

## A DUPLA FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONTRATO

ARNOLDO WALD

O artigo 421 do novo Código Civil deu concretude ao princípio constitucional da função social da propriedade e determinou que “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” A amplitude da aplicação desse preceito vem sendo alvo de profícuo debate no mundo jurídico. A importância do dispositivo justifica a discussão acadêmica e jurisprudencial.

Sempre consideramos, em diversos artigos publicados a este respeito, que o legislador do Código Civil se havia inspirado na Constituição de 1988<sup>1</sup>, para a qual a propriedade tem função social, e na própria jurisprudência dos nossos tribunais, em particular do STF e do STJ, que condenavam o abuso de direito e enfatizavam a importâncias da boa-fé, invocando inclusive o art. 242 do Código Civil alemão, que influenciou o nosso de 1916. Ponderamos que a função social do contrato não deve, nem pode, afastar o seu conteúdo econômico, cabendo conciliar os interesses das partes e os da sociedade. Ainda, de acordo com a Constituição, o Código Civil pretende respeitar atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, garantindo o devido processo legal substantivo.

A análise da real extensão da função social do contrato deve ser feita dentro de uma visão sistêmica tomando por base os valores constitucionais e a filosofia da nova lei civil. Nesse diapasão, é preciso superar a equivocada idéia de função social como sinônimo de proteção à parte economicamente mais fraca da relação contratual, bem como de que a referida cláusula faria *tabula rasa* do respeito a atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos.

Alguns juristas temem que a inserção desse dispositivo na lei afaste o princípio da autonomia da vontade, ensejando uma excessiva intervenção estatal nos contratos e ameaçando a segurança jurídica das relações privadas.

Bem interpretada, a regra não justifica temores desse gênero. A função social é uma cláusula geral inserida no Código Civil, que dá ao Juiz uma maior liberdade para dar concretude à socialidade que permeia o novo diploma, sem, no entanto, tratar-se de uma carta branca para que o magistrado decida ao arrepio da lei e de princípios sedimentados.<sup>2</sup> Na realidade, o contrato não deixou de exercer a sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-se-lhe a função social, de modo a evitar que houvesse uma atividade contrária ao interesse da sociedade, que passou, assim, a constituir um verdadeiro abuso de direito ou um desvio de poder, já condenados de modo implícito na legislação anterior.

O que ocorre é que as alterações ocorridas na sociedade, nas últimas décadas, ligadas à crescente velocidade da engrenagem social na era da tecnologia globalizada, exigem também a revitalização do contrato. A velha obrigação estática não mais responde aos anseios sociais, sendo certo que não mais se duvida serem dinâmicas as relações obrigacionais, e, portanto, dever ser adequada a moldura contratual. A resposta do Direito a essa necessidade não foi o abandono do contrato, mas sua atualização e modernização, ou seja, a releitura e reconstrução parcial de seus princípios.

Como já ressaltamos, o contrato deixou de ser um negócio jurídico isolado, uma relação jurídica estática, uma espécie de bolha ou de uma ilha isolada, para transformar-se num bloco de direitos e obrigações, verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico, tornando-se um vínculo que evolui de acordo com as circunstâncias, mas mantém o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os contratantes.

Tendo desaparecido o mundo de segurança, que alguns escritores pensavam existir no fim do século XIX, entramos na “era da incerteza” ou da descontinuidade, da constante mudança, com a eliminação das distâncias e a divulgação da informação em tempo real. Não é, pois, possível manter o contrato como existiu no passado, já tendo, aliás, evoluído nas diversas fases da história e nas várias civilizações, que se sucederam desde o mundo romano até agora. O novo contrato que surge, atualmente, não tem mais a rigidez que o caracterizou em outros tempos. Já se disse, aliás, que ele era “mais ou menos obrigatório; mais ou menos oponível a terceiros; mais ou menos aleatório e mais ou menos suscetível de ser revisto, podendo ser mais ou menos extensa a eventual nulidade de suas cláusulas”.

É, hoje, um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma *affectio contractus* não muito distinta da existente entre os sócios, na empresa,

ou até na vida conjugal, devendo o vínculo contratual ser aprimorado e preservado no tempo, na medida do possível, e prevalecendo sobre os interesses de cada uma das partes, respeitados os direitos adquiridos e o equilíbrio que deve ser mantido entre as prestações devidas pelos contratantes.

A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa, pois, de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional (art. 37 *caput* da Constituição com a redação da E.C. nº 19).

O contrato continua, pois, sendo um instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica. Mas a liberdade é qualificada, inspirando-se na lealdade e na confiança, que devem existir entre as partes, e a eficiência consiste na adaptação às necessidades do mercado. A função social abrange, pois, a manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, sem prejuízo da obediência aos princípios éticos, pois a função do direito consiste em conciliar a economia e a moral, garantindo, assim, a segurança jurídica sem a qual nenhum país pode progredir. Como já teve a ocasião de salientar um empresário, com vivência na administração pública, a função social (dos contratos) passa pelo equilíbrio econômico que garante sua operabilidade.<sup>3</sup>

Alguns juristas vincularam a nova concepção contratual atualmente consagrada a uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco, inspirando-se na legislação do consumidor. Parece-nos não ser essa a única ou a principal finalidade perseguida pelo legislador, que pretendeu assegurar o bom e justo funcionamento do negócio jurídico, de modo que possa preencher as suas finalidades no interesse não só dos contratantes, ou apenas de um deles, mas sim do próprio contrato, que evoluiu para ser interpretado dentro de um contexto, essencialmente dinâmico.

A função social do contrato não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Significa a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem não coincidir com os

do contratante que aderiu ao contrato e que não exerceu plenamente a sua liberdade contratual. Assim, por exemplo, cabe reconhecer que também o aderente a um contrato de adesão, do qual participam numerosas outras pessoas, deve aceitar certos sacrifícios para que os demais interessados não tenham um prejuízo maior. A idéia básica é o atendimento dos interesses da própria sociedade e do maior grupo de interessados, que não pode sofrer as consequências do comportamento de um deles.

É, pois, preciso distinguir a função social do contrato da maior proteção dada à parte economicamente mais fraca, embora, em alguns casos, as consequências de ambas as situações possam ser idênticas. O atendimento da função social, na área do direito civil, não constitui uma espécie de ação afirmativa em virtude da qual os interesses do contratante mais fraco devessem merecer maior proteção. Significa tão-somente que a finalidade do contrato não deve ser distorcida no interesse de uma das partes e em detrimento da outra. No particular, a posição do direito civil é equilibrada e não se confunde com a adotada seja pelo direito do trabalho seja pelo direito do consumidor, como se verifica, aliás, ao analisar os efeitos tanto da boa-fé como da excessiva onerosidade.

As dúvidas que existiam na matéria acabam de ser dirimidas pelo Professor Miguel Reale, em elucidativo artigo que tem, em certo sentido, o valor de interpretação autêntica do novo Código cuja elaboração coordenou. No seu estudo, faz inicialmente alusão aos textos constitucionais que garantem a livre iniciativa, considerada “um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e à condenação dos abusos de direito, que caracteriza como sendo “uma das formas de constitucionalização do Direito Privado”. Em seguida, lembra a distinção existente entre três sistemas de ordenamento jurídico, conforme a relevância que dão respectivamente aos direitos individuais e aos interesses sociais, para esclarecer que:

“Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis; ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a ‘socialização dos contratos’; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.”<sup>4</sup>

Mais recentemente a matéria foi objeto de esclarecimentos em palestra proferida pelo Professor Miguel Reale, que teve o ensejo de responder uma

indagação que lhe foi feita pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz nos seguintes termos:

“Professor, existe na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, a meu ver, uma forte tendência a tomar a idéia da função social no sentido de uma espécie de assistencialismo, até de quase equiparar o consumidor àquilo que no Direito do Trabalho se chama hipo-suficiente, isso na interpretação do Código de Defesa do Consumidor.

Como no Código Civil o princípio da função social é sublinhado várias vezes e, ao final, com muita intensidade, gostaria que o senhor desse algum esclarecimento sobre o modo como entende essa função social. Se isso vem ao encontro dessa interpretação, um tanto quanto assistencialista e tutelar, ou se há um outro sentido. Isso me parece importante para compreendermos o Código na sua inteireza.”<sup>5</sup>

Respondeu-lhe o Professor Miguel Reale:

“As ponderações feitas pelo Conselheiro Sampaio Ferraz são muito importantes, porquanto, *efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor exagera na defesa dos direitos ao consumidor, qualquer que ele seja.* Tanto mais que consumidor, na realidade, não é considerado apenas aquele que compra uma coisa ou estabelece a prestação de um serviço, mas assume no Código do Consumidor uma generalidade tão grande, que passa a ser quase que qualquer sujeito de direito, qualquer pessoa que exerça atividade econômica.

A resposta que eu dou está no *direito da personalidade*. Conforme disse inicialmente, a declaração dos direitos da personalidade, como pórtico da parte geral do Código, importa numa substituição do que eu chamei a vedete do Código Civil revogado, o sujeito de direito in abstrato, pelo indivíduo situado no conjunto de suas circunstâncias.

...Quanto ao Código do Consumidor, não há dúvida que ele exagera ao transformar o consumidor em um hipo-suficiente, toda vez que uma pessoa esteja em situação de inferioridade no contrato.

O Código Civil não chega a tanto; pois situa as questões levando em conta as circunstâncias todas. O Código de Defesa do Consumidor é, por assim dizer, corporativo, ou melhor, relativo a uma espécie, enquanto o Código Civil trabalha como gênero. A generalidade do Código Civil abre um campo à especificidade do Código do Consumidor, mas a recíproca não é verdadeira, a espécie não dita soluções para o gênero. *O gênero tem que ser estabelecido de acordo com a lei que lhe é própria, que não consagra posição privilegiada a qualquer dos componentes das relações jurídicas.*

O Código vai ser objeto de indagações profundas no que se refere à afirmada função social do contrato. Mesmo porque trabalha com cláusulas abertas, e esse é um ponto que desejava dizer, inclusive para o Professor Silvio Rodrigues. O novo Código não seguiu as lições dos pandecistas. Os pandecistas queriam que todas as questões jurídicas fossem resolvidas tão-somente à luz de critérios jurídicos, de categorias jurídicas. Nós, ao contrário, estabelecemos que existem categorias éticas e categorias científicas que devem ser levadas em consideração pelo advogado, ao propor a ação, e pelo juiz, ao proferir a sentença.”<sup>6</sup>

Essa nova posição, adotada pela legislação brasileira, é pioneira de tal modo que, ainda recentemente, em congresso jurídico realizado na Europa, o eminent professor Philippe Jestaz dizia sonhar com o dia em que uma reforma do Código Napoleão definiria o contrato não tão-somente como um acordo de vontade das partes, mas também como um instrumento comutativo e equilibrado realizado no interesse social.<sup>7</sup> Por sua vez, o Professor Denis Mazeaud se referiu ao contrato como um instrumento de lealdade, solidariedade e fraternidade.<sup>8</sup> Talvez, no tocante aos contratos onerosos em geral, possamos substituir a fraternidade pela dignidade, mas estará sempre presente a idéia de colaboração entre os contratantes, como dever que a ambos incumbe.

A aplicação da função social ao contrato deve, portanto, garantir o equilíbrio das prestações. É no equilíbrio que se encontra a justiça contratual, de caráter substancial, e não meramente formal. Mas essa justiça não pode ser medida de forma subjetiva, baseada no que a parte entende ser equilibrado ou justo, mas sim objetivamente, analisando a equivalência das prestações. Como já se observou: “*a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo o interesse geral, considerando as consequências econômicas e sociais produzidas pelo contrato...*”<sup>9</sup>

Se a autonomia da vontade está condicionada ao interesse geral, econômico e social, resta evidente que a aplicação automática do preceito do artigo 421, como protetor da parte mais fraca na relação contratual, pode gerar uma decisão que sob o pretexto de beneficiar um interesse individual de caráter patrimonial, acabe por causar prejuízo à coletividade. Nesse caso, não só não se estaria cumprindo o preceito, como o afrontando claramente. Só se poderá dizer cumpridora da função social prevista na lei a decisão que analisar o equilíbrio do contrato e as consequências diretas e indiretas para a coletividade, nos curto, médio e longo prazos, de uma intervenção estatal, assegurando-se a adequada circulação das riquezas e não somente o interesse individual. Em suma, não se pode afirmar ser a função social sinônimo da defesa do

hipossuficiente no regime do Código Civil, pois a aplicação da cláusula geral deverá ser sempre casuística, baseando-se no contrato, na lei e nos usos e costumes, cabendo ao magistrado aplicá-la seguindo os vetores do equilíbrio, da justiça contratual e do interesse geral.

Como bem esclarece o Professor Antunes Varella: “*Do que se trata é de apurar, dentro do contexto da lei ou da convenção donde emerge a obrigação, os critérios gerais objectivos decorrentes do dever leal de cooperação das partes, na realização cabal do interesse do credor com o menor sacrifício possível dos interesses do devedor para a resolução de qualquer dúvida que fundadamente se levante, quer seja acerca dos deveres de prestação (forma, prazo, lugar, objecto, etc.), quer seja a propósito dos deveres acessórios de conduta de uma ou outra das partes*”.<sup>10</sup>

## NOTAS

1. A Constituição vigente consagrou uma posição equilibrada para conciliar os interesses econômicos e sociais. Assim, garantiu os aspectos econômicos do direito de propriedade (art. 5º, XXII) para, em seguida, atribuir-lhe uma função social (art. 5º, XXIII). Do mesmo modo, reiterou essa dupla garantia no art. 170, no qual o constituinte estabeleceu os princípios básicos da ordem econômica, ao tratar sucessivamente da garantia da propriedade privada (art. 170, II) e da sua função social (art. 170, III). Num regime econômico no qual outra solução não poderia ser admitida, o planejamento estatal é meramente indicativo para a iniciativa privada (art. 174), garantindo-se tanto o direito adquirido (art. 5º, XXXVI) como o devido processo legal (art. 5º, LIV), ninguém sendo obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

2. Nos contratos administrativos, por exemplo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é princípio constitucional sedimentado, há longos anos, e que se justifica fazê-lo incidir também no direito privado.

3. Cfr. Eduardo José Bernini. *O Estado de S. Paulo*, 13/01/2003.

4. Miguel Reale. “Função social do Contrato”. *O Estado de S. Paulo*, 22/11/2003.

5. Pergunta feita ao Professor Miguel Reale, transcrita no “O novo Código Civil”. In *Estudos, Documentos e Debates*, nº 24. FIESP/CIESP/IRS. São Paulo, 2003, p. 15.

6. *O novo Código Civil*, idem, p. 15/16.

7. Christophe Jamin e Denis Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 247.

8. Denis Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle* in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603.
9. Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 221.
10. Antunes Varella, *Das obrigações em geral*, 7<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (editora), vol. II, p. 13.