitimadas a defendê-los em juízo, ou seja, enquanto, no sistema vigente, os interesses difusos são defendidos em juízo pelo Ministério Público e outros poucos legitimados, o tratamento de tais interesses como institucionais autorizaria que qualquer pessoa pudesse defendê-los com fundamento no interesse individual:

O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela dos interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista na lei. Toda vez que forem lesados interesses institucionais haveria lesão à função social do contrato. É no destaque por estes proporcionado entre interesse individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual¹²⁰.

¹¹⁶ Loc. cit.

¹¹⁷ Ibid. p. 14-15.

¹¹⁸ Ibid. p. 16-17.

¹¹⁹ Ibid. p. 20-21.

¹²⁰ Ibid. p. 21.

A função social, nesses termos, não se aplica às partes reciprocamente consideradas, mas à relação que pode surgir entre as partes e terceiros, em decorrência dos efeitos do contrato, ou seja, “a *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele”¹²¹.

Nesse sentido, com fundamento no art. 421 do Código Civil, é possível negar eficácia a um contrato naquilo que ele fere interesses institucionais, de maneira que “contratos cuja execução implique evidente dano ambiental, desde que esse seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista qualquer lesão específica a dispositivo de lei ambiental”. Nessa linha de idéias, conclui o autor que “o controle material difuso introduzido por esse importante princípio do nosso Código vem complementar o sentido dos instrumentos processuais de controle difuso (ex: ação civil pública), instrumentos de verdadeiro controle social”¹²².

As premissas utilizadas pelo autor na formulação de sua teoria são, basicamente, as seguintes: (i) no sistema vigente a definição dos interesses difusos e coletivos é feita a partir do seu aspecto subjetivo; (ii) a definição dos direitos difusos e coletivos é deficiente, problema que é resolvido com sua substituição pelas garantias institucionais e; (iii) a função social do contrato autoriza a substituição dos direitos difusos e coletivos pelas garantias institucionais. A partir dessas premissas são extraídas as seguintes conclusões: (i) a substituição dos direitos difusos e coletivos pelas garantias institucionais autoriza que qualquer pessoa possa defendê-los em juízo, não somente aquelas pessoas legalmente legitimadas e; (ii) o controle dos efeitos do contrato pode ser exercido ainda que não haja dano a qualquer interesse.

A definição legal de direitos e interesses difusos e coletivos encontra-se nos incisos I e II do artigo 81, , do Código de Defesa do Consumidor, embora tais direitos não se restrinjam às relações de consumo:

- I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

¹²¹ Loc. cit.

¹²² Ibid. p. 23-24.

Na doutrina pode-se encontrar esclarecedora lição sobre o conceito da teoria institucional, cuja compreensão é imprescindível para o entendimento do ponto ora tratado:

A teoria institucional dos direitos fundamentais, cujo expoente máximo é Peter Häberle, parte da afirmação de que os direitos fundamentais não se esgotam em sua vertente individual, ou seja, não possuem uma dimensão exclusivamente subjetiva, mas possuem um caráter duplo: individual e institucional. Assim, não são apenas direitos subjetivos, mas princípios normativos de tipo institucional, que regulamentam as relações sociais e os fatos materiais em que ditas relações são válidas. A medida dos direitos não é mais o indivíduo, como na teoria liberal, mas a instituição¹²³.

De acordo com a teoria institucional, os direitos fundamentais só existem no âmbito de uma instituição, de onde retira o seu sentido e conteúdo, sendo condicionados pela idéia ordenadora da instituição, que só reconhece como titulares de tais direitos aquelas pessoas que participam da instituição. A instituição, por outro lado, fica submetida à intervenção estatal que, indiretamente, se reflete nos direitos fundamentais, que podem ser limitados para reforçar a dimensão institucional da garantia, como pode se dar, por exemplo, nas “intervenções regulamentadoras para assegurar a instituição da imprensa livre”, ou na limitação “ao direito individual de associação com o fim de salvaguardar o direito de associação como instituição”¹²⁴.

Dessas breves considerações, colhidas na mais autorizada doutrina, pode-se perceber, com clareza, que a teoria da instituição abre perigosas possibilidades para as limitações dos direitos fundamentais que não se encontram na teoria liberal, ou seja, a teoria da instituição representa um enfraquecimento dos direitos fundamentais.

As críticas que Canotilho faz a essa teoria são das mais severas, o que certamente justifica a pouca importância que a doutrina brasileira tem dispensado a esse tema:

À teoria da instituição cabe o mérito de ter salientado a dimensão objectiva institucional dos direitos fundamentais. Todavia há que fazer algumas reservas substanciais: (a) a faceta institucional dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social, como reconhece expressamente Häberle; (b) o enquadramento dos direitos fundamentais no «mundo institucional» pode acarretar a «paragem» dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e de relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo do ser social; (c) o critério da ponderação de bens utilizado pela teoria institucional conduz a uma perigosa *relativização* dos direitos fundamentais,

¹²³ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2006, p. 23.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 508.

além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais¹²⁵.

Por outro lado, a caracterização dos direitos difusos e coletivos não está somente no seu aspecto subjetivo, conforme afirma Calixto Salomão. É possível identificar um aspecto objetivo na definição dessas duas categorias jurídicas, consistente na indivisibilidade, ou seja, tratam-se de direitos que não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete todos possíveis titulares e, além disso, dizem respeito a bens que são insuscetíveis de apropriação individual, razão pela qual não podem ser defendidos por ações individuais. Admitir que tais interesses caracterizam-se exclusivamente pelo aspecto processual equivale a negar que o direito tenha alguma natureza antes de ser objeto do litígio em juízo, o que é absurdo pois o direito preexiste ao processo e sua existência não depende do processo¹²⁶.

Dessa maneira, parece que a natureza jurídica dos interesses difusos e coletivos já foi suficientemente identificada pela doutrina, não havendo, assim, qualquer utilidade em associá-los à controvertida teoria das garantias institucionais, nem tampouco à função social do contrato. Ao que tudo indica, a opção feita pelo legislador brasileiro, ao eleger os meios de defesa dos interesses difusos e coletivos, não foi feita de forma arbitrária, mas sob orientação de autorizada doutrina:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao meio ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação¹²⁷.

A opção por conferir ao Ministério Público a legitimação para a defesa de tais direitos parece que é incontestável:

Enquanto alguns interesses, tais como os trabalhistas, são geralmente bem organizados, outros, como os dos consumidores e dos preservacionistas não são (...). Na melhor das hipóteses, é necessário muito dinheiro e esforço para criar uma organização de porte suficiente, recursos econômicos e especialização para representar adequadamente um interesse difuso¹²⁸.

Por fim, cabe acrescentar que qualquer alternativa para a interpretação do direito positivo só se sustenta se tiver uma utilidade prática. Se houvesse uma quantidade

¹²⁵ Ibid. p. 508-509.

¹²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 26.

¹²⁸ Ibid. p. 59.

considerável de demandas individuais apresentadas ao Poder Judiciário e rejeitadas ao fundamento de que a parte autora de ação individual é ilegítima para defender os direitos difusos e coletivos, talvez se justificasse uma interpretação do artigo 421 do Código Civil no sentido de autorizar a defesa de tais direitos a qualquer um. Entretanto, parece que não é esse o caso, já que a teoria ora examinada não faz qualquer referência a esse ponto.

2.5 A função social do contrato como fundamento da tutela externa do crédito

Segundo outra corrente doutrinária, os princípios contratuais, na nova ordem econômica, não são somente aqueles da tradição oitocentista, ou seja, princípio da autonomia privada, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais (*pacta sunt servanda*) e da relatividade dos efeitos dos contratos. Soma-se a esses o princípio da supremacia da ordem pública, que surgiu dos grandes movimentos sociais da primeira metade do século XX, obrigando o jurista a rever o papel rígido da lei. Na esteira desses fatos, surgiram mais recentemente, sem abolir os anteriores, mais três novos princípios: os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato e da função social do contrato¹²⁹.

De acordo com essa doutrina, a função social do contrato é um “preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica. Esse preceito visa ao impedimento tanto daqueles que prejudicam a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudicam ilicitamente pessoas determinadas”¹³⁰.

O contrato, assim, não é um fato isolado, pois os terceiros, que dele não participam diretamente como partes, não podem, apesar disso, comportar-se como se o contrato não existisse:

A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade (...) ¹³¹.

Nesse sentido, o contrato é oponível a todos, “resultando essa oponibilidade da mera existência do contrato”. Só não são oponíveis os contratos que a lei exige expressamente o seu registro para ter eficácia contra terceiros, caso em que a oponibilidade decorre do registro e

¹²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139-140.

¹³⁰ Ibid. p. 141.

¹³¹ Ibid. p. 141-142.

não do contrato, ou seja, a oponibilidade do contrato a terceiros é a regra (a inoponibilidade, a exceção) que cria, para todos, o dever geral de abstenção, com fundamento no art. 186 do Código Civil, no sentido de não praticar qualquer ato que possa contribuir para que o contrato tenha a sua finalidade frustrada¹³².

O reconhecimento da função social do contrato pela Constituição Federal “veio tornar mais claro, reforçar o que, no plano da legislação ordinária, já estava consagrado como comportamento a seguir pelos terceiros, diante do contrato vigente entre as partes”, dever que já existia no artigo 159 do Código Civil de 1916, reproduzido pelo artigo 186 do Código Civil vigente¹³³.

Se o contrato é um fato social, a sua real existência tem que se impor por si mesma e pode ser invocada contra terceiros; não se confundindo, assim, relatividade com oponibilidade. O pressuposto para a responsabilização do terceiro é o de que este saiba da existência do contrato, violando o direito subjetivo de crédito. Assim, a responsabilidade da parte é contratual e a do terceiro, que contribui para o inadimplemento contratual, é aquiliana. Nesses termos, a parte e o terceiro “são solidariamente responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual¹³⁴. Esse entendimento garante o equilíbrio entre sociedade, o Estado e o indivíduo, além de harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social, ambas com assento na Constituição Federal¹³⁵.

De acordo com a teoria ora examinada, o campo operativo da função social do contrato se desdobra em duas vertentes. De um lado, o contrato é oponível contra terceiros que dele não fizeram parte; de outro lado, é abusivo o contrato celebrado em detrimento dos interesses de uma das partes de outro contrato anteriormente celebrado, caracterizando-se o ilícito em ambos os casos:

Desde logo se podem identificar duas ordens de problemas cuja solução se reporta à aplicação do princípio da relatividade: (i) a posição do terceiro, vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma obrigação (obrigação esta originária de um contrato do qual este terceiro não participa). e (ii) a posição da parte credora em relação ao terceiro que contribui para o inadimplemento da obrigação assumida pelo contratante¹³⁶.

¹³² Ibid. p. 142.

¹³³ Ibid. p. 144.

¹³⁴ Ibid. p. 144-146.

¹³⁵ Ibid. p. 146.

¹³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232.

Nesse sentido, o mesmo fundamento (função social do contrato), serve à teoria da tutela externa do crédito e à teoria das redes contratuais, na medida em que “os efeitos do contrato devem alcançar aquelas pessoas que, uma vez fazendo parte de um ‘grupo de contratos’, se equiparam às partes contratantes sob o ponto de vista não da vontade, mas daquilo que explica e fundamenta a força obrigatória dos contratos”¹³⁷.

O exame do contrato não se deve dar como um elemento isolado, mas do ponto de vista de sua relação com outros contratos, de tal maneira que o grupo de contratos é tratado como uma unidade, o que permite a ampliação do conceito de partes, entendendo-se como tal, todas aquelas pessoas que, de alguma maneira, estejam sujeitas a serem afetadas pelo contrato, ou seja, “a extensão do efeito obrigatório de um contrato permite restabelecer o equilíbrio rompido em favor de uma parte em um outro contrato, unido ao primeiro, por uma identidade de obrigação *in natura*”¹³⁸.

Segundo essa corrente doutrinária, faz-se necessário superar alguns conceitos clássicos do direito civil, com os quais as teorias da tutela externa do crédito e das redes contratuais contrastam. De acordo com Teresa Negreiros, é necessária a superação da clássica divisão dos direitos em relativos e absolutos, sob pena de deixar “danos injustos” sem a devida indenização, pois essa divisão prestigia a autonomia da vontade e, quanto mais peso se atribui a esta, “mais firme será a recusa em se admitir que possa um terceiro ser responsabilizado pelo descumprimento de um pacto para cuja formação não tenha consentido”¹³⁹. Esse entendimento se justifica porque a lesão ao crédito por terceiro que comete abuso de direito, causando ao credor “dano injusto”, não se subsume na cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana (artigo 927 do Código Civil), pois o dano, que é um dos pressupostos da responsabilidade civil, pressupõe a violação de um direito absoluto, ao passo que o crédito é direito subjetivo relativo, que vincula tão somente as partes contratantes¹⁴⁰.

Essa é a orientação clássica que precisa ser superada, a qual, modernamente, opõe-se a doutrina do efeito externo do contrato¹⁴¹ que, uma vez admitida, serve de fundamento para legitimar o credor lesado a agir contra o terceiro que contrata com o devedor, inviabilizando o adimplemento da prestação.

¹³⁷ Ibid. p. 233.

¹³⁸ Ibid. p. 235.

¹³⁹ Ibid. p. 256.

¹⁴⁰ Ibid. p. 264.

¹⁴¹ Ibid. p. 266.

Outro conceito clássico, que a doutrina ora em exame postula a revisão, é o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual os contratos não produzem efeitos em relação a terceiros, fazendo-se necessário reconhecer a diferença entre eficácia das obrigações contratuais, que diz respeito somente às partes, e oponibilidade, que aponta um dever de abstenção do terceiro, que consiste em respeitar a situação criada pelo contrato¹⁴².

Nesse mesmo sentido encontra-se o Enunciado nº 21, aprovado pela I Jornada de Direito Civil: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Cód. Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando na tutela externa do crédito”¹⁴³.

Apesar da autoridade dos doutrinadores que defendem a teoria ora examinada, não se pode deixar de atribuir-lhe algumas impropriedades, que a torna incompatível com os fins perseguidos pelo direito civil contemporâneo.

Vale mencionar que nem o próprio autor dessa teoria, que associa a função social do contrato com a tutela externa do crédito, a defende mais. Em entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), publicada em obra recente¹⁴⁴, indagado sobre sua atual opinião a respeito do assunto, respondeu arrolando uma série de possibilidades de aplicação do art. 421 do Código Civil sem, no entanto, mencionar sua original doutrina que ainda é defendida por alguns de seus fiéis seguidores.

A atribuição de efeitos externos ao contrato está sujeita a uma severa crítica, que não passou despercebida pelos defensores da teoria que ora se examina, pois, ainda que se admita que a oponibilidade dos efeitos do contrato não contraria o princípio da relatividade, há um vício dogmático na responsabilização do terceiro pelo inadimplemento da obrigação contratual, causado pela confusão entre direitos pessoais e direitos reais:

Para esses autores [Vaz Serra, Manuel de Andrade, Almeida Costa e Antunes Varela, que rejeitam que o terceiro possa ser responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação], o princípio da relatividade, que está na base da distinção entre os direitos obrigacionais e os direitos reais, impede que o terceiro que colabora com o devedor na violação de uma relação jurídica obrigacional seja responsável perante o credor pelas conseqüências decorrentes¹⁴⁵.

¹⁴² Ibid. p. 267-270.

¹⁴³ AGUIAR-JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.) **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CNJ, 2005. p. 489.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 601.

¹⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit. p. 251.

Entretanto, essa parece que não é a única incoerência da qual a doutrina da tutela externa do crédito padece. Entender que a parte culpada pelo inadimplemento e o terceiro que com ela contribui são “solidariamente responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual”¹⁴⁶, desconsidera a diferença fundamental entre culpa contratual e aquiliana, sem qualquer fundamento no direito positivo.

Mesmo que se admita que comete abuso de direito, conforme o artigo 187 do Código Civil, sob a modalidade de violação da função social do contrato, aquele que, “ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este”¹⁴⁷ não é de todo coerente falar em efeitos externos do contrato. Sob o ponto de vista do abuso de direito, não é o crédito que é oponível a terceiro, é a conduta abusiva do terceiro que viola o crédito (como poderia violar qualquer direito ou interesse), incorrendo em responsabilidade civil de acordo com os pressupostos da responsabilidade aquiliana. Colocado o problema nesses termos, há uma mudança de perspectiva, a responsabilidade passa a ser examinada não a partir da premissa da oponibilidade do direito de crédito ao terceiro, mas de premissa diversa, ou seja, do comportamento ou conduta do terceiro.

Além disso, a tutela externa do crédito pode dar ensejo a que o contrato desempenhe uma função anti-social, levando à supressão da concorrência que tanto bem faz aos consumidores e ao mercado, basta pensar em situações bastante comuns como a de mutuário que toma empréstimo em um banco e obtém empréstimo em um segundo banco, a taxas mais vantajosas, com o fim de quitar a dívida com o primeiro ou, ainda, como o caso de uma companhia telefônica que faz contato com o usuário do serviço de outra companhia oferecendo-lhe seus serviços a preços menores ou em condições mais vantajosas.

Por fim, vale mencionar que a irradiação dos efeitos do contrato para fora da relação entre contratante e contratado, para atingir terceiros, não implica, necessariamente, que com isso, o contrato tenha uma conotação social ou que atenda a interesses sociais, nem tampouco, que desempenhe uma função social, pois se o objeto do contrato versa sobre interesses individuais, tais interesses permanecem os mesmos quando oponíveis contra terceiros. O fato de, concretamente, envolver um número maior ou menor de pessoas (as partes e alguns terceiros) não transmuda os interesses que constituem o objeto da relação contratual de individuais para sociais.

¹⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. p. 146.

¹⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. Op. cit. p. 255.

2.6 A função social do contrato como fundamento do paradigma da essencialidade

Deve-se a Teresa Negreiros a construção doutrinária do princípio denominado paradigma da essencialidade, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Segundo a autora, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções de ideais de justiça social, solidariedade e erradicação da pobreza, constatação que decorre da interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II), da solidariedade (art. 1º, IV), do valor social da livre iniciativa (art. 170 e seguintes) e dos demais princípios componentes da ordem econômica (art. 108, todos da Constituição Federal). Com isso, surge um delicado problema de harmonização entre os princípios contratuais tradicionais e os novos princípios, entre os quais o da função social do contrato, exigindo do aplicador do direito uma postura radical:

Com efeito, o delicado problema da composição entre os princípios clássicos e os novos princípios parece impor uma verdadeira implosão do conceito de contrato. Com base nesta hipótese, defende-se que os estilhaços ou fragmentos assim surgidos inspiram a constituição de tipos (ou modelos) de contrato diversos, em função de cuja diversidade serão correspondentemente diversas a interação e a harmonia entre os princípios velhos e os novos¹⁴⁸.

As modificações decorrentes dos novos princípios no modo de conceber a relação contratual, entre os quais o princípio da função social do contrato, justificam a proposição de um novo paradigma da teoria contratual, o paradigma da essencialidade¹⁴⁹.

De acordo com tal paradigma, o direito privado passa a ser orientado por uma racionalidade concretamente considerada, que leva em consideração as reais necessidades das partes¹⁵⁰. A pobreza, a velhice e a doença passam a ser dados considerados relevantes no regramento dos conflitos de interesses que podem surgir entre as partes contratantes. Esses dados, segundo a autora, podem ser aferidos de acordo com critérios objetivos, a despeito de referirem-se às pessoas das partes contratantes:

Concretamente, partindo-se da premissa de que as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria contratual se mantenha indiferente (sob pena de tal teoria virar as costas aos princípios constitucionais), parece-nos que a existência de uma cláusula geral de tutela dos necessitados pode, sim, ser instrumento adequado. No entanto, ao invés de a hipossuficiência ser definida apenas em termos subjetivos – pobreza, doença, velhice –, poder-se-ia mitigar a crítica à incerteza provocada pela técnica das cláusulas gerais

¹⁴⁸ Ibid. p. 114.

¹⁴⁹ Loc. cit.

¹⁵⁰ Ibid. p. 339.

fazendo-se substituir os elementos subjetivos pelo elemento objetivo, emergindo a condição de necessitado não a um estado puramente subjetivo, mas, sim, pela qualidade essencial do bem *in casu* contratado¹⁵¹.

Nesse sentido, se por um lado o paradigma da essencialidade está voltado para as reais necessidades das partes contratantes; por outro lado, visando imprimir um caráter objetivo a tais necessidades, sugere a autora “um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado”¹⁵². Os bens, assim, podem ser classificados em essenciais, úteis e supérfluos, levando em consideração não o bem em si mesmo considerado, mas o caráter mais ou menos existencial, conferido ao bem pelo sujeito contratante¹⁵³.

Segundo a autora, é a partir da dialética entre o direito e os fatos sociais que se torna possível sustentar a essencialidade-utilidade-superfluidade dos bens, estabelecendo-se uma diferenciação compatível com o sistema classificatório em vigor e atenta às mudanças valorativas e às demandas sociais contemporâneas¹⁵⁴.

À luz do paradigma da essencialidade, a utilidade existencial passa a ser o critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais, sintetizando uma mudança do caráter patrimonialista no sistema classificatório do Código Civil e no modo de se conceber os princípios contratuais, superando-se, assim, a pretensa neutralidade do fenômeno jurídico, próprio da tradição oitocentista¹⁵⁵.

O paradigma da essencialidade, de acordo com a teoria em exame, autoriza a revisão do sistema classificatório dos bens disciplinado pelo Código Civil; as benfeitorias, por exemplo, classificadas em necessárias, úteis e voluptuárias, de acordo com a função que as mesmas desempenham em relação a outro bem ao qual são agregadas, passam a ser classificadas não em função de outro bem ao qual elas se agregam, mas a partir da “utilidade para a pessoa que deles necessita”, de maneira que, “as necessidades humanas [...], no seio da teoria geral do Direito Civil, são contempladas como um dado juridicamente relevante”¹⁵⁶.

Outro critério sugerido para a classificação dos bens é o econômico, que leva em consideração a utilidade dos bens de acordo com a teoria econômica. De acordo com tal

¹⁵¹ Ibid. p. 342.

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ Loc. cit.

¹⁵⁴ Ibid. p. 350-351.

¹⁵⁵ Ibid. p. 388.

¹⁵⁶ Ibid. p. 391.

critério, os bens podem ser de consumo ou de produção e coletivos ou exclusivos¹⁵⁷. Adverte a autora que, o fato de o conceito de utilidade ser relativo e subjetivo, não impede que, através de métodos empíricos, seja feita uma gradação das necessidades da qual resulte uma divisão dos bens em essenciais e supérfluos.

Um exemplo curioso é invocado pela autora em socorro de sua teoria; a cerveja, embora não seja um produto essencial sob o enfoque das necessidades físico-biológicas do indivíduo, de acordo com o critério proposto, poderá ser essencial sob o enfoque das necessidades sócio-culturais vigentes¹⁵⁸.

Estabelecida a classificação dos bens de acordo com o paradigma da essencialidade, a classificação passa a se refletir sobre os contratos, o que autoriza a dar tratamento diverso aos contratos que “sejam instrumentos de aquisição de bens essenciais”¹⁵⁹, resultando na superação da ótica predominantemente patrimonialista do Código Civil, que se mostra insuficiente em face da Constituição, operando, assim, a necessária distinção dos contratos que versam sobre interesses não-patrimoniais ou existenciais, daqueles cujas obrigações assumidas visem exclusivamente à satisfação de interesses patrimoniais¹⁶⁰.

Em síntese, os contratos que versem sobre a aquisição ou sobre a utilização de bens tidos como essenciais ficam sujeitos a “regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão”. Por outro lado, os contratos que versem sobre bens supérfluos “regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma”¹⁶¹.

A aplicação do paradigma da essencialidade está, de acordo com a autora, em congruência com as tendências do direito civil contemporâneo, que confere uma margem considerável de discricionariedade, ao juiz, para intervir nas relações contratuais; serve de “fundamento útil para mudanças sociais” e como instrumento de “tutela da pessoa humana, mediante a garantia do mínimo existencial”¹⁶².

¹⁵⁷ Ibid. p. 397-398.

¹⁵⁸ Ibid. p. 399-411.

¹⁵⁹ Ibid. p. 420.

¹⁶⁰ Ibid. p. 460-461.

¹⁶¹ Ibid. p. 463.

¹⁶² Ibid. p. 486.

Por fim, conclui a autora que, se por um lado o paradigma da essencialidade não é “capaz de dar solução às desigualdades sociais, tampouco, assegurará aos que nada têm aquilo que lhes seja essencial para viver dignamente”, por outro lado, ele “insere-se, obviamente, neste domínio mais amplo da discussão acerca da utilização do direito privado em geral para fins de política social”¹⁶³.

O contrato, ao contrário do que postula o paradigma da essencialidade, não pode ser instrumento de realização de políticas sociais ou de justiça distributiva, o que implicaria subverter todo o sistema jurídico, além de desconsiderar a diferença entre justiça distributiva e justiça comutativa.

A justiça distributiva é aplicada na distribuição dos bens públicos, os únicos que podem, sob um ordenamento que reconhece o direito de propriedade, ser objeto de distribuição pelo Estado ou por seus agentes¹⁶⁴. A justiça comutativa, por outro lado, é aplicada às relações privadas e, no caso das relações contratuais, traduz-se na proporção entre as prestações, com o objetivo de manter equilibrados as perdas e os ganhos¹⁶⁵.

Estabelecidas as diferenças entre justiça distributiva e comutativa, percebe-se facilmente que não há justiça distributiva nas relações contratuais e, por conseguinte, o contrato não pode ser instrumento de políticas sociais dirigidas aos pobres, velhos ou doentes. A justiça contratual é traduzida pelo equilíbrio entre as perdas e os ganhos, sem levar em consideração as qualidades pessoais de cada uma das partes. Qualquer benefício que a lei confere a uma das partes na relação contratual é com a finalidade de torná-las materialmente iguais, uma vez que a justiça só opera entre os iguais, criando condições para que a relação contratual se estabeleça equilibrada, ou seja, para que cada uma das partes receba o equivalente ao que despendeu.

Pretender, através do contrato, realizar a justiça distributiva gera a pior das injustiças: dar a uma das partes o que pertence à outra. Na medida em que se admite o direito de propriedade, é forçoso admitir que nem todo bem é passível de distribuição por agentes do Estado.

É certo que a essencialidade de determinados bens, considerados objetivamente e de acordo com as necessidades que eles podem satisfazer, é critério utilizado para a

¹⁶³ Loc. cit.

¹⁶⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, trad. Mário da Gama Kury, 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 95.

¹⁶⁵ AQUINO, Tomas de. *La justicia*: comentarios al libro quinto de la ética a Nicomaco de Aristóteles, trad. Benito R. Raffo Magnasco. Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica, 1946, p. 98-99.

determinação de políticas públicas, fiscais, sociais etc. Isso não quer dizer, entretanto, que seja possível ao juiz intervir no contrato para tutelar a parte pobre ou enferma, o que resultaria em grave problema de insegurança jurídica. E não é só isso, o que move as pessoas a contratarem é a possibilidade de algum ganho, na essência do contrato não se encontra interesse altruístico, ao contrário, quem contrata visa, em primeiro lugar, à satisfação dos interesses próprios. Se o contrato deixa de servir como instrumento de satisfação dos interesses individuais para tornar-se um instrumento de política social e de realização da tão sonhada justiça distributiva, o mais provável é que ninguém queira contratar com os necessitados.

Além disso, é interessante notar que o paradigma da essencialidade não encontra compatibilidade na sistemática do Código Civil. Uma coisa é interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal; outra, bem diferente, é sustentar a vigência de teorias que lhe são incompatíveis, o que equivaleria revogar o Código com fundamento em princípios constitucionais, ao invés de harmonizá-lo com os valores encampados pela Constituição Federal.

No julgamento do Recurso Especial n.º 783.404-GO (2005/0158134-4) pelo Superior Tribunal de Justiça ficou assentado que a função primária do contrato é econômica e sua função social não pode ser confundida com assistência social, conforme se posicionou a relatora, Ministra Nancy Andrighi:

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

A título de conclusão de tudo o que até aqui se disse a respeito da interpretação do artigo 421 do Código Civil, é possível afirmar que os esforços doutrinários ainda não produziram resultados satisfatórios, no sentido de determinar o conteúdo e extensão do princípio da função social do contrato. As conclusões a que chegam as diversas correntes doutrinárias examinadas são inconsistentes, guardando contradições que as tornam incompatíveis com o sistema jurídico, quando não representam um retrocesso na evolução do direito civil.

Essa desalentadora constatação não pode, entretanto, servir de pretexto para o abandono do tema, que continua instigante e desafiador e, se por um lado não se pode afirmar,

com base na doutrina até aqui examinada, o que se entende por princípio da função social do contrato, por outro lado, já se pode determinar o que tal princípio não é, o que é muito, pois aponta direções para novas considerações sob outras perspectivas.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO SOB OUTRA PERSPECTIVA

Nos capítulos anteriores, procurou-se demonstrar a evolução do direito contratual, bem como a insuficiência das teorias a respeito da função social do contrato. No presente capítulo, pretende-se apresentar uma proposta que, além de estar de acordo com o direito contratual em sua atual fase de evolução, também apresenta compatibilidade com o ordenamento jurídico considerado como um todo.

3.1 A função social do contrato como cláusula geral

Preliminarmente, faz-se necessário compreender as razões pelas quais se optou pelo tratamento do princípio da função social de forma tão vaga, conforme se depreende do artigo 421 do Código Civil, fato que suscita muitas dúvidas e indecisões a respeito de sua aplicação. Essa peculiaridade que, de acordo com o formalismo próprio da tradição oitocentista, parece uma falha do legislador, na verdade, é uma tendência do direito contemporâneo, apontando a revisão de muitos conceitos tradicionais.

A atual fase do desenvolvimento do direito não permite posturas excessivamente conservadoras. Os tempos são de mudanças e propícios para rever muitos dos dogmas que estão enraizados na maneira de pensar o direito. Se, por um lado, não é o caso de “explodir” o sistema e reconstruí-lo a partir de seus fragmentos, como defende parte da doutrina, por outro lado, também não é o caso de pegar a contramão da história, aferrando-se a valores e conceitos que não fazem mais sentido na atualidade.

O uso de cláusulas gerais no ordenamento jurídico positivo reflete uma tendência, que já não pode ser considerada recente, de superação do modelo oitocentista por meio da concreção do direito pelo labor dos tribunais. Desde o final do século XIX que a doutrina se ocupa do problema da concreção do direito, a partir dos estudos de Ihering, já se percebe que o direito é um fenômeno que encerra duas dimensões, uma abstrata e outra concreta:

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito (...)¹⁶⁶

¹⁶⁶ IHERING, *apud* NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 12.

Ocupar-se das leis é apenas uma das faces da realidade que envolve o trabalho do jurista ou aplicador do direito. A outra face é ocupar-se da vida, pois o direito é uma força que tem incidência sobre o viver¹⁶⁷.

Na base do pensamento jurídico há uma antinomia entre concreto e abstrato. As normas e conceitos jurídicos são abstratos; o concreto é o positivo, o real, o empírico, o perceptível, é, enfim, a realidade concreta e física. O conceito de concreto refere-se à realidade física, enquanto o conceito de abstrato refere-se a objetos que não têm existência real, ou seja, representações racionais e, por isso, gerais. No direito, as realidades concreta e abstrata se sobrepõem por meio da incidência das normas jurídicas¹⁶⁸.

A dimensão abstrata do direito é indeterminada e formal, enquanto a dimensão concreta é singular, individual e específica. As leis operam com conceitos, fazem abstração das diferenças que podem existir entre os elementos que integram um mesmo gênero, incluem em um mesmo gênero tudo aquilo que é igual sob certo aspecto e desconsideram os diversos aspectos sob os quais os objetos se diferenciam na realidade empírica. Assim é que, sob um mesmo conceito, acomodam-se muitas vezes fatos materialmente desiguais; sob o conceito de prestação de serviços, por exemplo, pode-se acomodar tanto o reparo de um automóvel quanto um tratamento médico. Dessa maneira, os conceitos legais não passam de uma representação dos fatos históricos, concretos e singulares, acontecidos em determinado tempo e lugar¹⁶⁹, representação que, muitas vezes, põe o direito em contradição com a realidade.

As cláusulas gerais são uma tentativa de superação da contradição entre o abstrato e o concreto. Por meio de expressões verbais abstratas que encerram conceitos indeterminados, completados pela atividade jurisprudencial e doutrinária, permite-se ao juiz decidir de acordo com o concreto, ou seja, decidir “de acordo com as circunstâncias gerais do caso e em consideração às qualidades pessoais do interessado”. Nesse sentido, é a “peculiaridade histórica” que vai determinar o concreto¹⁷⁰.

A concreção é um procedimento que dá aos princípios gerais e aos conceitos valorativos indeterminados um caráter determinado. Por meio da concreção, os valores tornam-se reais na realidade concreta. Esse procedimento pode ser verificado em três planos:

¹⁶⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, trad. J. Baptista Machado, 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 75.

¹⁶⁸ Id. **La Idea de concreción en el derecho y la ciencia jurídica actuales**, trad. Juan Jose Gil Cremades, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 69-74.

¹⁶⁹ Ibid. p. 79-103.

¹⁷⁰ Ibid. p. 159-175.

(i) no legislativo, no qual as idéias abstratas ganham forma concreta por meio das leis; (ii) na ciência do direito, por meio da valoração e comparação crítica, que determina os conceitos e categorias jurídicas dando-lhes concreção e; (iii) na teoria hermenêutica, por meio da determinação dos conceitos em face da realidade concreta¹⁷¹.

A questão central que se coloca à idéia de concreção na ciência do direito é saber se um direito determinado deve prevalecer sobre um indeterminado. A posição que prevaleceu no direito proveniente da tradição oitocentista é de que o direito determinado deve prevalecer sobre o indeterminado¹⁷², por isso, as leis nessa fase da evolução histórica do direito, são casuísticas.

Essa preferência pelo direito determinado é filha do Iluminismo, que tinha, por razões históricas, a necessidade de precaver-se contra o arbítrio dos juízes comprometidos com o Antigo Regime, com a finalidade de não lhes permitir atuar de maneira que pudessem suprimir a liberdade recém-adquirida. Assim, “uma indeterminação da lei que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em legislador, apareceria contraditória à luz da teoria da divisão dos poderes”¹⁷³.

A necessidade histórica e circunstancial é que impôs a preferência pelo direito determinado, que reduz a atividade jurisdicional a uma mera operação lógica de subsunção do fato histórico à norma jurídica, chegando-se ao absurdo de proibir a interpretação da lei. A determinação (concreção) do ponto de vista da ordem jurídica é o casuísmo, a opção metodológica oposta é o uso de cláusulas gerais, onde “as normas não devem ser tão determinadas a ponto de prejudicar aquilo que exigem a justiça e a equidade”; deixando os dados normativos da hipótese legal que exigem valoração ao critério de quem aplica o direito¹⁷⁴.

O problema de um método casuístico de legislar é que ele cria um ordenamento, necessariamente lacunoso, diante da impossibilidade de o legislador tudo descrever, o que termina por conduzir à construção de um ordenamento jurídico em desacordo com a realidade social. Assim, a concreção não mais se justifica no plano legislativo, pois os tempos são outros, ao contrário, ela deve dar-se no plano da ciência do direito, por meio da doutrina e no

¹⁷¹ Ibid. p. 176.

¹⁷² Ibid. p. 178-179.

¹⁷³ Loc. cit.

¹⁷⁴ Ibid. p. 179.

plano da aplicação do direito, por meio de uma técnica hermenêutica adequada. Essa opção é a única capaz de atender às exigências que a complexa realidade social impõe ao direito.

Em síntese, a opção metodológica da tradição oitocentista é o casuísmo: a lei é específica e circunstanciada nas descrições de suas hipóteses de incidência e procura limitar a atividade do aplicador do direito à simples operação lógica de subsunção do fato à norma. Contemporaneamente, a opção legislativa é pelo uso das cláusulas gerais, especialmente em alguns setores do direito civil, dando ao juiz a possibilidade de adaptar a norma à realidade ou às situações de fato¹⁷⁵.

O Código Civil foi inspirado por esse movimento de concreção. Dos princípios que informaram o projeto do Código, dois merecem destaque no que toca à concreção do direito, são os princípios da eticidade e da concretude; este, decorrente do princípio da operabilidade. É interessante notar que, ao tratar desse assunto, novidade na doutrina brasileira, Miguel Reale não estava muito certo dos termos que deveria usar, tendo de recorrer ao Dicionário Aurélio para justificar o emprego da expressão “concretidade” em vez de “concretude”¹⁷⁶. É um detalhe que demonstra o quanto é difícil lidar com doutrinas novas no âmbito do Direito Civil, sempre marcado pelo caráter de perenidade, que se revela inclusive pelo longo tempo de vigência do Código Civil de 1.916, ou seja, mais de oitenta anos, até que veio a ser revogado pelo Código Civil de 2002.

A respeito do princípio da eticidade, assim é a lição de Miguel Reale:

Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios éticos-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo maior poder a juiz para encontrar-se a solução mais justa e equitativa.

O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só o poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com os valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto¹⁷⁷.

Os princípios da concretude (decorrentes do princípio da operabilidade) e da eticidade ligam-se e completam-se numa mesma idéia, ou seja, a essência do direito é realizar-se de acordo com certos valores éticos. Isso justifica, ainda conforme a lição de Miguel Reale, a opção pelas cláusulas abertas encontradas em várias passagens do Código Civil:

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**, trad. Maria Cristina de Cicco, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 27.

¹⁷⁶ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal, 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 8.

¹⁷⁷ Ibid. p. 8.

O princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa¹⁷⁸.

Comentando o posicionamento de matiz filosófico de Miguel Reale, Judith Martins-Costa esclarece que a concreção do direito deve-se dar de acordo com a chamada “ética do caso concreto” e não de acordo com modelos abstratos previamente estabelecidos¹⁷⁹.

Nesse contexto, a concreção do direito necessita de instrumentos que não podem ser oferecidos pela hermenêutica jurídica tradicional, que se restringe à interpretação da lei de acordo com a lógica formal¹⁸⁰.

É a partir desse movimento de concreção do direito e, por conseguinte, do emprego de um método hermenêutico próprio para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais, diferente do método tradicional de aplicação do direito, que será possível encontrar o verdadeiro significado e alcance da função social do contrato prevista no artigo 421 do Código Civil, conforme será demonstrado mais adiante.

A função social do contrato pode ser examinada sob muitos aspectos distintos, entretanto, um ponto sobre o qual não há dissenso, diz respeito à técnica legislativa empregada para a sua positivação, ou seja, o artigo 421 do Código Civil positivou a função social do contrato valendo-se da técnica legislativa denominada cláusula geral, que tem como principal característica “estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar critérios necessários para a sua concretização, podendo estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo”¹⁸¹.

Também não há dúvida de que a expressão *social* empregada pelo referido artigo é um conceito indeterminado ou vago, de cuja compreensão vai depender as conseqüências da aplicação da cláusula geral.

A cláusula geral é a técnica legislativa empregada para a construção de sistemas jurídicos caracterizados pela mobilidade. Os sistemas, assim caracterizados, garantem uma segurança jurídica em menor grau do que os sistemas imóveis, marcados pela presença de

¹⁷⁸ Ibid. p. 11-12.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74-75.

¹⁸⁰ NEVES, Castanheira. Op. cit. p 11-12.

¹⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito**, 3. ed., trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 142.

previsões normativas rígidas. A opção por um tipo de sistema ou por outro implica uma escolha entre dois valores que se contrapõem: o valor justiça e o valor segurança jurídica¹⁸². Essa contraposição, entretanto, não chega aos extremos, a ponto de um valor excluir o outro; o desafio é encontrar o ponto de equilíbrio, ou seja, construir um sistema em que se aproxime ao máximo da justiça e que garanta o mínimo de segurança jurídica, indispensável ao convívio social.

Aplicar uma cláusula geral, assim, não quer dizer julgar com absoluta liberdade, ou decidir por equidade, de acordo com critérios subjetivos de justiça, pois se a cláusula geral não fornece os critérios objetivos que devem ser empregados pelo juiz, este deve recorrer ao sistema jurídico, examinado como um todo, ou a valores que, estando fora do sistema, são com ele compatíveis, garantindo, assim, um mínimo de certeza nas decisões¹⁸³.

Assim, as cláusulas gerais permitem que se dê certa abertura ao sistema fechado e legitimam a atividade criadora do direito por parte do juiz que, na fundamentação da decisão, reporta-se a valores de conduta ética e social. As conseqüências práticas da aplicação de uma cláusula geral dependem do que vier a ser determinado pelo juiz¹⁸⁴, que é remetido para âmbitos estranhos ao ordenamento jurídico positivo, sem limitar a colher a norma que deve regular o caso concreto no casuísmo do ordenamento positivo¹⁸⁵.

A doutrina ainda não elaborou uma definição precisa do que se entende por cláusula geral, de maneira que pudesse ser sintetizada em poucas palavras, como ocorre com alguns institutos jurídicos, forjados pela tradição oitocentista. Esse vazio doutrinário, entretanto, não é suficiente para criar um estado de perplexidade, ou impedir a compreensão do mecanismo mediante o qual as cláusulas gerais operam no direito contemporâneo.

A cláusula geral não se confunde com os conceitos indeterminados, enquanto aquela se refere a uma técnica legislativa, que concede maior liberdade de decisão ao juiz, estes dizem respeito às expressões empregadas pelo direito positivo, embora, em ambos os casos, permitam certa abertura ao sistema fechado. O conceito indeterminado caracteriza-se pela ausência de comunicação clara a respeito de seu conteúdo, o que ocorre, normalmente,

¹⁸² Ibid. p. 143.

¹⁸³ Ibid. p. 145.

¹⁸⁴ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. **Roma e América. Direito Romano Comune – Rivista di Riritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Mucchi Editore, p. 193.

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**, 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p.1182.

quando a expressão empregada não tem um sentido técnico específico, que possibilita mais de uma compreensão, a depender do caso concreto¹⁸⁶.

Os conceitos indeterminados, quando utilizados na sentença, exigem uma ponderação prévia que permita a escolha do seu significado possível. Essa ponderação prévia consiste na complementação da norma com uma valoração, para obter-se a regra do caso concreto, ou seja, só com a mediação integradora, exercida judicialmente, que o conceito indeterminado converte-se em regra jurídica disciplinadora de condutas¹⁸⁷.

De acordo com autorizada doutrina, a presença de um conceito indeterminado não implica, necessariamente, a presença de uma cláusula geral, pois é possível a cláusula geral operar com conceitos precisos¹⁸⁸, no entanto, pode se dar o caso de um mesmo dispositivo de lei conter uma cláusula geral e um conceito indeterminado. No caso do artigo 421 do Código Civil, está-se diante de uma cláusula geral e de um conceito indeterminado, este consistente na expressão *social*, que só pode ser compreendida a partir de critérios valorativos.

O emprego das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados permite ao juiz examinar o fato como um todo, ou, em outras palavras, analisar o fenômeno jurídico em sua totalidade. Os tipos são generalizações que recolhem apenas os traços médios (ou mais salientes) dos fatos que pretende disciplinar, o que produz um corte na realidade e impede o aplicador do direito de tomar a realidade em sua totalidade no momento da aplicação da norma. A técnica das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados aponta, assim, a superação da lógica formal na aplicação do direito¹⁸⁹ e a aproximação do direito da realidade da vida.

Segundo Moreira Alves, o conceito indeterminado não se confunde com a cláusula geral, pois, no conceito indeterminado, o juiz não exerce uma função criadora do direito, limita-se a preencher o conceito que, se verificada a hipótese de incidência, as conseqüências práticas já são previamente determinadas pela norma jurídica. Nessa linha de idéias, afirma o autor que no artigo 4.º do Código de Defesa do Consumidor a boa-fé é uma cláusula geral; já no artigo 51, IV, do mesmo Diploma, a boa-fé aparece como um conceito indeterminado,

¹⁸⁶ Ibid. p.1177.

¹⁸⁷ Ibid. p. 1178.

¹⁸⁸ Ibid. p.1183.

¹⁸⁹ Ibid. p.1186-1187.

pois, verificada a hipótese de má-fé, a consequência é a nulidade¹⁹⁰, ao passo que, no primeiro caso, as consequências não são determinadas pela lei.

De acordo com essa respeitável doutrina, o artigo 421 do Código Civil é uma cláusula geral, cujas consequências de sua aplicação não são determinadas pela lei. O mesmo dispositivo apresenta, também, um conceito indeterminado, pois a fixação do conteúdo da expressão *social* também depende de uma valoração feita pelo aplicador do direito. Assim, no que concerne à cláusula geral, há como que uma delegação de poder ao juiz para criar o direito.

Em síntese, a doutrina identifica o movimento de concreção do direito como um “estado de ânimo” tendente a valorizar a atividade do juiz na produção do direito, reconhecendo ao juiz um importante papel na adequação do direito à realidade histórico-social, indicando a vocação do nosso tempo para a jurisdição¹⁹¹.

As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, assim, são técnicas legislativas que transferem para o juiz o poder de fazer as escolhas que o legislador não quer ou não pode fazer, seja porque não lhe é conveniente fazer determinadas escolhas, seja porque não foi capaz, dadas as limitações que lhe são impostas, não podendo tudo prever, o que implica uma ampliação dos poderes do juiz. Essa ampliação do âmbito da jurisdição, entretanto, não é um fenômeno contingente e conjuntural, ao contrário, decorre da passagem do Estado liberal para o Estado social¹⁹² e, por isso, deve ser examinada em um contexto mais amplo, que aponta a mudança não somente da técnica legislativa e da hermenêutica, mas, sobretudo, a mudança de valores e verdades que, sob o ponto de vista da tradição oitocentista, são imutáveis.

Assim, na sociedade contemporânea o juiz não é um mero executor da lei, nem tampouco um livre criador do direito. A função do juiz está em descobrir e declarar o direito ou as regras aplicáveis ao caso concreto que lhe é submetido; sua função não se confunde com a função do legislador, que dita a regra¹⁹³, nem se iguala ao trabalho do burocrata, que se limita ao estrito cumprimento de regras predispostas e determinadas, sem questionar a sua função ou o seu verdadeiro sentido. Essa posição intermediária se justifica porque a função legislativa é exercida anteriormente aos fatos que são objeto de disciplina, o legislador legisla para o futuro enquanto o juiz, por outro lado, exerce sua função sempre *a posteriori*, pois atua

¹⁹⁰ Op. cit. p. 200-201.

¹⁹¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-3.

¹⁹² Ibid. p. 11.

¹⁹³ Ibid. p. 13.

em face de um conflito de interesses que lhe é submetido e que se encontra presente na realidade histórica.

A cláusula geral é uma norma de estrutura aberta, no confronto com a qual se coloca o problema da discricionariedade do juiz que a aplica. A discricionariedade, entretanto, não pode ser confundida com a subjetividade das decisões jurisdicionais, que podem conduzir ao arbítrio. No exercício da função jurisdicional, o juiz não tem a liberdade do legislador, ou seja, não tem um poder absoluto, pois, nos casos em que é dado ao juiz escolher entre duas ou mais alternativas, a sua opção deve recair sobre a solução legítima para o caso concreto¹⁹⁴.

Conforme se pode perceber, são sérias as dificuldades em se estabelecer uma técnica hermenêutica adequada à aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que, entretanto, será examinado mais adiante. Antes, porém, faz-se necessária uma reflexão a respeito da funcionalização do direito e dos institutos jurídicos, na busca de elementos que possam contribuir para a elucidação do conteúdo do princípio da função social do contrato.

3.2 O conteúdo do princípio da função social do contrato

A função social foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1946, por meio da função social da propriedade¹⁹⁵. Entretanto, só com o artigo 421 do Código Civil de 2002 é que a função social do contrato foi objeto de consideração de maneira específica.

Conforme mencionado, o direito positivo acolhe o princípio da função social do contrato por meio de uma cláusula geral, cujas conseqüências práticas devem ser determinadas pelo aplicador do direito. Para que isso ocorra, entretanto, faz-se necessário compreender o conteúdo da cláusula geral que alberga o princípio da função social. É certo que sua efetiva aplicação depende de uma construção doutrinária e jurisprudencial cujo verdadeiro sentido será desvendado com a vivência do Código, o que não equivale afirmar que o princípio da função social do contrato é uma norma do tipo programática para aplicação no futuro. Por óbvio que um conteúdo mínimo para a sua operabilidade imediata é possível deduzir do artigo 421 do Código Civil, em razão do contexto no qual o tal princípio está

¹⁹⁴ Ibid. p. 16-18.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos...* p. 395.

inserido, ou seja, na esteira da renovação do Direito Civil, que se impõe com a passagem do Estado liberal para o Estado social.

A se admitir o estabelecimento de uma pauta, pode-se afirmar, com Paulo Nalin, que a funcionalização do contrato aponta “o reconhecimento da influência social na aplicação da lei, assume proporções ideológicas e concentra esforços na solução de problemas”¹⁹⁶.

A ciência do direito, tradicionalmente, ocupa-se do direito como uma estrutura, relegando o problema da sua finalidade a outras áreas do conhecimento, como a filosofia ou a sociologia. Uma das características do direito civil contemporâneo é a sua conexão com a realidade e, por conseguinte, com outros ramos das ciências sociais, “em um processo interdisciplinar de respostas às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista”¹⁹⁷.

No Estado liberal prevalece a idéia de que o único dever do Estado é evitar que os indivíduos provoquem danos uns aos outros. O direito se limita a exercer uma função protetora-repressiva. A passagem do Estado liberal para o Estado social assinala a evolução do direito, que passa a exercer uma função promocional, sob a idéia de justiça distributiva que se materializa por meio de uma atuação positiva do Estado¹⁹⁸.

Antes de se aprofundar no tema do conteúdo da função social do contrato, é necessário afastar determinadas confusões, que normalmente perturbam o entendimento de quem se propõe a estudar o assunto. A primeira delas é a confusão que se faz entre funcionalização do direito e funcionalização dos institutos do direito civil.

A finalidade é um elemento essencial do direito, que não pode mais ser compreendido somente através de sua estrutura, pois o direito não é um meio adequado para qualquer fim, mas para um fim próprio e específico, que vem a determinar qual a sua função. Segundo Norberto Bobbio, tradicionalmente, a função do direito permaneceu limitada ao seu aspecto coativo. O conceito de direito como ordenamento coativo “não parece de todo adequado para representar a complexidade e a multiplicidade de direções do direito em uma sociedade moderna”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 63.

¹⁹⁷ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 363.

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 112.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 60.

A idéia do direito como um ordenamento coativo fundamenta-se no conceito de sanção ou de instrumentos de coerção dispostos de tal maneira que se possa obter um dado comportamento humano considerado desejável pelo legislador, ou seja, busca-se determinado comportamento por meios coercitivos. Além dos meios coercitivos, pode-se obter o comportamento desejado por meios promocionais, que podem ser exercidos com dois tipos diferentes de expedientes: (i) os incentivos, que facilitam o exercício de uma atividade econômica desejada e; (ii) os prêmios, que representam uma satisfação àqueles que tenham realizado uma determinada atividade. Ou seja, incentivos e o prêmios são “as duas formas típicas pelas quais se manifesta a função promocional do direito”²⁰⁰.

Ainda de acordo com Norberto Bobbio, a funcionalização do direito corresponde à passagem do Estado protecionista ao Estado programático. “O direito não se limita a reprimir, mas estimula e promove”²⁰¹, o que equivale dizer que, o direito não é um fim em si mesmo, nem se circunscreve à sua limitada atuação por meio de sanção. O direito, assim, pode desempenhar uma dupla função; tanto pode servir para a manutenção da situação de fato existente na sociedade, quanto para a transformação das estruturas preestabelecidas, para a realização de valores e ideais (normas promocionais), bem como para o desempenho de uma função inovadora ou de transformação da sociedade²⁰².

Apesar de freqüentemente citada pela doutrina, parece que a funcionalização do direito, da maneira como defende Norberto Bobbio, não guarda relação direta com a função social do contrato.

O reconhecimento da função promocional do direito aponta uma mudança de tarefas do Estado, representativa da passagem do Estado liberal para o Estado social²⁰³, o que, sem dúvida, representa um primeiro passo na reelaboração do direito para atender às necessidades atuais. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a função promocional, no sentido até aqui examinado, opera numa dimensão abstrata do direito e é dirigida ao legislador. Do ponto de vista do juiz, entretanto, a função promocional do direito não é um dado concreto, mas um critério racional do direito, que pode não interferir diretamente na sua aplicação se não houver consciência dos valores que estão na base da evolução tanto do conceito de Estado quanto do direito moderno.

²⁰⁰ Ibid. p. 72-73.

²⁰¹ Ibid. p. 77.

²⁰² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil...** p. 2-3.

²⁰³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 99.

Outra confusão, bastante freqüente na doutrina, conforme já ficou assentado em outra passagem, quanto de tratou das principais correntes doutrinárias a respeito da função social do contrato (capítulo II), é a que se estabelece entre função econômica e função social do contrato.

De acordo com a tradição oitocentista, formada sob a égide do Estado liberal, a função econômica e a função social do contrato são correlatas, pois pressupõem uma realidade em que os valores da livre iniciativa e da liberdade contratual são valores sociais, compartilhados por toda a sociedade, embora, efetivamente, o fossem apenas de uma parcela, mais especificamente, da burguesia. Nesse contexto, é possível enfeixar as funções econômica e social em um só conceito, o de “função econômico-social”.

A passagem do Estado liberal para o Estado social aponta a separação das funções econômica e social do contrato. Os Estados liberal e social compartilham alguns valores, já que não há uma ruptura na passagem de um modelo a outro, conforme já se afirmou anteriormente e, o ponto de convergência mais expressivo, para aquilo que interessa ao direito contratual, é a livre iniciativa (na qual tem fundamento a autonomia da vontade no campo econômico e, em última análise, a liberdade contratual). Por outro lado, são valores próprios do Estado social a igualdade material entre as partes contratantes (contrapondo-se à igualdade formal ou jurídica, própria do Estado liberal) e o personalismo ético, que permeia a idéia de Estado e de direito, cuja principal expressão é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A igualdade material é, sem dúvida, um valor social carregado de conteúdo ético e moral. Desde Aristóteles, compreende-se que só é possível a justiça entre os materialmente iguais; não se pode deixar de reconhecer que, apesar de ser um valor social, o princípio da igualdade substancial é dirigido à organização do mercado econômico, cujo principal instrumento de circulação de riquezas é o contrato.

É necessário distinguir a igualdade no plano contratual da igualdade no plano social. No plano contratual, a igualdade substancial não é um fim em si mesma, apenas cria condições para que as operações econômicas possam ser realizadas de maneira equilibrada, ou seja, a igualdade entre as partes não é a justiça contratual, esta se revela pelo equilíbrio das prestações, mais provável de se verificar concretamente quando as partes sejam materialmente iguais. No plano social, diferentemente do que ocorre no plano contratual, a igualdade material implica o efetivo acesso de todos a determinados bens essenciais à sobrevivência digna.

Assim, as restrições à liberdade contratual e as regras que protegem a parte contratante mais fraca, visando o equilíbrio da relação contratual, têm em mira a função econômica do

contrato, ou seja, visam inserir o contrato no modelo de organização econômica acolhido pelo Estado social.

É interessante notar que o desequilíbrio da relação contratual, representado pela onerosidade excessiva ou pela desproporção entre as prestações contratuais, verificadas no surgimento do contrato, só tem importância se uma das partes contratante estiver em estado de perigo (artigo 156 do Código Civil), sob premente necessidade ou, ainda, se a desvantagem decorrer da inexperiência (artigo 157 do Código Civil). Fora dessas hipóteses, ainda que haja desproporção originária entre as prestações contratadas, prevalece o princípio da autonomia da vontade, o que demonstra que o ordenamento jurídico não está comprometido com a efetiva igualdade material entre as partes contratantes, conforme já ficou assentado em outra passagem.

A separação entre as funções econômica e social do contrato é uma opção explícita do Código Civil. O seu artigo 421, ao dispor que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, não faz qualquer referência a função econômica. Assim, parece óbvio que o regramento da função social por meio de uma cláusula geral deixa nítida a separação entre as funções do contrato, pois as regras sobre a função econômica são casuísticas, conforme se dá, por exemplo, com o estado de perigo (artigo 156 do Código Civil) e com a lesão (artigo 157 do Código Civil).

A interpretação sistemática do Código Civil também aponta a separação entre a função social do contrato e a sua função econômica. Os artigos 82 e 186 do Código Civil, ao tratarem da classificação dos bens e do abuso de direito, fazem referência às expressões *destinação econômico-social* e *fim econômico*, respectivamente. Fosse a intenção do legislador, também teria feito referência a tais expressões ao tratar da função do contrato. Entretanto, o artigo 421 é omissivo em relação a outras possíveis funções do contrato; limita-se a mencionar a função social, do que se pode concluir que se está diante uma omissão eloqüente. Dessa maneira, para manter uma coerência sistemática, não é possível associar a função econômica do contrato com a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, nem tampouco com o valor da igualdade substancial.

Por outro lado, o personalismo ético é um valor social que não está, ao menos diretamente, relacionado com o mercado, mas com um modelo de sociedade organizado de forma a garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, de maneira que, associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o contrato pode desempenhar uma função genuinamente social, ao lado de sua função econômica.

Nessa linha de idéias, a função social do contrato, da forma com é tratada no artigo 421 do Código Civil, estabelece uma nova e nobre função para o contrato e fixa os limites das novas bases, sobre as quais vai atuar a liberdade contratual. A função social do contrato, de acordo com essa perspectiva, reconhece o contrato como um instrumento para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o tal princípio consiste na reafirmação da autonomia da vontade no campo do direito contratual o que pode, a depender do caso concreto, resultar na ampliação dos limites dos poderes das partes contratantes, não servindo somente como uma restrição à liberdade contratual, conforme vem entendendo boa parte da doutrina.

Em síntese, é possível afirmar que a liberdade contratual, quando é dirigida a concretizar princípios e valores constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, que serve de eixo para todo o sistema jurídico, conforme se depreende dos artigos 1.º e 3.º da Constituição Federal, deve receber proteção jurídica, independentemente de outras considerações de ordem formal. É sobre essa nobre função do contrato que trata o tópico seguinte, cujo ponto de partida é a doutrina de Leon Duguit.

3.3 A função social como critério de merecimento de tutela jurídica

Entre agosto e setembro de 1911, Leon Duguit proferiu uma série de conferências na Faculdade de Direito de Buenos Aires sobre as transformações gerais do direito privado. Nessas conferências, o grande civilista tratou da função social de institutos como a propriedade e o contrato. Apesar do largo espaço de tempo que nos separa de suas lições, suas judiciosas observações ainda são atuais e podem muito bem oferecer subsídios para compreender a realidade presente.

As conferências referidas basearam-se em dois pontos principais: (i) constatação, presente já na segunda metade do século XIX, da insuficiência dos princípios de índole individualista formulados pelo Código Napoleão e, (ii) necessidade de uma reação enérgica da doutrina à concepção oitocentista do direito.

Esses dois pontos se justificam a partir da observação da realidade social, rica em fatos não classificáveis de acordo com a estrutura formal do sistema então vigente, o que impunha a necessidade de buscar uma fundamentação do direito na realidade social. Essa postura, contrária ao idealismo jurídico, fez com que a doutrina de Leon Duguit fosse considerada uma espécie de sociologismo jurídico. Apesar do tom pejorativo, não se pode desprezar suas

judiciosas observações a respeito da função social do contrato, especialmente porque, na doutrina brasileira, até hoje, esse tema encontra-se em aberto e em amplo debate.

Expressão da autonomia privada, o contrato, no sistema civilista oitocentista, é a conjugação de vontades de duas partes contratantes, formalmente iguais, para criar direitos e obrigações recíprocos, é o poder de criar uma situação jurídica pela simples manifestação de vontade, ato que só tem limite na licitude de seu objeto²⁰⁴.

É diante desse pano de fundo que surgem, espontaneamente, novas manifestações jurídicas que não cabem nos modelos estabelecidos pela dogmática tradicional; manifestações cuja legitimidade não poderia ser negada à época das conferências de Leon Duguit, pois, já àquela época, apontavam a necessidade de releitura do instituto jurídico do contrato e a busca de novo fundamento para essa categoria jurídica, voltado não para a vontade, mas para o papel que o contrato representa na realidade social, ou seja, a sua função.

No final do século XIX e início do século XX começam a surgir novos fatos sociais (por exemplo, concessões de serviços públicos, contratos coletivos de trabalho, contratos de adesão, contratos de massa etc.) que não cabem no antigo quadro contratual, porque não se manifestam como uma relação jurídica constituída e determinada pela vontade. Esses fatos, não precedidos de tratativas ou de livre manifestação de vontade na sua constituição, não seriam contratos, de acordo com a tradição oitocentista.

Apesar de negar que esses novos fatos pudessem subsumir na categoria jurídica de contrato, Leon Duguit defendia em suas conferências que tais fatos sociais deveriam ser reconhecidos como fatos jurídicos, porque desempenhavam uma função social relevante e não porque assemelhavam-se a contratos e, por analogia, deveriam ser tratados como tais, pois não é da lei ou da autonomia da vontade que essas manifestações novas tiravam sua legitimidade, mas da realidade social²⁰⁵.

De acordo com essa concepção funcionalista, o direito é “muito menos obra do legislador do que o produto constante e espontâneo dos fatos”. A pressão dos fatos dá origem a instituições jurídicas novas, formuladas de acordo com as necessidades práticas²⁰⁶.

A despeito da doutrina de Leon Duguit, as contratações de massa, que constituíam a parte mais significativa desses fatos marginais ao direito, por ele denunciados (que não

²⁰⁴ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código napoleón**, traducción de Carlos G. Posada, 2 ed. corregida y aumentada. Madrid: Francisco Beltran Libreria Española y Estrajera, 1920. p. 47-48.

²⁰⁵ Ibid. p. 134-145.

²⁰⁶ Ibid. p. 196.

cabiam no quadro do direito de tradição oitocentista), foram integradas ao sistema jurídico e passaram a receber o mesmo tratamento dispensado aos negócios jurídicos, por meio da doutrina das relações contratuais de fato, concebida por Günther Haupt em 1941²⁰⁷.

As relações contratuais de fato dizem respeito ao nascimento de obrigações sem que haja declaração de vontade dirigida a tal fim. No lugar das declarações surge a oferta pública de um produto ou serviço e a aceitação, de fato, de uma prestação. Tanto na oferta quanto na aceitação não há declaração de vontade, mas condutas que têm significado social típico com os mesmos efeitos do negócio jurídico²⁰⁸.

É o tráfico jurídico, constituído do conjunto de circunstâncias materiais que envolvem a oferta e a aceitação de um produto ou serviço, e não a vontade (porque não há consciência encaminhada no sentido de constituir uma relação jurídica obrigacional), que vai determinar a configuração ou o conteúdo do negócio jurídico, ou seja, o negócio jurídico surge e configura-se a partir de uma “conduta social típica”, que tem os mesmos efeitos do negócio jurídico. No transporte público, por exemplo, quem o utiliza se obriga ao pagamento segundo o critério do tráfico jurídico²⁰⁹.

Para Werner Flume, a teoria das relações contratuais de fato é dispensável para o tratamento jurídico das contratações de massa. O problema que se coloca ao aplicador do direito é saber se o contrato está presente ou não, sendo desnecessário perquirir se ele surgiu da autonomia da vontade ou de uma situação de fato, pois quem se utiliza de um serviço que é colocado à disposição do público (serviço predisposto), seja um serviço necessário ou não, sabe que não se trata de uma cortesia, e isso é o quanto basta para a caracterização do contrato, de maneira que não há por que distinguir, por exemplo, a compra feita em uma máquina automática da compra que se faz em uma loja, onde é possível negociar as cláusulas contratuais²¹⁰.

Essa mesma teoria das relações contratuais de fato, bastante adequada aos contratos de massa, veio a ser estendida, não sem severas críticas, a determinados contratos ineficazes, como contratos de trabalho e sociedades de fato, sob o fundamento de que, na medida em que aquilo que é pactuado, considerado em si mesmo, não for reprovável em sua origem e nem em

²⁰⁷ FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil, 4. ed., trad. José Maria Miquel Gonzáles y Esther Gomes Calle, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. t.2, p. 128.-129.

²⁰⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**... p. 58.

²⁰⁹ Loc. cit.

²¹⁰ FLUME, Werner. Op. cit. p. 131.

seu conteúdo, a pactuação deve ser admitida pelo ordenamento jurídico como válida, ainda que o contrato que a ela deu origem seja nulo²¹¹.

A rigor, se o contrato é nulo e, por conseguinte, ineficaz, as regras aplicáveis são aquelas do enriquecimento sem causa, o que determina a volta das partes ao *statu quo ante*, com a restituição do que, eventualmente, foi pago sem uma causa jurídica. Entretanto, em determinados casos, essa solução não é a mais adequada. Nessa linha de entendimento, contratos ineficazes, em determinadas circunstâncias, são equiparados aos contratos de massa, para aplicar-lhes a doutrina da relação contratual de fato, o que também não é uma solução adequada sob o ponto de vista dogmático.

Nos contratos de massa não há uma regulação da relação contratual determinada pela autonomia da vontade. O conteúdo do contrato (configuração da relação jurídica ou os direitos e deveres das partes contratantes) é determinado pelo próprio tráfico jurídico, ou seja, é a conduta socialmente típica que determina a configuração da relação contratual, ao passo que, nos contratos ineficazes, a configuração da relação contratual é determinada pela vontade das partes. Dessa maneira, enquanto, no contrato de massa, o seu conteúdo pode ser conhecido a partir da simples observação empírica da realidade social, o contrato ineficaz tem o seu conteúdo determinado pela vontade das partes. Isso implica, por uma via indireta, o reconhecimento da autonomia privada mesmo em face da nulidade do negócio jurídico.

Werner Flume critica as decisões da justiça alemã que aplicou a doutrina das relações contratuais de fato a contratos ineficazes, equiparando o contrato ineficaz com o contrato de massa para dispensar o mesmo tratamento dogmático aos dois casos e atribuir efeitos jurídicos a negócios nulos por vício de forma:

En realidad, el BGH sólo utiliza el contrato de hecho como argucia, porque erróneamente entiende que el tribunal puede establecer las necesarias reglas particulares, que según la ley solamente se pueden establecer por contrato. En realidad, el BGH, en las sentencias sobre la transmisión de la explotación agrícola, coloca la decisión del juez en el lugar que corresponde a la configuración autónoma privada, a pesar de que, según la ley, la transmisión de la explotación agrícola solamente puede producirse por medio de configuración autónoma privada. Los casos de las sentencias sobre transmisión de la explotación agrícola no deben encuadrarse en la teoría de negocio jurídico²¹².

O negócio jurídico é um ato dirigido à criação de uma configuração jurídica; ele põe em vigor uma regulamentação jurídico-negocial em virtude do seu reconhecimento pelo

²¹¹ Ibid. p. 136.

²¹² Ibid. p. 138.

ordenamento jurídico. É certo que, a rigor, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da auto-regulamentação dos interesses privados pelas partes só se dá quando o negócio no qual ela está inserida estiver revestido dos requisitos para existência, validade e eficácia, pois a autonomia da vontade não se sobrepõe ao ordenamento jurídico²¹³. Essa orientação conduz a um paradoxo. Se, por um lado, a autonomia da vontade não se sobrepõe à ordem jurídica; por outro lado, há negócios que, embora ineficazes sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, são merecedores de reconhecimento pelo direito, pela função social que desempenham, tornando-se uma questão de justiça tutelá-los juridicamente.

Embora não se possa dispensar o mesmo tratamento jurídico dos contratos de massa a determinados contratos ineficazes, há um ponto comum nos dois casos que merece ser considerado: o poder que a sociedade tem de auto-regular seus próprios interesses de maneira espontânea e legítima, o que aponta a existência de uma verdadeira *autonomia social*, que se impõe, em determinadas circunstâncias, ao ordenamento jurídico estatal.

O direito não cria as relações sociais e econômicas. Até certo ponto pode modificá-las, dando-lhes uma nova configuração, porém, é a realidade social que fornece os elementos para o desenvolvimento e a realização do direito. Em determinadas épocas, verifica-se um contraste entre as normas vigentes e as convicções novas que, de alguma maneira, devem obter a expressão jurídica que ainda não têm²¹⁴. Assim é que determinados interesses, emergentes de negócios jurídicos nulos, impõem-se ao ordenamento jurídico positivo e demandam tutela jurídica, por mais absurdo que isso possa parecer a uma mentalidade formada de acordo com os dogmas do positivismo jurídico:

O direito deverá oferecer uma satisfatória resposta concreta aos problemas reais e definidos que se colocam em uma determinada coletividade e em certo momento de sua história e, portanto, haverá de conter uma série de elementos reais da efetividade histórica vigente, que só a experiência histórica e o estudo sociológico podem oferecer²¹⁵.

É nesse sentido que deve ser interpretada a função social do contrato, positivada no artigo 421 do Código Civil, redimensionando a autonomia privada, que deverá atuar sobre novas bases, ou seja, todas as vezes que a autonomia privada for exercida, tendo em vista interesses socialmente relevantes, está-se diante de um contrato que desempenha uma função social e, por isso, deve ser tutelado, independentemente de outras considerações.

²¹³ Ibid. p. 149.

²¹⁴ SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**, 15. ed. México: Porrúa, 2006, p. 73-74.

²¹⁵ Ibid. p. 77.

Esse entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça no tratamento dos chamados “contratos de gaveta”, embora o tenha feito de maneira intuitiva, com vaga referência ao princípio da função social do contrato.

Uma série de fatores contribuiu para o surgimento do chamado “contrato de gaveta” na realidade social brasileira. Sem a pretensão de fazer um estudo mais aprofundado de seus aspectos sociológicos, vale esboçar o pano de fundo no qual esse fato social surgiu e se impôs ao ordenamento jurídico, de maneira tal que os tribunais não puderam deixar de reconhecer o seu caráter jurídico.

Os altos preços de imóveis e as dificuldades de obter-se financiamento bancário, somados às formalidades a que sempre estiveram submetidos os negócios imobiliários, criaram sérias dificuldades de acesso à moradia para as classes média e baixa. Esse quadro levou muitas pessoas, premidas pela necessidade e pelo desejo de adquirir a tão sonhada casa própria, e não tendo como obter um financiamento, a optar pela alternativa consistente em adquirir um imóvel já financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, mediante o compromisso, perante o alienante (mutuário), de pagar as prestações do financiamento, sem o conhecimento da instituição financiadora do imóvel negociado.

Esses negócios normalmente são celebrados por meio de procuração. O alienante (mutuário) figura como outorgante e confere plenos poderes ao adquirente, que figura como seu procurador para a prática de quaisquer atos jurídicos relacionados ao imóvel objeto do negócio, inclusive o de vender, com cláusula de irrevogabilidade e com isenção de prestação de contas. Utiliza-se, também, instrumento de cessão de direitos sobre o imóvel alienado ou compromisso de compra e venda. Nesses dois últimos casos, os documentos, muitas vezes, são feitos por instrumento particular.

Após a celebração do negócio, esses documentos normalmente são guardados, fato que deu origem ao nome “contrato de gaveta”. Esses documentos são utilizados somente quando surge algum conflito de interesses entre as partes ou entre as partes e o agente financeiro ou terceiros.

Os chamados “contratos de gaveta”, por todos os aspectos que sejam analisados à luz do ordenamento jurídico, são negócios jurídicos nulos. Os negócios imobiliários devem ser celebrados por escritura pública (artigo 108 do Código Civil), forma cuja inobservância implica a nulidade do negócio jurídico (artigo 166, IV, do Código Civil).

Além da escritura pública, é necessário o registro junto ao Registro de Imóveis, formalidade indispensável à aquisição da propriedade do bem imóvel (artigo 1245, § 1.º do

Código Civil). Completando a disciplina sobre o assunto, o artigo 221 do Código Civil exige o registro do contrato translativo de propriedade para a eficácia do negócio perante terceiros.

Essa disciplina legal, de caráter geral, é toda aplicada aos chamados “contratos de gaveta”, que também estão sujeitos a uma disciplina específica a respeito da proibição de alienação de imóvel financiado de acordo com as regras do Sistema Financeiro da Habitação, sem a anuência do agente financeiro. A Lei n.º 8.004/90 estabelece, como requisito para a alienação, a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

Posteriormente, a Lei n.º 10.150/2000 autorizou a regularização das transferências de imóveis financiados sem a anuência da instituição financeira, desde que sua realização tivesse ocorrido até a data de 25 de outubro de 1996, o que significa que se manteve a proibição com relação às transferências posteriores a essa data.

De acordo com a disciplina legal, é possível afirmar que o “contrato de gaveta” é negócio jurídico nulo, não suscetível de convalidação ou de produção de efeitos em relação a terceiros. Por isso, deve ser reconhecida a nulidade de ofício pelo juiz. Entretanto, apesar da clareza dos dispositivos de lei que tratam do assunto, sem deixar margem a interpretação em sentido diverso do que ora é afirmado, o Superior Tribunal de Justiça, sensível às exigências que a realidade impõe ao Poder Judiciário, entendeu por reconhecer a validade e a eficácia de tais negócios.

O primeiro passo para o reconhecimento jurídico do “contrato de gaveta” deu-se com a sua oponibilidade em relação a terceiros. No caso, impediu-se a penhora do bem imóvel alienado por instrumento particular, em processo de execução movido por credores do alienante (mutuário). A oponibilidade em relação a terceiros, nessas circunstâncias, restou pacificada pela edição da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é o seguinte: “É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados na alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovida de registro”.

Por fim, o reconhecimento do “contrato de gaveta” pelo Superior Tribunal de Justiça deu-se de maneira ampla e quase que irrestrita, reconheceu-se o “contrato de gaveta” como instrumento hábil a produzir todos os efeitos próprios do contrato de compra e venda de bem imóvel revestido das formalidades legais. Somente não se reconheceu que o instrumento particular de alienação do imóvel financiado é documento hábil a ser levado a registro junto ao Registro Imobiliário para a transferência da propriedade.

Julgando o Recurso Especial n.º 61.619-RS (1995/0010225-0), da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a oponibilidade dos

direitos do adquirente de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação em face do agente financeiro. De maneira declarada, deixou-se de manifestar sobre a nulidade do “contrato de gaveta”, a despeito de tratar-se de matéria de ordem pública que devesse ser conhecida de ofício²¹⁶.

No julgamento do Recurso Especial n.º 355.771-RS (2001/0127392-1), da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, o mesmo tribunal reconheceu a convalidação do “contrato de gaveta”, louvando-se na “situação consolidada pelo lapso temporal”²¹⁷.

O julgamento do Recurso Especial n.º 857.548-SC (2006/0119305-5), da relatoria do Ministro Luiz Fux, revela uma tendência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer, de maneira ampla e irrestrita, o “contrato de gaveta” como negócio jurídico hábil a produzir todos os efeitos pretendidos pelas partes que entabulam contrato de compra e venda de imóvel²¹⁸.

²¹⁶ CIVIL. S.F.H. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA MOVIDA CONTRA MUTUÁRIOS. CESSÃO DE IMÓVEL POR “CONTRATO DE GAVETA”. POSSIBILIDADE DE OS NOVOS ADQUIRENTES PAGAREM A DÍVIDA EM MORA PARA EVITAR A PRAÇA. SITUAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A VALIDAÇÃO OU NÃO DE TAL ESPÉCIE CONTRATUAL À REVELIA DO AGENTE FINANCEIRO. CC ANTERIOR, ART. 930. EXEGESE.

I. Não sendo objeto de debate específico, nessa espécie de ação de execução hipotecária movida contra os mutuários originários, a validade ou não do “contrato de gaveta” celebrado com terceiros, podem estes intervir na lide para pagar as prestações em atraso, que constituem o escopo da demanda, para evitar a praça do imóvel por eles adquirido.

II. Recurso especial não conhecido. (Acórdão publicado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 2005, p. 316).

²¹⁷ SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NÃO INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. “CONTRATO DE GAVETA”. PAGAMENTO INTEGRAL DO MÚTUO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO LAPSO TEMPORAL.

I. Se a transferência de imóvel financiado, apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro, consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar a sua nulidade.

II. Em tal circunstância, os agentes financeiros que se mantiveram inertes, enquanto dourou o financiamento, carecem de interesse jurídico para resistirem à formalização de transferência. (Acórdão publicado no Diário da Justiça de 15 de dezembro de 2003, p. 186.)

²¹⁸ ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. CESSÃO DE OBRIGAÇÕES E DIREITOS. “CONTRATO DE GAVETA”. TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. AUSÊNCIA DE CONCORDÂNCIA DA MUTUANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A substituição do mutuário prescinde da anuência da instituição financeira mutuante (precedente: **REsp n.º 635.155-PR**, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 11 de abril de 2005).

2. *In casu*, a despeito de a jurisprudência dominante desta Corte entender pela imprescindibilidade da anuência da instituição financeira mutuante, como condição para a substituição do mutuário, sobreleva notar que a hipótese *sub judice* envolve aspectos sociais que devem ser considerados.

3. Com efeito, a Lei n.º 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

4. Contudo, a Lei n.º 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n.º 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados “contratos de gaveta”, originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.

5. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

6. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento *subjetivo*, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece a interpretação do elemento *objetivo*. Vale dizer que o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

Interessante notar que, no julgamento do referido recurso (Recurso Especial 857.548-SC), já se adota uma fundamentação mais consentânea com o espírito do Código Civil, admitindo que o “contrato de gaveta” “envolve aspectos sociais que devem ser considerados”, sem, no entanto, fazer qualquer referência expressa à aplicação do princípio da função social do contrato ou do artigo 421 do Código Civil.

Em outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 811.670-MG (2006/0013678-2), que trata da troca de dois imóveis, ambos financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, um dos mutuários veio a falecer e a companhia seguradora pagou a indenização mediante a quitação da dívida que recaía sobre o imóvel por ele financiado, mas que, em razão da troca, pertencia a outro mutuário e, por isso, redundou em benefício do mutuário vivo, que teve seu imóvel quitado. A relatora, Ministra Nancy Adrighi, tece, em seu voto, interessantes considerações para fundamentar a sua decisão de condenar o mutuário que se beneficiou com a quitação do imóvel a indenizar a esposa e filhos do mutuário falecido, passando ao largo da questão da nulidade da troca. De maneira intuitiva, fundamenta sua decisão com base no princípio da função social do contrato de seguro e na função social da propriedade²¹⁹.

7. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para a alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais.

8. Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da seqüela. O titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do Novo Código Civil – da assunção de dívida –, dispoendo o art. 303 que *o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.*

9. Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, posto que para esse fim há lei especial – Lei n.º 8.004/90 –, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, com sintonia com a regra do art. 303, do Código Civil de 2002.

10. Com efeito, associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do Novo Código Civil – da assunção de dívida –, dispoendo o art. 303 que *o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.*

11. *Ad argumentandum tantum*, a Lei n.º 10.150/2000 permite a regularização da transferência do imóvel, além de a aceitação dos pagamentos por parte da Caixa Econômica Federal revelar verdadeira aceitação tácita. Precedentes desta corte: **EDcl no REsp 573.059-RS** e **REsp 189.350-SP**, DJ de 14.10.2002.

12. Consectariamente, o cessionário de imóvel financiado pelo SFH é parte legítima para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos através dos cognominados “contratos de gaveta”, porquanto com o advento da Lei n.º 10.150/2000, o mesmo teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Precedentes do STJ: **AgRg no REsp 712-PR**, DJ de 19.05.2006; **REsp 710.805-RS**, DJ de 13.02.2006; **REsp 753.098-RS**, DJ de 03.10.2005.

13. Recurso especial desprovido. (Acórdão publicado no Diário da Justiça de 08 de novembro de 2007, p. 178).

²¹⁹ “(i) **Do seguro habitacional.**

De acordo com o art. 757 do CC, ‘*pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.*’

O objeto do seguro é o risco. Conforme leciona Silvio Rodrigues, o segurado transfere o risco para terceiros, trazendo para aquele ‘*a tranquilidade resultante da presunção de que o sinistro não o conduzirá à ruína, pois os prejuízos, que porventura lhe advierem, serão cobertos pelo segurador.*’ (Direito civil, v. 3, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 332).

Embora haja desacordo entre as referidas decisões do Superior Tribunal de Justiça e o ordenamento infraconstitucional, o que, para uma mentalidade mais conservadora poderia ser alvo de críticas, tais decisões concretizam valores e princípios constitucionais e, sob o ponto de vista do direito contemporâneo, ao invés de críticas, tais decisões merecem louvores.

O artigo 6.º da Constituição Federal de 1988 considera a moradia um direito social e dispõe, ainda, ao tratar do direito ao salário mínimo, que este, entre outras necessidades, deva ser capaz de atender à necessidade de moradia.

Ao dispor que a casa é asilo inviolável (artigo 5.º, XI) e ao proteger a pequena propriedade, na qual o proprietário, por óbvio, estabelece a sua moradia (artigo 5.º, XXVI), além de reconhecer como um direito social, a Constituição reconhece a moradia como um direito individual. Mesmo que não houvesse o reconhecimento expresso do direito à moradia, ainda assim seria possível afirmar que tal direito é decorrente do regime dos princípios

No caso específico do seguro de vida, o objeto é o risco da morte involuntária, trazendo ao proponente o conforto de saber que, na sua ausência, os beneficiários por ele indicados terão assegurado o recebimento de uma certa soma que, se não aliviará o sofrimento pela perda de um ente querido, ao menos não os deixará de todo desamparados.

Sílvio de Salvo Venosa anota que *“o seguro de vida é ramo dos mais importantes, dado seu profundo alcance social e cunho alimentar.”* (Direito Civil, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 365).

Atendo a esse alcance do seguro, somado à própria função social da propriedade, o legislador, ao editar a Lei nº 4.380/64, instituidora do sistema financeiro da habitação, estabeleceu, em seu art. 14, que *“os adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação contratarão seguro de vida de renda temporária, que integrará, obrigatoriamente, o contrato de financiamento, nas condições fixados pelo Banco Nacional da Habitação.”*

Esse dispositivo legal desempenha, em verdade, dupla finalidade: afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel.

De fato, considerando que, na maioria das vezes, o mutuário é o principal – quando não o único – responsável pelo pagamento das prestações do financiamento, o seguro de vida se mostra fundamental para, na falta daquele, certificar o cumprimento do contrato e assegurar aos familiares do *de cujus* a propriedade sobre o imóvel.

Em suma, o seguro de vida obrigatório visa a garantir que os contratos de financiamento habitacional cumpram integralmente a sua função social.

(ii) Da vontade das partes ao firmar o contrato de permuta.

Não resta dúvida de que, ao celebrarem o instrumento de permuta, as partes procuraram manter, ao máximo, a equidade.

Como bem ressaltou o juiz de primeiro grau *“percebe-se que o contrato em tela prima pelo equilíbrio estabelecido entre as partes, não atribuindo a qualquer delas ônus ou vantagem que não fosse igualmente atribuída à outra.”* (fls. 175).

No mesmo sentido, a manifestação do Tribunal a quo: *“a assunção dos direitos e obrigações decorrentes do contrato foi efetuada de forma equilibrada e com observância do princípio da boa-fé, ocorrendo inclusive pagamento de torna.”* (fls. 219).

Indubitável, portanto, que a vontade das partes foi no sentido de manter a igualdade de condições. Contudo, deixaram de prever, no bojo do instrumento, o evento morte de um dos mutuários e como isso repercutiria na manutenção do equilíbrio contratual.

De outra banda, igualmente irrefragável que, a partir da celebração do contrato, cada parte recebeu o imóvel dado em permuta como se seu fosse, assumindo inclusive o pagamento das prestações vincendas dos financiamentos.

Não fosse a burocracia e os ônus adicionais existentes, as partes certamente teriam solicitado a anuência expressa dos agentes financiadores, possibilitando o efetivo registro do contrato de permuta no cartório imobiliário e, por via de consequência, a substituição dos mutuários nos financiamentos: a primeira recorrente e seu falecido esposo se tornariam os titulares do financiamento do imóvel da Rua Roma, enquanto os recorridos passariam a encabeçar o financiamento do imóvel da Rua Antônio Isidoro Moreira.

O acórdão combatido esclarece a opção feita pelas partes, de firmarem um contrato de gaveta: *“como os bancos exigem o recálculo para anuir com a venda e com a transferência do valor do financiamento, tornou-se comum a celebração de contratos como o que ampara o pedido inicial, à medida que permite a manutenção do valor das prestações e reajustes, na forma inicialmente contratada”* (fls. 218).

Seja como for, o fato é que, desde o início, o comportamento das partes evidencia a intenção de ambas de se desvincular totalmente do bem dado em permuta, transferindo para o imóvel recebido em troca todas as suas expectativas e esforços de aquisição da tão sonhada casa própria. (Acórdão publicado no Diário da Justiça de 04 de dezembro de 2006, p. 313.)

adotados pela Constituição Federal (artigo 5.º, LXXVIII, § 2.º), o que, sem dúvida, remete o problema da moradia ao tratamento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III), sob cujo enfoque não há dificuldade em afirmar-se que a moradia é um direito da pessoa humana, pois constitui um “aspecto primordial de sua dignidade”²²⁰.

Analisado por esse ângulo, qualquer interesse que, concretamente, tenha por objeto a aquisição de moradia, passa a ser merecedor de tutela jurisdicional à luz do ordenamento constitucional, uma vez que a Constituição Federal conferiu à moradia o *status* de direito fundamental. Apesar disso, é importante notar que tal direito não é absoluto, como, aliás, nenhum direito o é; deve ser examinado concretamente e em confronto com outros valores e princípios que também encontram assento constitucional, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, o direito de propriedade etc.

Um ponto que merece exame é a legitimidade dos meios empregados para o acesso a determinados bens com os quais se realiza o direito de moradia abrangido pelo projeto constitucional. A auto-organização dos interesses individuais, de maneira socialmente legítima, deve estar presente, por certo que não se sustenta que o acesso à moradia pode ser dado por meio de condutas anti-sociais, como o esbulho, por exemplo. Nesse contexto é que deve ser examinado o “contrato de gaveta”, que constitui uma forma de auto-organização social legítima para garantir o acesso à moradia, apesar de operar à margem do ordenamento jurídico infraconstitucional.

A compreensão do “contrato de gaveta” só é possível por meio da distinção das relações jurídicas entre relações patrimoniais e relações existenciais, o que se dá com a superação da técnica da mera subsunção na aplicação das normas jurídicas, exigindo, assim, a utilização de um método baseado “no processo unitário de interpretação do fato”, confrontado com o inteiro ordenamento jurídico para encontrar a disciplina adequada para o caso concreto²²¹.

A superação do modelo tradicional aproxima o direito da realidade social, por meio da “racionalidade de inclusão”, mediante a qual o “contrato de gaveta” passa a ser visto não como um ato nulo, mas como um meio legítimo de acesso à moradia, ao qual os valores e princípios constitucionais conferem validade e eficácia jurídica²²².

²²⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Código civil comentado**: direito das obrigações: artigos 233 a 421, v. 4. São Paulo: Atlas, 2008. p. 191.

²²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos...** p. 404.

²²² CORDEIRO, Eros Berlin de Moura; CORDEIRO, Noêmia Paula Fontanela de Moura. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2. p. 108-109.

O “contrato de gaveta” se confrontado, sob o seu aspecto sob o seu aspecto formal ou estrutural com o ordenamento jurídico infraconstitucional é ato nulo. Entretanto, se confrontado sob seu aspecto funcional com o ordenamento, como um todo, encerra interesses dignos de tutela jurídica que não têm uma regulamentação legal específica²²³. Tratando-se de um fato social relevante, digno de tutela jurídica, à luz dos valores e princípios constitucionais, não pode ser excluído do ordenamento jurídico que, no plano abstrato, o inquina de nulidade. A normatividade decorrente da auto-regulação existente no “contrato de gaveta” deve, assim, ser uma fonte de direito, de onde emergem as regras que vão regular a relação entre as partes e os interessados envolvidos.

O que há de comum nesse grupo de casos, denominado “contrato de gaveta” é, basicamente, o seguinte: (i) tratam-se de conflitos de interesses a respeito de bem essencial à dignidade da pessoa humana; (ii) em todos os casos julgados houve o reconhecimento de negócio translativo de propriedade a despeito da ausência dos requisitos legais; (iii) em todos os casos há uma aplicação assistemática do direito e o julgamento por equidade, ainda que de maneira não declarada, prevalecendo os valores existenciais salvaguardados pela Constituição Federal em detrimento das disposições constantes do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Esse grupo de casos revela uma sensibilidade do Superior Tribunal de Justiça às exigências que a realidade impõe ao direito e ao Poder Judiciário, proferindo decisões justas mesmo diante das limitações e restrições do ordenamento jurídico positivo. Apesar disso, não se pode deixar de notar que, se, por um lado, não é passível de crítica o teor das decisões, por outro lado, a ausência de enfrentamento das questões relacionadas com a validade e eficácia dos tais “contratos”, de maneira criteriosa, com base em fundamentos sólidos e convincentes, pode criar uma sensação de insegurança jurídica, deixando entender que o Judiciário não está vinculado ao ordenamento jurídico positivo.

A exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais, aliás, é um imperativo constitucional, conforme disposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No grupo de casos em exame, melhor andaria o Superior Tribunal de Justiça se, primeiramente, analisasse o “contrato de gaveta” como um fato social, aquilatando-o sob o ponto de vista da função social que desempenha para decidir que é merecedor de tutela jurídica. Superada essa primeira fase, num segundo momento deveria ser o caso concreto confrontado com o ordenamento jurídico infraconstitucional, a fim de encontrar o regramento

²²³ Ibid. p. 101.

jurídico adequado e, não havendo a previsão de tal regramento, seria o caso de se reconhecer que há uma lacuna axiológica no sistema, e não, simplesmente, ignorar o problema da nulidade.

Assim, se o interesse em conflito é juridicamente relevante, merecedor de tutela jurídica, não pode o aplicador do direito excluí-lo do sistema, conforme já se mencionou; não pode, também, por exigência da própria Constituição Federal, tutelar o interesse sem uma adequada fundamentação.

No caso em exame, há um flagrante conflito entre as exigências relativas à forma do ato e à função social que o ato desempenha, devendo esta prevalecer, relativizando-se a forma ditada pelo Código Civil a que se submetem os negócios imobiliários. Examinando o problema da forma dos atos jurídicos no direito italiano, Pietro Perlingieri leciona que, antes de declarar a nulidade de um ato, por vício de forma, é necessário “interrogar-se sobre a finalidade e sobre o fundamento da norma no sistema de valores”²²⁴.

Na visão do mestre italiano, as prescrições sobre as formas legais devem ser submetidas a uma consideração funcional e axiológica. Para além da previsão legal, exige-se do aplicador do direito o exame da exigência formal à luz do caso concreto:

O programa constitucional, portanto, não é aquele “de uma absoluta liberdade das formas negociais”. Estas recebem uma diversa, variegada avaliação segundo os interesses sobre os quais se fundam sejam mais ou menos constitucionalmente relevantes, mas sem generalizações. Não há espaço nem para quem manifesta simpatias para com obsoletas formas legais – desgastada porque previstas para tutelar interesses não mais emergentes e prevalentes – nem para quem quisesse improvisadamente esposar a cruzada antiformalista, considerando qualquer forma como “obsoleto rigorismo”. Em vez de acrescentar lamentos a ‘lamentos contra as formas’ é necessário, portanto, propor o seu estudo racional e crítico²²⁵.

E, mais adiante, conclui de maneira a não deixar dúvidas que:

A forma é inseparável do conteúdo e o próprio negócio não pode ser relegável ao plano da estrutura, da *fattispecie* e de seus requisitos mecanicamente descritos, mas deve ser considerada como ordenamento do caso concreto, um valor a ser integrado e a ser coadunado com o sistema do ordenamento, como uma parte do todo, em estrita indissolubilidade lógica e histórica.²²⁶

²²⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil...** p. 291.

²²⁵ Ibid. p. 293.

²²⁶ Ibid. p. 297.

Os códigos e as leis que regulam as relações privadas, não podem ser vistos apenas como obra teórica, à qual a realidade deve se submeter, mas principalmente como obra prática, voltada para a sua função. É a função social que confere legitimidade aos institutos jurídicos, de maneira que a juridicidade é anterior à posituação do instituto pelo ordenamento jurídico estatal, ou seja, antes que o direito seja previsto em lei escrita, ele já existe na realidade social.

As manifestações sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, cuja juridicidade era reclamada por Leon Duguit como transformações do direito privado, terminaram sendo quase que totalmente assimiladas pelo direito positivo, o que se deu por intervenção do legislador que disciplinou esses fatos em leis escritas e, na medida em que ganham uma disciplina legal, esvazia-se o debate acerca da sua juridicidade enquanto fato social. Entretanto, uma retrospectiva histórica que leve à origem desses institutos jurídicos mostra que, antes do reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico, essas manifestações já existiam como direito privado, ou seja, não surgiram do reconhecimento estatal, mas do reconhecimento social.

A realidade nos dias que correm é outra. Não é certamente a realidade que serviu de ambiente para as investigações de Leon Duguit. Apesar disso, há um elemento constante nessas duas épocas, o que torna atuais as conferências proferidas na Faculdade de Direito de Buenos Aires: a transformação do direito é um processo constante, ininterrupto e sem um fim determinado, o legislador acaba de disciplinar em regras escritas um determinado fenômeno social e outros tantos já desafiam o aplicador do direito.

Todas as tentativas empreendidas pela doutrina brasileira na busca de um sentido prático para o princípio da função social do contrato foram insuficientes, conforme acredita-se ter ficado demonstrado no capítulo II. As teorias apresentadas pela doutrina, ou confundem a função econômica do contrato com a sua função social, ou seguem uma linha de pensamento no sentido de que a função social é pura e simplesmente restrição à autonomia privada, o que enreda a discussão na estrutura do contrato, ou seja, na relação entre as partes e na relação dessas com terceiros. Uma mudança de foco no tratamento do problema pode resultar em novas possibilidades de compreensão desse enigmático instituto jurídico.

A doutrina contemporânea escolheu, como grande vilão, o princípio da autonomia da vontade, uma herança da tradição oitocentista que deve ser superada a todo custo. Essa postura, entretanto, embota a compreensão do art. 421 do Código Civil, reduzindo as possibilidades de interpretação da função social do contrato como imposição de restrições à liberdade contratual.

A interpretação que se propõe é no sentido de que a função social, ao invés de restringir a autonomia da vontade, cria um novo âmbito para a sua atuação, ou seja, a função social funciona como um índice de juridicidade dos fatos sociais. Ao invés de investigar-se a função social do contrato no ambiente jurídico (dimensão formal do direito), deve-se indagar se o fato objeto de consideração, como tal, realiza uma função socialmente relevante que o torna digno de tutela jurídica, decorrendo daí a sua juridicidade.

Os fatos contemplados no ordenamento jurídico positivo e submetidos a um regramento legal próprio já têm a sua função social reconhecida pelo legislador, não é para esses fatos (positivados) que o artigo 421 do Código Civil serve. Por outro lado, aqueles fatos que ainda não foram admitidos expressamente pelo ordenamento, porque tratam-se de manifestações sociais novas ou porque o legislador não achou conveniente ocupar-se deles, na medida em que desempenham uma função socialmente relevante são também fatos jurídicos e os interesses deles emergentes merecem ser tutelados juridicamente.

O reconhecimento, pelo direito, de fatos sociais não disciplinados pelo ordenamento jurídico não é uma novidade na jurisprudência brasileira e não se restringe aos “contratos de gaveta”. Basta mencionar o exemplo da união estável entre homem e mulher que, antes de ganhar o reconhecimento jurídico pelos tribunais, primeiramente foi reconhecida socialmente como uma instituição familiar e só posteriormente é que o legislador disciplinou esse tipo de relação jurídica. A juridicidade dessa relação, entretanto, não decorreu nem do reconhecimento do legislador, nem do reconhecimento pelo judiciário, mas do reconhecimento pela própria sociedade.

Nessa linha de idéias, o que se propõe é que aqueles negócios que não se subsumem facilmente nas categorias jurídicas do ordenamento devem ser equiparados a contratos, se e quando desempenham uma função social relevante, entendendo-se como função socialmente relevante a realização dos valores constitucionais, especialmente no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os fatos sociais que, concretamente, propiciam o acesso a bens e interesses relacionados com a dignidade da pessoa humana, ainda que não se deixem subsumir facilmente à categoria jurídica do contrato, por falta de requisitos formais, por exemplo, como contratos devem ser tratados em razão da função social que desempenham.

Conforme pode-se depreender da doutrina de Leon Duguit, é o fato, concretamente considerado em seu ambiente social, que desempenha uma função, a função do fato não se confunde com a função do direito abstratamente considerado, conforme mencionado, ao tratar das diferenças entre a funcionalização do direito e a função social do contrato (tópico 3.1).

Assim, para expressar essa diferença, fundamental para o tratamento do assunto objeto do presente do presente trabalho, faz-se necessário usar uma terminologia que enfatize essa diferença, de maneira que a função social do direito pode ser designada por *função social em sentido direto* e, a função social do fato, concretamente considerado, pode ser designada por *função social em sentido inverso*.

Isso se verifica porque a formação do direito se dá, também, em razão do que se pode chamar de *autonomia social* (ou poder social de se auto-organizar), por meio de um processo que, muitas vezes, se desenvolve paralelamente à atividade legiferante do Estado. O reconhecimento desse poder de auto-organização social, por certo deverá se dar sob a égide de determinados critérios, ou seja, qualquer auto-regulamentação de interesses privados só pode ser reconhecida como direito se desempenhar uma função socialmente relevante.

A funcionalização de qualquer instituto jurídico, e mais especificamente do contrato, parte do concreto para o jurídico, possibilitando a atribuição de juridicidade a “fatos não captados previamente pelo legislador”²²⁷.

Essa peculiaridade, aliás, é notada por Stefano Rodotà que, ao tratar da função social da propriedade, faz uma interessante distinção entre a finalidade do instituto jurídico e a função do mesmo instituto, observando que, enquanto a finalidade é fixa e determinada pelo ordenamento jurídico positivo, a função é dinâmica, determinada pela realidade concreta²²⁸.

Estabelecidas essas premissas, é necessário que se avance no aprofundamento do assunto, demonstrando-se de que maneira, respeitados certos limites impostos pela dogmática jurídica, os fatos sociais relevantes podem impor-se ao ordenamento jurídico positivo, apontando a existência de um pluralismo jurídico, ou seja, paralelamente ao ordenamento jurídico positivo, há outras fontes do direito, encontradas na sociedade e que devem ser consideradas pelo juiz para a solução dos casos concretos que lhe são submetidos.

Conforme a lição de Perlingieri, o direito é a ciência social que precisa cada vez mais de maiores aberturas para a realidade, o que torna imprescindível o exame do fenômeno jurídico inserido na sociedade, que também deve ser analisado pelo jurista em sua historicidade local e universal²²⁹.

²²⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 225.

²²⁸ RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata**, 2. ed. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1990, p. 221-222.

²²⁹ Ibid. p. 1.

O direito não está fora da sociedade, esta, ao contrário, é composta pela realidade normativa representada pelo direito. Entre o direito e a sociedade há uma implicação recíproca, no sentido de que a transformação da realidade social implica a transformação da realidade normativa e vice-versa²³⁰.

3.4 A função social como legitimação do poder social de criação do direito

O Direito brasileiro, em certa medida, admite o pluralismo jurídico. Para justificar esta afirmação, basta o exame do artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que admite os costumes como fonte secundária do direito, dispondo que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Pode-se acrescentar a essas fontes, de acordo com o princípio da função social, a auto-organização social, ou seja, a sociedade não é somente destinatária, mas também, criadora do direito, na medida em que se auto-organiza, de acordo com critérios que nem sempre são determinados pelo direito positivo ou estatal.

A complexidade da sociedade contemporânea aponta o reconhecimento de fenômenos de estruturação social espontânea, pois não se pode organizar uma coletividade exclusivamente em virtude de mandamentos emanados de um poder concentrado nas mãos do Estado, ou seja, muitas vezes acontece que uma determinada estrutura social não é produto de uma ação modelar superior, senão a forma que a mesma sociedade adota espontaneamente²³¹.

Quando se trata de práticas que se legitimam socialmente, por meio da consciência social que as aprova, cria-se uma espécie de regra de conduta para a qual a adesão é espontânea. O poder social de criação do direito, por meio da produção de regras jurídicas, se dá de maneira “viva, natural, flexível, como uma espécie de direta auto-configuração”. Esse fenômeno não é novidade para a ciência do direito, apresentando-se de “maneira muito evidente no direito consuetudinário ou costumes jurídicos”²³². A respeito dos costumes não há dúvida quanto ao que ora se afirma, entretanto, a auto-organização social se revela e se impõe como fonte do direito, muitos vezes, em razão de circunstâncias ocasionais, sem as características da repetição regular durante um longo período de tempo, como ocorre com os

²³⁰ Ibid. p. 2.

²³¹ SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho...* p. 74.

²³² Ibid. p. 75.

costumes jurídicos. O que legitima uma determinada prática social é o seu valor intrínseco e funcional e não o longo tempo em que é observada.

Os dados da realidade social são pressupostos necessários para toda normatização jurídica. O direito não pode desconhecer a realidade social na qual, com a qual e para a qual trabalha, orientando-se por valores de justiça, paz, reconhecimento da dignidade da pessoa humana, bem estar geral etc. A realização desses valores constitui a finalidade e a função do direito²³³.

De tudo o que se disse até aqui, é possível afirmar que o elemento comum entre as normas produzidas pelos órgãos estatais (direito positivo) e as produzidas pela realidade social (auto-organização) é a função, ou seja, ambas desempenham uma função social.

O direito positivo exerce um controle sobre fatos que são reputados relevantes para o convívio social. O legislador exerce uma atividade seletiva dos fatos, e aqueles que são relevantes são disciplinados no que concerne a sua caracterização e efeitos. Dessa maneira, a lei prevê uma hipótese que, se concretamente vier a acontecer, incide produzindo efeitos jurídicos.

A norma jurídica tem uma finalidade, um porquê a que se pode chamar de função. Em outras palavras, a função da norma jurídica ou do direito objetivo é atuar sobre a sociedade, no sentido de realizar valores ou alcançar objetivos socialmente relevantes. O direito, visto sob essa perspectiva, aparece funcionalizado, ou seja, o direito é visto como um instrumento para alcançar objetivos que estão para além da norma jurídica, abstratamente considerada.

Nessa linha de entendimento, pode-se afirmar que a função do direito opera numa dinâmica que parte da norma para a realidade social concretamente considerada. Esse sentido, ou direção, por ser o mais comumente empregado, para efeito do presente trabalho e com vistas à sistematização da matéria, de maneira que se torne mais fácil a sua compreensão, pode ser chamada de *função social em sentido direto*.

O atendimento da função do direito no sentido direto é uma exigência que se dirige tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito. O legislador fica tolhido de produzir normas jurídicas que não tenham com escopo a realização de fins relevantes; o aplicador do direito, por outro lado, deve interpretar a norma tendo em conta os fins sociais a que ela se destina, servindo a função, nesse caso, como uma regra hermenêutica. Nesse sentido, aliás, é

²³³ Ibid. p. 76.

o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A função do direito, entretanto, opera não somente no sentido direto, mas pode ser verificada, também, no sentido inverso, de maneira que se pode falar em *função social em sentido inverso*. A dinâmica, nesse caso, é do fato social, concretamente considerado, para o direito, que reconhece a relevância do fato social e lhe confere proteção jurídica. É nesse sentido, somente nesse, que se pode entender a funcionalização de institutos jurídicos como a propriedade e o contrato.

A produção do direito pelo Estado e a auto-produção pela sociedade, que regulamenta seus interesses de acordo com regras próprias e sem a intervenção do Estado, pode seguir os mesmos critérios de valor, o que não autoriza dizer que um dos meios de produção do direito seja melhor que o outro. Ao contrário, pode-se afirmar que, naqueles casos em que o Estado não exerceu seu papel de produtor do direito, seja porque não lhe foi possível antever o fato social que necessitava de regramento, seja porque não lhe foi conveniente legislar sobre o fato, a auto-ordenação social desempenha também uma função que deve ser reconhecida pelo Estado.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que o direito produzido pela própria sociedade, que se organiza no vazio deixado pelo Estado, deve ser admitido como norma para a solução de conflitos de interesses que, eventualmente, sejam levados ao Poder Judiciário. É a partir da situação, concretamente considerada, no seu contexto social, que deverá o juiz construir a norma para solução dos conflitos que lhe são apresentados. A função do direito, nesses termos, opera em sentido inverso, ou seja, parte da realidade histórica, tal qual ela se apresenta para a norma jurídica.

É por essa peculiaridade do direito, de não se revelar de maneira previsível em toda a sua dimensão, que se justifica, na realidade contemporânea, a opção pelo uso de cláusulas gerais, uma clara autorização ao juiz para colher na realidade aqueles fatos, não previstos expressamente pelo legislador, e dar-lhes um tratamento jurídico adequado.

Assim, na *função social do direito em sentido direto*, a norma jurídica interfere na realidade para adequá-la aos fins previstos na norma; enquanto, na *função social do direito em sentido inverso*, parte-se de uma realidade já dada, que se impõe ao ordenamento jurídico estatal e passa-se a integrá-lo como direito positivo, caminhando-se do fato para a norma jurídica.

A auto-organização social não é estranha aos Tribunais brasileiros. Basta lembrar o que ocorreu no tratamento dado pela Justiça às relações hoje denominadas uniões estáveis,

hoje reconhecidas, inclusive, constitucionalmente. Antes que a união estável fosse reconhecida como uma relação jurídica e fosse disciplinada de maneira muito próxima à disciplina que o direito positivo dá ao casamento, primeiramente o que se viu foi a auto-organização social, que reconheceu a convivência entre homem e mulher como meio legítimo de constituir uma família, mesmo não havendo o vínculo matrimonial. Os Tribunais terminaram por reconhecer a relevância dessas relações, configuradas como simples fatos sociais, atribuindo a elas o caráter jurídico.

A função do direito, em ambos os sentidos colocados – sentido direito e sentido inverso –, já foi tratada pela doutrina estrangeira com acuidade. Não se trata, assim, de novidade que se pretende introduzir no já intrincado debate a respeito da função social. O que se pretende é estabelecer um confronto entre os dois sentidos ora propostos a fim de afastar mal entendidos que tem dificultado a compreensão do problema da função social do contrato.

Interessa, por ora, o exame da criação do direito pela realidade social, cujo reconhecimento e aplicação cabe ao juiz, o que, de certa maneira, resgata o direito do poder político e o coloca no poder social²³⁴.

A essência do direito não está no comando, mas na ordenação criada pelo comando. É a dimensão objetiva do fenômeno jurídico que determina o regramento adequado para o caso concreto, e não o comando normativo, o que pode ser verificado quando o fato, juridicamente relevante, não se conforma às regras do ordenamento jurídico estatal, não sendo possível a sua subsunção lógica à norma legal.

Em uma sociedade complexa convivem duas fontes de direito, conforme já referido, pois o direito não se constitui unicamente de um universo de comandos, cuja observância o Estado impõe coativamente, ainda que esse seja o seu aspecto mais evidente e, por isso mesmo, a consciência comum só o vê por esse ângulo, há a outra dimensão do direito, não menos importante, consistente na auto-organização da sociedade²³⁵.

A auto-organização, em determinados aspectos, também orienta a atividade do legislador que se limita a recolher e positivizar, por meio de regras escritas (leis), aquelas normas que a realidade social já havia reconhecido e incorporado nas práticas negociais. Não foi o legislador que as criou, por exemplo, os contratos de massa, ele apenas reconheceu a prática desses negócios na realidade social e procurou discipliná-los de maneira tal que pudesse oferecer alguma proteção para a parte mais fraca da relação. O contrato de massa,

²³⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**, trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18.

²³⁵ Ibid. p. 20.

assim, nasceu da espontânea auto-organização que lhe deu a sociedade enquanto fato econômico e social.

Tradicionalmente, vê-se no Estado a única fonte material do direito, ou seja, o Estado dita as regras do convívio social, e a experiência jurídica deve conformar-se aos modelos de ações fixados pela vontade soberana. Essa tendência totalizante do Estado tenta abarcar toda a extensão e complexidade da sociedade no ordenamento jurídico, como se fosse possível a completa coincidência entre a sociedade e o direito. Entretanto, a sociedade é mais ampla que o direito e que o próprio Estado e, assim, por mais eficiente que seja o legislador, sempre haverá espaço para a auto-organização social, pois sempre haverá interesses e valores sem proteção suficiente do aparato estatal²³⁶.

O entendimento do direito, nos termos ora colocados, é um reflexo da crise do Estado liberal e legalista, que não é capaz de ordenar os fatos da vida em toda a sua dimensão. Paralelamente ao Estado, forma-se e desenvolve-se o direito não-oficial, com a invenção de novos institutos jurídicos mais adequados para ordenar a economia, as relações sociais etc.²³⁷.

Essa dimensão social do direito amplia a responsabilidade do juiz que, além de um investigador dos comandos legais, exerce uma atividade criadora do direito ou daquela parcela do direito que se encarna na experiência histórica e está inserida no tecido social, econômico e político²³⁸.

O que se pretende não é negar a importância do ordenamento jurídico como um conjunto de normas emanadas do Estado. Por óbvio, não se nega a importância da lei, mas não se pode deixar de reconhecer que o primado da lei, como única forma de expressão do direito, atende a uma necessidade de segurança jurídica própria de outra época, conforme já se demonstrou no início deste trabalho.

A autonomia privada é um princípio normativo-jurídico e organizacional do Direito civil contemporâneo, mas também é, conforme mencionado, o elemento comum entre o Estado Liberal e o Estado social. Neste, entretanto, a autonomia privada ganha uma conotação diversa, pois, além da função econômica a que tradicionalmente esteve vinculada, passa a realizar uma função social, de maneira que o contrato, principal instrumento por meio do qual a autonomia privada ganha expressão, no Estado social, se desliga da sua função puramente econômica. Esta é a lição da mais autorizada doutrina :

²³⁶ Ibid. p. 30-31.

²³⁷ Ibid. p. 34.

²³⁸ Ibid. p. 35.

O reconhecimento e o exercício da autonomia privada na promoção da livre circulação dos bens e de prestação de serviços e na auto-regulação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo-se a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo²³⁹.

O direito, empregado no sentido de simples técnica para a solução de conflitos de interesses, põe no centro das preocupações a questão da segurança jurídica, relega a segundo plano o problema da justiça e dá mais ênfase à igualdade formal do que à material e mais ao sistema (abstrato e racional) do que à realização concreta do direito na realidade da vida. A mudança dessa realidade não se pode dar pela estrita observância dos modelos legados pela tradição oitocentista, que já se revelam insuficientes, mas por meio do rompimento da lógica positivista do direito e da renovação da metodologia, não mais de aplicação, mas de criação do direito. O contrato, nesses termos, além da função econômica, que lhe é primária, é chamado a exercer outras funções, em especial, a função promocional dos valores sociais ligados à dignidade da pessoa humana²⁴⁰.

Em síntese, o reconhecimento da legitimidade do auto-regramento dos interesses privados a partir de modelos de conduta não determinados pelo ordenamento jurídico estatal impõe-se todas as vezes que o auto-regramento desenvolve-se por meios socialmente legítimos e de acordo com os princípios e valores constitucionais. Cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, apenas reconhecê-lo, especialmente nos casos em que é chamado a se pronunciar somente *a posteriori*, quando o auto-regramento já produziu efeitos irreversíveis e não podem ser negados ou ignorados pela decisão judicial.

²³⁹ AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, ano XV, n. 18, 2. semestre de 2000, p. 114.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 116.

4. A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS

No ordenamento jurídico convivem duas ordens de normas, conforme ficou assentado em outra passagem, normas casuísticas, descritivas de condutas ou tipos, adequadas a determinados setores do direito civil que exigem maior segurança jurídica nas relações, como se dá, por exemplo, com os direitos reais. A par das normas casuísticas, verifica-se a opção do legislador pelo emprego de cláusulas gerais, adequadas a outros setores do direito civil mais sensíveis à dinâmica social, conforme se dá com o direito contratual.

A hermenêutica tradicional, com seu método lógico-formal de subsunção dos fatos da vida aos modelos normativos é uma técnica adequada àquelas normas casuísticas. As cláusulas gerais, por outro lado, só podem ser interpretadas e concretizadas por meio de outra técnica de interpretação e aplicação do direito.

No presente capítulo busca-se apresentar uma técnica hermenêutica compatível com a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, tomando-se como ponto de partida a doutrina de Emilio Betti.

4.1 A hermenêutica tradicional e sua insuficiência para a concretização do direito.

O método tradicional de interpretação e aplicação da lei assenta-se na idéia de “uma ordem jurídica hermética e onicompreensiva, constituída de regras fixas e rígidas, às quais se atribuía a virtude de desenvolver conseqüências”, operando com deduções rigorosas, “fixadas, *a priori*, com a possibilidade de solver qualquer situação, que as contingências da vida oferecem à regulamentação, sem nenhuma atenção às peculiaridades dos vários casos concretos”²⁴¹.

O método tradicional de interpretação e aplicação do direito prestigia o casuísmo, pois tem na lei a fonte primária do direito. De acordo com o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, somente em caso de omissão da lei e depois de recorrer à analogia e aos

²⁴¹ ESPINOLA, Eduardo. *A lei de introdução ao Código Civil brasileiro*: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1.º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos, / por Eduardo Espinola e Eduardo Espínola filo, atual. Silva Pacheco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v.1, p. 182.

costumes, o juiz, ao julgar o caso concreto, deverá recorrer aos princípios gerais do direito, entendendo-se como tais “os preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo”²⁴². Assim, os princípios e valores constitucionais não incidem diretamente como disciplina apta a regular os conflitos de interesses entre os particulares e ficam relegados ao âmbito do direito constitucional, como normas dirigidas ao legislador ordinário.

Mesmo que os princípios gerais do direito se identifiquem com os princípios e valores constitucionais, estes só teriam aplicação em caso de omissão da lei, o que equivale dizer que sua incidência nas relações entre os particulares seria mediada pela lei infraconstitucional, subvertendo-se a ordem hierárquica entre as normas e subordinando-se a Constituição à legislação infraconstitucional:

Em segundo lugar, não se pode concordar com os civilistas que utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais do direito. Os princípios gerais do direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito, valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais do direito. No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretaria na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária²⁴³.

A primazia deve ser dos princípios e valores constitucionais, reconhecendo-se a sua precedência no momento de interpretação e aplicação do direito, de maneira que, assim colocado o problema, os princípios e valores constitucionais tornam-se a fonte primária do direito, e não a lei infraconstitucional, conforme se dá tradicionalmente. Assim, pode-se concluir que a hermenêutica tradicional, por não levar em conta a supremacia da Constituição, pode ser adequada para operar com os casos mais simples, sua inadequação, entretanto, fica patente quando se trata da interpretação e aplicação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais.

Em períodos de mudanças, como o vivido atualmente, em que se pretende a releitura do direito civil à luz dos princípios e valores constitucionais, pode-se dar um descompasso entre a realidade social e as estruturas jurídicas, ocorrendo, muitas vezes, a existência de lacunas no ordenamento jurídico que, de acordo com o método tradicional de interpretação e

²⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil...** p. 37.

²⁴³ Loc. cit.

aplicação do direito, não podem ser preenchidas, como ocorre, por exemplo, com o “contrato de gaveta” que, embora legítimo à luz na normativa constitucional, é incompatível com o ordenamento infraconstitucional.

Em síntese, toda norma deve ser interpretada, não isoladamente, mas como parte de uma regulamentação mais ampla, ou seja, a interpretação deve levar em conta o ordenamento jurídico como um todo²⁴⁴. O resultado da interpretação deve coincidir com os princípios jurídicos contidos na Constituição, a primazia das leis constitucionais impõe ao aplicador do direito a regra de que as leis devem ser interpretadas conforme a constituição²⁴⁵.

Assim, a aplicação do direito pode-se dar por meio do “desenvolvimento jurídico imanente à lei”, quando se empregam os meios legais para suprir a lacuna do ordenamento, ou, pode-se dar, ainda, pelo “desenvolvimento jurídico que transcende a lei” e que os tribunais adotam ao levar em consideração necessidades prementes do tráfico jurídico, ou à natureza do assunto, ou à natureza de um princípio ético-jurídico que tem preferência em relação à lei. Nesse contexto, os direitos fundamentais têm uma especial importância na interpretação das normas de direito privado e os princípios jurídicos gerais, contemplados na constituição, têm vigência imediata e incidência direta nas relações jurídicas²⁴⁶.

Em conclusão, a hermenêutica tradicional afigura-se incompatível com as exigências que se colocam ao direito civil contemporâneo, em especial no que toca à funcionalização do contrato que, conforme demonstrado anteriormente, encontra-se à espera de uma teoria que dê efetividade ao artigo 421 do Código Civil.

4.2 A hermenêutica jurídica de acordo com a doutrina de Emílio Betti

De acordo com o que propõe Emílio Betti, a interpretação pressupõe a dissociação do fato (social) em relação ao modelo jurídico no qual o fato pode se subsumir. A interpretação do fato social é um problema que se coloca ao aplicador do direito em primeiro plano e, uma vez que o fato tenha sido compreendido, passa-se à sua valoração a fim de saber se ele é digno de tutela jurídica e, no caso afirmativo, passa-se a um segundo plano que é a subsunção do fato à norma.

²⁴⁴ LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general...** p. 91.

²⁴⁵ Ibid. p. 93.

²⁴⁶ Ibid. p. 95-96.

A atividade cognitiva do intérprete dirige-se ao fato “na sua individualidade concreta e no sentido que tem no ambiente social, ainda desprovido de toda qualificação jurídica definitiva”. A escolha da norma adequada ao fato interpretado “pressupõe uma identificação preliminar e provisória do tipo de ato” ou categoria jurídica ao qual o fato concreto corresponde. A compreensão atribuída ao fato, assim, é “logicamente anterior e prejudicial à qualificação jurídica”²⁴⁷.

Nos atos negociais, a autonomia da vontade é preexistente ao direito, a sua verificação só pode se dar na realidade pré-jurídica, onde a autonomia é exercida com uma intenção prática. Assim, empregam-se duas operações: a primeira consiste em “evidenciar o significado do ato realizado em concreto” e a segunda consiste em “verificar a que tipo legal de ato jurídico corresponde a sua concreta configuração”, ou seja, “a tarefa de interpretar o ato é preliminar àquela de qualificá-lo e de avaliar seus efeitos jurídicos”²⁴⁸.

O conflito de interesses, nessa linha de idéias, deverá ser resolvido “com base num critério de avaliação daquele tipo de interesse que constitui o conteúdo do direito subjetivo, em concordância com a função social em questão”²⁴⁹.

4.3 O merecimento de tutela jurídica

De acordo com a teoria da causa como função econômico-social, conforme entende Emílio Betti, o merecimento de tutela jurídica é determinado ou aferido pelo fim prático do ato, dos efeitos que a parte que o pratica pretende produzir na realidade social. É a consciência social, de acordo com o que vier a entender o juiz diante do caso concreto, que vai determinar, em última análise, se um determinado interesse merece proteção jurídica ou não.

Esse critério de valoração, pelas suas limitações, empobrece a teoria hermenêutica proposta por Emílio Betti e a torna incompatível com as exigências impostas ao direito civil contemporâneo, conforme já ficou demonstrado anteriormente (tópico 2.2). Dessa maneira, é

²⁴⁷ BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática, trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15-16.

²⁴⁸ Ibid. p. 183-184.

²⁴⁹ Ibid. p. 240.

necessário desvincular o seu método hermenêutico da teoria da causa como função econômico-social.

O merecimento de tutela jurídica dos interesses privados só pode ser examinado concretamente se levados em consideração os valores e princípios sufragados pela Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é a doutrina de Gustavo Tepedino:

Em síntese apertada, o debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro insere-se no âmbito deste processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete verificar o merecimento de tutela dos atos de autonomia privada, os quais encontrarão proteção do ordenamento se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes, perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção dos valores constitucionais²⁵⁰.

A função social, entretanto, deve ser examinada não em seu sentido negativo, para autorizar o juiz a negar tutela jurídica ao interesse quando entender que ele emerge de um negócio jurídico que não desempenha uma função social; mas em um sentido positivo: conceder tutela jurídica a interesses que emergem de fatos que são socialmente reputados como relevantes, mas que, apesar disso, o ordenamento jurídico não dispõe de um tratamento jurídico adequado para o caso concreto.

No sentido negativo, o juiz seria colocado na posição de um verdadeiro censor da sociedade, como se recebesse uma carta branca para atuar, negando, concretamente, a tutela jurídica a interesses tutelados, abstratamente, pelo ordenamento jurídico.

Deixar ao livre talante do juiz, em face de um interesse demandado em juízo, dizer se o mesmo é ou não merecedor de tutela jurídica, mediante a aferição da seriedade e utilidade do mesmo, é dar ao juiz um poder que ele, efetivamente, não tem, o de deixar de aplicar a lei ao caso concreto por entender que o contrato, ou o fato jurídico do qual emerge o interesse demandado, não realiza uma função social. Exemplo bastante ilustrativo pode-se colher em sentença da lavra de um juiz catarinense, louvada por Fernando Noronha, em que era examinado um caso de pedido de indenização por dano moral, em que alegava a autora que havia sido impedida de entrar em uma festa que exigia o uso de trajes a rigor (*smoking* preto e vestido longo), porque, segundo entenderam os organizadores da festa, não estava usando um vestido suficientemente longo. O juiz se mostrou indignado por ter de julgar uma demanda

²⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos...* p. 405.

por causa de um vestido e, depois de questionar os “valores humanos” da autora, entendeu que o caso não passava de uma “futilidade”, que os fatos nos quais a autora esteve envolvida eram “frívolos, de uma vulgaridade social sem tamanho”, por fim, julgou improcedente o pedido, sem, efetivamente, examinar se a autora havia sido vítima de dano moral²⁵¹.

Em síntese, levando em consideração que o legislador também deve estar atento à função social do direito, é de se concluir que as normas dele emanadas e, por conseguinte, o ordenamento jurídico, desempenham uma função social, não sendo dado ao juiz o poder de negar vigência à lei, salvo quando declará-la inconstitucional. Entender de outro modo seria violar o princípio da separação dos poderes do Estado, colocando o juiz não somente na função de criador do direito, mas de verdadeiro legislador. Por outro lado, quando o juiz entende por conceder a tutela jurídica a um interesse, com base na função que ele desempenha à luz dos princípios e valores constitucionais, mesmo diante de sua incompatibilidade com o ordenamento infraconstitucional, o que se reconhece ao juiz é um poder criador do direito de natureza bem diversa, ou seja, o poder de criação pela interpretação construtiva.

4.4 As lacunas axiológicas do ordenamento jurídico positivo

De acordo como a teoria de Emílio Betti, pode-se verificar no ordenamento jurídico duas espécies de lacunas: (i) a que decorre da ausência de uma norma específica para regular o caso concreto e (ii) a que ocorre nos chamados “casos dúbios”, em que se verifica uma lacuna axiológica no sistema, pois o interesse demandado é merecedor de tutela jurídica e o ordenamento não fornece uma solução adequada para o caso concreto.

Nessas circunstâncias, se esgotados os meios de preenchimento da lacuna no sistema e se, ainda assim, não se encontrar uma norma adequada, tais casos não podem ser resolvidos por uma “avaliação jurisdicional negativa”, baseada na irrelevância do caso, o que seria uma conclusão insatisfatória²⁵².

As lacunas axiológicas ocorrem porque certos interesses permanecem de fora do ordenamento, mesmo sendo juridicamente relevantes. Do ponto de vista social, tais interesses conservam a sua relevância, apesar de o legislador deles não ter se ocupado, a despeito da

²⁵¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1,2, p. 30-31

²⁵² BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática, trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 255-261.

pretensa completude do sistema. Nesse caso, não pode o judiciário julgar casos que envolvem interesses socialmente legítimos “como desprovidos de relevância jurídica pelo simples fato de não comportarem uma ‘subsunção’ na espécie legal, ou seja, no campo de previsão da norma”²⁵³.

Não se está, nessas circunstâncias, diante de um caso de incompletude do ordenamento jurídico, mas diante de um caso de incoerência do sistema com os valores socialmente vigentes. São dois momentos a considerar, o momento lógico e o momento teleológico, momentos que não se confundem, pois, se o fato não pode ser excluído do sistema é porque o sistema, ainda que logicamente completo, teleologicamente, apresenta lacunas, de maneira que a lacuna não é lógica, mas, teleológica²⁵⁴.

A solução apresentada por Emílio Betti, no caso de lacuna axiológica, é que o aplicador do direito deve construir a norma a partir dos princípios gerais do direito. Essa solução pode deixar o caso concreto sem solução, na medida em que os princípios, em regra, se reportam a valores, não oferecendo critérios normativos específicos que possam servir de regramento para o caso concreto. Nessas circunstâncias é que se propõe o recurso ao auto-regramento determinado pelo poder social de criar o direito e que vai servir como regramento do caso concreto.

Em síntese, uma vez que o interesse seja digno de tutela jurídica, à luz dos valores e princípios constitucionais, ele se impõe ao ordenamento jurídico infraconstitucional, que deve ceder, para acolher como fonte do direito a auto-organização dos interesses privados, de acordo com a configuração que tenha sido determinada pela vontade das partes. Por certo que, não podendo o aplicador do direito criar a norma, ele deverá buscá-la na realidade social ou no auto-regramento dos interesses particulares, no caso dos negócios jurídicos, de acordo com a configuração que vier a ser determinada pela vontade das partes.

Assim, pode-se afirmar que a interpretação se dá observando a seguinte ordem: 1º - interpretação do fato social; 2º - valoração do fato social, a fim de saber se merece ou não a tutela jurídica, à luz dos valores e princípios constitucionais; 3º - admitindo-se que o fato seja digno de tutela jurídica, busca-se no ordenamento infraconstitucional o regramento dos seus efeitos jurídicos, de acordo com a categoria jurídica que o fato venha a ocupar; 4º - não havendo regra jurídica específica sobre o fato, o que indica lacuna do ordenamento jurídico, deverá o aplicador do direito valer-se dos meios permitidos pelo sistema para o preenchimento das lacunas; 5 - não havendo como preencher a lacuna servindo-se das regras

²⁵³ Loc. cit.

²⁵⁴ Loc. cit.

do próprio ordenamento, deverá o juiz recorrer às regras ditadas pela auto-regulação do fato social, o que não pode é excluir do ordenamento jurídico o fato já valorado positivamente à luz da Constituição. O esquema abaixo mostra as etapas do método de interpretação e aplicação do direito que ora se propõe:



O confronto do fato social com os princípios e valores constitucionais, a fim de saber se ele desempenha uma função social e, por isso, se é merecedor de tutela jurídica, deve-se dar de acordo com critérios objetivos, que não deixam espaço ao subjetivismo, conforme demonstrado a seguir.

4.5 Critérios para a aferição do desempenho da função social e merecimento de tutela jurídica

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas concatenadas logicamente, constituindo, assim, um sistema. Dessa maneira, no comum dos casos, o merecimento de tutela jurídica deve emergir diretamente do confronto da norma jurídica com a realidade a qual ela deverá ser aplicada, tornando-se imperceptível ao intérprete o problema da valoração

do fato social, pois, em regra, os fatos sociais cabem na moldura legal criada pela norma jurídica.

Assim, há casos que caem diretamente no sentido da norma, o que deveria se dar todas as vezes, o que é impossível, dado que o legislador não pode tudo prever. O aplicador do direito deve lidar também com aquelas circunstâncias em que o caso que lhe é apresentado é diferente daqueles que serviram de motivação para a norma, e a aplicação dela leva a resultados inadequados. A norma que, abstratamente, é aplicável ao caso concreto, concretamente, não o será, se da sua aplicação não resultar uma solução razoável para o caso. Nessa última hipótese está-se diante de uma lacuna no ordenamento jurídico.

Nos casos em que se verifica um descompasso entre a realidade social e a norma, desafiando o sentimento de justiça presente na sociedade, a subsunção não se opera de maneira direta, colocando-se o problema do merecimento de tutela jurídica do fato social concretamente considerado. Nesse ponto é que a função social do contrato desempenha um papel relevante na hermenêutica jurídica, pois devem merecer tutela jurídica aqueles interesses que desempenham uma função social.

O confronto do fato social com os princípios e valores constitucionais, como critério para a aferição do merecimento de tutela jurídica dos interesses concretamente considerados, deve-se dar de acordo com a chamada *lógica do razoável*, ou *lógica do humano*, ou seja, um tipo de lógica aplicável à existência humana, muito diferente da lógica tradicional pura, inadequada para tratar dos problemas práticos da vida humana²⁵⁵.

O problema da interpretação e aplicação do direito é um problema de lógica material e não de lógica formal. A lógica tradicional continua adequada para o tratamento das formas jurídicas ou das formas essenciais do direito, em que se encontram os conceitos de norma jurídica, relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico etc. Para o conteúdo normativo, entretanto, o problema da interpretação e aplicação do direito deve submeter-se a uma lógica material, adequada a problemas práticos. Os institutos jurídicos são formas, *a priori*, essenciais ou necessárias e universais para a compreensão do direito, esse campo é o campo da lógica formal ou tradicional. Por outro lado, os conteúdos jurídicos – a matéria jurídica, que é a realidade empírica – estão relacionados com certos fins, constituindo a finalidade do direito²⁵⁶.

²⁵⁵ SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**, 18 ed. México: Porrúa, 2006, p. 642.

²⁵⁶ *Ibid.* p. 643.

A par das verdades universais, objeto da lógica tradicional, há os valores circunstanciais, objeto da lógica do razoável, na qual o direito revela-se como uma obra do homem, em um determinado momento da história, em certa circunstância social, obra com a qual se pretende produzir, concretamente, determinados efeitos na realidade social²⁵⁷.

A validade de uma norma jurídica, nessas circunstâncias, mede-se pelos efeitos que ela produz na vida real e não pela sua compatibilidade com um sistema formal, no qual a validade é deduzida logicamente de um conjunto de normas, pois o direito surge da urgência e das necessidades da vida. Quando a lógica tradicional é insuficiente para resolver o caso concreto, com justiça, há outras razões, distintas da lógica tradicional, que devem orientar o aplicador do direito, razões que põem a norma em contato direto com a realidade²⁵⁸.

Assim, tanto nos casos fáceis em que a subsunção do fato à norma opera-se de imediato e o resultado da aplicação da norma opera-se sem maiores dificuldades, quanto nos casos difíceis, ou “casos dúbios”, o resultado da interpretação e aplicação do direito deve ser satisfatório (justo). O critério de justiça não pode, por um lado, ser subjetivo ou de acordo com a livre valoração do juiz; por outro lado, também, não pode ser um critério ditado pela estrita legalidade, especialmente nos casos em que o julgamento do caso concreto envolve a aplicação de uma cláusula geral, como é o caso do artigo 421 do Código Civil.

Nesse sentido, quando se trata de examinar os princípios e valores constitucionais, em confronto com o ordenamento infraconstitucional, é necessário observar que, quando a Constituição Federal consagra em seu texto um direito, ainda que não o definindo pormenorizadamente, a lei, por óbvio, não pode restringi-lo de maneira desmedida, sob pena de violar a harmonia e coerência do ordenamento jurídico ou resultar em violação constitucional²⁵⁹.

Assim, quando a aplicação de uma norma infraconstitucional resulta na violação direta, frontal, de forma flagrante, ou seja, naquelas hipóteses “patológicas e extremas”²⁶⁰, o ordenamento constitucional oferece os meios adequados para excluir, do sistema, a norma inconstitucional, conforme os artigos 101 e seguintes da Constituição Federal. Entretanto, pode-se dar o caso de o ordenamento infraconstitucional, em determinado setor, estar aquém

²⁵⁷ Ibid. p. 643.

²⁵⁸ Ibid. p. 643-645.

²⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed., rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 240-241.

²⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil...** p. 36.

das exigências constitucionais, não dispondo de meios de proteção dos direitos fundamentais num determinado caso concreto. Conforme pode-se perceber, não se trata de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, mas de inoperância das normas em situações concretamente determinadas. Nessa linha de idéias, “os direitos fundamentais podem conduzir a uma complementação e correção do direito privado pela via do desenvolvimento judicial do direito”²⁶¹.

A atividade interpretativa dos tribunais, nesse contexto, exerce um relevante papel na teoria das fontes das normas jurídicas, procedendo a interpretação das normas de direito civil à luz dos valores e princípios constitucionais. Pode-se, para determinados casos, considerar a norma ilegítima, “ainda que não seja para todas as suas aplicações”²⁶², sem, no entanto, declará-la inconstitucional, pois a declaração de inconstitucionalidade pressupõe o confronto da norma infraconstitucional, em abstrato, com a texto constitucional.

Os princípios e valores constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, nesse contexto, deixam de funcionar pura e simplesmente como limite à norma infraconstitucional e passam a funcionar como um elemento conformador do sistema jurídico, determinando a eficácia das normas infraconstitucionais, de acordo com “as opções feitas no plano normativamente superior [que se refletem] na atividade hermenêutica, nos conteúdos e nos significados das normas de nível ordinário”²⁶³. Em outras palavras, “as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática de Direito Civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema”²⁶⁴.

²⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha...** p. 242.

²⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil...** p. 8.

²⁶³ *Ibid.* p. 11.

²⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. Direito civil na ordem pública e na legalidade constitucional. *In*: Nelcir Antoniazzi (org.), **República, poder e cidadania**: anais da XIX conferência nacional dos advogados. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, v. 2, p. 1142.

CONCLUSÃO

O Direito Civil de tradição oitocentista é inspirado nos ideais do liberalismo político e econômico, que serviram de base para a configuração do modelo de sociedade e de Estado. Sob a égide do Estado liberal, as relações entre os particulares são reguladas por regras que pressupõem a igualdade jurídica ou formal e a livre iniciativa, que serve de fundamento para a liberdade contratual²⁶⁵.

No contexto do Estado liberal, os ideais liberais, consistentes na igualdade formal e na livre iniciativa, são generalizados como ideais da sociedade como um todo, embora, na prática, coincidisse com os interesses de apenas uma parcela da sociedade, ou seja, daquela que, efetivamente, participava da vida econômica²⁶⁶. Assim, no direito civil de tradição oitocentista, não há uma distinção clara entre a função econômica e a função social do contrato, podendo os dois conceitos, inclusive, ser enfeixados numa única expressão: *função econômico-social do contrato*.

A passagem do Estado liberal para o Estado social implica a mudança de alguns valores liberais. No entanto, não há uma ruptura com o modelo anterior; a livre iniciativa, por exemplo, necessária ao capitalismo, continua como valor fundante do Estado social. O que caracteriza o Estado Social é o personalismo ético, que acolhe como valor supremo a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, atrai o conteúdo de todos os direitos, passando a exercer profundas influências no direito contratual. Assim, é possível afirmar que a chave para a compreensão da função social do contrato está na passagem do Estado liberal para o Estado social, sob o qual o contrato, embora desempenhando função econômica, como principal instrumento de circulação de riquezas, indispensável à concretização da livre iniciativa, passa a ser associado a valores não-econômicos, como a justiça social²⁶⁷.

A reelaboração da idéia de contrato, para atender aos ideais do Estado social, aponta duas direções. De um lado, a pressão dos fatos sobre o direito, por meio das demandas sociais oriundas do desenvolvimento do capitalismo e do aprofundamento das desigualdades

²⁶⁵ Cf. nota 1.

²⁶⁶ Cf. notas 3 e 18.

²⁶⁷ Cf. notas 21 e 27.

materiais, que serve de fundamento, por exemplo, para a intervenção do Estado nas relações privadas; de outro lado, verifica-se a mudança de mentalidade da doutrina civilista, sensível à necessidade de reconstrução do sistema jurídico, de acordo com novos valores, os quais, no âmbito do direito contratual, implicam em uma abordagem do contrato voltada para a pessoa e não para o mercado econômico ou para a livre iniciativa²⁶⁸.

Assim, enquanto no Estado liberal a abordagem do contrato é abstrata e voltada para as necessidades do mercado econômico, no Estado social impõe-se que seja voltada para a pessoa, estando aí a sua genuína função social, sem, no entanto, negar que o contrato continua desempenhando uma função econômica, que lhe é primária.

A igualdade material, que a doutrina vem associando à função social do contrato, conquanto seja um valor social de conteúdo ético e moral, presente no Estado social, é dirigida à configuração e regulação do mercado econômico, visando criar condições para que as relações contratuais sejam justas (equilibradas). Não é, entretanto, na igualdade material entre as partes que o contrato realiza sua função genuinamente social, mas no efetivo acesso a indispensáveis à pessoa humana.

A distinção entre função social e função econômica não é a única que se faz necessária para a compreensão do artigo 421 do Código Civil. Outra distinção relevante, que tem sido negligenciada, é a que se faz entre funcionalização do direito e funcionalização do contrato. O direito, enquanto realidade abstrata, tem a finalidade de promover, através de incentivos e premiações ou punições, determinadas práticas, reputadas importantes socialmente²⁶⁹; a funcionalização do direito, conforme pode-se perceber, parte da norma jurídica para o fato.

A funcionalização do contrato, por outro lado, obedece a uma dinâmica que tem um sentido inverso ao da funcionalização do direito, partindo do fato para a norma jurídica, de maneira que, a função do contrato deve ser examinada sob outra perspectiva, ou seja, a partir da realidade, onde o contrato, concretamente considerado, é tomado como um fato social, cuja relevância legitima a sua tutela jurídica. Essa peculiaridade, aliás, aproxima a função social do contrato da função social da propriedade: em ambos os casos a função é dinâmica e determinada pela realidade concreta²⁷⁰.

O artigo 421 do Código Civil faz uma opção clara por separar a função econômica do contrato de sua função social, dando a esta um tratamento específico. Pode-se afirmar que, no

²⁶⁸ Cf. nota 28.

²⁶⁹ Cf. notas 198-201 e 203.

²⁷⁰ Cf. nota 228.

Estado social, modelo adotado pela Constituição Federal, o contrato desempenha a sua função social todas as vezes que atende a interesses tendentes à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim compreendido o princípio da função social do contrato, a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil ganha operabilidade; a liberdade contratual passa a ter fundamento na função social que o contrato concretamente desempenha e não na autonomia privada, como tradicionalmente se tem entendido.

Nessa linha de idéias é que se pode afirmar que os interesses constituídos por meio do exercício da autonomia privada são merecedores de proteção ou tutela jurídica na medida em que realizam uma função socialmente relevante. Na aferição do merecimento de tutela jurídica, entretanto, não está autorizado ao juiz negar proteção a interesses que são expressamente tutelados pelo ordenamento jurídico, ao contrário, o juiz está autorizado a conceder a proteção a interesses que, embora sejam merecedores de tutela jurídica, não encontram no ordenamento um tratamento adequado e compatível com os princípios e valores constitucionais.

Assim, os fatos sociais que, em princípio, não se subsumem em modelos legais de contrato, porém desempenham função socialmente relevante, devem ser tratados como contratos e ter os interesses dele emergentes protegidos juridicamente, como ocorre, por exemplo, com o “contrato de gaveta”, cujo conteúdo passou a ser considerado fonte do direito, servindo de regras jurídicas capazes de integrar, pela via da funcionalização e mediante o reconhecimento do poder social de criação do direito, o ordenamento jurídico²⁷¹.

Pela via da funcionalização, o “contrato de gaveta”, por garantir o acesso à moradia (aspecto primordial da dignidade da pessoa humana²⁷²), vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça como negócio jurídico hábil a produzir efeitos próprios do contrato translativo de propriedade imobiliária, apesar de tratar-se de ato nulo e, portanto, ineficaz²⁷³.

A funcionalização do contrato, nos termos acolhidos pelo ordenamento jurídico, por meio do artigo 421 do Código Civil, aponta a superação da técnica hermenêutica tradicional, insuficiente para dar conta das exigências que se impõem ao direito civil contemporâneo, razão pela qual se propõe a interpretação e aplicação do direito, observado o seguinte procedimento: 1 – desvinculação do fato social de sua qualificação jurídica, para examiná-lo em seu ambiente social, onde será aferida a sua legitimidade; 2 – confronto do fato social com

²⁷¹ Cf. notas 212 e 213.

²⁷² Cf. nota 218.

²⁷³ Cf. notas 214 a 217.

o ordenamento jurídico como um todo, em especial, com os princípios e valores constitucionais, merecendo tutela os interesses dirigidos à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana; 3 – uma vez que o fato seja merecedor de tutela jurídica, passe a outra fase, consistente na busca do seu regramento no ordenamento jurídico infraconstitucional; 4 – por fim, não oferecendo o ordenamento infraconstitucional uma disciplina adequada, e não sendo possível a solução do caso por uma avaliação jurisdicional negativa, excluindo-se o fato do ordenamento jurídico, deverá o aplicador do direito recorrer à configuração que o fato tenha recebido no ambiente social, reconhecendo-se o poder social de criação do direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de direito civil**. Brasília: CFJ, 2005.
- ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**, 4. ed. Padova: Cedam, 2005.
- ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, ano 92, set. 2003, v.815.
- ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. **Roma e América. Diritto Romano Comune – Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Mucchi Editore.
- AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, ano XV, n. 18, 2. semestre, 2000.
- _____. **Direito civil**: Introdução, 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AQUINO, Tomas de. **La justicia**: comentários al libro quinto de la ética a Nicomaco de Aristóteles, trad. Benito R. Ratto Magnasco. Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica, 1946.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**, trad. Mário da Gama Kury, 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. **In Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009
- _____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento do contrato. **In Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**, ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática, trad. Karina Jannin; São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria geral do negócio jurídico**, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003, v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.
- _____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CALMON, Guilherme. A função social do contrato e o papel da doutrina. *In*: ASSIS, Araken de *et al.* (Org.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito**, 3. ed. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPITANT, Henri. **De la causa de las obligaciones**, trad. y notas Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Gongora.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, Eros Berlin de Moura; CORDEIRO, Noêmia Paula Fontenela de Moura. Dignidade Jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edison (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2.
- DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón**, trad. Carlos G. Posada, 2. ed. cor. y aum. Madrid: Francisco Beltran Libreria Española y Estranjera, 1920.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, trad. J. Baptista Machado, 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- _____. **La Idea de concreción en el derecho y la ciencia jurídica actuales**, trad. Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.
- ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil brasileiro** (Dec.-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei n. 2.238, de 1º de agosto e 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos, / por Eduardo Espinola e Eduardo Espínola filo, atual. Silva Pacheco, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1.
- FILHO, Calixto Salomão. **Função social do contrato**: primeiras anotações. Revista de Direito Mercantil, n. 132.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil, t. 2, 4. ed., trad. Jose Maria Miquel Gonzáles y Esther Gomes Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Contratos**, 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **A crise do direito privado**. São Paulo: Max Linonad, 1955.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**, trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera política**: investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa, trad. Flávio R. Kote. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general, trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. **Derecho de obligaciones**, trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t.1.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no estado social**: crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: fontes das obrigações, contratos, 6. ed. rev. e atual. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 5. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional, 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A teoria da causa em perspectiva comparatista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 45.

_____. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, t. 1.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATTIETTO, Leonardo. O direito contratual e a nova teoria dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**, trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Voterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986. t. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65.

_____. A causa nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Padma, jan./mar. 2005, v. 21.

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

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, 2.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros**. **Revista de Direito Privado**, n. 20.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de direito civil**, trad. Maria Cristina de Cicco, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, org. e trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Celestino. Causa (verbetes). *In*: CABRAL, Roque *et al.* (Dir.). **Logos – Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo, 1989.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O projeto do novo Código Civil:** situação após a aprovação pelo Senado Federal, 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata**, 2. ed. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1990.

ROPPO, Enzo. **O contrato**, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicações dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**, 15. ed. México: Porrúa, 2006.

_____. **Tratado general de filosofía del derecho**, 18. ed. México: Porrúa, 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

_____. Teoria da causa no direito privado. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Coord.). **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil na ordem pública e na legalidade constitucional. *In*: Nelcír Antoniazzi (Coord.). **República, poder e cidadania: anais da XIX conferência nacional dos advogados**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, v. 2.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, n. 5, 1997.

_____. **Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420**, São Paulo: Atlas, 2008, v. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WILHELMESON, Thomas. Regulamentação de cláusulas contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, abr./jun., 1996.

ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. Padova: Cedam, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)