

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL — UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

**AS ORIGENS DOUTRINÁRIAS E A INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS
CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre, junho de 2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL — UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO — DOUTORADO EM DIREITO

**AS ORIGENS DOUTRINÁRIAS E A INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS
CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Doutorando Gerson Luiz Carlos Branco
Orientador Professora Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa

Tese submetida como requisito final para obtenção do
grau de Doutor em Direito Civil.

Porto Alegre, junho de 2006.

Dedico esta tese a Tula,
minha companheira de todos os momentos.

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

Uma tese é expressão de atividade individual, introspectiva e muitas vezes solitária.

Essa perspectiva, porém, diz respeito à atividade, não ao resultado, que é fruto de um conjunto de múltiplas influências subjetivas, sociais e familiares, todas incorporadas no corpo escrito da tese.

Por isso achei importante mencionar quais foram as pessoas, os fatores e as condições que agiram sobre o autor da tese e que, portanto, contribuíram para o resultado alcançado.

Primeiro, deve-se dizer que esta tese tem antecedentes em um projeto para ingresso no Doutorado na UFRGS no ano de 1999, cujo objeto era a influência da obra de Pontes de Miranda sobre a teoria das invalidades na jurisprudência e doutrina brasileiras. Tendo em vista que o tema estava de alguma maneira vinculado ao estudo da História do Direito, minha orientadora, Dra. Judith Martins-Costa, compeliu-me ao estudo de um pressuposto básico dessa disciplina, que é a obra de Miguel Reale e sua concepção de História.

Acabei escrevendo um trabalho sobre o Culturalismo de Miguel Reale e sua influência no Código Civil brasileiro, que por sugestão do próprio Miguel Reale, transformou-se no livro por ele prefaciado, *Diretrizes Teóricas no novo Código Civil*, composto em conjunto com minha orientadora, publicado pela Editora Saraiva, no ano de 2002.

Esse estudo foi fundamental para que esta tese fosse pensada, primeiramente na linha da obra de André-Jean Arnaud (sobre o Código Civil Francês), para o estudo das origens doutrinárias do novo Código Civil. Tal tarefa, embora iniciada, encontrou uma barreira que foi a envergadura do tema, a multiculturalidade de nossa sociedade e a complexidade das relações sociais contemporâneas. Isso, sem contar as turbulências políticas e econômicas que precisariam ser enfrentadas.

Diante dessa realidade, a tese assumiu a feição com que é apresentada, para tratar das origens doutrinárias e da interpretação da cláusula geral da função social dos contratos, realizando, em parte, a tarefa de análise das origens doutrinárias do Código Civil.

Contribuíram de maneira decisiva para que este trabalho fosse concluído, em primeiro lugar, minha orientadora, Dra. Judith Martins-Costa, que sem deixar de ser compreensiva e afetuosa, fez as críticas pertinentes, instigou o enfrentamento dos principais problemas sobre o tema e auxiliou na revisão necessária para que o resultado tivesse a configuração atual. Em especial, demonstrou o melhor que se pode esperar de um orientador, que foi o respeito às diferenças de pensamento e posicionamento sobre os diferentes temas implicados na tese.

Merece meu agradecimento, também, meu amigo Eduardo Dorfmann Aranovich, pelos debates que proporcionou, em especial em relação ao Direito Comercial e sua transformação em Direito Empresarial, transmitindo-me seus 35 anos de experiência em relação ao tema, seja pela condição de Advogado, seja como Professor de Direito Comercial.

Agradeço, também, àqueles que contribuíram para esta tese com o seu conselho, meus pais Teobaldo e Verônica, que sempre questionavam e recomendavam pela conclusão do trabalho. Sua fé no estudo e na educação como forma de melhorar o mundo produziram pelo menos um resultado, que foi incentivar-me a realizar este doutorado.

Por fim, mas não com menos importância, meu agradecimento especial vai para as minhas três meninas: Tula, Carolina e Marina. Delas tirei o que tenho de mais precioso, que foi o tempo de convívio, o afeto e atenção, divididos com o estudo sobre a liberdade contratual e função social dos contratos. Para Tula, dedico a própria tese, sem ter as palavras certas para descrever sua colaboração durante os últimos três anos. Para a Carolina e Marina, que nasceram no curso dos fatos, só posso prometer mais tempo e finais de semanas livres para nossa diversão.

RESUMO

Esta tese propõe a investigação sobre as origens doutrinárias da função social dos contratos e, a partir delas, apresenta os instrumentos para a interpretação da cláusula geral do art. 421 do Código Civil. A tese encontra na doutrina italiana e no pensamento de Miguel Reale a base doutrinária da cláusula geral. A principal proposição dessa incursão é de que o juiz, ao aplicar a cláusula geral, deve usar os parâmetros doutrinários construídos pela tradição. A tradição e os dispositivos constitucionais que disciplinam a liberdade de contratar são os principais instrumentos para o controle das decisões judiciais, o que é indispensável que se preserve as regras do regime constitucional democrático e princípio da dignidade da pessoa.

Palavras chave: função social, liberdade contratual, princípio da socialidade, código civil.

ABSTRACT

The thesis proposes to survey the doctrinary origins of the social function of contracts and, from them, to present the instruments to interpret the general clause contained on the Civil Code's article 421. The thesis sets the general clause doctrinary base on the Italian doctrine and also on Miguel Reale's thought. The approach's main proposition is that the judge, on applying the general clause, must use the doctrinary parameters built by tradition. Tradition and constitutional prescriptions that discipline the freedom to establish a contract are the main instruments to carry out the control of judicial decisions, what is fundamental to preserve the rules of the democratic constitutional regime and the person's dignity principle.

Key-words: social function, freedom to contract, sociality principle, civil code.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO.....	12
PRIMEIRA PARTE - A AUTONOMIA DA VONTADE E AS SUAS TRANSFORMAÇÕES: O CONTRATO DE FONTE DE OBRIGAÇÕES A INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA	28
CAPÍTULO I – OS ANTECEDENTES DA LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	31
A. SIGNIFICADO DE CONCEPÇÃO LIBERAL E INDIVIDUALISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	35
B. FUNÇÃO DO CONTRATO NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916	42
C. A OBJETIVAÇÃO DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO COMO PRESSUPOSTO PARA VALORIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	50
D. REFLEXOS DA OBJETIVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO NO PERÍODO ANTECEDENTE AO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL	58
CAPÍTULO II - ORIGENS DA FUNÇÃO SOCIAL NA DOUTRINA	71
A. FUNÇÃO SOCIAL NO SÉCULO XIX E NAS PRIMEIRAS DÉCADAS DO SÉCULO XX	73
1. <i>A descoberta da teleologia no direito contratual: Jhering.....</i>	<i>73</i>
2. <i>A solidariedade social como fundamento fático e social para a eficácia obrigatória do acordo de vontades: Leon Duguit.....</i>	<i>79</i>
3. <i>O equilíbrio entre liberdade individual e agregação social: a função social dos contratos na obra de Cimbali.....</i>	<i>85</i>
4. <i>A historicidade da função social dos contratos: Karl Renner.....</i>	<i>98</i>

B.	O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA: EMÍLIO BETTI.....	105
1.	<i>Função do negócio jurídico: o problema da causa</i>	110
2.	<i>Função jurídica e função econômico-social</i>	115
3.	<i>Função do contrato e ratio juris da lei</i>	118
4.	<i>Críticas ao pensamento de Betti</i>	121
5.	<i>Síntese</i>	130

**SEGUNDA PARTE – A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO PROCESSO
LEGISLATIVO DO CÓDIGO CIVIL.....132**

**CAPÍTULO III - DIRETRIZES DA ELABORAÇÃO LEGISLATIVA DETERMINANTES
PARA A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DOS
CONTRATOS134**

A.	O CÓDIGO CIVIL COMO EIXO DO DIREITO PRIVADO	140
1.	<i>A “empresa” como razão determinante para unificação legislativa do direito das obrigações</i> 141	
2.	<i>Funcionalidade e socialidade na parte geral do Código Civil</i>	150
3.	<i>A técnica da “legislação aditiva” e a eficácia do 421 sobre o Direito Contratual</i>	153
4.	<i>A eficácia imediata da função social dos contratos</i>	163
B.	CONTEÚDO DO CÓDIGO CIVIL E “CONSERVADORISMO”	166
C.	ORIENTAÇÃO METODOLÓGICA DOS TRABALHOS DA COMISSÃO ELABORADORA DO ANTEPROJETO E LINGUAGEM DO CÓDIGO CIVIL	177
1.	<i>Metodologia da comissão aplicada ao regime geral das obrigações</i>	179
2.	<i>A linguagem do Código Civil: a técnica das cláusulas gerais como instrumento de funcionalização e realização da socialidade e eticidade</i>	184

**CAPÍTULO IV - A INFLUÊNCIA TEÓRICA DE MIGUEL REALE SOBRE O
SIGNIFICADO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS198**

D.	O CULTURALISMO DE MIGUEL REALE E A ÉTICA DA SITUAÇÃO	199
1.	<i>O culturalismo de Miguel Reale</i>	200
a)	Conhecimento conjetural como base da ética da situação.....	203
b)	As fontes e os modelos para Miguel Reale	215
c)	A função social como modelo do direito contratual.....	218
d)	Invariantes axiológicas e a função social dos contratos	219

2. <i>Da relação entre função social dos contratos no Código Civil, culturalismo de Miguel Reale e ética da situação.</i>	223
E. A ÉTICA DA SITUAÇÃO E A “COMERCIALIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL.....	231

**TERCEIRA PARTE – A LIBERDADE DE CONTRATAR E A SUA FUNCIONALIZAÇÃO
NO SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....252**

**CAPÍTULO V - A LIBERDADE DE CONTRATAR NO CÓDIGO CIVIL E SUA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....255**

A. LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR, LIBERDADE DE ESTIPULAÇÃO E LIBERDADE DE ESCOLHA DO TIPO JURÍDICO SOB O ENFOQUE DA CLÁUSULA GERAL DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL.....	259
1. <i>Da liberdade de escolha do tipo jurídico</i>	261
2. <i>O artigo 473, a natureza das coisas e a função social dos contratos</i>	279
3. <i>Exclusão da tipicidade como forma de controle: a experiência dos contratos agrários</i>	283
B. CONTORNO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA “LIBERDADE DE CONTRATAR”	287
1. <i>A liberdade de contratar como faculdade jurídica que emana diretamente da personalidade.</i> 289	
2. <i>Liberdade de contratar como liberdade de exercício de atividade econômica regulada pelo artigo 170 da Constituição Federal e função social dos contratos como decorrência lógica da adoção da função social da propriedade.</i>	302
3. <i>A função social, eficácia relativa e eficácia transubjetiva do contrato</i>	315

**CAPÍTULO VI - FUNCIONALIDADE, DIMENSÃO SOCIAL E DIMENSÃO SINGULAR
DA LIBERDADE CONTRATUAL.....334**

A. A RELAÇÃO ENTRE FUNÇÃO E FINALIDADE.....	336
1. <i>Visão afirmativa da função social - Perlingieri, Roppo e Teubner</i>	341
2. <i>Visão crítica do funcionalismo – Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser</i>	358
B. DIMENSÃO SINGULAR E SOCIAL, FUNÇÃO ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL	368

CONCLUSÃO377

BIBLIOGRAFIA.....392

INTRODUÇÃO

... admirável coincidência que vem a matar neste aventuroso relato, se dá como exemplo de erro a afirmação do sábio Aristóteles de que a mosca doméstica comum tem quatro patas, redução aritmética que os autores seguintes vieram repetindo por séculos e séculos, quando já as crianças sabiam, por crueldade e experimentação, que são seis as patas da mosca, pois desde Aristóteles as vinham arrancando, voluptuosamente contando, uma, duas, três, quatro, cinco, seis, mas essas mesmas crianças quando cresciam e iam ler o sábio grego, diziam umas para as outras, A mosca tem quatro patas, tanto pode a autoridade magistral, tanto sofre a verdade com a lição dela que sempre nos vão dando.

José Saramago. A História do Cerco de Lisboa.

1. Em estreita vinculação com o pensamento de Saramago, esta tese propõe-se a examinar a cláusula geral da função social dos contratos na nova codificação a partir da experiência histórico-cultural determinante de sua formação. Como premissa sustenta que a apreensão do sentido integral da norma jurídica exige a compreensão das idéias subjacentes à sua formação, ainda que essas tenham origem na “autoridade magistral” de que fala o autor português: é a partir da tradição e do que se considera como tradição que o sentido da norma é construído.

A tese parte das seguintes hipóteses de trabalho.

Primeira: o estudo do Direito Civil e a aplicação das regras legais fundadas em um sistema baseado no Código Civil vigente exigem que o jurista se utilize de

recursos e ferramentas próprias da História do Direito. A natureza cultural do Direito Civil, cuja formação decorre de um longo e milenar processo, estabelece uma ligação peculiar com a História, razão pela qual é pressuposto para a compreensão de suas normas o conjunto de idéias e dados que compõem a tradição, sem a qual não há como controlar o conteúdo das decisões judiciais. A tradição do Direito brasileiro não contém uma concepção acabada da “função social”, tendo o “codificador” acolhido a tradição formada no Direito italiano, com traços que identificam, principalmente, o pensamento de Emílio Betti.

Segunda: o acolhimento do culturalismo de Miguel Reale durante o processo legislativo atribuiu ao artigo 421 do Código Civil o papel de cláusula geral¹ que serve como veículo para a realização do princípio da socialidade, exigindo para sua aplicação uma determinada compreensão ética do Direito². Essa mesma concepção atribuiu à cláusula geral da função social dos contratos o papel de cânone hermenêutico e norma de sistematização do Direito Contratual.

Terceira: a cláusula geral da função social dos contratos instituiu um modelo de liberdade contratual que superou o princípio liberal-individualista determinado pelo Código Civil de 1916. O modelo de contrato adotado no artigo 421 do Código Civil tem uma implicação recíproca e funcional da liberdade de contratar e da

¹ Enquanto técnica legislativa, a cláusula geral é um dispositivo que contém suporte fático em abstrato, dotado de mobilidade e vagueza de sentido derivados de uma “intencional imprecisão” de significado, com um grau mínimo de tipicidade na descrição da conduta. Tal “vagueza semântica” não significa ambigüidade ou mera generalidade, mas apenas que não é possível definir abstrata e teoricamente quais são todos os fatos que se subsumem a determinada disposição legal, o que somente será possível no caso concreto. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 298.

² Assim como a cláusula geral da boa-fé é veículo do princípio da boa-fé e também do princípio da confiança, a cláusula geral da função social dos contratos é veículo do princípio da socialidade e também da eticidade. Sobre a relação entre o princípio da confiança e a cláusula geral da boa-fé, consultar MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional, p. 472 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997, p. 861 e ss.; MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 1142 e ss. Também já tratamos do assunto em BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de Direito Privado, n. 12, outubro-dezembro de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 169 – 226.

*função social. A “liberdade individual” e a “socialidade” estão condicionadas numa relação permanente e progressiva que impede a compreensão de uma sem a outra, pois formam uma unidade concreta de sua relação, na perspectiva de coimplicação e de funcionalidade, cujo resultado é uma totalidade de sentido ao contrato integrado na realidade econômica e social*³.

2. A base teórica da tese é o culturalismo de Miguel Reale, ferramenta indispensável e pano de fundo sobre o qual são feitos os traços do “modelo jurídico” em análise.

A função social dos contratos é tratada como parte de um determinado modelo jurídico de contrato,⁴ sob uma dupla perspectiva: uma derivada da importância das idéias e valores preponderantes na época de sua ocorrência, a qual revela determinadas intencionalidades; e outra, da “realidade do passado” na interpretação do presente.

³ Embora não coincidente, deve-se registrar, desde já que a idéia de coimplicação funcional está presente nas obras de Ana Prata e Judith Martins-Costa. PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 44, afirma que a função não é um elemento externo ao negócio, pois é elemento integrador, “a funcionalização de que ela é instrumento constitui um elemento da própria noção de negócio”. Já sob a perspectiva do novo Código Civil MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. Saraiva, 2002, p. 159 e 160, afirma que a função social do contrato posta no artigo 421 constitui uma “condicionante ao princípio da liberdade contratual” e também carrega uma conotação “substantiva”, “de elemento integrante do conceito de contrato”, que leva a interpretação do referido dispositivo legal não só como um instrumento para “interpretação dos contratos, mas, por igual, na interpretação e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas”. Tal idéia também está desenvolvida nos textos MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista DireitoGV, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005 e MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004, p. 17 e ss.

⁴ Modelo jurídico na acepção usada por Miguel Reale, conforme tratado no capítulo IV, 1, b), p. 215.

A primeira perspectiva tem caráter metodológico: o estudo do direito sob o ponto de vista da história das idéias que determinaram a sua formação, para que se possa encontrar o sentido e a direção das normas⁵.

A segunda perspectiva é a de que a aplicação desse método na análise do Direito Contratual no novo Código Civil resulte na adoção de uma nova idéia de contrato, tanto do ponto de vista “conceitual” como substancial, vinculado às concepções matrizes. Tais concepções norteiam o processo legislativo que resultou no Código Civil, e delas não é possível se divorciar, ainda que possam ser objeto de estudo crítico.

A nova idéia de contrato recepcionou a concepção de que a função social dos contratos é um condicionante estrutural da liberdade contratual, não sendo possível examinar em separado da função social, pois possuem uma unidade de sentido que lhes torna elementos de um mesmo modelo jurídico.

Para justificar essa asserção, a tese também convoca o pensamento daqueles que, de maneira explícita ou implícita, contribuíram para configurar o modelo contratual positivado no artigo 421 do Código Civil. Trata-se dos demais

⁵ A origem da utilização desse método de estudo no âmbito jurídico, segundo indicação de Emílio Betti, deu-se em torno de um movimento de investigação jurídica situado no final dos anos 1940, que tratava da análise histórico-dogmática dentro da problemática hermenêutica, voltada para o estudo “científico” do Direito e também do ensino jurídico. Menciona em texto redigido no ano de 1962 que além da Universidade de Roma, também em Zurique e **Porto Alegre** eram realizados estudos dessa natureza. Embora seja extremamente sintético na sua definição sobre o que é o estudo histórico, tendo em vista a importância do pensamento de Betti para esta tese, faz-se necessário reproduzir trecho do prefácio de suas Instituições de Direito Romano sobre exigências do estudo histórico: “Che dinanzi ai testi e alle fonti rappresentative del passato, lo storico ansioso d’interrogarli e d’intenderne il senso debba proporsi una questione storica, è oggi, doppo l’insegnamento del Droysen, una verità di cui nessuno studioso serio può più dubitare. Non tutti, invece, sono ancora convinti che anche il giurista, in quanto storico, debba interrogare i testi alla luce di questioni storico-giuridiche, a proporsi le quali egli è spontaneamente condotto dalla propria preparazione mentale e dal complesso d’esperienze e d’interessi in essa radicati. Eppure è chiaro che ad approfondire i problemi di convivenza risolti nell’ordinamento studiato, e a penetrare nel pensiero e nello svolgimento storico del diritto, egli non potrebbe arrivare senza un istrumentario di concetti e di criteri interpretativi, perchè ogni diritto, anche primitivo, opera, consapevolmente o meno, con categorie giuridiche, le quali rispondono alla sua propria logica: categorie che, per lo storico giurista, si tratta di scoprire e di sviluppare nella loro intima correlazione e coerenza, nel loro sistema interiore”. (grifamos) BETTI, Emilio. Istituzioni di Diritto Romano. Volume Secondo, parte prima. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962, p. VI.

integrantes da Comissão elaboradora do Código Civil, dos membros do legislativo, dos juristas que auxiliaram na elaboração das emendas, e daqueles que, embora com intervenção menos direta, foram fundamentais para uma determinada escolha legislativa.

Não se trata do estudo da “vontade do legislador”, mas da descoberta da *ratio* inerente ao modelo jurídico que conforma o Direito Contratual no novo Código Civil. Enquanto a busca da vontade do legislador como método de interpretação típico da Escola da Exegese visava descobrir a intenção e os motivos do legislador⁶, a proposição desta tese é compreender a totalidade dos fatos (econômicos, sociais e políticos) e as idéias subjacentes à norma jurídica, que contribuem para aplicação adequada da mesma.

Com base nas antes sublinhadas hipóteses de trabalho, a tese busca identificar e apresentar a matriz teórica da cláusula geral da função social dos contratos do artigo 421 do Código Civil, finalizando com a proposição de um modelo hermenêutico. A análise dos trabalhos legislativos realizados durante a tramitação do projeto de Código Civil é parte dessa tarefa. Parte-se do pressuposto de que o legislador “é um filho do seu tempo”⁷, de modo que a análise de tais trabalhos não busca descobrir a pura intencionalidade política, mas compreender os debates, as polêmicas e as escolhas do legislador. O resultado é a identificação

⁶ A respeito do papel “decrépito” da investigação a respeito da vontade do legislador, Carlos Maximiliano já alertava sobre a impossibilidade jurídica e inutilidade de tal tarefa: “O indivíduo que legisla é mais ator do que autor; traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexamente às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre (...). Se descerem a exumar o *pensamento* do legislador, perder-se-ão em um bátrio de dúvidas maiores ainda e os mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la”. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20 e ss.

⁷ Idem, ibidem, p. 138. “A lei aparece como último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e alcance do mesmo”.

Apesar da referência a Maximiliano, como um dos mais importantes juristas brasileiros e um dos que ressaltou a importância do estudo da História do Direito, o seu pensamento a respeito dessa disciplina ainda está associado ao estudo dos fatos do passado.

das idéias e dos valores que em certo momento histórico determinaram a composição do texto normativo.

O objetivo de tal investigação é encontrar autores das idéias consolidadas no novo Código Civil, estudar o pensamento dos “artesãos”⁸ do Código e não só os autores aparentes. Não basta saber quem é o autor de uma determinada emenda, ou quem sugeriu a redação de certo artigo. É preciso compreender o contexto de tal inserção para que se chegue aos valores e às idéias determinantes.

Na busca das idéias determinantes, a dinâmica da transformação do pensamento jurídico não pode ser ignorada. É um dos fatores determinantes da transformação do Direito, que não admite verdades imutáveis ao longo do tempo. O caráter secular e a historicidade do Direito exigem o conhecimento das suas origens, exigem o “deixar nuas as causas históricas”, para que se possa tomar consciência da fragilidade das verdades, muitas vezes tomadas por absolutas.

Não basta conhecer o produto do poder político, que pode ser a vontade arbitrária do legislador, é preciso compreender a força da doutrina que alimentou o poder político, assim como a história do pensamento que alimentou a Ciência do Direito numa determinada época⁹.

A afirmação de que “o futuro se contém, até certo ponto, no passado”¹⁰ serve para justificar o caráter prospectivo da história e para demonstrar que um Código

⁸ Artesão no sentido atribuído por ARNAUD, André-Jean. Les origines doctrinales du Code Civil Français. Paris: L.G.D.J., 1969, p. 23 e ss.

⁹ A esse respeito é importante a afirmação de Michel Villey sobre a obra de Arnaud: “Et il décide de les chercher, au-delà de Portalis et du groupe des juristes qui l’entourait, dans la doctrine des XVIIe siècles: car les rédacteurs apparentes ne sont pas les auteurs véritables. Ils ont principalement copié. Pothier, a-t-on coutume de dire, serait le père du Code civil: mais encore, au-delà de Pothier, une longue lignée d’auteurs, souvent méconnus de nos jours, responsables d’une œuvre capitale, dont Pothier recueille le fruit, Domat, et Fleury, et Bourjon, et tant d’autres encore. (...) Et qui n’allait pas sans audace: une certaine vision présente d’un code de formation du droit, fort discutable, mais ancrée dans nos habitudes de pensée, nous accoutume à tenir le droit pour un produit de la volonté arbitraire du législateur; c’est-à-dire du pouvoir politique”. VILEY, Michel. Prefácio. In: ARNAUD, André-Jean. Les origines doctrinales du Code Civil Français. Paris: L.G.D.J., 1969, p. II.

¹⁰ REALE, Miguel. Experiência e cultura. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 238.

não é construído a partir da pura autoridade do legislador, e, sim, com base em estruturas formadas no processo cultural e lapidadas pelos homens no curso do tempo histórico. Apesar de existir espaço para a inovação, a substância de um Código deriva da consolidação legislativa de valores já reconhecidos e aceitos numa determinada comunidade. Mesmo as novidades recepcionadas são provenientes de um longo processo de maturação e de seleção, cujo resultado é a consagração legislativa¹¹.

Em uma sociedade como a brasileira, em que predominam as injustiças derivadas do desequilíbrio econômico e da grande dívida social, a expressão “social” que adjetiva o artigo 421 consiste num instrumento potencial para invocação indiscriminada do modelo jurídico. Isso já ocorreu no direito brasileiro com a aplicação da “boa-fé” a partir do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, bem como tem sido comum a aplicação indiscriminada e cega da proteção constitucional da “pessoa”, sem que tais modelos jurídicos correspondam ao seu conteúdo dogmático.

A mudança na técnica legislativa exige uma mudança da mentalidade daqueles que operam com o Direito e, por isso, esta tese traz elementos para que a aplicação da cláusula geral da função social dos contratos não seja considerada mero utensílio doméstico de “mil e uma utilidades”.

3. Por tais razões, o estudo da função social dos contratos tem como ponto de partida a inserção da codificação no sistema jurídico brasileiro, principal forma de conformação e regulação da esfera privada, entendida esta como o conjunto de relações estabelecidas entre os particulares dentro do tecido social. O tecido social, visto a partir do estudo do Direito Privado, é integrado por todas as relações

¹¹ Conforme diz AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, p. 108, “o Direito Civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. Historicidade no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência. Continuidade, pelo fato de ter-se mantido como processo constante e de certo modo uniforme na maneira de solucionar os problemas jurídicos que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orientar a gênese e a aplicação de suas instituições”.

horizontais estabelecidas no curso da vida: no âmbito da família e da empresa, no mercado ou mesmo nas relações de vizinhança.

Pela amplitude de sua eficácia e pelo estreito entrelaçamento entre praticamente todas as normas modeladoras da “vida privada”, o Código Civil consiste num sistema estruturado a partir de uma determinada lógica, que subordina todas as matérias reguladas.

Por isso, não se pode cogitar de realizar o estudo do contrato sem que se tenha uma análise da “lógica” imanente do sistema, que governa e dirige as normas jurídicas de cada uma das matérias reguladas nos 2062 artigos do Código Civil.

Inicialmente, deve-se dizer que a “lógica” do sistema não é uma lógica formal de caráter dedutivo, tal qual foi estruturado o Código Civil de 1916. Neste predominavam axiomas cuja rigidez permitia ao juiz somente a realização de uma atividade subsuntiva, aos moldes da velha escola da exegese francesa.

O Código Civil brasileiro foi elaborado a partir das idéias e do culturalismo de Miguel Reale¹². São diretrizes que marcam e caracterizam um sistema axiológico, com cláusulas gerais que positivam os valores centrais em torno dos quais todas as normas do sistema circundam de maneira entrelaçada.

O exame proposto tem relevo e importância em razão do questionamento posto na tese a respeito da transformação da tradicional relação entre “Lei” e “Direito Civil” ocorrida no novo Código. Enquanto o Código Civil de 1916 tinha na lei a principal fonte das regras conformadoras do comportamento das pessoas no âmbito das relações privadas, o novo Código modificou esse papel. A nova lei deixou de fixar “estritos padrões de conduta” a serem seguidos, para regular as

¹² Toda e qualquer referência feita a “culturalismo” no âmbito da tese tem por referência o culturalismo de Miguel Reale, o qual já foi objeto de nossos estudos no texto *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil*, in: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1 – 85.

relações privadas por meio de “diretrizes”, “cláusulas gerais” e “princípios”, e, entre eles, a cláusula geral da função social dos contratos.

A alteração legislativa mudou o papel e a função da “lei”, que foi elaborada com uma estrutura mais aberta e permeada de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A nova lei atribuiu papel substancial para mecanismos não centralizados, mas organizados, de criação de “padrões de comportamento” exigidos para as relações privadas.

Assim, a valorização dos “usos e costumes”, “usos do lugar”, “natureza e vulto dos investimentos”, e outras expressões similares, provoca uma modificação do processo de definição do conteúdo da norma legal que não pode mais ser simplesmente interpretada como revelação do conteúdo e alcance, mas preenchida e reconstruída a partir de parâmetros situados fora do tradicional âmbito normativo.

O Código Civil consiste num corpo legislativo com uma relativa descentralização no processo de definição do conteúdo das normas jurídicas, fundamentalmente pela adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e pela concepção culturalista norteadora do projeto original.

A demonstração desta diferença de papéis entre os Códigos de 1916 e 2002 pode ser feita a partir da análise da relação entre o código e a legislação extravagante (incluindo os microssistemas legislativos), e entre o código e os usos e costumes.

Enquanto o Código Civil de 1916 foi editado como única lei civil a reger as relações intersubjetivas, revogando todo o corpo legislativo anterior, nos termos do seu artigo 1.807,¹³ o novo Código optou por revogar unicamente o Código Civil de 1916 e a primeira parte do Código Comercial.

¹³ “Artigo 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito Civil reguladas neste Código”.

O Código Civil de 1916 revogou todo o Direito anterior, inclusive aquele de caráter consuetudinário, formando um “Direito Novo”, não obstante a adequação cultural entre o texto da lei e a realidade da época.

Tal conclusão não tem relevância adstrita à análise da disposição legal do artigo 2045 comparativamente com o artigo 1807 do Código Civil de 1916, pois as conseqüências do papel do novo Código Civil e sua relação com o direito anterior irradiam-se em uma série de disposições legais no âmbito do Direito Contratual.

Embora o objeto da tese não seja a “codificação” em si, o interesse da análise é o processo da codificação relacionado diretamente com a função social dos contratos, que são as diretrizes da elaboração legislativa.

Portanto, faz parte da fundamentação teórica da tese o acolhimento da concepção culturalista de Miguel Reale na estrutura do Código Civil, que assume a condição de eixo do Direito Privado, unificando de um lado as obrigações civis e mercantis, e, de outro, a legislação extravagante ao sistema axiológico do Código. Nesse contexto, é indispensável à compreensão da cláusula geral da função social dos contratos como *chave* que garante mobilidade e unidade ao sistema.

4. A metodologia utilizada para elaboração da tese é a fornecida pela compreensão histórica do Direito¹⁴. Considerando a proposição de que a função social dos contratos integra um modelo jurídico, é seu pressuposto o conhecimento da base cultural e das idéias que os determinaram, sendo indispensável superar a visão de que a História do Direito é uma disciplina externa, que passa ao largo da problemática jurídica.

¹⁴ Adota-se como conceito de História do Direito aquele fornecido por Paolo Grossi, segundo o qual é compreendida como disciplina jurídica que tem por objeto a inserção das regras jurídicas no processo cultural que se desenvolve no curso do tempo. GROSSI, Paolo. *Pensiero Giuridico — Appunti per una «voce» enciclopedica*. Separata da Revista Quaderni Fiorentini, n. 17, 1988. GROSSI, Paulo. *El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo em la formación del jurista de nuestro tiempo*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, n. 06, 2000, e GROSSI, Paolo. Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860 — 1950. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

Por isso, a opção teórica de inserir o estudo da função social dos contratos no âmbito de uma compreensão histórica do Direito deve-se à percepção de que a modificação do papel da lei, operada com a nova codificação, fez renascer a importância da disciplina como recurso “substantivo” para composição do sistema normativo¹⁵.

Trata-se de “renascimento” da importância da História para a Ciência do Direito, porque a compreensão histórica do Direito fora relevantíssima até a codificação oitocentista. Até então, o “jurídico” era compreendido como verdadeira cristalização de costumes realizados pelas diversas “ordenações”. Entre estas, inclui-se a própria “consolidação das leis civis”¹⁶, na qual o ato do príncipe (isto é, a força legislativa *ex novo* por parte do poder político) não teve função fundante da normatividade, mas meramente de “reconhecimento”¹⁷ das normas instituídas no curso da história.

¹⁵ CLAVERO, Bartolomé. História, ciencia, politica del Derecho. Quaderni Fiorentini per la storia Del pensiero giuridico moderno, Milão, n. 08, 1979, p. 6. Nesta acepção é importante o sentido de História do Direito a partir do conceito de Clavero, para quem a História do Direito é o conhecimento científico “criticamente fundado”, que tem por objeto o debate jurídico que constitui a própria juridicidade: “parece que el destino científico de la historia del derecho es el mismo destino del derecho; su cuestión metodológica se identifica, y esto porque, si no domina a su objeto reduciéndolo a sus justos limites históricos o sociales, compriéndendolo em ellos, resulta sienpre dominada por él: por su doctrina y por su ideologia...” p. 47.

Referência importante no Direito brasileiro a respeito da “história” da História do Direito, tratando com antecedência acerca de alguns problemas suscitados por Clavero é FERREIRA, Waldemar. História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro — São Paulo: Freitas Bastos, 1951, em especial o primeiro capítulo, até a página 29, no qual é objeto a *História do Direito nos cursos jurídicos brasileiros*. Esse mesmo texto foi publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP, 1950, volume XLV.

¹⁶ “Por mais paradoxal que pareça, a História do Direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século XVI, ou seja, em 1500, a História do Direito brasileiro confunde-se nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português (...) O que, de verdade, sucedeu, quanto às instituições jurídicas, foi o que Silvio Romero teve como acertado chamar – a bifurcação brasileira, ou seja, o transplantatio do organismo jurídico-político português para esta parte do continente sul-americano”. FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 23 e 25.

No mesmo sentido MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do Direito Civil brasileiro: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, p.186 e ss.

¹⁷ A referência a regras de “reconhecimento” no parágrafo supra não tem por objetivo fazer uma identificação com a *rule of recognition* de Hart, ainda que o texto do autor seja esclarecedor a respeito do processo adotado no Código Civil, segundo o qual o legislador atua como alguém que

Durante o século XIX, tanto na Europa continental quanto no Brasil, o processo de codificação modificou aquela realidade ao restringir ao Código Civil todo o corpo do Direito Civil. No Direito brasileiro esse fenômeno deu-se pela edição do Código de 1916, relegando à História do Direito Civil o papel de estudo dos fatos e das normas pertencentes ao passado: uma função descritiva com limitada utilidade no âmbito da interpretação. A codificação afastou da História do Direito o papel de recurso substantivo para a composição do sistema normativo, tal qual existia no sistema anterior. Por isso é verdadeira no seu contexto a afirmação segundo a qual “três palavras de correção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho”¹⁸.

Sob esse prisma, o Código Civil de 1916 pode ser considerado como um marco de ruptura no processo de formação e disciplina do Direito Privado, em face do seu caráter fundante e constitutivo de um sistema normativo¹⁹.

É bem verdade que tal “ruptura” não tem o mesmo caráter do Código de Napoleão, que representou o marco divisório entre uma sociedade feudal e uma

efetua escolhas e indica quais as regras devem ser seguidas, dentre aquelas que culturalmente são aceitas pela coletividade. Embora o advento do Código Civil não seja um processo “de passagem do pré-jurídico para o jurídico”, a mudança legislativa alcançou o que Hart considera como crucial, que é “o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como o modo *adequado* à eliminação de dúvidas acerca da existência de uma regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação”. HART, Herbert. O Conceito de Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 104.

¹⁸ Trata-se de trecho de conferência realizada por Júlio H. Von Kirchmann, realizada no ano de 1847, denominada *A falta de valor da jurisprudência como ciência*. Larenz afirma que na confusa conferência realizada pelo prático Kirchmann, o objetivo não foi negar o caráter científico à jurisprudência (dogmática jurídica), mas chamar a atenção para a sua inutilidade para a prática jurídica, tendo em vista as generalizações e falta de correspondência entre os estudos realizados pela Jurisprudência dos Conceitos e a realidade jurídica. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 55 e 56.

¹⁹ Trata-se de obra que realizou a função típica dos Códigos da primeira sistemática: unificação das fontes sobre a autoridade da lei, adotou um método lógico de organização das regras civis e consolidou as regras jurídicas conforme as aspirações de seu tempo (ARNAUD, André-Jean. Op. cit. p. 19), não obstante tenha por característica um sistema interno coerente que o aproxime aos Códigos da terceira sistemática. (Sobre o sistema do Código Civil de 1916, ver MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado...., p. 237 a 273, obra em que é realizado estudo preciso sobre o processo de codificação e a sistematização do Direito Civil brasileiro).

sociedade capitalista²⁰. A ruptura que o Código Civil de 1916 promoveu foi no papel do Estado e na função da lei no âmbito das relações privadas, porque o “legislador” chamou a si a função de dizer que todas as regras de ação dos particulares são aquelas ditadas no sistema fechado e rígido do Código Civil, revogando-se todos os usos, costumes e leis anteriores: o Direito Civil passou a ser o conteúdo do Código Civil.

Outro é, agora, o panorama, outra é a compreensão do papel da História para o Direito positivo. A proposição de estudo da formação histórica da função social dos contratos, a partir do pressuposto de que o Código Civil vigente preservou o Direito construído pela tradição, passa pela compreensão de que a História do Direito tem um papel importante na definição do conteúdo, da substância do próprio Direito. Por isso, é de extrema utilidade o conceito de modelo jurídico, desenvolvido por Miguel Reale, o principal articulador jurídico do novo Código.

Segundo será demonstrado ao longo do trabalho, a construção do texto do artigo 421 do Código Civil e, portanto, de seu conteúdo normativo, derivou de atos contínuos de escolha, entre variáveis predeterminadas historicamente, as quais indicam o sentido do respectivo modelo jurídico. Isto dota a história de um caráter prospectivo, sem lugar para a visão de que “história são os fatos do passado”. O estudo histórico do modelo jurídico da função social dos contratos é antes de tudo a preocupação com o presente e, fundamentalmente, com o futuro.

O exame das idéias dirigido pela preocupação histórica tem o papel de revelar aos juristas que, por trás do texto legal, existe uma realidade de fundo, um “continente submerso” cuja parte visível tem uma dimensão enganosa²¹. Somente

²⁰ Mesmo no Código Civil francês a idéia de ruptura deve ser vista com certo cuidado, pois não significa que o Código inventou o Direito, mas que foi o marco da superação do velho pelo novo. Em relação ao conteúdo das regras, o Código de Napoleão consolidou legislativamente idéias que vinham sendo construídas no curso de pelo menos quatro séculos: “Notre théorie générale des contrats et obligations est la création progressive de trois siècles de pensée moderne. Notre notion du contrat est fruit de la philosophie moderne (de l'état de nature, et de la liberté personnelle) mise en œuvre par la doctrine”. VILEY, Michel. Op. cit., p. II.

²¹ GROSSI, Paulo. El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo. p. 23 e 24. “El historiador puede y debe advertir al privatista y al

o estudo das idéias e do pensamento jurídico, construídos ao longo do tempo de lapidação da função social, permite conhecer com maior precisão os fatos e as forças que forjaram a realidade presente e futura²².

Tal perspectiva tem a função de estabelecer uma relação entre os diversos momentos e fatos que foram e são determinantes. Como já mencionou Paolo Grossi, os fatos não são ilhas isoladas e separadas, são “pontos de uma longa linha”, marcados por forças próprias e peculiares. A perspectiva da história não oferece um modelo acabado de algum momento do passado, demonstra o sentido da linha, da qual não surge a certeza, mas a direção de um movimento que acompanha a experiência cultural²³. Essa linha, como será visto adiante, parte da concepção clássica de contrato, passa pelas inovadoras idéias de Jhering e alcança o recente movimento de *Constitucionalização do Direito Civil*.

É por essa razão que — conquanto possa parecer estranho ao tradicional estudo da História do Direito, que em regra privilegia as “épocas mais recuadas, com sacrifício das mais recentes” —, esta tese situa-se, decisivamente, entre os estudos de História do Direito. Essa é o seu ponto de partida e o seu objeto imediato, muito embora o objetivo final perspective já o Direito positivo, no delineamento dos possíveis conteúdos dogmáticos do artigo 421 do Código Civil vigente.

publicista, a estos enamorados de los valores transmitidos por el ayer inmediato, que los mismos constituyen tan sólo el fruto de dicho pasado próximo y que tan sólo desde hace doscientos años la Europa continental vive de tales valores: que el mundo histórico ha vivido también de valores y de unos valores alternativos, si no incluso contrarios”.

²² “Parlare di ‘pensiero giuridico’ significa infatti credere che il livello del diritto non è quello né della mera esecuzione passiva di forze inerenti ad altre dimensioni, né quello del discorso semplicemente tecnico; testimonia la convinzione che al contrario, il diritto, nella sua essenza, fisiologicamente, è espressione fedele di una civiltà”. GROSSI, Paolo. *Pensiero Giuridico — Appunti per una «voce» enciclopedica*, p. 264.

²³ GROSSI, P. *El punto y la línea*, p. 29. “El presente sólo es un fragmento, un fragmento que además resulta por naturaleza manco y mudo, tan deficiente e inexpressivo que sólo puede ser objeto de miradas miopes. Con las fuerzas exclusivas del presente no se construye el futuro”.

Com efeito, a relativização dos dogmas provocada pelo estudo da História do Direito e a clarificação da relação entre continuidade e ruptura não têm relação única e exclusiva com o passado, pois são as ferramentas institucionais, discursivas, comunicacionais modeladoras do presente e do futuro, através da tradição²⁴. Assim sendo, a tese também leva em consideração que a intencionalidade e a pluralidade dos atos humanos com significado histórico obedecem a uma seletividade, pois “*nem tudo que acontece é histórico, mas tão-somente aquilo que, por motivos múltiplos e muitas vezes fortuitos ou insondáveis, possui relevância de significação*”²⁵. Esta relevância de significação é determinada pelas “recíprocas implicações entre tempo e valor” derivados da filtragem valorativa que a história faz, com a finalidade de constituir como fatos históricos aqueles eventos relacionados a valores²⁶. O sentido do presente e do passado somente é dado no futuro, em razão de que a projeção futura retroage ao passado para valorizar certo ato, outorgando-lhe “sentido essencial”²⁷.

Embora possam ter existido outros autores e obras que tenham enfrentando a questão da função social, esta tese somente contempla aqueles que de alguma maneira contribuíram para a construção da regra vigente no Direito pátrio.

²⁴ Ferramentas no sentido utilizado por HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Lisboa: Europa-América, 1997, p. 26 e 27 “a tradição não representa um resultado, um valor, uma norma; mas uma série de ferramentas (...) com as quais são produzidos novos resultados. Na verdade, o trabalho de produção de novos efeitos jurídicos (novas normas, novos valores, novos dogmas) é levado a cabo com ferramentas recebidas da tradição: ferramentas institucionais (instituições, papéis sociais), ferramentas discursivas (linguagem técnica, tópicos, modelos de argumentação e de prova, conceitos e dogmas), ferramentas comunicacionais (bibliotecas, redes académicas ou intelectuais). É desta forma que o passado modela o presente. Não pela imposição directa de valores e de normas, mas pela disponibilização de uma grande parte da utensilagem social e intelectual com que se produzem novos valores e novas normas”.

²⁵ REALE, M. Experiência e cultura, p. 234 e p. 236.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, novembro/2000, p. 72 – 78: “Por não ser mera inserção, mas inserção grávida de significados, a história não se confunde com o mero fluir dos dias e das datas, é interpenetração e simultaneidade, é atualidade constante dos bens culturais”.

²⁷ “Merece ser lembrada a tese de Benedetto Croce sobre a *contemporaneidade da história*, no sentido de que toda história está presente em nós, permanecendo viva no espírito humano atual. REALE, M. Experiência e cultura, p. 238.

5. Para execução da tese o texto está dividido em três partes.

A primeira parte trata sobre a *base doutrinária* e legal na qual o contrato e a liberdade contratual passaram de uma concepção liberal-individualista para uma concepção social-funcionalista. Do contrato, no contexto do Código Civil de 1916, analisa-se a transformação doutrinária e legislativa que resultou no acolhimento de uma concepção funcional de contrato. Nesta parte, repita-se, é estudada a base doutrinária que de maneira implícita foi responsável pela adoção da cláusula geral da função social dos contratos.

A segunda parte trata sobre o *processo da formação da cláusula geral da função social dos contratos*, durante o processo legislativo e os dos pressupostos teóricos do culturalismo de Miguel Reale, que foi o responsável pela estrutura sistemática do Código Civil. Nesta parte, o enfoque do estudo da obra de Reale é feito para apresentar a relação entre a chamada “ética da situação” e a aplicação da cláusula geral da função social dos contratos.

A terceira parte tem por objeto a proposição de interpretar de maneira contextualizada a cláusula geral da função social dos contratos no sistema constitucional vigente, para que se possa realizar o controle das decisões judiciais que a aplicam.

Ainda nesta terceira parte é dedicado tópico específico para a análise comparativa da função social dos contratos de que trata o artigo 421 do Código Civil e as demais manifestações da função social em outras disposições legais. Embora a tese faça referências à Lei do Abuso do Poder Econômico e ao Código de Defesa do Consumidor, tais referências estão adstritas às relações necessárias com o Código Civil, não sendo objeto de estudo toda e qualquer manifestação da função social dos contratos.

PRIMEIRA PARTE — A AUTONOMIA DA VONTADE E AS SUAS TRANSFORMAÇÕES: O CONTRATO DE FONTE DE OBRIGAÇÕES A INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA

O ponto de partida para o estudo das origens doutrinárias da função social do contrato é a sua concepção clássica, que lhe atribui a função de ser causa das obrigações, ao lado do ato ilícito, do quase-contrato e do quase-delito.

O direito tem a função estática de conservar a distribuição dos valores econômicos e sociais, bem como dinâmica de possibilitar a perene renovação e facilitação da circulação de bens e utilização de serviços conforme as necessidades dos agentes sociais²⁸. Para cumprir a função estática, a categoria do direito subjetivo adquire relevância na tutela e conservação dos bens. Em apertada síntese: com o nascimento de uma obrigação há uma quebra no estado de equilíbrio do relacionamento normal dos indivíduos, mobilizando o direito subjetivo, submetendo os bens de um homem a outro. Para tal mobilização, que também é renovação, exige-se uma causa significativa, que provém das fontes das obrigações²⁹.

²⁸BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, Tomo I, p. 96. Enquanto o direito subjetivo tem função estática de conservação e tutela, o negócio jurídico tem função de iniciativa e renovação.

²⁹ BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 15 e ss. O Direito Romano legou três categorias de fontes: '*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*'. Destas figuras os

Esta é a função clássica dos contratos: gerar obrigações válidas a partir de acordos de vontade, que fazem nascer uma relação de imputação (atribuição, prescrição), determinada por razões de política jurídica, com efeitos determinados e limitados³⁰.

Embora a teoria das fontes das obrigações tenha sido objeto de muitos estudos, a análise funcional do contrato foi uma questão secundária e pouco relevante, pois o fato de o contrato cumprir uma finalidade não era considerado determinante para a sua validade ou eficácia.

Porém, as transformações ocorridas na base econômica e política que consagraram a concepção de contrato elaborada por Savigny, de acordo de vontades dirigido à produção de efeitos jurídicos, mudou o modelo de contrato dominante na doutrina, fazendo nascer uma linha de estudos voltada para a função do contrato.

romanistas no estudo do *corpus juri civilis* de Justiniano, observando que certas obrigações não nascem nem do contrato e nem do delito, desmembraram analogamente, pela falta do elemento intencional o quase-contrato e o quase delito (*quasi ex contractu — quasi ex maleficio*).

³⁰ VILLANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed. SP: Saraiva, 1989, p. 39: “A relação de causa/efeito é uma relação no mundo dos fatos, dos fatos naturais, ou dos fatos socioculturais. Entre objetos lógicos ou objetos formais não se encontra. As premissas não causam a conclusão, o enunciado implicante não causa o enunciado implicado, uma variável de objeto x não é causa ou efeito de outra variável y... (p. 39).

*A relação causal empírica provém, assim, da experiência de finitos casos de observação, e tem seu fundamento de validade universal num enunciado com estatuto de hipótese empiricamente transcendental. A causalidade jurídica tem semelhança. Pode advir da experiência, mas é pré-posta, preestabelecida, prefigurada, ante os fatos. A causalidade natural é **descritiva** do acontecer fático. A causalidade jurídica é **prescritiva**. Nessa prescritividade reside sua forma a priori de antepor-se aos fatos. Não registra como se dá a relação constante entre fatos, mas estatui como deve ser: deve ser a relação entre C e E, na contraparte fática, que o fato tenha tal efeito” (p. 43).*

Explicação similar, embora não tão didática a respeito da relação de causalidade, nominando-a como *relação de imputação* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 5ª ed. SP: Martins Fontes, 1996, Tradução do original *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Viena, 1960, por João Baptista Machado. Para Kelsen a lei natural é descritiva do ser, enquanto a lei jurídica é prescritiva do que deve ser. A relação entre o pressuposto e a consequência que deve ser é uma relação de **imputação**. p. 86 - 91.

Esta análise jurídica sobre a funcionalidade do contrato, ou a “descoberta da função” está associada a uma verdadeira modificação da função do contrato e não somente a uma mudança de perspectiva da doutrina a respeito da função.

Para compreender a transformação da função jurídica, social e econômica do contrato, com o objetivo de análise da função social dos contratos no Código Civil, o capítulo enfoca no primeiro tópico a problemática da teoria da autonomia da vontade, sua transformação e a conformação da autonomia privada a partir do artigo 421 do Código Civil.

No segundo tópico do capítulo, são analisadas as principais concepções funcionais de contrato, mediante o estudo dos principais autores que trataram sobre o tema, partindo-se do final do século XIX para estudar o pensamento de Jhering, Enrico Cimbali, Karl Renner, Leon Duguit e Emílio Betti.

Capítulo I – Os antecedentes da liberdade contratual no Direito brasileiro

“Dentro da margem que o sistema confere à livre iniciativa da vontade privada, esta é soberana.”³¹

As matrizes doutrinárias da função social dos contratos no Código Civil são aquelas que de maneira expressa foram indicadas pela Comissão Elaboradora do Código Civil na exposição de motivos do anteprojeto 634-B, as que foram adotadas na Câmara e no Senado e também as idéias que embora não tenham sido “expressas”, de alguma forma contribuíram para a conformação do atual sistema.

O que interessa e será objeto de estudo neste capítulo são as matrizes que ficaram implícitas no trabalho legislativo e na execução das matrizes explícitas.

A palavra “matrizes” confunde-se com “idéias” que foram determinantes para a construção do sentido e da lógica da “função social dos contratos”, mas que não necessariamente foram debatidas durante o processo legislativo.

³¹ CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1951, suplemento X, p. 31.

Essas idéias são aquelas que compuseram o pano de fundo da discussão realizada durante o século XX a respeito da função social do contrato e seu vínculo com modelos jurídicos como a “autonomia privada”, o “negócio jurídico”, o “contrato”, a “empresa”, etc.

Uma questão preliminar comum ao capítulo trata da fungibilidade entre “negócio jurídico” e “contrato” quando a análise tem por objeto a autonomia privada. Embora tanto o contrato quanto o negócio jurídico sejam figuras construídas em momentos históricos distintos, nos últimos anos há corrente jurídica cuja origem é o Direito Civil italiano que despreza as diferenças existentes entre ambos, fundamentalmente pelo desaparecimento do negócio jurídico da cena jurídica, em prol das discussões a respeito do contrato³².

Tanto Natalino Irti quanto Galgano afirmam que, sendo pela existência de uma relação analógica entre contrato e negócio jurídico, ou em razão do desaparecimento do “superconceito” negócio jurídico, não há efeitos negativos em utilizar-se uma ou outra locução, como por exemplo, para indicar negócio fiduciário, que significa exatamente um contrato fiduciário³³.

Para além dessa sinonímia, o debate realizado em torno do conceito de negócio jurídico foi o condutor das discussões sobre a autonomia privada e, conseqüentemente, não se pode prescindir desta categoria jurídica para o exame

³² “Tutti si aggirano nel vasto campo del contratto; il vocabolo ‘negozio’ (ha avvertito Francesco Galgano, industriale ed autorevole studioso del problema) è volto a sinonimo di ‘contrato’: non già rapporto di genere a specie, ma assoluta fungibilità”. IRTI, Natalino. Lecture bettiane sul negozio giuridico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. VIII.

³³ Galgano afirma, inclusive, que sua obra sobre negócio jurídico é baseada sobre sua redução à unidade do contrato, p. VI, bem como acentua que entre as duas edições de seu Tratado sobre o “negócio jurídico”, na discussão entre os requisitos do contrato, a vontade “va progressivamente cedendo posizione a favore della causa, della obiettiva funzione del contratto”. (p. XI). “La verità è che i nostri civilisti parlano ormai di negozio giuridico più per abitudini linguistica che per convinzione concettuale. Non ne parlano per alludere all’antico “superconceito”, transcendente il contrato e l’atto unilaterale, ma solo per utilizzare un sinonimo dell’uno o dell’altro. (...) L’uso di questa locuzione come semplice sinonimo è, ovviamente, innocuo, salva solo la evidente controindicazione nelle relazioni internazionali con operatori giuridici di lingua inglese o di lingua francese, nelle quali manca, nel linguaggio tecnico-giuridico come in quello corrente, l’equivalente di una simile locuzione”. GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 16.

da função social do contrato,³⁴ assim como não se pode negar que a análise funcional do contrato e da liberdade de contratar traz novas luzes para a tão debatida teoria do negócio jurídico³⁵.

Roppo chega a afirmar que não seria possível no Direito italiano ou germânico tratar de temas como função, disciplina e reconstrução doutrinária do contrato prescindindo da figura do negócio jurídico, que está sobreposta ao contrato. Argumenta que o negócio jurídico atua como fator de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico, não obstante essa generalização tenha funcionado historicamente como mecanismo de distanciamento da discussão jurídica da realidade social, razão pela qual o negócio cumpre melhor a função ideológica da autonomia privada tal qual concebida pela teoria da vontade³⁶.

Há objeções a tal uniformidade de tratamento, como é a apresentada por Carlos Ferreira de Almeida ao pôr dúvida à “abstração generalizante” que relega o contrato à obscuridade, em especial no regime do descumprimento³⁷. Também há a séria advertência de Pietro Perlingieri, de espaços da autonomia privada não regulados pelo contrato, no âmbito da atuação direta da personalidade, ou até mesmo no Direito de Família, e que, portanto não se sujeitam aos mesmos critérios de funcionalização³⁸. No mesmo sentido, o argumento segundo o qual não se pode tratar os negócios jurídicos unilaterais no mesmo plano dos contratos, principalmente pela grande relevância dos atos de vontade nos primeiros, que é

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 32.

³⁵ RAISER, Ludwig. Il compito del diritto Privato. Funzione del contratto e libertà contrattuale. Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 76.

³⁶ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 50.

³⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Contratos – Conceito – Fontes – Formação. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13 – 21.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro, tradução de Maria Cristina de Cicco. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277 e 278.

menor nos segundos, em razão da necessidade de consenso, prévia anuência e da existência de uma “determinação conjunta”³⁹.

Essas observações são pertinentes, contudo não afastam a circunstância fática de que a teoria do negócio jurídico foi o condutor do debate jurídico acerca da autonomia e, nesse sentido, as referências à autonomia privada feitas pela doutrina não admitem distinção entre contrato e negócio jurídico. Da mesma maneira, o estudo dos autores que são objeto deste capítulo nem sempre permite distinguir autonomia privada de liberdade contratual.

Tal discussão justifica-se pela análise histórica do processo de formação da idéia de “função social”, sem que se atribua ao debate entre as diversas concepções doutrinárias a responsabilidade única da formação dos modelos. A “implacável objetividade” das relações econômicas decorrentes das transformações ocorridas na sociedade e no próprio Estado são a base a partir da qual a doutrina jurídica desenvolveu seu trabalho, na maior parte das vezes dando respostas às necessidades sociais e econômicas que demonstravam a fragilidade de concepções então vigentes, mas sempre usando as ferramentas e linguagem que lhe eram contemporâneas⁴⁰.

Inicia-se o estudo da autonomia privada pelo Código Civil de 1916, que é o ponto de partida da compreensão do (A) significado da concepção “liberal-individualista” de liberdade contratual, decorrente da adoção da (B) teoria da vontade. A seqüência do capítulo apresenta as (C) transformações na teoria do negócio jurídico em direção à sua objetivação e às conseqüentes (D) transformações legislativas ocorridas no Direito brasileiro durante o século XX. Por

³⁹ Nos negócios unilaterais, como é o caso do testamento, a vontade dita o regulamento. Vale a vontade do testador, devendo o negócio sempre ser interpretado de maneira subjetiva, já que no plano da sua competência, “o titular exerce solitária e isoladamente o poder que lhe cabe, ficando a gestão e realização dos interesses tutelados na sua inteira disponibilidade. A autarcia atinge então o seu grau máximo, o autogoverno é-o então verdadeiramente, porque independe do concurso da vontade de outros”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53 e 54.

⁴⁰ IRTI, N. Lecture bettiane, p. IX.

fim, (E) são apresentadas as razões e a fundamentação da proposição, aqui defendida, segundo a qual na literatura jurídica brasileira ainda não foi desenvolvida uma doutrina sólida sobre a função social dos contratos.

A. Significado de concepção liberal e individualista no Código Civil de 1916

É afirmação corrente no Direito brasileiro, no período após a edição do Código Civil vigente, que a função social dos contratos representa a realização no âmbito do direito contratual da chamada “diretriz da socialidade”, cujo papel central foi o de superar o princípio “individualista” e “liberal” que estava posto no Código Civil de 1916⁴¹.

O “individualismo” e “liberalismo” postos no Código Civil de 1916 estavam caracterizados por uma disciplina do contrato baseada no paradigma da “autonomia da vontade”, cujo principal efeito era uma ampla liberdade de contratação e estipulação contratual. No Código Civil de 1916 prescindiu-se de uma disposição expressa a respeito da liberdade contratual ou autonomia da

⁴¹ O “individualismo” do Código Civil de 1916 foi objeto de proposta de reforma pouco mais de 15 anos de sua vigência, mediante a edição do Decreto número 19.684, de 10 de fevereiro de 1931, editado logo após a revolução de 30, sob os auspícios do “vitorioso governo revolucionário”, no qual foi determinada a formação de uma comissão revisora do Código Civil, para atualizá-lo aos novos princípios do “Estado Novo”. Por incrível que pareça, a primeira comissão para reforma foi composta pelo próprio Clóvis Beviláqua, que teve a companhia de Eduardo Espínola e Alfredo Bernardes, este último substituído por Epiácio Pessoa. Ou seja, os princípios do Código Civil de 1916 começaram a ser postos em “xeque” com as primeiras transformações político-sociais do século XX. ESPINOLA FILHO, Eduardo. A luta de Clovis Bevilaqua, em defesa do seu projeto, durante a elaboração do Código Civil brasileiro, e a tentativa de reforma deste último. Revista o Direito, v. XX, São Paulo: Freitas Bastos, 1943, p. 95 – 112.

vontade, pois ela era evidente, imanente e estrutural do sistema, presente em praticamente todas as suas normas (artigos 85, 115, 129, 1080, etc.)⁴².

As limitações à autonomia da vontade estavam no artigo 115, com a proibição das cláusulas “meramente potestativas” e nas regras dos contratos típicos, seguindo a tradição jurídica de fixação de requisitos de validade e limites na eficácia dos contratos previstos em lei. Exemplos disto são os casos do artigo 1133, III, que proíbe aos Juízes de comprar os bens sobre os quais se litiga no Juízo sobre o qual se estende sua autoridade; do artigo 1177 que proíbe a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; do artigo 1175 que proíbe a doação em quantia superior ao que se poderia dispor por testamento; etc.

Em outras palavras, os limites da autonomia da vontade postos no Código Civil de 1916 estavam relacionados com a proteção da ordem pública, incluindo-se aí a proteção das regras do direito de família e sucessões, e para a proteção da “própria vontade”.

A proteção da ordem pública sempre foi um limitador da autonomia da vontade, mesmo nos códigos civis liberais como era o Código Civil de 1916, pois representa a preservação do próprio sistema de Direito Privado como um sistema ordenado e organizado segundo valores⁴³. Insere-se nesse particular a proibição de contratar violando os bons costumes, regra equivalente a da legalidade, para a preservação da ordem pública, ainda que baseada em razões de moral social.

Afirmar que um dos limites à “autonomia da vontade” era dirigido à proteção da “própria vontade” pode até parecer contraditório, mas uma análise das regras

⁴² Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “a idéia-força do contrato, tal como o recebemos do passado e tal como sobreviveu no Código Civil de 1916 é o individualismo liberal”. A afirmação abre capítulo no qual o autor descreve a característica do sistema contratual do Código Civil de 1916. PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no Direito Civil brasileiro. Revista Forense, v. 281, p.107 – 132.

⁴³ Para a análise do individualismo sob a perspectiva de seus fundamentos éticos e históricos, bem como sobre a relação entre o público e privado ver FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13 – 62.

do Código Civil de 1916 a respeito dos casos de invalidades demonstra dois grandes bens que eram protegidos: ordem pública e liberdade da declaração de vontade.

O artigo 145 do Código Civil protegia a ordem pública nos incisos I (incapacidade absoluta do agente), II (ilicitude do objeto) e V (violação da lei), e, nos incisos III e IV considera nulo o negócio jurídico por desobediência à forma prevista em lei.

A exigência de uma forma especial para que um contrato seja celebrado é um mecanismo que o ordenamento encontrou para que os atos de disposição de determinados bens, considerados mais importantes, sejam revestidos de especiais cuidados, para que se tenha certeza sobre a liberdade da declaração de vontade.

Assim, o artigo 134 do Código Civil de 1916 tinha a adoção, o pacto antenupcial e os atos dispositivos sobre imóveis como casos em que essa liberdade de declaração de vontade ficasse sem qualquer dúvida, já que era tutelada por um tabelião, autoridade competente para a celebração da escritura pública.

Se o contrato foi celebrado com obediência à lei e se houve liberdade na declaração de vontade, ele é válido e eficaz, pois é “justo”. A pessoa mais apta para decidir sobre a justiça da celebração de um contrato é aquele que declara vontade de contratar.

O sistema de invalidades posto no Código Civil era o principal mecanismo de regulação da liberdade contratual, mediante um conjunto de regras que protegia a “liberdade da declaração de vontade”. A liberdade contratual, portanto, estava associada diretamente à liberdade da pessoa no momento da emissão da declaração de vontade que forma o contrato: ausência de erro, dolo ou coação.

A única disciplina legal vinculada ao conteúdo do contrato era a regra do artigo 115, em sua parte final, pela proibição das cláusulas meramente potestativas. Tal proibição também se dirigia à proteção da “liberdade da

declaração de vontade”, pois as cláusulas meramente potestativas subjugam a vontade de uma das partes ao capricho da outra⁴⁴.

As regras do Código Civil de 1916 trazem junto de si a concepção de que a justiça é inerente e natural ao contrato. Qualquer intervenção, a qualquer pretexto (de uma imaginária equidade), provocará injustiça⁴⁵. Essa concepção está vinculada com o fundamento teórico adotado pelo Código Civil de 1916, vinculado de maneira estreita com a Teoria da Vontade.

Por isso, para entender o sentido da expressão “liberal-individualista” que é usada reiteradamente pela doutrina para adjetivar o contrato, é preciso tratar da teoria da vontade.

A teoria da vontade foi cunhada a partir das idéias de Hugo Grotius, para quem o homem, por ser dotado de inteligência, é livre e tem capacidade de reflexão para a prática de atos segundo a vontade⁴⁶. Também há forte componente do pensamento kantiano, pois a liberdade para decidir implica responsabilidade de cumprir os pactos, o que torna o acordo de vontades uma fonte de obrigações

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

⁴⁵ GHESTIN, Jacques. L'utile et le Juste dans les Contrats. *Archiv de Philosophie du Droit*, Paris, 1981, tomo 26, p. 37.

⁴⁶A partir das construções de Grotius é que se concebe o princípio da autonomia da vontade, cuja essência está na liberdade e igualdade dos homens que não recebem comandos de outras vontades, resultando num princípio fundamental do direito positivo : *pacta sunt servanda*. Idem, *ibidem*, p. 36.

Para Miguel Reale o pensamento de Grotius é um dos exemplos mais nítidos de projeção de um “princípio de Direito Natural projetado na sociedade primitiva, pré-jurídica, como condição de toda a vida jurídica futura. Mais um caso de transladação para o passado do que se acalenta como valor ideal”. Essa observação de Reale é formulada a partir da análise da origem da expressão *pacta sunt servanda*, que está relacionada com a sua proposição de estabelecer a paz mundial a partir de tratados: “para que estes tratados não fossem desrespeitados, ele convertia em princípio básico de todo o Direito Natural o mandamento ético de que aquilo que é pactuado deve ser cumprido”. REALE, Miguel. Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural. In: *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 108.

jurídicas. Para a teoria da vontade a justiça é inerente ao contrato, como revela a famosa sentença de Fouillée: “qui dit contractuel, dit juste”⁴⁷.

Pela justiça inerente e natural, o contrato é colocado ao lado da lei,⁴⁸ tão obrigatório quanto ela, mas com suas essenciais características: consensualidade e efeitos relativos.

Trata-se de concepção subjetiva, que define o contrato como um ato de vontade, ou melhor, um acordo de vontades em que as partes obrigam-se a dar, fazer ou não fazer, sendo seu critério definidor, em primeira e última análise, a vontade: “*La volonté est la cause première du droit*”⁴⁹.

A vontade é o fundamento da obrigatoriedade do próprio negócio jurídico, e o acordo de vontades o fundamento da obrigatoriedade do contrato. Trata-se de um dado que o ordenamento jurídico somente atribui efeitos, já que a base ética vinculada à autonomia da vontade é suficiente para a atribuição de efeitos jurídicos, não obstante sempre tenha sido objeto de discussão o conflito entre vontade interna e vontade declarada.

⁴⁷GHESTIN, J. L'utile et le Juste...p. 36.

A concepção da ética kantiana da autonomia moral da pessoa e de sua vontade ética, bem como a concepção da ordem jurídica como forma de permitir maior compatibilidade da liberdade entre os sujeitos de direitos é recepcionada no contrato através do pensamento de Savigny, considerado pela doutrina como «partidário de Kant». WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 402.

⁴⁸“...a vontade como a lei, pode criar direito”. AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. Revista de Direito Civil, n. 46, p. 14.

⁴⁹“*«La volonté est la cause première du droit»: c'est ainsi que s'énonce le credo philosophique et juridique des XVIII^e et XIX^e siècles. A la base de l'édifice social se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre: l'Etat, la loi ne sont que les émanations des volontés individuelles conjuguées.(...) «L'acte juridique est la manifestation de la puissance créatrice que appartient à la volonté privée dans le domaine juridique». C'est la volonté interne qui confère toutes ses nuances et tous ses effets à l'acte*”. RIEG, André. Op. cit., Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle, Archives de Philosophie du droit, (le role de la volonté dans le droit), Paris:^a ed. Sirey, p. 125.

Essa concepção é fruto e expressão mais perfeita do individualismo e liberalismo jurídico, pela compreensão de que o homem como ser racional, inteligente e autônomo somente pode se obrigar através de sua vontade, seja por meio do contrato ou da lei (esta compreendida como vontade geral da nação).

Em especial, na França pós-revolução, a autonomia da vontade foi considerada como um princípio político, elemento que explica a natureza “sacro-saint” da autonomia da vontade para os autores franceses, fiéis à concepção subjetiva da vontade⁵⁰. Tal concepção foi acolhida pela doutrina brasileira posterior ao Código Civil de 1916, em razão da grande e forte influência da doutrina francesa lida nos cursos jurídicos brasileiros durante todo século XX. A concepção voluntarista influenciou fortemente o direito brasileiro, não obstante a presença contínua da concepção germânica, sob o prisma dos pandectistas que foram os responsáveis pela construção de uma teoria objetiva do negócio jurídico.

Naquele momento histórico, predominou a concepção de que os elementos do negócio jurídico considerados como os mais importantes eram a vontade e a respectiva declaração⁵¹. O contrato é a justaposição de duas vontades internas

⁵⁰Os pandectistas alemães consideravam o princípio da autonomia da vontade como um “simple principe *philosophique* parmi de novreux autres”, por não terem visto a jornada histórica da revolução francesa e por considerarem mais a ordem geral e a segurança dos negócios. Isto permitiu a construção de uma teoria objetiva do negócio jurídico. Aqueles que começaram a conceber a objetivação do negócio jurídico afirmavam que a potência humana é uma ficção e que é perigosa para o crédito público, porque fragiliza os contratos que exigem estabilidade, notadamente com uma sociedade industrial em que começava uma multiplicação das transações e desenvolvimento do comércio, partindo do entendimento de que os direitos e obrigações surgem a partir da ordem jurídica positiva e que “n’est pas la volonté interne qui forme l’élément constitutif de l’acte juridique, mais la déclaration de volonté, «c’est-à-dire un fait tangible, social, propre à faire supposer... l’existence d’une volonté»”. Idem, *ibidem*, p. 127.

⁵¹ A historicidade e a vinculação de tal concepção com o fenômeno político que foi o pano de fundo desta concepção está apresentado com clareza na obra de Galgano, que diferentemente de Habermas (HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984) não situa a discussão somente no plano sociológico e histórico, mas também sob o ponto de vista técnico. Galgano afirma que a exaltação da vontade como causa eficiente da eficácia jurídica foi decorrente do movimento realizado pela burguesia mercantil para realizar seus desejos de apropriação. Essa ação política escondida por detrás da teoria da vontade leva a um grave equívoco no conceito de negócio jurídico, tendo em vista que a luta pela liberdade contratual é a luta dos compradores e credores contra os vendedores e devedores, citando Dino Gorla e Pietro Barcellona para endossar sua tese. GALGANO, F. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 20.

concordantes. Fica para a vontade o papel de produzir os efeitos do ato, no qual a declaração é apenas um meio graças ao qual a vontade pode ser conhecida por terceiros.

O texto do artigo 85 do Código Civil de 1916 é claro a esse respeito, mediante disposição expressa de que a vontade deve se sobrepor à declaração⁵².

O sistema fundado sobre concepções voluntaristas não dá espaço à “função social” do contrato, pois se eventualmente ela vier existir, não tem relevância jurídica, tendo em vista que o dogma da vontade para as teorias voluntaristas tem um caráter político e filosófico cuja preservação não admite exceções.

Tanto a concepção clássica da teoria da vontade, como concepções que acentuam o mecanismo contratual com sua natural bilateralidade como instrumento suficiente para garantir a justiça contratual, não conseguem superar o problema de que os fatores determinantes das disfunções da autonomia da vontade estão fora do contrato. A estrutura bilateral de formação do contrato é mecanismo neutro que pode ou não canalizar os interesses das partes, dependendo das condições em que os agentes estejam inseridos⁵³.

⁵²“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. A origem de tal declaração está na locução latina *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*, segundo a qual “deve-se buscar nas convenções qual foi a intenção comum das partes contratantes, antes de buscar o sentido gramatical dos termos. POTHIER, Robert Joseph. Tratado das Obrigações. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas dias Ferreira, Campinas: Servanda, 2001, p. 96.

⁵³ “Não parece, assim, que o mecanismo contratual traga em si, por virtualidade intrínseca, uma garantia própria de justiça, impulsionando as partes para um compromisso equilibrado, independentemente das condições reais de defesa autônoma, por cada uma delas, dos seus interesses. Se essas condições existem, está aberta a possibilidade de um resultado justo, para o qual, todavia, o dispositivo do contrato só contribui como estrutura de acolhimento e harmonização das vontades contrapostas; se não existem, então não será esse mecanismo que as garantirá, pois não possui forças endógenas para tal”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 83.

B. Função do contrato no contexto do Código Civil de 1916

O princípio da autonomia privada sobre o qual se estruturou a malha contratual para regulação das relações intersubjetivas no período que se seguiu ao Código Civil de 1916 não tinha conteúdo meramente jurídico, porque também integrava um determinado ordenamento moral vigente no meio social, vinculado ao ideal liberal de construção de uma esfera privada, livre de intervenção estatal, como forma de emancipação econômica e social.

Esse ideal liberal não afastou a necessidade de o Estado regular a vida social, em especial a vida econômica. E essa necessidade regulatória precisa ser compreendida no âmbito do Direito Público e do Direito Privado. À “esfera pública”, constituída com o advento histórico da Revolução Francesa, foi atribuída a função de garantir um “Estado de Direito”⁵⁴. Esse Estado de Direito tinha como pressuposto um mercado livre da intervenção estatal, destinado à regulamentação privada pelas suas próprias leis, com possibilidade da livre disposição da propriedade⁵⁵.

⁵⁴Sobre o tema ver NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987; HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984, entre outros.

Habermas, em obra mais recente apresenta as mesmas idéias, sob outra perspectiva, considerando que “as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexos interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política. Por isso os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis”. HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149.

⁵⁵ Embora tenha sido consagrado o contrato como instrumento de livre circulação da propriedade, atendendo às pretensões da classe mercantil oitocentista, também consistiu em instrumento de proteção da classe fundiária, que recebia a proteção de que não perderia seus bens contra sua vontade. GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 19.

Nesse contexto, o contrato foi “eleito” como instrumento da autonomia privada em razão de representar o modelo utilizado nos processos de troca de mercadorias na livre concorrência,⁵⁶ sendo o instrumento mais eficaz para a mobilização do direito de propriedade.

Isso faz nascer uma nova concepção de política, que antes era só atributo da esfera pública, pois os sujeitos privados podem normatizar através de sua declaração de vontade. Sob esse prisma, se for considerado que a política é processo de criação do direito, o particular passa a agir politicamente sobre a normatividade através de sua vontade.

O processo de normatização das relações privadas a partir do contrato é considerado por Galgano como uma concessão positiva para sistematização de interesses individuais, contribuindo, para a possibilidade do bem comum, pois a liberdade de contrato não é um fim, mas um meio⁵⁷. A esta idéia da liberdade de iniciativa econômica associa-se a idéia de que o egoísmo privado produz resultados sociais.

O contrato acaba sendo considerado como um fenômeno elementar da ordem social, e o princípio da “autonomia da vontade” possui uma utilidade social em razão da necessidade de servir à lei da oferta e da procura, respondendo ao interesse geral hegemônico no século XIX⁵⁸.

⁵⁶“A concepção de negócio jurídico como um contrato à base da livre declaração de vontades é cópia do processo de troca entre donos de mercadorias na livre-concorrência. Ao mesmo tempo, um sistema de Direito Privado que, por princípio, reduz as relações das pessoas privadas entre si a contratos privados, pressupõe como modelares as relações de troca que se estabelecem segundo leis do mercado livre de trocas”. HABERMAS, Op. Cit., p. 94.

⁵⁷A autonomia privada é poder normativo e o negócio jurídico é fonte do direito, reconduzidos à unidade do sistema estatal, que aposta na “virtú sociali dell’individuo, capace di affermarsi al legislatore na riconsituzione d’un nuova polis aristotelica”. GALGANO, Francesco. *Autonomia Privata, Creazione Del Diritto e Conceito di Política*. Rivista di Diritto Civile, 1959, Padova: Cedam, p. 338.

⁵⁸ GHESTIN, J. L’utile et le Juste..., p. 35 – 37.

Junto com tal concepção, segue um processo, de cunho histórico e ideológico, que aponta no sentido inverso, que é o de despolitizar o direito, eliminando sua teleologia, transformando o jurista num técnico neutro⁵⁹. As figuras jurídicas utilizadas neste processo são justamente aquelas que incorporam de forma mais profunda o dogma da 'vontade': o sujeito de direito, o negócio jurídico e o direito subjetivo⁶⁰.

Neste sentido, a teoria da vontade não elimina de todo uma perspectiva funcional, mas esta é pressuposta do próprio contrato, realizada de maneira automática. A simples utilização da liberdade de contratar é suficiente para garantir o funcionamento ótimo da vida econômica e social⁶¹.

A atividade regulatória do Estado antes referida em sentido contrário à ideologia liberal foi provocada pelas transformações sociais e econômicas ocorridas no início do século XX, que além de provocar mudanças na esfera

⁵⁹“Galvano sostiene che il problema del negozio giuridico è un problema di *politica* della costruzione giuridica, e che la teoria dello stesso negozio giuridico, elaborata dalla pandettistica tedesca e culminata nel BGB., corrispose a una scelta di politica della costruzione giuridica, basata sulla presunzione di poter soddisfare e coordinare tra loro, nell'ambito di una categoria giuridica unitaria, gli interessi più diversi o addirittura contrapposti, astraendo, peraltro, dalla reale tipologia storico-sociale...”. DE CUPIS, Adriano. Postilla sul problema del Negozio Giuridico. Rivista del diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni, Milano, n. 3-4, 1976, p. 85.

⁶⁰ Enrico Gabrielli afirma serem parte de uma mesma realidade, tendo como centro o indivíduo: “L'individualità del soggetto di diritto, com tutti gli attributi proprii della sua unità logica, rappresenta la nota differenziale del sistema, così che la teoria dei diritti soggettivi, degli atti giuridici e del negozio giuridico, sono, indefinitiva, aspetti diversi di una medesima realtà.

Del resto anche nella parte generale delle trattazioni sistematiche della scienza del diritto si rinviene lo stesso procedimento logico di costruzione del sistema, per cui, posto quale centro l'individualità, il sistema giuridico viene edificato su quella misura. La teoria del soggetto di diritto indica i predicati del soggetto individuale, la teoria dei diritti soggettivi le attribuzioni connesse, ed, infine, gli atti giuridici le sue attività”. GABRIELLI, Enrico. Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Collettivi. Rivista del Diritto e Procedura Civile, outubro-dezembro de 1984, n. 4, p. 974.

Sobre o vínculo entre o direito de propriedade, o sujeito de direito e a autonomia privada, numa perspectiva histórica ver PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p.07 e ss: “A análise do conceito de autonomia privada e a sua história revelam a inequívoca ligação deste conceito com os de sujeito jurídico e de propriedade...”.

⁶¹ PRATA, Ana. Op. cit., p. 12.

pública, mediante o nascimento do “Estado Social de Direito”, atingiu diretamente o contrato.

A consequência foi a interferência estatal na esfera privada, ‘limitando’ a chamada liberdade contratual em dois aspectos: liberdade de contratar⁶² e liberdade de estipulação do conteúdo do contrato⁶³. Não foi atingida a essência da liberdade de contratar, que para Galgano é o seu sentido negativo, segundo o qual ninguém pode perder seus bens ou ser obrigado a realizar prestações em favor de outro sem que manifeste vontade de fazê-lo⁶⁴.

Parte da doutrina considera que essa intervenção não visa a reduzir a liberdade dos cidadãos, mas, pelo contrário, aumentá-la,⁶⁵ como forma de manter a própria liberdade de iniciativa econômica garantida constitucionalmente.

Essa é a concepção apresentada por Marie-Ane Frison-Roche, ao afirmar que já não é possível ignorar a distinção entre **vontade** e **consentimento**.

⁶²A liberdade de contratar foi restringida pela diminuição do poder de auto-regulação de interesses. Exemplos dessa limitação foi o surgimento de contratos necessários, ditados (telefone, energia elétrica, etc.), o estabelecimento de deveres funcionais a determinadas atividades profissionais (médicos, advogados, etc.), obrigatoriedade de seguros, inclusive seguridade social, sem contar o aumento da eficácia horizontal dos direitos constitucionais, antes só impostos ao Estado.

⁶³Clausular livremente é outro poder que foi restringido, protegendo-se certos bens, considerados indisponíveis, bem como pela criação do entendimento de que certas estipulações por serem violação do equilíbrio contratual são inválidas, principalmente se integrantes de contratos de adesão ou contratos submetidos a condições gerais dos negócios.

⁶⁴ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 45: “a) liberta o autonomia contrattuale significa, in senso negativo, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazione a favore di altri contra o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà. (...) b) libertà o autonomia contrattuale significa, in senso positivo, che le parti possono, con un proprio atto di volontà, costituire o regolare o estinguere rapporti patrimoniali: che essi possono, cioè, disporre dei propri beni e possono obbligarsi ad eseguire prestazioni a favore di altri (e, sotto il primo aspetto, l’autonomia contrattuale coincide con la facoltà di disposizione delle cose, che rientra nel contenuto del diritto di proprietà).

Essa afirmação de Galgano não leva em consideração os *contratos ditados*, em que não há liberdade de tal decisão: o contrato é obrigatório, conforme será tratado adiante.

⁶⁵Como prefere a professora Célia Weingarten, “en rigor de verdad, no se trata de igualdad, sino de igualación, es decir, en el de otorgar un tratamiento a las relaciones jurídicas, valorando previamente a quienes deben ser igualados”. WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, 2000, p. 38.

Embora tal diferença fosse irrelevante em uma sociedade liberal do século XVIII, não pode ser desconsiderada em uma sociedade de pressões como é a do final do século XX. Enquanto a **vontade** expressa poder, manifestação maior da liberdade, o **consentimento** é alinhamento à vontade, é ato de subjugação, principalmente na sociedade de massas⁶⁶.

Diante da diferença revelada pela análise das relações econômicas de consumo, assim como pela utilização do contrato como instrumento de pressão econômica, é preciso restaurar o princípio da “autonomia da vontade” e restituir ao consumidor o seu livre arbítrio, assim como permitir mecanismos de defesa contra os instrumentos de pressão da sociedade moderna⁶⁷.

Embora a intervenção tenha por objetivo evitar que a disparidade econômica, informativa ou tecnológica dos sujeitos seja reproduzida nos contratos, a afirmação tem um caráter retórico, pois a intervenção visa a alcançar uma maior igualdade, pela redução do espaço da liberdade de contratar.

Trata-se de construção tipicamente francesa, pois não logrou compreender a distinção profunda entre os conceitos de ‘autonomia da vontade’ (expressão que designa concomitantemente uma construção ideológica típica do século XIX, com enfoque sobre o acordo mútuo como centro do fenômeno contratual, como representação do fenômeno comercial oitocentista em que o acordo de vontades assume o caráter de uma espontânea composição dos interesses privados), e autonomia privada (“compreendida como competência para a nomogênese”). É uma tentativa de amoldar aos “novos tempos” a concepção

⁶⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement em droit des contrats. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1995, n. 03, p. 573 e ss: “Par la volonté, je domine; par le consentement, je me soubets. La force est du côté de la volonté; la faiblesse du côté du consentement”. p. 574.

⁶⁷ PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1998, v. 1, p.53 e ss.

voluntarista, tal qual outras concepções que falam em “vontade racional”, vontade esclarecida⁶⁸, etc.

Tem maior coerência o raciocínio de Joaquim de Sousa Ribeiro que centra o problema da intervenção na liberdade de contratar em razão da falta de autodeterminação. Porém, a intervenção não restaura o “livre arbítrio”, mas representa afastamento da autonomia privada e da autocomposição pela heteronomia e autoridade da decisão judicial. O autor português considera a falta de autodeterminação de uma das partes, seja pela falta de condições reais de se manifestar ou pela incapacidade autônoma da defesa de interesses próprios, como *ratio decidendi* da intervenção judicial nos contratos para exclusão da autonomia privada⁶⁹.

A exclusão se dá em razão da necessidade de superação da concepção individualizante de autonomia privada que atribui à liberdade contratual um sentido similar ao de “auto-soberania”, que ignora não só o ordenamento jurídico, mas as exigências de cooperação, recusando a indissociável natureza social do fenômeno contratual⁷⁰.

Enquanto a intervenção Estatal na segunda metade do século XX foi no sentido de atribuir ao contrato um papel social de preservação dos mais débeis sob o ponto de vista econômico, houve, também uma transformação que atribuiu ao Direito Privado um caráter mais “ontológico”, no sentido de situar o indivíduo na sua “nudez existencial”. Essa transformação serve não só para proteger a integridade física e a intimidade, como também para possibilitar a realização

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista DireitoGV, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005, p. 43 e 44.

⁶⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 46.

⁷⁰ Idem, ibidem, p. 58.

pessoal através de atos autônomos, como manifestação do livre exercício da personalidade, com evidentes reflexos no Direito contratual⁷¹.

A intervenção legislativa que quebrou o sistema do Código Civil de 1916 teve por objetivo a manutenção do equilíbrio contratual através da intervenção na liberdade e, portanto, de realização da justiça contratual⁷².

No caso brasileiro, o movimento histórico de intervenção, de dirigismo estatal, considerou a necessidade de atuação do Estado como redutor das desigualdades para preservação do contrato como instrumento da autonomia privada.

Preservar o contrato significa preservar o mercado, ainda que não seja o mercado absolutamente livre idealizado no final do século XVIII: o mercado continua sendo um espaço da autonomia privada, mas regulado e, portanto, não se pode mais falar em uma “autonomia da vontade” tal qual foi concebida no final do século XVIII.

Evidentemente que isso não foi uma opção deliberada do legislador, mas decorrência do fenômeno da massificação das relações sociais, da inclusão de novos valores de justiça distributiva e bem-estar, de mudança da racionalidade jurídica e de transformações das relações econômicas que teve lugar durante o século XX, que mudou o esquema contratual paritário fundado na tratativa e na negociação do consenso tal qual foi concebido no Código Civil de 1916. Por sinal,

⁷¹ Sob o ponto de vista dos novos valores, Natalino Irti associa o caráter “ontológico” do Direito Privado moderno com a preocupação pela defesa da “existência humana” e a proteção da natureza frente à associação entre empresa e ciência, que criaram o que denomina de “poder tecnológico”: “Il ‘privato’ assume un carattere, per così dire, ontologico. Non il singolo come membro di classe (...) o di ceti sociali ed economici; ma il singolo nella nudità esistenziale, che difende l’essere fisico e la sfera più intima ed esclusiva della propria vita. Il potere tecnologico non minaccia soltanto la fisicità, ma penetra, no apparati informatici e memorie elettroniche, nell’intimità della vita”. IRTI, N. Op. cit., p. VIII. No mesmo sentido, MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionias e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998, que trata do chamado welfarismo contratual, p. 37 – 64.

⁷²A justiça contratual não é compreendida como atribuição de vantagens em função de justas causas de desigualdade (justiça distributiva), mas de manter ou restabelecer um estado de coisas preexistente entre credor e devedor sobre uma base de igualdade. GHESTIN, J. L’utile et le Juste..., p. 47.

esse esquema raro cedeu lugar para um novo modelo, mais ágil e hábil para regulamentação das relações de massa⁷³.

Porém se, por um lado, esse novo modelo de contrato facilitou as relações econômicas, por outro, trouxe uma série de restrições jurídicas à liberdade e à igualdade.

Sabe-se que tanto a liberdade como a igualdade são problemas jurídico-filosóficos que consomem muito tempo e atenção, tanto de juristas como de filósofos em torno de sua melhor definição. Mas, se não há um consenso absoluto, é certo que existem algumas distinções mínimas que podem ser aproveitadas juridicamente, que são as noções de igualdade formal e material⁷⁴.

⁷³ Sobre o novo modelo de contratação, ver CESÀRO, Ernesto. *Condizioni generali di Contratto ed Elencazione delle Clausole Vessatorie*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, p. 58. No mesmo sentido afirma que o contrato submetido a condições gerais não é um desvio do modelo geral e central do sistema contratual, porque “non esiste, a nostro avviso, una categoria normativa generale di contratto, né tantomeno un sistema unitario”. p. 59.

Joaquim de Sousa Ribeiro afirma que a massificação decorrente do processo de industrialização e o avanço tecnológico proporcionaram um avanço no nível geral de produtividade de bem-estar, colocando os bens de consumo ao alcance das massas. Porém, esse processo transformou-se num fator de distorção e de instabilidade. Sob o ponto de vista jurídico, houve a quebra da concepção clássica de contrato e de liberdade. Sob o ponto de vista econômico, o aumento da dependência existencial e econômica de fatores produtivos que as massas não dominam: o fenômeno da empresa e o desenvolvimento das organizações que criam dados reais de disparidade de natureza e de poder dos sujeitos que operam no mercado, exigindo uma nova concepção de liberdade contratual, que não seja meramente negativa e que leve em consideração a disparidade de poder entre os sujeitos. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. cit.*, p. 99–109.

⁷⁴ A igualdade formal é sinteticamente definida por Ana Prata: “Juridicamente, a igualdade formaliza-se na atribuição de uma qualidade jurídica a todos os homens desde o seu nascimento: a personalidade jurídica. A uniformização da condição jurídica de todas as pessoas não depende, pois, do preenchimento de qualquer requisito suplementar ao da sua existência física. Mas a igualdade jurídica, se tem esta forma inicial e essencial de expressão, assume, decorrentemente dela, aliás um outro sentido: o da proibição, para o Estado, de discriminação entre os sujeitos”. Já a igualdade material consiste na intervenção estatal decorrente da constatação de que a desigualdade econômica e social das partes impede o efeito prático hipotético do tratamento igualitário dado formalmente pela lei, intervenção esta “orientada no sentido de assegurar a todos os cidadãos as condições materiais que lhes permitam exercer as outras liberdades, e, no particular domínio das relações interprivadas, com vista a promover a remoção dos obstáculos *de facto* ao exercício da liberdade negocial”. (...) “Isto é, que à intervenção estatal não-de presidir critérios de justiça distributiva conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades fácticas existentes”. PRATA, Ana. *Op. cit.*, p. 86, 91 e 93.

Formalmente, no regime da liberdade contratual do Código Civil de 1916, supunha-se que todos os indivíduos são livres e iguais, ainda que no curso das relações econômicas, no mercado, a igualdade não seja um valor. Por isso, o equilíbrio econômico como efeito do contrato é o único mecanismo que se pode buscar, já que o processo de trocas é baseado em sujeitos naturalmente desiguais.

É justamente nesse sentido que as normas de intervenção no âmbito da autonomia privada agiram, mediante uma série de disposições cujo objetivo é de que a eficácia contratual preserve o equilíbrio econômico, seja mediante a tipificação contratual máxima, como ocorreu com os contratos agrários, ou através da adoção de princípios ético-jurídicos, em especial da boa-fé objetiva⁷⁵.

C. A objetivação da teoria do negócio jurídico como pressuposto para valorização da função social dos contratos

Os fundamentos teóricos da Teoria da Vontade começaram a ser postos em xeque bem antes de 1916 no cenário jurídico europeu, em especial na Alemanha, através das idéias de Büllow, Brinz, Zitelmann e de Enneccerus, que acompanharam as transformações sociais ocorridas na segunda metade do século XIX durante o processo de plena expansão industrial.

⁷⁵“A aplicação de princípios éticos, no campo dos contratos, passou a ser, assim, uma das características da nossa época.

Quando a doutrina e a jurisprudência encontram no ordenamento jurídico uma disposição normativa que lhes possa servir de apoio, a criação jurídica possui, desde logo, a base para se desenvolver de modo sistemático. Por vezes, o legislador tarda em acudir a essa exigência da dogmática jurídica, deixando de regular a espécie por dilatado espaço de tempo”. COUTO e SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios. In: Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica. Curitiba: Ed. Juruá, 1988, p. 31.

As mudanças sociais tornaram insubsistente o papel da lei como garantia da igualdade formal, em razão de leis para setores específicos da vida social, com regime jurídico diferenciado para as partes (empregado e empregador, locador e locatário, etc.). Isso foi acompanhado da mudança de posição ocorrida em relação à burguesia industrial, que no início do século XIX era “compradora” de terras, e, no final do século XIX, passa para a posição de vendedora de mercadorias, pois era formada fundamentalmente pelos comerciantes. A contraposição da burguesia industrial não se dá mais com a classe fundiária, mas com a massa de “consumidores”⁷⁶.

Isso provocou uma mudança na função do contrato, pois a “classe mercantil” encontra maior segurança jurídica com a teoria da declaração e não com teoria da vontade.

A teoria da declaração afirma que a força da própria vontade deriva do direito objetivo e não da vontade em si. Seus efeitos são atribuídos por lei, representando uma força secundária, que é origem do ato, força motriz que determina o conteúdo dos deveres.

Embora tenha antecedentes desde 1840, foi em 1899 que Oscar von Bülow desenvolveu uma teoria geral da declaração da vontade, na qual propõe a célebre distinção entre vontade da declaração e vontade de efeitos. Para ele vontade de efeitos é inútil, enquanto a vontade da declaração é indispensável. A autonomia da vontade de potência criadora de direitos tem seu papel reduzido a quase nada⁷⁷.

⁷⁶ A expressão “consumidores” neste parágrafo, extraída do texto de Galgano, tem o sentido de “compradores”, ou de consumidores sob o ponto de vista econômico, sem qualquer referência a uma categoria ou modelo jurídico. GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. Trattato...*, p. 21 e 22. “La categoria del negozio giuridico opera, ancora una volta, come strumento di coordinamento degli interessi contrapposti, anche se il punto di equilibrio comincia a spostarsi dalla parte degli interessi mercantili”. p. 22.

⁷⁷ Sobre o tema ver entre outros COUTO e SILVA, Clóvis do. Para uma história dos Conceitos...: Negócios Jurídicos e Negócios Jurídicos de Disposição; RIEG, A. Op. Cit., BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, entre outros. O promotor desta teoria (‘Erklärungstheorie’) foi Liebe em meados de 1840, momento no qual foi contestada, angariando adeptos somente após de trinta anos de seu surgimento, com Röver, Bähr, Lotmar, Schall, Hartmann, Kohler, Isay, Bülow: todos de acordo sobre a predominância da declaração da vontade sobre a vontade interna.

A vontade é meramente a origem da declaração e não se perpetua nela, sendo uma fase passageira da gênese do ato jurídico. Está presente enquanto cooperação, mas não tem força para criar um negócio jurídico. É uma causa, mas não é conteúdo do ato jurídico⁷⁸.

Foi a concepção de Oskar Bülow⁷⁹, em última análise, que permitiu no cenário jurídico alemão a construção de uma teoria do negócio jurídico, afastando o voluntarismo como concepção única do direito contratual.

De particular importância também foram os trabalhos desenvolvidos no começo do século passado por Alfred Manigk e Peter Klein⁸⁰⁻⁸¹. Tais autores, nos anos 50, influenciaram o Direito brasileiro especialmente por via de artigo da autoria de Soriano Neto e pela obra de Pontes de Miranda, juristas que contribuíram para a identificação dos elementos que compõem o suporte fático dos fatos jurídicos em geral, em especial do negócio jurídico, e, para compreender o papel da vontade na formação do contrato.

⁷⁸: “Sa signification psychologique et juridique réside uniquement dans le fait qu'elle est un facteur de la genese des actes juridiques”. Bülow, *Das Gestäaandnissrecht*, Freiburg, 1899, p. 122. In: RIEG, A. Op. cit., p. 131.

⁷⁹Sobre o pensamento de Oskar Bülow e toda a construção da teoria da declaração e preceptiva do Negócio Jurídico ver COUTO e SILVA, Clóvis do. Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e Direito Processual Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVIII, 1982. Somente em 1899 que Bülow desenvolveu uma teoria geral da declaração da vontade. Sobre este aspecto ver RIEG, André, Op. cit., p. 130 e ss.

⁸⁰ A leitura dos escritos desses autores foi feita através de textos como os de NETO, Soriano. A Construção Científica Alemã sobre os Atos Jurídicos em Sentido Estrito e a Natureza jurídica do Reconhecimento da Filiação Ilegítima. *Revista Acadêmica*, Faculdade de Direito do Recife, ano LVIII, 1957, Pontes de Miranda, Andreas Von Thur, Ennecerus, Lorenzo Campagna, A. Rieg, Clóvis do Couto e Silva, entre outros, cuja referência consta na bibliografia final.

⁸¹ Apesar de esses autores ainda vincularem-se a uma concepção subjetiva de negócio jurídico, é notável sua percepção estrutural do negócio jurídico a partir de elementos objetivos fornecidos pelo ordenamento jurídico positivo. Em tese, concepção objetiva ou subjetiva do negócio jurídico não interferem numa classificação dos fatos jurídicos, porém, a concepção subjetiva do negócio jurídico traz consigo a idéia de que o efeito vinculante deriva justamente da vontade, inadmitindo que atos jurídicos humanos possam obrigar sem que com eles esteja presente uma declaração de vontade. Nas concepções objetivas do negócio jurídico, principalmente na preceptiva, a vontade é apenas gênese deste, determinando o conteúdo dos deveres, mas não os efeitos do negócio (obrigatoriedade), que deriva da ordem jurídica, o que permite a compreensão de que em determinados atos o conteúdo dos deveres já esteja preestabelecido em Lei e não derive da vontade.

Tal construção permitiu uma noção moderna e mais adequada de negócio jurídico frente aos novos tempos. O negócio jurídico não é apenas um fato cujos efeitos são atribuídos pelo ordenamento jurídico. Trata-se de um instrumento para disciplinar fatos futuros, inovando a ponto de (re)escrever o conceito de autonomia privada ao entender que o negócio jurídico preencheria o espaço deixado pelas normas dispositivas, uma verdadeira Lei⁸².

Isso mudou a forma de interpretação, pois o juiz, ao invés de recorrer a uma investigação psicológica, deve buscar o senso normal de uma declaração que um homem honesto faria, um homem tipo, em vista de um crédito social sobrepondo a vontades individuais, sendo valorizada tal concepção pela boa-fé objetiva.

As doutrinas reformadoras dessa concepção negam a concepção subjetiva da autonomia da vontade e insistem na segurança das operações jurídicas, rejeitando considerações individualistas em favor do crédito social. “A teoria de Oskar Bülow ficou, porém, após o advento do BGB, praticamente sem seguidores, até que lhe deram vigoroso impulso Karl Larenz, na Alemanha e Emilio Betti, na Itália”⁸³.

Independente de como se desenvolveu a teoria do negócio jurídico, o que não é objeto próprio deste trabalho, a construção de Bülow trouxe os elementos para a compreensão de que a vontade não é a fonte do vínculo, a força motriz das obrigações e sim a própria ordem jurídica. Contribuiu para a explicação e construção científica de certos atos que em tese deveriam ser negócios jurídicos, mas que pela ausência da ‘vontade’ são verdadeiros atos-fatos, ou atos em sentido estrito.

⁸²COUTO e SILVA, Clóvis do. Para uma história dos Conceitos..., p. 322 e ss.

⁸³Idem, ibidem, p. 324. Clóvis do Couto e Silva e Vicente Ráo são os autores que de maneira mais clara atribuem a origem da teoria preceptiva à Bülow, tendo em vista que o elemento mais importante do pensamento do autor alemão não é a separação entre “vontade” e “declaração”, mas a caracterização do negócio jurídico pelo “dever e não pelo querer”, consistindo em “mandamento concreto reconhecido pelo direito, que lhe confere força vinculativa”. RÁO, Vicente. Ato Jurídico. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 48 e 49.

Por isso, durante muito tempo foram entendidos como negócios jurídicos certos atos que não o eram, notadamente casos de atos-fatos, cujos exemplos típicos são os atos existenciais ou a '*culpa in contrahendo*'⁸⁴. Na terminologia de Carlos Alberto da Mota Pinto, trata-se de recurso artificial a um "criptoargumento"⁸⁵, buscando as respostas na vontade que sequer existiu e não no direito objetivo.

A concepção objetiva do negócio jurídico, por outro lado, além de evitar ficções, na explicação de certos fenômenos ou institutos jurídicos, permitiu uma evolução no entendimento de como se relaciona a norma com os fatos que ela juridifica, bem como facilitou o entendimento de que a vontade, quando existente em um ato jurídico, não é a vontade psicológica: "qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, que pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual",⁸⁶ mas sim um fato social reconhecível e suscetível de interpretação.

⁸⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão de Contrato. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 20. "Tal me parece ser, claramente, o caso do recurso à ficção dum pacto tácito de garantia da confiança da outra parte para fundamentar a responsabilidade por culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*)". (...) "Hoje, na verdade, um relance sobre a história do desenvolvimento das obrigações oferece-nos o quadro duma progressiva superação das exigências jurídicas cogentes para a constituição, no plano da autonomia privada, duma relação obrigacional". (...) quando o problema começou a ser enfrentado, os autores presos no fundo à idéia de que só poderiam fundamentar uma responsabilidade em relação com um contrato ou com um fato ilícito extracontratual — e como não conseguiam discernir este no tocante aos danos causados por um contrato nulo — forjavam, como álibi, uma hipótese contratual, onde radicava a garantia protetora das partes duraste as negociações (...) daí que assistamos à invocação dum pacto tácito existente no início das negociações ou ao recurso ao próprio contrato nulo ou ainda a um negócio unilateral ou a um mandato". p. 21 e 22. Da mesma forma o entendimento da *responsabilidade por fato de coisa* ser atribuída a um contrato gratuito, tornando possível isentar a responsabilidade do transportador provando este a ausência de culpa. Uma mera ficção que dispensa o mesmo tratamento para o transeunte e para o transportado. Outro criptoargumento é considerar um contrato em benefício de terceiro ou com terceiro, ocorrido tacitamente (ex. da responsabilidade do dono de um prédio para com o cônjuge e filhos do inquilino, por danos ocasionados pelo prédio por sua culpa), atribuindo a existência de uma relação contratual entre o dono do prédio e terceiros, caso onde há "contrato com eficácia de proteção para terceiro".

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 19 e ss.

⁸⁶ BETTI, E., Teoria Geral do Negócio Jurídico. "Só na medida em que se torne reconhecível no ambiente social (...) passa a ser um facto social, susceptível de interpretação e de valoração". p. 109.

A vontade deixa de ser vista como fundamento da obrigatoriedade dos contratos e passa a ser um fato relevante para o Direito, dentre aqueles que podem ter sua origem em evento psíquico (interno) ou em evento material (externo). O evento psíquico pode dizer respeito aos outros tomando a figura de ação ou referir-se ao próprio autor, consistindo em tomar conhecimento (percepção e interpretação).

A ação, que normalmente é uma declaração, “pode caracterizar-se como uma evasão do pensamento de dentro de nós, uma objectivação, para se tornar expressão dotada de vida própria, comunicável e apreciável no mundo social”⁸⁷. Ela transcende o meio físico para se realizar no interior de um sujeito diferente do autor, concretizando-se no espírito de outra pessoa, incitando a inteligência de outra pessoa para percepção de algum fato, ou indicando a orientação de um comportamento, pressionando sobre a vontade daqueles a quem se dirige apontando uma linha de conduta.

Não há uma transmissão de pensamento, pois sempre se exige a interpretação deste pela outra parte. Por isso, com a declaração o pensamento sai de si mesmo e se torna coisa objetiva, com um valor objetivamente reconhecível no mundo social, não mais dependendo do pensamento do seu autor, abrindo caminhos por sua própria conta, segundo as regras que governam a comunicação expressiva entre os homens⁸⁸.

Isso significa interpretação das declarações, a partir de sua exterioridade, compreensão do sentido objetivado desta, que é tomada como fato social integrante do suporte fático do negócio jurídico.

Apesar de o fato social que se juridifica ter significação sintetizada semanticamente na palavra ‘vontade’, sua ocorrência jurídica e fática é extremamente complexa.

⁸⁷Idem, ibidem, p. 36.

⁸⁸Idem, ibidem, p. 37.

O primeiro requisito para que alguém manifeste vontade é que o sujeito seja capaz de ter 'vontade', ou seja, que a ordem jurídica repute ao indivíduo a capacidade para o exercício pessoal de determinados atos da vida civil. Não estando presente este requisito básico não há de se falar em vontade.

Existindo a capacidade, é necessário que a emanção fática da vontade através de uma declaração ou de uma ação, de um dos sujeitos esteja de acordo com outros requisitos determinados pela ordem jurídica, referentes à vinculação entre a vontade interna, subjetiva e o fato social apreciável. Esta vinculação não se refere à exatidão entre as pretensões pessoais subjetivas e a fixação na declaração destas pretensões, mas sim que o estabelecimento de certas regras através da declaração não ocorra de forma contraditória com o elemento subjetivo interno. É preciso, portanto, que não exista erro, dolo ou coação, situações em que o fato social apreciável não atende a uma condição subjetiva essencial, verificável por fatos exteriores objetivos.

A existência do erro, do dolo e da coação não se verifica pela simples desconexão entre a 'vontade psicológica' e a efetiva declaração dela, mas sim pela existência de um fato social logicamente anterior a esta declaração que passa a integrar o suporte fático do negócio jurídico, aderindo a ele, qualificando-o como negócio jurídico anulável. Ou seja, a presença de determinado fato constituirá outro 'tipo' jurídico, distinto daquele pretendido, com conseqüências distintas, pois dele emanarão outros deveres e direitos, como o dever de indenizar e o direito à ação anulatória.

Além destes requisitos, a 'vontade', para juridificar-se perfeitamente, a ponto de que o negócio jurídico seja estável, não pode estar caracterizada nos demais casos de invalidade e não pode ser lesiva a terceiros, como nos casos de simulação e fraude a credores.

Nesses casos, considera-se que a vontade é 'viciada', por ser dirigida a prejuízo de terceiro e com vantagem ao agente. Da mesma forma a validade do ato, ou a 'perfeição' da vontade depende de um fato objetivo verificável, qual seja um dano proveniente daquele pretense contrato.

Se independente do elemento subjetivo do agente o dano não se realizou, não se juntou ao suporte fático aquele fato que constituiria o negócio anulável. A vontade em si não requer outros elementos para ser juridificada, mas sua juridificação será realizada conjuntamente com o fato danoso se este ocorrer. Se essa vontade for dissimulada (tanto a simulação quanto a fraude a credores), mas não provocar um dano a terceiro, o negócio jurídico será estável e válido. O que é visível no caso do corriqueiro ‘cheque pré-datado’, em que há uma simulação inocente entre emitente e beneficiário, para transformar uma ‘ordem de pagamento à vista’ em instrumento de crédito⁸⁹.

Em outras palavras, o direito objetivo é “elemento interno e estrutural do poder jurídico da vontade (direito subjectivo) e é, simultaneamente, seu limite externo”, obstáculo intransponível para que a vontade produza efeitos além dos quadros permitidos pelo ordenamento jurídico. O “poder da vontade” continua existindo, mas deixa de representar “uma tendência expansionista do domínio da liberdade jurídica privada”. Ele não é negação do direito legislado, que o contém dentro de determinados limites, para que os excessos deixem de ser legítimos e justos⁹⁰.

Esse processo de objetivação foi a base teórica da intervenção legislativa no âmbito do conteúdo do contrato e do nascimento da preocupação funcional, pois revelou uma dimensão que extrapola os limites da relação intersubjetiva e reconhece o contrato como fato social. Tal reconhecimento tornou necessário estabelecer regras sobre como o ato de vontade se relaciona com o ordenamento jurídico e também com a vida social e econômica.

⁸⁹O artigo 167 do Código Civil assim determina: “Haverá simulação nos atos jurídicos em geral: (...) III — quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”. No caso do vulgarmente conhecido “cheque pré-datado” é verdadeiro ato pós-datado, pois tem data posterior a emissão.

⁹⁰ PRATA, Ana. Op. cit., p. 18 e 20.

D. Reflexos da objetivação do negócio jurídico no Direito brasileiro no período antecedente ao projeto do Código Civil

A predominância da teoria da vontade no Direito brasileiro teve vida curta sob o ponto de vista legislativo, embora sempre tenha estado presente na doutrina e nos tribunais.

A Lei da Usura, o Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Terra, a Lei do Inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outros estatutos, que caracterizavam ‘microsistemas’, provocaram alterações substanciais na estrutura da autonomia privada, pois não só passaram a estabelecer regras formais a respeito do processo de contratação, como fixaram e limitaram o conteúdo dos preceitos contratuais⁹¹.

⁹¹ Nesse contexto insere-se a discussão já mencionada nesta tese a respeito da “descodificação”, pois tratou-se de debate jurídico associado diretamente à intervenção estatal na autonomia privada realizado pelas diversas leis extravagantes, dentre as quais as mencionadas acima. A esse respeito ver IRTI, Natalino. L’età della decodificazione – vent’anni dopo. 4ª ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999. No Direito brasileiro, em especial GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984; ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Da codificação. Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997, etc.

Também se pode inserir como estatuto legislativo a Lei das Sociedades por Ações, Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que em seu art. 116 dispõe expressamente sobre a função social da empresa, ao estabelecer limites de atuação ao acionista controlador. Embora tal regra não tenha natureza contratual, tem relevância jurídica sua menção em razão do reconhecimento legislativo da funcionalização de modelos jurídicos do Direito Privado, mediante a equiparação do acionista controlador ao administrador de uma sociedade por ações. ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Observações quanto à responsabilidade dos administradores na sociedade anônima. Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 96, 12/2004, p. 93 e ss.

Embora seja ampla a doutrina sobre a função social na Lei das Sociedades por Ações, deve-se destacar recente obra de ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 71 e ss., tendo em vista que é um dos poucos livros que se dedica com tanta precisão na análise da função social vinculada à teleologia na sistemática da lei.

A Lei da Usura⁹² limitou a possibilidade de cobrança de juros nos contratos com obrigações pecuniárias, bem como fixou como teto para cláusula penal no caso de mora. O Decreto-lei 58/37, inspirado por princípios sociais modificou substancialmente o regime do contrato de compra e venda de bens imóveis, quebrando o sistema de valorização das formas presentes no Código Civil de 1916 representado nos artigos 134 e 1088, entre outros efeitos.

O Estatuto da Terra, a Lei do Inquilinato e a Consolidação das Leis do Trabalho⁹³ regularam integralmente contratos com extrema importância para a vida social e econômica, estabelecendo sistemas de invalidades que não estavam adaptados ao Código Civil, bem como limitaram severamente a possibilidade de definição do conteúdo dos contratos pelos particulares⁹⁴.

As mudanças legislativas também foram acompanhadas de uma tímida, mas crescente, modificação da postura dos Tribunais, que no decorrer do século XX

⁹² A Lei da Usura teve forte impacto social e ampla eficácia, sendo um dos principais instrumentos para intervenção e controle sobre o conteúdo dos contratos privados. Por não ter sido revogada expressamente, não há revogação de seu conteúdo, exceto a relativa aos juros legais, disciplinados no artigo 406 do Código Civil. As regras mais importantes da “Lei da Usura” são as a seguir reproduzidas: Artigo 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, artigo 1062). (...) § 3º. A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial. (Retificado) Artigo 2º. É vedado, a pretexto de comissão; receber taxas maiores do que as permitidas por esta lei. (...) Artigo 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. Artigo 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais. (...) Artigo 8º. As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação. (...) Artigo 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida. (...) Artigo 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais”.

⁹³ Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991 e Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, respectivamente.

⁹⁴ Estes são alguns exemplos, pois além desses há muitos outros, como o regramento dos contratos do sistema financeiro da habitação, as regras éticas e processuais sobre o mandato outorgado ao advogado, incorporação imobiliária, prestação de serviços médicos, transporte aéreo, etc.

foram descartando os pressupostos da teoria da vontade, mediante constantes intervenções no conteúdo dos contratos.

Inicia-se esse processo com o reconhecimento das “cláusulas leoninas” em contratos de adesão, bem como pelo reconhecimento de eficácias específicas de contratos que apesar da ausência de regulação legal, exigiam intervenção no plano da autonomia privada.

Porém, a função social dos contratos somente transformou-se em tema de debate geral no Direito brasileiro após o advento do Código Civil vigente. Até o advento do novo Código Civil, eram poucas as referências da doutrina sobre a matéria, razão pela qual a contribuição da doutrina nacional, salvo raras exceções, é incipiente.

Mesmo Miguel Reale, cuja extensão da obra é conhecida, tem poucas referências à função social dos contratos. Artigos e pareceres no âmbito do Direito Privado, em especial a respeito da hermenêutica contratual indicam que Reale adota a concepção de Emílio Betti a respeito da necessidade de obedecer a “certos fins sociais” na interpretação dos contratos, dizendo que a significação das cláusulas contratuais exige uma análise da paridade econômica entre os contratantes, o que se pode chamar de “equilíbrio contratual”⁹⁵.

No mesmo sentido são as citações que Miguel Reale faz do pensamento do mesmo jurista italiano para tratar do sentido social do contrato e sua vinculação com sua “típica significação e relevo”⁹⁶. Textos mais recentes, entre eles o que consta em sua página pessoal na Internet, vinculam a origem da função social dos

⁹⁵ Dos trabalhos de Miguel Reale, aquele que melhor apresenta sua concepção de “sentido social do contrato” consiste em parecer intitulado “Diretrizes de Hermenêutica Contratual”, publicado na obra REALE, Miguel. Questões de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2, elaborado no ano de 1993. Esse curto e sintético texto é extremamente revelador da concepção adotada por Reale e de sua concepção de contrato.

⁹⁶ REALE, Miguel. Questões de Direito Privado, p. 02. Trata-se de uma citação de Emílio Betti, retirada da sua Teoria Geral da Interpretação.

contratos com a função social da propriedade consagrada na Constituição Federal de 1988.

Embora se possa fazer tal vínculo sob o ponto de vista sistemático, não é essa a melhor contribuição do pensamento de Miguel Reale, cuja idéia de *socialidade* é o elemento mais importante para a compreensão da função social dos contratos. A sua auto-afirmação como jurista preocupado com a realidade e com experiência jurídica, remete a função social para o pensamento predominante na doutrina italiana do século XX, em especial para a Teoria do Negócio Jurídico de Emílio Betti.

Essa correspondência é revelada pela dimensão teleológica e funcional da autonomia privada no pensamento de ambos, bem como sobre visão de que a dimensão social é indissociável do Direito, fruto da experiência histórica e cultural.

Assim como Betti considera a autonomia privada como uma realidade social à qual o Direito reconhece eficácia jurídica, para Reale é um “bem cultural” que deve ser exercido em consonância com a função social. A vinculação do pensamento de ambos não está somente neste ponto, mas na própria concepção de interpretação, e na necessidade de “se levar em conta o complexo de fatores operantes na origem da regra de Direito”, os quais confluem para o “social”, mediante referência expressa aos textos do autor italiano⁹⁷. Observe-se, inclusive, que Reale se diz afinado com o movimento da “concreção jurídica”, decorrente de exigência hermenêutica à luz dos “ensinamentos de Betti, Engisch, Larenz e Esser, e que venho, *data venia*, sustentando em minha compreensão do *Direito como experiência*”⁹⁸.

⁹⁷ REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito (Competência do Órgão Especial dos Tribunais de Justiça e O poder de agir de um cônjuge contra o outro e o problema da prescrição). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 54 e 165.

⁹⁸ REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito (Concubinato e sociedade concubinária). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 174.

A idéia de *concreção jurídica* de Miguel Reale remete diretamente para uma concepção de autonomia privada no plano dos fatos que é reconhecida juridicamente: “A ‘concreção jurídica’ caracteriza-se pela observação da *species juris*, não em abstrato, mas no conjunto de suas circunstâncias existenciais, levando-se em conta a totalidade congruente dos motivos e fatos ocorrentes”⁹⁹.

Ainda que as referências de Reale sejam sobre os escritos de Betti a respeito da interpretação do negócio jurídico, é evidente a influência do autor italiano na sua concepção de autonomia privada como uma *species juris* unitária.

A noção de autonomia privada e a respectiva limitação por fins sociais extrapolam o âmbito específico dos contratos, tal qual a concepção de Betti. Este afirma que “na vida jurídica não há liberdade absoluta, mas apenas liberdade em consonância com a lei e com os pactos que, sob a égide desta, foram estipulados”¹⁰⁰.

Além de Reale, ocuparam-se da função social do contrato no período que antecedeu ao Código Civil Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes e Orlando Gomes, todos vinculados ao movimento de codificação, entre outros juristas cuja doutrina teve menor repercussão, mas que devem ser considerados como é o caso de Paulo Barbosa de Campos Filho. No âmbito do Direito Comercial destaca-se a doutrina de Tulio Ascarelli, que apesar de ser italiano, pode ser arrolado no âmbito dos juristas pátrios, pela longa vivência no solo brasileiro e a extremada importância teórica para a doutrina nacional.

⁹⁹ REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito (Concubinato e sociedade concubinária e Natureza das marcas emblemáticas). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 175 e 201. “Não se trata, note-se, de critérios alheios à Ciência do Direito, pois toda a obra de Emilio Betti, desde a sua *Interpretazione della legge e dei negozi giuridici* até a sua admirável *Teoria dell'interpretazione*, está aí para demonstrar que é sobretudo no Direito que se impõe uma *visão integral* dos fatores operantes para que o hermeneuta possa compreender de veras a *species juris*”.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito (A cooperativa no Direito brasileiro). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 151.

Caio Mário da Silva Pereira dedica capítulo de sua obra mais conhecida para a função social dos contratos. Porém a sua concepção de função social é a afirmação da força obrigatória e do consensualismo:

num outro sentido vinga a função social do contrato: na afirmação de maior individualidade humana. Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência de seu direito considerado abstratamente. Por isso realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direitos, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso. (...) Decorrencia natural de sua função social é o princípio de sua *obrigatoriedade*¹⁰¹.

O próprio projeto do Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira não contempla qualquer disposição expressa a respeito da função social, fazendo menção somente à ordem pública no artigo 288¹⁰².

A concepção de função social de Caio Mário assemelha-se ao pensamento de Jhering, de que há uma teleologia no contrato que justifica a sua força obrigatória. Admitem uma função para o contrato, mas compreendida tal função como a de segurança jurídica, vinculada à obrigatoriedade dos efeitos e da eficácia plena dos atos da autonomia privada.

Outra linha de pensamento a respeito da função social dos contratos no Direito brasileiro é a que seguiu as concepções “socialistas” do início do século, em especial o pensamento de Duguit. Exemplo disso é um dos mais importantes cursos de Direito Civil escritos no século passado, de autoria de Miguel Maria de

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 05.

¹⁰² “Artigo 288. Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei, e sem ofensa dos bons costumes e da ordem pública”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Projeto de Código de Obrigações. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965, p. 27.

Serpa Lopes, que dedica cerca de sete páginas para o tema, em obra de caráter didático, mas com significativa profundidade para o gênero.

Apesar da preocupação com a função social dos contratos, o pensamento de Serpa Lopes não é original. Segue a linha das idéias de Duguit, com muitas referências ao pensamento de Ripert. Entre o pensamento de ambos afirma uma concepção solidarista, porém, de resguardo à liberdade. Ao mesmo tempo em que faz crítica ao individualismo vinculado à teoria da vontade, nega a possibilidade de um intervencionismo radical. Em essência propõe que a função social dos contratos esteja vinculada à sua instrumentalidade para regular a vida econômica. A mudança da vida econômica durante o século XX provocou as mudanças no contrato, tendo em vista a ação intervencionista do Estado, mediante leis especiais para “censurar o comportamento incorreto dos contratantes, moralizando, senão espiritualizando os efeitos dos acordos privados, mediante a inserção do elemento da solidariedade social”¹⁰³.

Tal análise trata do reconhecimento do caráter funcional do contrato, mas tem pouca utilidade dogmática, pois a possibilidade de intervenção no âmbito da autonomia privada continua reservada ao legislador, algo completamente distinto do que consta na cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.

Autor que tratou da função social e a sua vinculação com a causa dos contratos foi Paulo Barbosa de Campos Filho, que através de clássica monografia estuda o problema da causa no Direito brasileiro, acolhendo a idéia de que o principal avanço da doutrina da causa está associada às idéias da doutrina italiana e da concepção objetiva de causa. Porém, apesar de considerar que essa concepção é a que melhor define o negócio jurídico e a causa, critica a inserção dos “fins” como elemento do contrato. A associação da causa à função social foi

¹⁰³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 22.

avanço importante comparativamente com as teorias voluntaristas, mas não se pode considerá-la, nestes termos, como requisito de validade do contrato¹⁰⁴.

De particular relevo é o pensamento jurídico de Orlando Gomes, que além de ter sido um dos agentes do processo de codificação, tratou da problemática da função social dos contratos e de seu vínculo com a autonomia privada. Orlando Gomes é um referencial por ter sido um pioneiro na adoção da “função social do contrato” como um dos limites da autonomia privada.

Já na década de 1930 sua obra era identificada com o movimento “socializador do Direito”, principalmente em razão de trabalhos no âmbito do Direito do Trabalho, na época chamado de Direito Operário, como se vê em comentários de Alvino Lima, em célebre artigo intitulado “Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito”¹⁰⁵.

No seu manual de Contratos Orlando Gomes menciona que “todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua *causa*”¹⁰⁶. O autor inclusive arrola diversas das funções do contrato: circulação da riqueza, colaboração, prevenção de riscos, conservação e acautelatórios, prevenção ou diminuição de controvérsias, para concessão de crédito e para constituir direitos reais de gozo ou garantia.

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. Entretanto, o reconhecimento de que todo contrato tem função econômico-social é feito por alguns de modo diverso, os quais destacam a *função típica de cada contrato*, isto é, a função que serve para *determinar o tipo ou os caracteres*

¹⁰⁴ “Nesse juízo de valor, do social sobre o individual, e conseqüente ‘dever-ser’ tão-só dos interesses legítimos, é que se manifesta, no mundo jurídico, a lei da causalidade. Lei da finalidade, ou da ‘causa-finalis’, dir-se-ia aqui com maior precisão”. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Q problema da causa no Código Civil brasileiro. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 156.

¹⁰⁵ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. Revista Forense, v. 80, outubro de 1939, p. 27 e ss.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. Contratos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 19.

*típicos de cada contrato. A essa função típica dos contratos liga-se a moderna doutrina objetiva da causa*¹⁰⁷.

Orlando Gomes propõe o conceito de “autonomia privada” desenvolvido no direito italiano, na reconstrução do conceito de negócio jurídico, cujos principais agentes foram Emílio Betti e Renato Scognamiglio¹⁰⁸.

Embora a discussão em torno da construção do conceito de “autonomia privada” tenha sido feita a partir do ângulo do negócio jurídico, tanto por Betti, quanto por Scognamiglio, essa foi a base teórica para que a problemática da função social do contrato fosse sistematicamente enquadrada. Embora contrato e negócio jurídico não coincidam conceitualmente, toda a teoria do negócio jurídico foi dirigida à construção de um arcabouço doutrinário para o direito contratual. Essa transição das concepções da teoria do negócio jurídico para o contrato baseia-se no argumento de que “no plano da prática”, o contrato é o “instrumento por excelência da vida econômica, e no plano teórico, a expressão mais significativa da autonomia privada”¹⁰⁹.

A autonomia privada como “auto-regulamentação dos interesses particulares” tem no negócio jurídico e, portanto, no contrato, o seu “substrato”¹¹⁰.

Orlando Gomes na sua obra “Transformações Gerais do Direito das Obrigações” foi um dos primeiros juristas brasileiros que avançou na discussão a respeito da “função social dos contratos”, mediante a apresentação do pensamento de Emílio Betti a respeito da autonomia privada: “Delimitado o campo da autonomia privada, cumpre indagar a *função* a que corresponde”¹¹¹.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 20.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 43.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 68.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 44.

¹¹¹ Idem, *ibidem*, p. 45.

Acolhe a concepção de que “a *ratio* do reconhecimento da autonomia privada assenta na função da circulação dos bens”, sendo seu exercício “dado imóvel da realidade social”. “Outra não é a razão por que o negócio jurídico, principal instrumento dessa autonomia, se coloca no centro do sistema de Direito Privado”¹¹².

Para Orlando Gomes a teoria que põe o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada “impregna-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade”,¹¹³ consistindo tal afirmação numa contribuição essencial para a construção da idéia de função social dos contratos. Somente a partir da superação das concepções voluntaristas de negócio jurídico e de contrato pode-se conceber uma “função” para o contrato.

A atribuição da função de “instrumento da vida econômica como expressão da autonomia privada” tem pressupostos ideológicos e sociais, econômicos e políticos,¹¹⁴ relacionados com a economia de mercado livre da intervenção estatal e a igualdade formal. Esses pressupostos foram modificados após meados do século XX, em razão do “dirigismo econômico” realizado pelo Estado, por uma política legislativa destinada a compensar as falhas da igualdade formal tratando diferentemente os sujeitos da relação contratual (como por exemplo no contrato de trabalho) e por uma limitação à liberdade de contratar para “compensar a inferioridade econômica dos pobres, com uma superioridade jurídica”¹¹⁵.

Na mesma linha de pensamento também se pode incluir os estudos de Tullio Ascarelli, que, apesar de não ser brasileiro, teve papel importante na formação de

¹¹² Idem, *ibidem*, p. 45. A respeito da contribuição de Scognamiglio para a teoria do negócio jurídico, Natalino Irti afirma que foi este autor que indicou a necessidade de que haja um “reconhecimento da autonomia privada”, pois para ele o Direito não remete a uma disciplina externa, tampouco cria uma fonte subordinada da lei, mas reconhece o negócio jurídico como resultado da realidade social. IRTI, Natalino. Lecture bettiane sul negozio giuridico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 32.

¹¹³ GOMES, Orlando. Transformações Gerais..., p. 47.

¹¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 71.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 72.

uma escola de comercialistas na Faculdade de Direito de São Paulo, com influência direta sobre os elaboradores do projeto do Código Civil.

Ascarelli considera que cada contrato tem uma função própria. Atribui ao contrato o papel de ser instrumento da autonomia privada dentro da qual se situa a liberdade contratual, definida esta como “sinônimo” de liberdade de iniciativa e de escolha. A disciplina do contrato, porém, “visa, de um lado, conciliar esta liberdade com o respeito das exigências de caráter geral, e, de outro lado, regular os contrastantes interesses das partes, tutelando equitativamente ambas no que concerne à expressão e liberdade do seu assentimento”¹¹⁶.

Embora Ascarelli não faça uma referência expressa à função social, deixa claro que o contrato se submete às “exigências gerais”, vinculando o instrumento do Direito Privado e considerando a sua conexão histórica com o Direito Público e com a tradição democrática¹¹⁷.

Não basta ao contrato realizar somente a liberdade de escolha e de iniciativa, mas também um fim econômico lícito, cujo controle se faz mediante o controle da causa, que é a função econômica de cada contrato.

Como se vê, não há uma construção completa, não há sistematização ou edificação de uma teoria que justifique a aplicação dogmática da função social dos contratos como instrumento para resolução de conflitos.

Essa incompletude é referendada por estudos mais recentes, que apontam a origem da funcionalização na doutrina italiana.

Um trabalho que teve amplo destaque no Direito brasileiro a respeito da funcionalização da autonomia privada e que indica este sentido foi artigo de autoria de Francisco Amaral, publicado no ano de 1988 na Revista de Direito Civil. O texto

¹¹⁶ ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62.

¹¹⁷ Estudo que trata sobre essa conexão e trajetória da função social da propriedade, da empresa e do contrato é o realizado por SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. Revista dos Tribunais. V. 823, maio de 2004, p. 67 – 86.

afirma que a funcionalização da autonomia privada é uma transformação do papel do Direito, que passa a se preocupar com a eficácia das normas jurídicas vigentes, em especial com a eficácia dos institutos jurídicos. No caso da autonomia privada, a funcionalização representa o condicionamento do ato de auto-regulamentação, para que este tenha a utilidade social esperada, como meio adequado à satisfação das necessidades sociais ¹¹⁸.

Da mesma maneira os estudos de Ruy Rosado do Aguiar Júnior¹¹⁹ e Luis Renato Ferreira da Silva ¹²⁰ indicam que a doutrina nacional anterior ao Código Civil vigente não produziu uma concepção acabada de funcionalização, mas colheu elementos principalmente do Direito italiano e francês.

¹¹⁸ AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental...*, p. 07 – 26.

¹¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do. *Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos*. Texto baseado nas notas taquigráficas da palestra proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de abril de 1999, em Porto Alegre-RS. Revisado pelo autor. Capturado na página do Conselho da Justiça Federal: www.cjf.gov.br, em 25.01.2004. “Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força — pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia. Deixou-se de considerar o contrato como uma manifestação de vontade, como se o contrato existisse apenas porque houve vontade. A partir dos trabalhos de Emílio Betti, compreendeu-se que o negócio jurídico é tão-somente uma oportunidade para a manifestação da autonomia privada (entendida esta como o poder de dispor a respeito de seus interesses nas relações com os outros). A autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhes os efeitos que lhes são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização dos seus fins — garante-lhe a eficácia — não para satisfazer a qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum”.

Ruy Rosado afirma ainda, que deve ser acrescentada às idéias de Betti, a lição de Jaques Ghestin, “segundo o qual a força obrigatória do contrato advém da necessidade de proteção do direito subjetivo, que, por sua vez, decorre do direito objetivo”. Tendo em vista a necessidade do Estado de promover o bem comum, a exigência da função social somente é cumprida pelo contrato “que, sendo útil, é também justo”.

¹²⁰ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138. Sem citar expressamente Emílio Betti, Luis Renato Ferreira da Silva também faz indicação importante para a delimitação técnica da função social dos contratos, associando a idéia de “utilidade e justiça”, bem como de preservação da função de “circulação das riquezas”, e de “equilíbrio contratual”, argumentos que nitidamente remetem o tema para a mesma linha de pensamento do autor italiano.

A doutrina brasileira simplesmente preocupou-se com a questão “social” vinculada ao Direito Contratual e com o fenômeno da intervenção do Estado nos contratos¹²¹.

Dentre todos os juristas antes citados, Orlando Gomes e Miguel Reale foram os que tiveram maior destaque no concernente à função social dos contratos, pela capacidade de penetração no meio jurídico e seriedade de suas obras.

A sua concepção de função social foi a dominante e a que construiu a base de toda a discussão a respeito da função social no período pré-codificação.

Por essa razão, assume grande relevo o estudo da doutrina italiana, em especial a de Emílio Betti, o que é objeto do próximo tópico deste capítulo, sem que com isso se deixe de enfrentar outras concepções de função social, que também refletem na doutrina brasileira como é o caso das obras de Jhering, Cimbali, Renner e Duguit.

¹²¹ Mesmo a adoção da função social das sociedades por ações, no art. 116 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não teve repercussão prática sobre a doutrina, que reclamava de sua ineficácia: “Tais disposições permanecem inócuas, pela inexistência de um aparelhamento de sanções adequadas”. COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 36. Somente os últimos anos, após o advento da Constituição Federal tem sido ampliada a discussão sobre a função social da empresa, embora de forma tímida.

Proposta diferente da apresentada por Comparato é a de ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81, que apesar de mencionar a falta de preenchimento legal do significado da função social, apresenta proposição para suprir tal ausência: “Apesar da insistência com que nossa L.S.A. recorre a noções teleológicas (função social, fim e interesse da sociedade) – corroborando o quanto afirmamos ao inaugurar este ponto – não oferece ela uma definição legal desses conceitos. Exatamente por isso se tratará, no ponto seguinte (4.2.3), de buscar uma definição acerca do que se deve entender como sendo o fim da sociedade...”.

Capítulo II — Origens da função social na doutrina

A função social dos contratos foi adotada no Código Civil sob o manto da novidade. Contudo, a novidade foi somente sob o ponto de vista da técnica legislativa, mas não sobre o ponto de vista das idéias que geraram a expressão “função social dos contratos”.

Além da visão funcional dos modelos jurídicos não ser uma novidade, também não é novidade a preocupação com a socialidade no plano jurídico. Socialidade e funcionalidade são preocupações que sempre estiveram presentes no cenário jurídico na análise dos mais variados modelos.

Em relação ao contrato, a questão da “função social” já tem sido objeto do pensamento jurídico desde o final do século XIX. Apesar disso, não há, ainda, um consenso doutrinário a respeito de seu significado.

Para tentar compreender a cláusula geral do artigo 421, bem como para entender e contextualizar as diversas concepções de função social no curso da história e sua respectiva influência sobre o Código Civil vigente, este capítulo apresenta o pensamento dos principais juristas que trataram do tema.

Inicia-se o capítulo com o estudo de Jhering, Cimbali, Karl Renner e Leon Duguit, os primeiros a enfrentar o tema, ainda no século XIX. Após trata-se de Emílio Betti, jurista cujo pensamento encontra-se vivo em nossa realidade jurídica

e que é responsável pela formação de mais de uma geração de juristas italianos que influenciam o estudo do Direito Contratual no Brasil.

A escolha dos juristas cujas idéias são objeto deste capítulo dependeu da análise da extensão da influência dos mesmos no pensamento jurídico brasileiro e, por conseqüência, na sua possível influência para a composição da cláusula geral que é objeto desta tese.

Alguns possuem influência indiscutível, como é o caso de Jhering e Betti. Outros, como Karl Renner e Cimballi são menos conhecidos e, por isso, exigem maior justificação, realizada no tópico respectivo.

No entanto, dada a amplitude da preocupação com a “função social” e os objetivos desta tese, não foram objeto de estudo aqueles autores que embora tenham tratado sobre a problemática em tela, não tiveram seu pensamento utilizado e problematizado no pensamento brasileiro¹²².

¹²² A esse respeito pode-se mencionar Otto von Gierke, contemporâneo de Jhering, que trata sobre a *função social do Direito Privado*, mas que é autor cuja importância histórica não foi reconhecida pela doutrina pátria quando da elaboração do Código Civil. Do mesmo modo a obra de Karl Larenz poderia ser posta ao lado da concepção de Betti face aos pontos de contato a respeito de sua concepção de autonomia privada. Porém, diferentemente de Betti, Larenz não teve a mesma recepção na doutrina brasileira.

A primeira referência significativa de uma “função social” é identificada pela doutrina como sendo a manifestação de Otto Von Gierke, no ano de 1889, que escreveu texto sobre “A função social do Direito Privado”, no qual além de criticar a ciência jurídica da época (jurisprudência dos conceitos), suscita problemas “sobre a influência do Código Civil na situação das *classes não possidentes*”. LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 56 e 57. Segundo Larenz, tal crítica não teve muito peso nas formulações posteriores, que somente mais tarde ganharam terreno através da responsabilidade pelo risco, teoria do abuso do direito, da base do negócio jurídico, “a organização de *restrições sociais* da propriedade, o dever de fidelidade e assistência nas relações societárias e nas relações de trabalho, os *deveres de proteção* na relação obrigacional e nos preliminares do contrato”.

Uma análise da obra de Gierke é apresentada por WIEACKER, F. Op. cit., p. 518 -521.

A. Função social no século XIX e nas primeiras décadas do século XX

Uma visão funcional do Direito Civil e as primeiras referências à função social do contrato surgiram no final do século XIX na Itália, França e Alemanha. Tais concepções correspondem respectivamente ao pensamento de Jhering, Cimbali, Duguit e Karl Renner.

Há contemporaneidade no pensamento dos quatro juristas antes mencionados, mas não há evidências de mútua influência. Ao contrário, as evidências indicam quatro concepções completamente distintas a respeito do ordenamento jurídico, de sua relação com a vida social e, conseqüentemente, da função social dos contratos.

Embora não se possa dizer que a redação do artigo 421 do Código Civil tenha vínculo estreito com tais idéias, é indiscutível a importância da análise histórica do pensamento de tais autores e suas contribuições, como os primeiros elos de uma corrente que indicarão o caminho pelo qual se pode conhecer e aplicar a cláusula geral objeto desta tese.

1. A descoberta da teleologia no direito contratual: Jhering

A obra de Jhering é de extrema vastidão, seja sob o aspecto quantitativo quanto qualitativo e, por isso, escapa aos objetivos desta tese¹²³. Aqui o foco é o exame de “A finalidade do Direito”, obra que tem relação direta com o tema em debate.

¹²³ Uma sintética apresentação da vida e obra de Jhering pode ser encontrada em WIEACKER, F. Op. cit., p. 514 e ss. Um estudo analítico de sua obra pode ser visto na obra de LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 29 e ss.

Não obstante a dificuldade em tratar sobre Jhering, não se pode deixar de lado a análise de sua concepção *finalista* de contrato, pois a função social ou a finalidade social, consistem em expressões de um mesmo fenômeno, que é a análise teleológica do fenômeno contratual.

A noção de finalidade no pensamento de Jhering tem caráter explicativo do sistema jurídico. A sua obra *A finalidade do Direito* circunda em torno da demonstração de que o Direito possui um forte vínculo com as necessidades sociais e, por isso, o interesse como motor da vontade dirige as ações humanas. Jhering inicia sua obra sobre a finalidade do direito afirmando que

sem causa eficiente, um movimento da vontade é tão inconcebível quanto o movimento da matéria; acreditar na liberdade de querer no sentido de a vontade poder espontaneamente, sem qualquer causa impulsora, pôr-se em movimento, é como acreditar no mentiroso que diz sair do pantanal agarrando-se no topete¹²⁴.

Nesse aspecto, a obra de Jhering critica o *imperativo categórico* de Kant, para dizer que o homem não cumpre seus deveres por um postulado moral vinculado a fins objetivos, pela simples observância ao conceito formal da normatividade, mas pela pressão que é exercida sobre sua vontade, que é o interesse¹²⁵.

O interesse é o que determina os fins. Por isso, quando alguém tem interesse em algo que não lhe pertence, procura motivar outra pessoa a ter interesse em suas coisas: “trata-se da ligação do objetivo individual com o interesse alheio”¹²⁶.

O contrato é considerado como instrumento para a criação de uma relação de congruência de interesses recíprocos. Ainda que o juízo do contratante tenha sido equivocado, ou que a persuasão de uma pessoa sobre a outra tenha sido mais

¹²⁴ JHERING, Rudolf von. *A finalidade do Direito*. Edição histórica. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 1 – 12.

¹²⁵ Idem, *ibidem*, p. 27.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 17.

eficaz, ou, que a posição subjetiva do interesse seja alterada posteriormente, o acordo de vontades, que é o contrato, no pensamento de Jhering significa “acordo das partes quanto à perfeita congruência de seu interesse recíproco”¹²⁷.

A concepção de Jhering é presa à teoria da vontade. Isso é demonstrado pela sua afirmação de que não é o interesse objetivo, mas apenas o juízo subjetivo quanto à existência do interesse que importa para o jurista.

Além disso, a concepção de cooperação, considerada necessária para realização dos fins do indivíduo, dá-se pelo despertar do egoísmo do outro e não por um ato, que em si, seja cooperativo.

O interesse contratual, segundo Jhering não é um interesse objetivo, que possa estar vinculado com fins sociais. Interessar-se por um fim é pressuposto para qualquer ato de vontade, ainda que o interesse seja exíguo. Interesse é “a relação da finalidade com o agente”, ato puramente individual, ação abnegada ou altruística, mas sempre anterior e motivadora da vontade.

Jhering divide os fins humanos em individuais e sociais. Os primeiros relativos aos interesses egoísticos e os segundos relativos ao modo pelo qual a sociedade e o Estado aliciam o indivíduo para que coopere em sua realização.

Nessa divisão, o contrato é inserido entre os fins individuais: forma-se o acordo de vontade pelo tangenciamento dos interesses, que se torna imutável uma vez celebrado o contrato. O reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, sob o ponto de vista teleológico é uma garantia da finalidade originária contra a influência de uma alteração superveniente dos interesses¹²⁸.

Jhering não menciona expressamente a *função social do contrato*, mas faz referências à *função prática da promessa*, *função negocial da promessa*, para dizer que a função dos contratos está vinculada com sua força obrigatória e com a

¹²⁷ Idem, ibidem, p. 19-20.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 39.

eficácia vinculativa do acordo de vontades. A obrigatoriedade do contrato deve ser identificada juntamente com o “fator finalidade, ou seja, a função negocial da promessa” e não pela análise da natureza da vontade.

A historicidade do contrato é considerada como essencial, pois em cada momento histórico o contrato correspondeu a uma determinada função. Essa função ou finalidade é variável no decorrer do tempo e está vinculada a um elemento típico e objetivo que corresponde ao interesse da “sociedade em seu conjunto”, que busca proteger condições vitais de convivência social ¹²⁹.

Na obra de Jhering também se deve distinguir os casos em que a função de determinado contrato não está vinculada ao contrato em si, mas ao fato econômico que o justifica, como é o caso do contrato de troca, que é conformado sob a idéia de *igualdade funcional*. Porém, tal definição está vinculada à operação de troca como comércio e não como contrato que instrumenta o comércio.

Quando Jhering trata do contrato bilateral baseado na “diversidade de função”, passa a tratar da “função exercida pelo dinheiro” e da “função comercial do dinheiro”¹³⁰. Afirma ainda ser possível realizar um contrato de interesse geral, como é o caso da venda de navios e equipamentos de guerra sem interesse particular para o comprador, simplesmente para por à disposição de um determinado governo.

Jhering admite que o Juiz atue em razão da função, ou das funções dos contratos, como é o caso da aplicação da “função penal” e da “função de satisfação”, pelas quais pode o julgador estipular condenações pecuniárias para o cumprimento de obrigações contratuais que protegem bens sem valor pecuniário, como, por exemplo, a tranquilidade, o sossego, o sentimento religioso¹³¹, etc.

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 142 -159.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 51-127.

¹³¹ JHERING, Rudolf von. Do lucro nos contratos e da suposta necessidade do valor patrimonial das prestações obrigatórias. In: Questões e Estudos de Direito. Campinas: LZN Editora, 2003, p.171 e ss.

Porém, a contribuição dessa concepção *funcional* limita-se a despertar a doutrina jurídica para o problema da *finalidade* e da *função*, pois tal função está presa ao dogma da vontade: a função social dos contratos é a força obrigatória do acordo de vontades¹³².

O apego ao dogma da vontade não permite identificar um interesse objetivo uniforme a todos os contratos ou uma finalidade comum aos contratos. Interesse e finalidade estão associados aos motivos do contrato: “o objeto estipulado no contrato constitui somente um *motivo* da conduta do autor (acerca da qual este pode se negar a dar explicações ao réu), porém não constitui um elemento do seu direito”¹³³.

Apesar disso, o despertar para o estudo da finalidade do direito teve o papel de situar historicamente o contrato, afastando-o das concepções jusnaturalistas de caráter conceitual e metafísico, e, nesse sentido atribui significação social ao contrato em razão da reflexão a respeito do interesse.

Evidentemente não há compatibilidade no pensamento de Jhering para um “interesse geral” subjacente ao contrato, exceto a força obrigatória. A existência de um interesse geral como objeto do contrato é simplesmente tratada como interesse jurídico suficiente para dotar o contrato dessa eficácia.

A separação entre um interesse geral e o interesse individual ou egoístico não é algo claro no pensamento de Jhering, bem como não é clara a noção de finalidade, que em determinados momentos da sua obra está associada a fins individuais e em outros trechos a fins sociais. Além disso, não há uma proposição

¹³² Apesar de Jhering afastar-se da “natureza psicológica” da vontade, sendo acentuada por este uma natureza “prático-jurídica”, a força vinculante do contrato está ligada diretamente à promessa. Essa promessa é mais objetiva que a da teoria da vontade, pois está vinculada a determinados fins históricos: “A questão da força vinculante dos contratos não há de ser respondida mediante uma fórmula abstrata. Fazê-lo não é muito diferente de proceder, da mesma forma no que diz respeito à questão da melhor constituição: o direito de contratar e a constituição são fatos da história, compreensíveis, portanto, somente em sua dependência em relação à história, ou seja, em função das condições e necessidades do tempo”. Idem, *ibidem*, p. 145.

¹³³ Idem, *ibidem*, p.237.

unitária de “fim do direito” ou “fim do contrato” em si, mas de fins particulares conforme o ângulo prático que está sendo examinado.

A noção de contrato é utilizada de maneira dúbia, pois em certos trechos o contrato é tratado como fato social e em outros como acordo de vontades, sem qualquer conexão entre uma noção e outra.

Mesmo assim, é indiscutível a contribuição de Jhering por ter tratado do contrato sob o ponto de vista funcional e sob a perspectiva histórica.

Embora a vontade seja a causa genética das ações humanas que são reguladas pelo Direito, Jhering propõe que a disciplina jurídica parta da consideração dos interesses subjacentes ao ato de vontade e não a partir da vontade, em si.

Isso provoca uma modificação da concepção ética do Direito. De uma visão conceptualista em que a ética é fundante da própria vontade como critério de nascimento das obrigações, a concepção de Jhering marca um retorno a uma “*ética material*”, ligada a dados sociais objetivos, que são os interesses decorrentes das relações ou forças sociais¹³⁴.

A doutrina considera que o grande mérito de Jhering foi de ser um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do Direito Privado e por ter chamado a atenção para os problemas de seu tempo, em especial, a respeito da insuficiência da Pandectística contemporânea, não obstante tivesse sido um de seus principais cultores durante sua juventude¹³⁵.

¹³⁴ HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Lisboa: Europa-América, 1997, p. 198 e 199.

¹³⁵ A esse respeito Jhering escreveu sátira intitulada “No céu dos conceitos”, no ano de 1884, o que acabou sendo um dos adjetivos das construções sistemáticas da Jurisprudência dos Conceitos. “Aí se contém uma caricatura da construção jurídica que poucos anos antes Jhering tanto prezava e cujos resultados anunciava agora, com numerosos exemplos, como não apenas inutilizáveis no plano da prática, mas freqüentemente contraditórios com o são entendimento do homem”. LARENZ, Karl. Metodologia..., p. 55 e ss. e WIEACKER, F. Op. cit., p. 518.

A sua principal contribuição para o estudo da função social foi afirmar a necessidade de que toda a proposição jurídica precisa ser vista na sua função social, o que provoca o nascimento do pensamento teleológico aplicado à Ciência do Direito,¹³⁶ tendo seu pensamento sido responsável pela introdução da *interpretação teleológica* na dogmática jurídica, inclusive em relação ao próprio negócio jurídico¹³⁷.

Jhering é um jurista de transição, em uma época de fortes transformações sociais e econômicas. Embora tenha permanecido apegado aos princípios do liberalismo¹³⁸ e à teoria da vontade, sofreu influência do método das ciências da natureza¹³⁹ e teve uma preocupação com a realidade social.

2. A solidariedade social como fundamento fático e social para a eficácia obrigatória do acordo de vontades: Leon Duguit

Leon Duguit não faz uma análise estrutural do ordenamento jurídico para então situar sua concepção funcional da propriedade e do contrato. Parte da análise da vontade humana e da condição do sujeito que emite a vontade para então situar funcionalmente a propriedade e o contrato.

¹³⁶ LARENZ, Karl. Metodologia..., p. 62 e 63.

¹³⁷ “A importância de Jhering foi muito grande, nomeadamente no plano dogmático, ao introduzir a noção de *interpretação teleológica*, ou seja, de uma interpretação (das normas e dos negócios jurídicos) de acordo com as finalidades ou interesses em presença”. HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico..., p. 198.

¹³⁸ WIEACKER, F. Op. cit., p. 513.

¹³⁹ LARENZ, Karl. Metodologia..., p. 30.

Associa a autonomia da vontade ao problema da liberdade jurídica, considerada esta como o poder de alguém criar uma “situação jurídica” a partir de um ato de vontade com finalidade lícita, referindo-se logicamente à questão do sujeito de direito, um ser dotado de vontade, que tem um conjunto de direitos que a lei lhe confere, formando sua esfera jurídica. Por um ato de vontade o sujeito pode modificar sua esfera jurídica, sua condição, ato que será protegido socialmente desde que não seja proibido pela lei¹⁴⁰.

Sustenta que a teoria da vontade está baseada sobre quatro proposições: (1) todo sujeito de direito deve ser um sujeito de vontade; (2) todo ato de vontade está socialmente protegido como tal; (3) a proteção está associada à licitude do objeto; (4) toda situação jurídica é uma relação entre dois sujeitos de direito¹⁴¹.

O sistema está de acordo com sociedades individualistas como a civilização romana ou as sociedades européias e americanas do início do século XIX, diferentemente das concepções “socialistas e associativistas” do início do século XX¹⁴². Duguit, todavia, propõe a superação do conceito metafísico e a sua superação por um conceito realista. Inicia pela decomposição dos quatro elementos da autonomia da vontade.

Afirma que pela primeira proposição, se não há vontade não há personalidade, o que afasta a personalidade das crianças e dos loucos, ainda que se admita uma vontade “virtual ou potencial”. Em relação às pessoas jurídicas considera que a vontade de cada um de seus membros é distinta da emanada pela

¹⁴⁰ DUGUIT, Leon. Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran, Libreria española y extranjera, 1920, p. 69-74.

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 74.

¹⁴² Idem, ibidem, p. 75.

coletividade, embora a lei atribua personalidade a ela¹⁴³. Isso contraria as tendências associativistas da época em que viveu Duguit¹⁴⁴.

Duguit afirma que a coletividade não tem vontade distinta da de seus membros e, por isso, não podem ser sujeitos de direito. A lei por sua vez não pode fazer uma coisa que não seja, não pode mudar a realidade. Conclui que “las colectividades tienen en efecto una voluntad distinta de la de sus miembros, y entonces son por si mismas sujetos de derecho y la intervención del legislador y del gobierno es inútil; no hai que darles una cosa que ya poseen”¹⁴⁵.

Duguit propõe pôr-se frente aos fatos e afastar toda concepção metafísica. Por isso afirma que se não existe direito subjetivo, o sujeito de direito não existe. A questão de fato que se põe é a de saber se a associação, uma coletividade ou uma corporação ou fundação busca um fim conforme a solidariedade social segundo o direito objetivo do País. No caso de resposta afirmativa, todos os atos realizados com tal fim devem ser reconhecidos e protegidos juridicamente¹⁴⁶.

Não é necessário saber se a coletividade é um sujeito de Direito capaz de ser parte em um ato jurídico, mas somente se o fim buscado pela coletividade está conforme este fim.

A visão funcional de Duguit está vinculada à proteção estatal da finalidade a ser alcançada pelo ato de vontade. Quando um indivíduo quer alguma coisa determinado pelo fim perseguido pela sociedade, quer algo conforme o Direito,

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 78 e 79.

¹⁴⁴ Duguit comenta a Lei Le Chapelier, de 27 de junho de 1791, editada em razão da compreensão de que a associação negava a liberdade individual. Refere que na França, apesar da proibição, as associações se proliferaram, em especial as associações de classe, as profissionais, de beneficência, literárias, científicas, artísticas, etc., o que motivou em 1901 (Lei Waldeck-Rousseau, de 1º de julho de 1901) a edição de lei criando liberdade geral de associação, o que foi antecedido por leis de 1884 e 1898, liberando certas espécies de associação. Idem, *ibidem*, p. 82.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 84.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 88.

recebendo proteção Estatal e a produção dos efeitos jurídicos buscados. O direito protege o fim a que se destina o ato e não a vontade do sujeito¹⁴⁷.

A função social do direito subjetivo substitui a concepção metafísica de direito subjetivo. A sociedade é formada por indivíduos e por grupos que integram o organismo social, do qual os indivíduos são células. Tanto os indivíduos quanto os grupos possuem uma certa missão e devem cumprir certas tarefas na divisão do trabalho social: “todo acto e voluntad que tiende al cumplimiento de esta misión, a la realización de esta tarea, debe ser socialmente protegido”¹⁴⁸.

A vontade sempre permanece como ato individual, não se podendo falar de vontade coletiva, pois mesmo a vontade individual determinada por um fim coletivo permanece sendo individual. Nas pessoas jurídicas, o que o direito protege não é a vontade, tampouco a personalidade em si, mas o fim que perseguem os seus membros.

Duguit propõe uma concepção “realista e socialista” de função social. Nessa concepção a noção de sujeito de direito desaparece e que é protegido é a atividade jurídica das coletividades.

Ao comentar a concepção de vontade posta nas disposições do Código Civil argentino equivalentes aos arts. 81 e 85 do Código Civil brasileiro de 1916, Duguit afirma seu individualismo, pois está centrada na idéia de que o sujeito de direito é um sujeito de vontades e que os atos de vontade produzem efeitos jurídicos. Exemplifica que a expressão mais radical desse individualismo foi o sistema de transferência do direito de propriedade no Código Civil francês, que atribui eficácia real aos atos de vontade¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Idem, ibidem, p. 89.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 90.

¹⁴⁹ Comentário formulado com base no texto do Código Civil argentino. Idem, ibidem, p. 101-103.

O autor afirma que a teoria da declaração, segundo a qual a vontade é a manifestação exterior e não o ato interno, é uma objetivação em direção à “socialização do direito”. É preciso que o contrato tenha um fundamento social, não podendo ser baseado somente em um ato de vontade puramente individual. A vontade somente pode ser considerada depois que se transforma em ato social, mediante sua exteriorização pela declaração¹⁵⁰.

Por sua vez a causa do contrato está vinculada aos seus fins sociais, fins de solidariedade social, como consequência da socialização do Direito, conforme já fora exposto por Jhering em sua obra sobre a finalidade do Direito. Diferencia fim de objeto do contrato. O objeto é o que se quer, a prestação. O fim é a razão pela qual se quer, é o motivo determinante: “Jhering, para distinguir el fin y el objeto, presenta un ejemplo muy sencillo y muy interesante. Yo quiero beber un vaso de vino. El objeto es beber un vaso de vino. Para emborracharme o para apagar mi sed: he ahí el fin”¹⁵¹.

Outro exemplo que indica é o empréstimo para aquisição de casa de prostituição, citando decisão de 1º de abril de 1895 do Tribunal de Cassação Francês que considerou nulo tal contrato em razão do motivo determinante comum ser contrário aos bons costumes¹⁵².

No que respeita especificamente ao contrato, Duguit não consegue separar-se do tema vontade, mesmo quando trata a respeito da causa, que é confundida com os motivos, razões subjetivas da celebração do contrato. Quando trata de um fenômeno extremamente importante, que é o vinculado às chamadas *relações contratuais fáticas*, (usando-se a terminologia de Haupt, como utilização de

¹⁵⁰ Idem, ibidem, p. 104 e 110: “com la socialización del derecho moderno lo que se protege no es el acto interno de la voluntad, es la declaración de voluntad, porque solamente ella es un acto social”.

¹⁵¹ Idem, ibidem, p. 115.

¹⁵² Idem, ibidem, p. 116, de 1º de abril de 1895 do Tribunal de Cassação Francês: “Es nula la obligación contraída por um prestatario de uma suma de dinero em el caso em que el préstamo haya tenido por causa (por motivo determinante) em la común intención de las partes, la adquisición de uma casa de tolerância”.

máquinas automáticas, etc., também chamados de atos existenciais por Clóvis do Couto e Silva), Duguit afirma que a eficácia do ato deriva de um ato unilateral de vontade¹⁵³.

O conceito de função social está vinculado diretamente com o de finalidade objetiva do ordenamento. Exemplo disso é a narrativa de jurisprudência dos Tribunais franceses que consideraram válido testamento que determinou a destinação do patrimônio para uma pessoa que não existia no momento da morte do testador, sob o argumento que deve ser alcançada a finalidade do ato, em razão do sentido socialista do Direito.

A noção de função social é o de “um ato de vontade determinado por um fim social e de solidariedade social”¹⁵⁴, concepção que pode ter sido inovadora e progressista no cenário jurídico francês do final do século XIX e início do século XX, mas cuja contribuição para a interpretação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil é indireta.

Duguit sofre uma influência direta do pensamento de Durkheim e do positivismo de Comte, com suas preocupações solidarista e funcionalista, sobre a qual tinha a base do seu pensamento. A principal concepção de Durkheim sobre Duguit foi a idéia de que a ordem social não repousa em um contrato social, ou na onipresença do Estado, mas “nas solidariedades sociais objectivas geradas pela especialização e pela divisão das funções sociais”¹⁵⁵.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 99-145.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 124.

¹⁵⁵ HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico..., p. 203. Hespánha faz longa análise do positivismo cientificista, mencionando que essa concepção crítica da pandectística e antiformalista, teve por consequência a criação de novas disciplinas, como a sociologia do direito e a criminologia.

No entanto, se por um lado trouxe grande contribuição para uma visão “social” do Direito, por outro, foi uma concepção que resultou numa visão organicista da sociedade, cujo resultado foi um conjunto de governos totalitários, fazendo menção expressa do discurso de Mussolini.

No plano do Direito Privado, a concepção positivista de Duguit contribuiu para moderar a idéia de que a vontade é o critério definidor do conteúdo do Direito, seja em relação aos limites do exercício do Direito de Propriedade, seja pelo reconhecimento de que há um fato social que justifica e é anterior a declaração de vontade, tal qual já propugnava Jhering.

Contudo, diferentemente de Jhering, o interesse não é egoístico e puramente subjetivo, mas determinado por fins de solidariedade social, elemento diferencial responsável por uma mudança na forma de interpretação da lei¹⁵⁶.

Nesse sentido Duguit acrescenta um ingrediente na teia de idéias que compõe a Função social, que é justamente a passagem do fim individual mencionado por Jhering, para fins de solidariedade social. Ademais, ambos apresentam uma justificação fática e social para a eficácia obrigatória do acordo de vontades, completando a crítica às construções abstratas da Pandectística alemã.

3. O equilíbrio entre liberdade individual e agregação social: a função social dos contratos na obra de Cimbali

Provavelmente foi o jurista italiano Enrico Cimbali quem usou pela primeira vez a expressão “função social dos contratos”, com a proposta de contrapor uma análise individualista com uma concepção solidarista do Direito Privado¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Segundo Wieacker a concepção de *função social* no pensamento de Duguit está associada à Jurisprudência dos Interesses, sendo responsável pela renovação da teoria da interpretação da lei, o que surge primeiro no Direito francês em razão de que no início do século XX, o Código Civil francês já contava com mais de um século de vigência. WIEACKER, F. Op. cit., p. 669.

¹⁵⁷ O contexto da obra de Cimbali é o império do modelo exegético francês, no período posterior à unificação do Direito Civil italiano pelo Código Civil de 1865.

Embora seja um autor de poucas referências na doutrina atual, sua obra traz elementos que devem ser considerados para esta tese, seja no sentido de indicar a origem da doutrina da “socialidade”, seja para revelar a preocupação já existente no final do século XIX com problemas que estamos nos deparando nos dias de hoje¹⁵⁸. Cimbali faz forte crítica ao pensamento exegético francês e ao “empirismo servil da doutrina francesa”, reclamando uma reforma legislativa que corresponda às exigências de socialidade para atender aos reclamos dos mais fracos que na sua época já mostravam impaciência e inquietude¹⁵⁹. O modelo legislativo da época tratava o indivíduo sob o ponto de vista “atômico”, sem considerar sua

Sua obra foi uma das primeiras manifestações da ciência jurídica italiana contra o servilismo exegético, propondo uma nova metodologia para o estudo do Direito, que Paolo Grossi rotula como “ingênuo materialismo evolucionista”. Sua obra contribuiu para a redescoberta da complexidade do universo jurídico a partir de sua visão de tecido social, mediante o uso do vocabulário típico dos cultores das ciências naturais, impressionados com o pensamento de Darwin, Spencer e de outros “profetas socialistas”.

Paolo Grossi menciona que Cimbali fez parte de um movimento minoritário de juristas que buscaram alargar os domínios da ciência jurídica italiana, inseridos no contexto de uma maioria exegética, com um discurso corajoso sobre temas difíceis derivados da análise da prática quotidiana, que compreendia os sujeitos artificiais e o crescente solidarismo identificado nas sociedades cooperativas e de mútuo socorro.

O resultado de sua obra, segundo Paolo Grossi, foi a compreensão da existência de um mundo de entes morais vinculados às associações, corporações e cooperativas, algo que era extremamente tímido no Código e, a versatilidade da experiência e a riqueza da vida, que não pode ser submetida à pobreza do raciocínio exegético na aplicação da lei. Para isso não bastam os instrumentos técnicos do Direito Romano e seus esquemas ordenadores, que não acompanham as grandes mudanças sociais que estavam ocorrendo no final do século XIX, as quais foram compreendidas por Cimbali. Essa compreensão é evidente na sua afirmação de uma nova fase do direito, que corresponde à nova fase das relações econômicas e sociais, a qual foi acompanhada do movimento ocorrido no parlamento italiano para aprovação de uma legislação social.

GROSSI, Paolo. Scienza giuridica italiana – Un profilo storico 1860 – 1950. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 15–25.

¹⁵⁸ Um dado importante é a morte precoce de Cimbali, aos 31 anos de idade, antes do início do século XX. No direito brasileiro quem faz referência ao pensamento de Cimbali é BESSONE, Darcy. Do Contrato. Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20 e ss., mas sem que tenha feito leitura direta, já que indica a origem das informações na obra de Giorgi. Também contém referências à Cimbali as obras de Clóvis Beviláqua e Vicente Ráo. Sobre o tema ver o projeto de pesquisa de MARTINS-COSTA, Judith e ORLANDINI, Lourenço Floriani. A Doutrina Italiana e a Socialização do Direito Civil: a Formação de uma Nova Mentalidade. Relatório de projeto de pesquisa apresentado na UFRGS, em junho de 2004.

¹⁵⁹ CIMBALI, Enrico. Opere complete. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1907, p. 8. “Il periodo individualistico, sotto l’influsso del quale e per disciplinare il quale furono scritte le legislazioni civili vigenti, pare oramai destinato ad esser chiuso per sempre, cedendo man mano il campo al periodo della socialità”.

dimensão social, o que justifica a atribuição do adjetivo *individualista* ao Código Civil italiano.

Porém, Cimbali compreendia que o Direito chegava a uma “nova fase”, em que o sujeito deveria ser visto como parte do tecido social e inserido no contexto histórico, sem que com isso fosse deixada de lado a proteção de sua individualidade.

Essa nova fase é caracterizada por um aumento progressivo da atividade legislativa e ampliação do papel dos juízes na regulação da vida social, em razão da necessidade provocada pelo aumento da diferenciação social decorrente da legislação atômica e individualista¹⁶⁰.

Sua proposição é a de um Direito que promova a reconciliação e reintegração do individual com o social, em uma época caracterizada pela revolução industrial, cujos efeitos jurídicos foram a descoberta de que o homem individualmente considerado é sociologicamente incompleto¹⁶¹.

Alguns elementos do pensamento de Cimbali são extremamente importantes tendo em vista que somente em épocas mais recentes algumas reflexões são feitas a respeito da liberdade contratual. Exemplo disso é a sua afirmação de que a idéia de convenção, de acordo de vontades, não contradiz a idéia de função, assim como a idéia de liberdade não contradiz a de necessidade. Afasta a concepção de que há uma antítese invencível, pois isso é característica própria da organização da civilização¹⁶².

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 19 e 20.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 28. Deve-se observar, a respeito dessa afirmação, que é constante e reiterada a referência de Cimbali ao pensamento de Karl Marx.

¹⁶² Idem, *ibidem*, p. 81.

Nesse aspecto é visível a semelhança entre o conceito de “dialética da complementaridade” de Miguel Reale e o pensamento de Cimbali, na parte em que explica a complementaridade existente entre propriedade e função social.

A crítica de Cimbali aos Códigos Civis francês e italiano, baseados no pensamento de Pothier, foi a falta de contextualização do Direito Romano. Uma visão histórica inadequada implantou uma concepção de contrato incompatível com a realidade. Isso encobriu a mutabilidade da vida e ignorou as necessidades da vida social no mundo moderno¹⁶³.

Apesar do individualismo posto nos Códigos, Cimbali compreende que houve uma mudança nos valores jurídicos das obrigações civis, provocada pelas transformações sociais e das demais manifestações da vida jurídica em geral.

Na nova fase do Direito, a obrigação é uma limitação da liberdade, tendo como pressuposto a afirmação da personalidade individual, condição essencial para o nascimento de uma relação obrigacional de Direito Privado; mas também há um componente social indissociável, vinculado a sua eficácia obrigatória, pois a obrigação é definida a partir de três elementos: afirmação absoluta do Estado; afirmação absoluta do indivíduo; e, coexistência harmônica dos dois elementos anteriores¹⁶⁴.

Para Cimbali o contrato nasce da transformação da sociedade que ocorre durante o medievo, pela concentração do poder associado à formação do Estado nacional, que foi acompanhado de uma valorização do indivíduo perante ele. A liberdade política afirmada com o surgimento do Estado nacional corresponde na ordem civil à radicalização da liberdade individual, vinculada ao “lasciate fare lasciate passare”. A força da relação obrigacional nessa transformação é apoiada

¹⁶³ A visão histórica sobre uma realidade completamente distinta não foi bem sucedida, ainda mediante o uso da autoridade da lei, pois segundo ele, “il diritto rappresenta sempre una misura ed una proporzione costante da uomo ad uomo, nello scopo supremo di mantenere l’armonia e l’equilibrio nei loro rapporti. (...) L’errore sorge invece quando si pretende dare, ad ogni costo, valore di regole assolute alle dottrine dei romani giureconsulti”. Idem, *ibidem*, p. 312 e 313.

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 312 e 316.

diretamente sobre a liberdade contratual, o que acabou sendo consagrado pelo triunfo da revolução francesa e pelo Código Civil de Napoleão¹⁶⁵. Decorrência direta dessa política da liberdade contratual foi o aumento do poder do cidadão frente ao Estado.

A definição do papel político do Estado está vinculada à definição do Código Civil como um limite à atuação e ingerência do Estado na vida privada, pela atribuição de um papel negativo a este¹⁶⁶.

A consolidação do princípio da liberdade contratual foi uma conquista do mundo moderno, por instituir o mais alto respeito a liberdade pessoal de todos os indivíduos, sem distinção de grau e de idade, libertando, também, a propriedade de seus vínculos e restrições feudais e modificando a garantia para o patrimônio do devedor e não mais sobre a pessoa¹⁶⁷.

Cimbali menciona que no Direito italiano, em razão da tradição jurídica nacional de caráter comunitário, iniciou-se uma reação do princípio da socialidade contra a exorbitação individualista, o que aparece no Código Civil italiano através de certa ingerência do Estado na proteção dos interesses e da prosperidade coletiva, o que qualifica como benéfica a ingerência do Estado, moderador da liberdade individual¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 333.

¹⁶⁶ “Lo Stato per mezzo della legge, costituente l'espressione dell'ingerenza da lui esercitata negli affari civili, si è limitato a sostenere un ufficio puramente negativo: intervenendo cioè solo per dare efficacia obbligatoria alla volontà delle parti, estrinsecata liberamente nel contratto”. Idem, ibidem, p. 333.

¹⁶⁷ Idem, ibidem, p. 333 e 334.

¹⁶⁸ Limitação no regime das águas, e das acessões (arts. 533 a 629 e 444 a 476 do Código Civil de 1865) impondo limites à propriedade. Menciona que a exigência de forma especial para realização de certos atos (doação, hipoteca, etc.), etc. Essa ingerência constitui limite à disponibilidade dos próprios bens em razão de “più alti interessi della vita civile ed econômica; si giustifica colla necessita sociale di assicurare la serità e la sincerità del consenso, di prevenire lê sorprese inopinate, di evitare infinite lê grandi perturbazione economiche prodotte dal troppo rápido ed inconsiderato movimento della proprietà”. Cimbali também vê superioridade do elemento orgânico da socialidade sobre o atômico da individualidade no regime da proteção da posse contra o exclusivo arbítrio individual do proprietário. Idem, ibidem, p. 335 e 336.

A mudança da relação entre o indivíduo e o Estado e o triunfo do individualismo criam uma nova espécie de desigualdade, não jurídica, mas a que caracteriza o capitalismo, por uma sujeição econômica crescente, na medida em que cresce a distância entre as diversas classes sociais.

Cimbali afirma que o Estado tem o papel de limitar a tendência egoísta e desorganizativa provocada pelo capitalismo, através de uma tendência oposta altruística e reorganizativa, através de uma função, que chama de função social¹⁶⁹.

A função social serve para “temperar o excesso de egoísmo existente entre as classes” e para assegurar um maior grau de cultura e força para cada particular. Por isso o Estado ingere para garantir a higiene, moralidade e educação dos operários, bem como modera a concorrência ilimitada do capital, impede os efeitos desastrosos do monopólio em algumas áreas como as ferrovias, os correios, a navegação, impõe limites aos bancos e às sociedades anônimas. Em resumo, o Estado tempera certas desigualdades para evitar conflitos que surgem do progresso da sociedade¹⁷⁰.

A ingerência do Estado provoca uma limitação progressiva da liberdade individual, vinculada com uma limitação correspondente na liberdade contratual e na propriedade privada, pelo seu devir funcional. Cimbali menciona que a funcionalização reduz o campo e a esfera de ação do contrato como causa do direito das obrigações, tendo em vista o nascimento de outras fontes não convencionais de obrigações¹⁷¹.

O indivíduo passa a ser unidade funcional que integra a alta complexidade do corpo social. A relação entre o Estado e o indivíduo não é de oposição, mas de coexistência harmônica: a força de um é a fraqueza do outro, mas o coeficiente

¹⁶⁹ “E lo Stato, oltre alle vecchie funzioni di limitazione, d’integrazione e di tutela, è chiamato ad esercitare nel mondo moderno una funzione del tutto nuova, che suol denominarsi funzione propriamente *sociale*”. Idem, ibidem, p. 339.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 339 e 340.

¹⁷¹ Idem, ibidem, p. 340 e 341.

comum provoca benesses recíprocas. O Direito moderno não nega os valores e as liberdades e iniciativas do indivíduo, exercitados com ações moderadas e integradoras, gerando uma nova relação entre o indivíduo e o Estado.

Cimbali põe suas atenções sobre a legislação social, que provoca a grande transformação das relações obrigacionais de Direito Privado, como mediação do contrato entre os capitalistas e os operários, os camponeses, os proprietários, os produtores e os consumidores, para o fim de definir os limites da função da propriedade e do capital¹⁷².

O contrato como relação de troca cumpre uma **função social**, porque o homem individualmente não consegue suprir suas próprias necessidades, formando uma equação constante entre os que dão e os que recebem, entre os que produzem e os que consomem. A necessidade de troca para subsistência individual e social é a causa e a justificação racional das obrigações como função sociológica¹⁷³.

O homem é movido por duas forças. Uma voltada ao indivíduo e outra para a sociedade. Uma se apresenta como necessidade e outra como liberdade: “a necessidade no campo do Direito Privado encontra sua forma concreta de manifestação na lei, enquanto a liberdade se traduz concretamente no contrato”¹⁷⁴. Enquanto a lei é uma necessidade social, o contrato é uma expressão da liberdade individual.

O contrato tem por pressuposto o homem como o juiz natural de seus interesses, e sua liberdade somente encontra limites na lei. Contratar é um ato

¹⁷² Idem, ibidem, p. 341 e 344.

¹⁷³ A **função social** “serve ad assicurare a ciascuno quel tanto di godimento che gli spetta in proporzione dello sforzo sostenuto per procurare i mezzi di sussistenza e di sviluppo a sé e ad altri, mantenendo una equazione costante tra quel che si dá e quel che si recebe, tra quel che si produce e quel che si consuma”. CIMBALI, Enrico. La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria. Archivio Giuridico, n. 33, fasc. I e II, 1884, p. 187-217, In: Idem, ibidem, p. 34-36.

¹⁷⁴ Idem, ibidem, p. 37, tradução livre.

livre, mas uma vez celebrado o contrato “a liberdade do querer se substitui pela necessidade de agir”. A necessidade que deriva do contrato não é menos imperiosa que a que resulta da lei, e, portanto a necessidade é o resultado da própria liberdade¹⁷⁵.

A evolução histórica demonstra que na relação entre o indivíduo e o Estado houve fases em que as obrigações nasciam diretamente de atos deste e em outros momentos do contrato. Em face de tal circunstância, Cimbali associa a problemática da liberdade de contratar a dois outros pontos centrais do Direito Privado, que são a personalidade e as fontes das obrigações¹⁷⁶.

Cimbali critica a classificação bipartida das fontes (lei e contrato), e diz que a classificação Romana (lei, contrato, quase contrato, delito, quase delito), é pouco científica, mas serve como guia para compreender a problemática das fontes. A causa geratriz única é a lei, que cria obrigações pela mediação de determinadas atividades sociais, movendo-se sempre para buscar o equilíbrio com a liberdade individual¹⁷⁷.

Cimbali afasta a discussão metafísica a respeito da natureza do homem e eventual vínculo com o contrato, pois a descoberta da causa do contrato e de sua força obrigatória deriva da análise pragmática do contrato na sua função de regulação das relações intersubjetivas e de cooperação social.

O homem contrata com seus similares em busca de uma dupla finalidade: prover sua subsistência individual e cooperar indiretamente para a subsistência da

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 40, tradução livre.

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 42.

¹⁷⁷ “Il contratto, rappresentando esso la piú alta espressione di un sentito e profondo bisogno dell'umana convivenza, ed essendo anzi una vera e própria funzione sociale, costituisce un istituto che si è imposto sempre a' legislatori per essere riconosciuto, a' filosofi per essere giustificato come fonte legittima di diritti e di obbligazioni”. Idem, ibidem, p. 45 e 46.

agregação social da qual participa. Essas duas finalidades mantêm-se em equilíbrio entre tendências individuais e tendências sociais¹⁷⁸.

Há um valor jurídico supremo de assegurar a liberdade individual, as relações de trocas e a difusão das utilidades e serviços, que são condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da vida humana, seja sob o ponto de vista individual, como sob o ponto de vista social¹⁷⁹.

A individualidade humana tem uma substância pessoal e patrimonial, contribuindo ambas para a formação do tecido social. As unidades socialmente ativas são combinações de pessoas e patrimônios, que coligados a determinados bens em uma disposição coletiva é capaz de ações sociais. Considerando cada indivíduo como um complexo de forças pessoais e patrimoniais que constituem o tecido social, as suas atitudes conectam-se a outros órgãos exercendo uma ação mais ou menos decisiva. A combinação de forças pessoais e patrimoniais, ou só pessoais, no organismo social é determinada pelas tendências e necessidades particulares, as quais originam o contrato de Direito Privado. Isto é o princípio e o motor que impulsiona a vontade individual, que se transforma mediante o contato de um indivíduo “liberamente cooperanti fra di loro, in una vera e própria funzione sociale”¹⁸⁰.

Cimbali afirma que a vontade individual é o motor que faz gerar a eficácia obrigatória, porque é reveladora de uma conjunção de forças pessoais e patrimoniais que revela uma necessidade vinculada a coisas e uma determinada função social. Embora Cimbali não condicione a eficácia do contrato a essa “causa”, evidentemente que sua concepção é muito similar, a concepção segundo a qual o contrato é o resultado de uma determinada ação social, sendo a vontade

¹⁷⁸ Idem, ibidem, p. 50.

¹⁷⁹ Idem, ibidem, p. 51.

¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 53.

apenas o motor da eficácia contratual, que por sua vez não perde a necessidade de estar vinculado à sua causa¹⁸¹.

O contrato é resultado de uma coligação entre dois indivíduos, que são verdadeiramente dois órgãos do tecido social. O elemento que se sobressai não é o acordo de vontades, mas a causa do contrato, que é identificada como “disposição recíproca ou unívoca de atividades pessoais ou patrimoniais próprias”¹⁸².

Isso significa que é preciso que exista uma operação econômica, uma operação de troca que satisfaça necessidades socialmente úteis, para que o contrato tenha causa e cumpra sua função social.

A função social é o dinamismo orgânico das forças individuais que combinadas de maneira recíproca constituem e assumem a determinação jurídica de contrato. A finalidade do contrato é justamente a de vincular uma parte à outra e a de realizar a atribuição patrimonial entre ambas. A eficácia obrigatória do contrato, considerando sua função social, repousa na emanção de direitos decorrentes da personalidade, como liberdade de dispor dos seus próprios direitos e, por outro lado, na imperiosa necessidade de respeitar o direito dos outros após a emanção da vontade de contratar¹⁸³.

Cimbali comenta a teoria da declaração, escrita por Liebe e Schlossmann, que no Direito Alemão nega que o fundamento da força obrigatória está no acordo de vontades ou na própria vontade. O debate entre a concepção voluntarista e a teoria da declaração revela o problema formidável do livre arbítrio, apresentando soluções diversas no âmbito da ciência moral. De um lado a vontade pura,

¹⁸¹ “La volontà individuale combinata è invece la causa generatrice della sua efficacia obbligatoria, in quanto determina il concorso delle forze personali e patrimoniali di più individui, che costituisce appunto, per la necessità stessa delle cose, una vera e propria funzione sociale”. Idem, ibidem, p. 54.

¹⁸² Idem, ibidem, p. 54.

¹⁸³ Idem, ibidem, p. 55.

metafísica, superior a qualquer outro motivo, independente de cada determinação, e, de outro, a vontade reduzida a um simples movimento automático de músculos e nervos, destituída de eficácia e conteúdo ético, sobreposta unicamente ao império das leis físicas. Essa discussão no campo jurídico se resolve na objeção direta contra a vontade como causa da força obrigatória¹⁸⁴.

Propõe uma linha mediana, para dizer que a vontade tem uma função prática, operante dos motivos aos quais se liga. E, essa é a função da vontade em qualquer organismo: vincular o motivo ao ato. A vontade tem uma função necessária, mas como função não pode agir de maneira absoluta, “doendo obbedire allá dinâmica delle forze, ma bensì sempre in maniera relativa coordinandosi l’atto del volere al movente del volere istesso”¹⁸⁵.

Na sua constituição o contrato é expressão da vontade individual, porquanto as partes são livres para formá-lo ou não, modificando ou renovando os motivos determinantes do contrato. Porém, quanto à sua eficácia obrigatória é expressão da necessidade social, pois a partir do momento em que a vontade subjetiva dos contraentes se funde em uma vontade objetiva resultante do acordo, esta passa a ser parte integrante de um organismo, que é o contrato.

A causa eficiente do contrato não é a vontade individual, mas a vontade coletiva, ambas como integrante de um organismo, do qual resulta a força obrigatória¹⁸⁶.

Cimbali faz uma separação entre a fase anterior e a posterior a formação do contrato, afastando o elemento subjetivo da vontade que integra o contrato, atribuindo-lhe um caráter normativo similar ao que é proposto por Emílio Betti.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 55.

¹⁸⁵ Idem, ibidem, p. 63.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 63.

O fundamento da obrigatoriedade do contrato é a vontade a serviço do organismo contrato. A vontade é importante para a formação do contrato. Se houver erro ou faltar vontade, não há contrato. É a lei que pela função social do contrato atribui efeitos a este, nascido pela união das vontades, que objetivadas resultam no contrato¹⁸⁷.

A lei somente é causa da eficácia obrigatória por que assegura os efeitos legítimos que nascem da vontade comum das partes contraentes. Porém, a vontade conjunta e concordante das partes na determinação da origem e medida das obrigações convencionais não é livre de modo absoluto, mas somente de maneira relativa. Essa liberdade moral relativa, que se conserva no momento da formação do contrato, converte-se em necessidade jurídica no momento em que o contrato é constituído, devendo este cumprir uma função social para resguardar o organismo que é a sociedade em geral.

A concepção de Cimbali é pioneira em relação à problematização da função social e consiste em visão cuja atualidade é impar. Não se pode dizer que suas idéias influenciaram diretamente a redação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil vigente, mas há dois fatores importantes que contribuem para afirmar a atualidade de seu pensamento.

O primeiro é a compreensão da função social e do contrato de maneira integrada no ordenamento jurídico, dentro do contexto da teoria do negócio jurídico. Uma visão técnica atrelada a elementos históricos e sociológicos que correspondem a uma visão orgânica do mundo jurídico, em que a liberdade e a função social não são opostas de maneira contraditória, mas como faces distintas de um mesmo problema.

O segundo fator é a indiscutível influência de seu pensamento sobre a doutrina posterior, em especial sobre Emílio Betti e Miguel Reale.

¹⁸⁷ “La legge nono interviene che nel fine soltanto di garantire il libero esplicarsi della volontà rispettata, ed assicurare gli effetti legittimi nascenti dalla volontà comune delle parti contraenti; ma solo in questo sta la causa e la misura della obbligazione”. Idem, *ibidem*, p. 70.

A concepção da *dialética da complementaridade* e a referência de que a função social é a outra face da liberdade de contratar estão presentes no pensamento de ambos os juristas.

A influência sobre o pensamento de Emílio Betti está em dois aspectos da teoria do negócio jurídico. O primeiro está na crítica feita por Cimbali, a respeito da teoria da vontade e teoria da declaração. Ambos propõem uma solução intermediária em que a vontade tem relevância jurídica, mas apenas como gênese (expressão de Betti) ou causa geratriz (expressão de Cimbali) do contrato¹⁸⁸.

O segundo aspecto que aproxima Betti de Cimbali é colocar lado a lado função social e causa do contrato. Para ambos o elemento determinante da eficácia contratual não é a vontade, mas a causa do contrato, que é identificada como “disposição recíproca ou unívoca de atividades pessoais ou patrimoniais próprias”¹⁸⁹ para Cimbali e, para Betti é um interesse objetivo e plausível, socialmente “apreciável e controlável”, seja ideal ou moralmente na atribuição patrimonial que subjaz ao contrato¹⁹⁰. Para ambos é preciso uma troca que satisfaça necessidades socialmente úteis, para que o contrato tenha causa e cumpra sua função social.

A principal contribuição desse conjunto de idéias que formam a obra de Cimbali é a atribuição de uma função social ao contrato. Função, que sob o ponto de vista econômico cumpre o papel de instrumentar a troca e suprir as necessidades decorrentes da especialização das funções no processo produtivo. Sob o ponto de vista jurídico, o contrato tem a função de equacionar os atos de liberdade individual que são voltados para a subsistência individual, com a

¹⁸⁸ A esse respeito deve-se observar que na época da obra de Cimbali, ainda não havia sido escrito a principal obra a respeito da teoria da declaração, de autoria de Oscar von Bülow. Sobre o tema ver COUTO e SILVA, Clóvis do. Para uma história dos Conceitos...;

¹⁸⁹ CIMBALI, Enrico. La funzione sociale dei contratti..., p. 54.

¹⁹⁰ BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 338.

necessária cooperação para a agregação social, mantendo em equilíbrio as tendências individuais e sociais que lhe são inerentes.

4. A historicidade da função social dos contratos: Karl Renner

A invocação do pensamento de Karl Renner como um dos responsáveis pelo estudo da concepção funcional do direito deve-se a Fábio Konder Comparato, um dos colaboradores dos trabalhos legislativos que resultaram no Código Civil vigente. O jurista paulista afirma que a “análise funcional do direito” teve como ponto de partida monografia de Karl Renner, de 1904, denominada *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*, que trata da função social dos bens e também dos negócios jurídicos¹⁹¹.

Renner escreveu sua obra sob o pseudônimo de Josef Karner, na época em que trabalhava como funcionário público, como bibliotecário da Câmara dos deputados austríaca. Somente após ter sido eleito deputado, no ano de 1907, foi revelada sua identidade como autor da obra sobre a função social¹⁹².

Segundo Arduino Agnelli, Renner não tinha uma boa formação jurídica, embora tenha avançado não só na matéria jurídica, quanto no âmbito da economia, sociologia, história, entre outras competências¹⁹³.

¹⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 30.

¹⁹² Renner foi 1º ministro austríaco em duas oportunidades. Em 1918 -1920 e no ano de 1945.

¹⁹³ AGNELI, Arduino. Introduzione. In: RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica. Un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981. Tradução da edição de 1929, por Cornelia Mittendorfer, p. 9.

Renner faz uma análise do Direito a partir de sua formação marxista, separando estrutura de superestrutura, atribuindo à superestrutura a possibilidade de realização de modificações na estrutura, razão pela qual apresenta uma crença no Direito como instrumento de mudança, tal qual era o pensamento dos sociais democratas no início do século XX.

A norma pode modificar a função social do instituto jurídico para que este passe a buscar objetivos econômicos diversos dos objetivos originários¹⁹⁴. Pode-se usar o Estado a serviço da classe operária para alcançar o socialismo através da atuação legislativa. Isso caracteriza o Decretinismo, que é a fé na legislação e no poder da lei, que pode tudo¹⁹⁵.

Renner tem a crença de que nos 25 anos que mediaram a 1ª e 2ª edição de sua obra iniciou-se um processo de transformação do Direito Civil em um Direito Social. Essa sua concepção está associada ao que chama de mutação funcional, questão central de sua obra.

Renner faz uma separação entre função social e função econômica. A primeira resulta do papel assumido no processo produtivo, enquanto a função social está vinculada aos fins últimos da sociedade, que é a manutenção da espécie humana¹⁹⁶. A sua análise não está relacionada com causa e efeito, mas com motivo, meio e finalidade, uma explicação teleológica e não causal¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p. 15.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 22 e 30. “È necessario, perciò, impostare finalmente com método il problema della sovrastruttura giuridica e questo è ciò che si propone questo studio. Esso prende in esame ogni istituto giuridico – soprattutto la proprietà – soto il profilo dei suoi due aspetti, sotto quello Del suo carattere giuridico e di quello economico. Pertanto in tale studio si distinguono il complesso delle norme e la funzione sociale di ogni istituto. Il problema che in questo studio viene affrontato è il seguente: può um istituto giuridico, fermo restando il suo aspetto giuridico – senza che intervenga cioè alcuna modificazione della legge – mutare tuttavia la própria natura economica, la própria funzione economica e sociale?”.

¹⁹⁶ Idem, ibidem, p. 16 e 17.

¹⁹⁷ RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica. Un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981. Tradução da edição de 1929, por Cornelia Mittendorfer, p. 48.

O ponto de partida é o pensamento de Marx, para dizer que as relações econômicas não correspondem exatamente às relações jurídicas, que podem ter graus de desenvolvimento distinto, como é o caso da relação de Direito Privado romano com o moderno sistema de produção. Por isso, chega à conclusão que negócio jurídico e atividade econômica não coincidem. O consumo de alimentos é ao mesmo tempo um processo fisiológico, econômico e de vontade; todavia não é um processo de vontade equivalente a um negócio jurídico¹⁹⁸.

Embora a circulação de bens na sociedade capitalista seja realizada através do negócio jurídico compra e venda na forma do direito obrigacional, a produção não é um negócio jurídico. Uma operação econômica pode corresponder a vários institutos jurídicos, como é o caso do negócio jurídico, exercício do direito de propriedade, etc. Ou seja, “a categoria econômica simples se apresenta como combinação de mais categorias jurídicas, portanto as categorias não coincidem”¹⁹⁹. Os institutos jurídicos servem para fins específicos e delimitados sob o ponto de vista da economia, os quais Renner chama de “função jurídica” de tais institutos.

O autor propõe que há uma recíproca dependência entre as normas jurídicas e os processos econômicos. Em razão dessa recíproca determinação não se pode conceber uma função geral do Direito, pois a cada época e a cada momento histórico corresponderia uma determinada função²⁰⁰.

A implicação jurídico-econômica está relacionada com a instrumentalização dos institutos jurídicos para que se alcancem os fins da atividade econômica. Entre

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 49.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 49.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 51 e 52. Para exemplificar essa idéia da impossibilidade de uma função geral para o Direito, Renner cita trecho da obra *O capital*, de Marx: “Il pluslavoro è un fenomeno sociale generale appena la produttività della forza lavoro umana supera le immediate necessità vitali, però nell’epoca feudale si presenta diversamente che nell’età capitalistica, là come *corvée*, qui come plusvalore”.

eles estão a função atributiva,²⁰¹ que é a função principal. No entanto há outras três funções econômicas, que são a produtiva, distributiva e consumptiva.

A função consumptiva está relacionada com a parte que cada membro da população tem no produto produzido anualmente pela sociedade, como seu fundo de consumo, garantido pelos institutos jurídicos, seja através da propriedade, do usufruto, e no caso de falta de outros institutos jurídicos, através da caridade. A função distributiva está relacionada com a circulação de bens, através da forma jurídica da compra e venda. E, a função produtiva está vinculada a dois institutos jurídicos: propriedade e contrato de trabalho²⁰².

A função atributiva é comum a todas as três funções.

A função social, por sua vez, compreende todos os efeitos que um instituto jurídico exercita sobre a sociedade na sua complexidade, pois cada função particular se funda numa única função social²⁰³.

Renner afirma que é possível um instituto jurídico (um complexo de normas) permanecer constante sob o ponto normativo, mas ser modificado pelas mutações econômicas, bem como pode ser alterado pela manutenção da função econômica, mediante a alteração da norma²⁰⁴.

Sempre que ocorre a mutação da função dos institutos jurídicos há uma mutação da própria sociedade, pois desaparecendo um instituto, surge outro para regular a situação.

²⁰¹ Renner chama de "funzione detentoria", fazendo menção expressa de afastamento da Gewere, tampouco da propriedade, embora diga que o termo detenção significa simplesmente o apossamento, sem qualquer qualificação jurídica. Idem, ibidem, p. 58.

²⁰² Idem, ibidem, p. 59.

²⁰³ Idem, ibidem, p. 60.

²⁰⁴ Idem, ibidem, p. 60 e 61.

O conjunto dos institutos jurídicos de uma determinada época deve, de maneira articulada, cumprir uma função geral, conforme as exigências da sociedade, o que caracteriza o seu caráter orgânico. Esse caráter orgânico liga normas de Direito Privado ao direito público. Renner exemplifica que as normas de processo (Direito Público) para tornarem efetivo o Direito de Propriedade (Direito Privado), são vinculadas a este²⁰⁵.

Dessa análise chega-se à conclusão que o pensamento de Renner tem vínculo ideológico claro com o marxismo e com a possibilidade de fazer do Direito um instrumento de modificação da estrutura econômica, da qual o Direito é superestrutura.

A função econômica, que corresponde aos fins específicos de cada instituto jurídico, e que no modo de produção capitalista é de maneira geral uma função atributiva, pode assumir função distributiva, consumptiva e produtiva. A função social, por sua vez, é representada por todo o complexo de efeitos que um instituto jurídico exercita sobre a sociedade: “le funzioni particolari si fondono nell’única funzione sociale”²⁰⁶.

A função social não é, portanto, um meio de realização do princípio da socialidade, mas o conjunto de funções econômicas que atingem a sociedade na sua complexidade.

Não há um valor específico por detrás da função social, tal como a realização dos interesses sociais sempre que houver colisão com os interesses individuais, mas simplesmente a consideração de que cada instituto jurídico tem uma função social vinculada ao seu papel no modo de produção capitalista.

²⁰⁵ Idem, ibidem, p. 62.

²⁰⁶ Idem, ibidem, p. 60.

Esta característica do pensamento de Renner é considerada como decorrente de uma “visão dialeticamente fechada”, por situar as mudanças funcionais fora do âmbito jurídico²⁰⁷.

Entre vários exemplos da possibilidade de o Direito servir como instrumento de transformação social, Renner indica a mutação ocorrida no Direito de Propriedade no processo de transição entre feudalismo e capitalismo, pelo qual a propriedade fundiária foi transformada, por força da lei, em propriedade livre²⁰⁸. Por consequência tal mutação atingiu o contrato, pois na concepção do autor austríaco o contrato é um “instituto conexo” ao Direito de Propriedade²⁰⁹.

Renner acredita numa espécie de evolucionismo social pelo qual caminha a humanidade, no qual a lei tem um papel extremamente forte, através do chamado “decretinismo”, que pode produzir efeitos similares ao de uma revolução²¹⁰. Com a revolução a lei não deve decretar o fim da propriedade, mas uma nova disciplina, para que corresponda a uma nova função.

Renner adverte que não se pode editar uma lei que contrarie por absoluto a estrutura da propriedade vigente, como transformar a propriedade capitalista em feudo ou em propriedade comunal, pois isso resultará em ineficácia, como provam as experiências russas na conformação das relações agrárias²¹¹.

²⁰⁷ “Renner, que adota o modelo jurídico fechado e vinculado ao pensamento marxista e positivista, concebe a função social como fora do âmbito do direito”. BERTOLO, Rozangela Motiska. A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 10, jul. 1994, p. 35.

²⁰⁸ RENNEN, Karl. Op. cit., p. 207.

²⁰⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 30.

²¹⁰ RENNEN, Karl. Op. cit., p. 207. “Questa fede nella nela decretazione, ovvero, com ela si è spiritosamente chiamata, il ‘decretinismo’ non è affatto uma peculiarità della rivoluzione bolscevica, ma è diventato in essa particolarmente evidente ed anche fatale”.

²¹¹ Idem, ibidem, p. 207.

Em resumo, a obra de Renner propõe a conquista do socialismo para que ocorra “il salto dell’umanità dal regno della necessita nel regno della liberta”²¹².

Essa manifestação do pensamento marxista de Renner deve ser compreendida no contexto das discussões socialistas a respeito do Direito. Embora Marx não tenha se dedicado à teoria do Direito, era um cientista social que fez fortes críticas à expressão formal e material do Direito burguês, ao qual era atribuída uma função ideológica de cobertura através de uma “igualdade formal” cujo papel era esconder a desigualdade social.

É evidente que uma locução como a “função social” possui um significado que transcende o sentido que lhe dá cada um dos autores. Isso se vê pela interpretação de Comparato a respeito da concepção de causa do autor Austríaco²¹³. Entretanto, a real contribuição de Karl Renner está na necessidade da compreensão funcional do ordenamento, embora a atribuição de uma função social não esteja carregada de um conteúdo específico, diferentemente da função econômica.

Tal aspecto pode ser relevante para a aplicação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, pois não há clareza na distinção entre a função econômica e a função social dos contratos. Ou, melhor, não há clareza sobre a consequência dos efeitos da distinção de tais funções, tendo em vista que o contrato tem uma

²¹² Idem, *ibidem*, p. 235.

²¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 30. “Para os negócios jurídicos, em muitos casos a lei lhes fixa um objetivo ou função determinada – a sua causa típica -, sem proibir aos particulares o emprego da mesma técnica negocial para a consecução de outras finalidades. É o fenômeno dos negócios indiretos”.

No entanto, a indicação de Comparato tem dois problemas. Primeiro é a desconsideração da problemática da validade e eficácia dos negócios indiretos no Direito brasileiro, o que não corresponde à realidade jurídica nacional, que tem se utilizado da noção de tipicidade e de causa como instrumento de controle do conteúdo do contrato, com raras decisões admitindo negócios indiretos, restritos aos negócios abstratos e quando previsto em lei. E, por outro, não se pode identificar no pensamento de Karl Renner um conceito de causa tal qual o que foi utilizado por Comparato.

dimensão econômica cuja visibilidade é indiscutível, a qual está sintetizada na frase de Roppo, segundo a qual o contrato é a veste jurídica das operações econômicas²¹⁴.

Contudo, enquanto o pensamento de Cimbali, Duguit e Renner não alcançam elementos diretos para a interpretação da cláusula geral do artigo 421, o mesmo não se pode dizer do pensamento de Emílio Betti, que foi a principal influência do pensamento de Miguel Reale na composição da cláusula geral em comento.

B. O contrato como instrumento da autonomia privada: Emílio Betti.

Todas as indicações doutrinárias, partindo do pensamento de Miguel Reale, atribuem a Emílio Betti a construção de um conjunto de idéias estruturadas em uma concepção de negócio jurídico, que associa a autonomia privada a um instrumento para a realização da função social da autonomia privada.

Na definição da idéia de socialidade e seu vínculo com o direito contratual, Miguel Reale cita Emílio Betti para justificar “o sentido social do contrato”, e para afirmar que a declaração de vontade enquadra-se “como que em sua moldura natural, assumindo, em razão dos objetivos (vedute) da consciência social, a sua típica significação e relevo”²¹⁵.

²¹⁴ Embora a expressão esteja associada a ROPPO, Enzo. O contrato, p. 19, a mesma pode ser encontrada no texto de Emílio Betti no Novíssimo Digesto Italiano. BETTI, Emilio. Negoziio Giuridico. Novíssimo Digesto Italiano, p. 209 e ss.

²¹⁵ REALE, Miguel. Questões de Direito Privado, p. 02. Trata-se de uma citação de Emílio Betti, retirada da sua Teoria Geral da Interpretação.

A “cláusula geral” da função social do contrato disciplina não só o contrato, em si, mas a liberdade de contratar. A conotação é mais ampla do que a mera limitação da liberdade. A função social tem um “valor operativo”, constitutivo do próprio contrato, cujas conseqüências alcançam a interpretação dos contratos. Por igual, tem o papel de concretização dos preceitos contratuais particularmente consideradas, numa atividade de integração que atribui ao Juiz um papel ativo de formação do direito²¹⁶.

Betti teve como pressuposto metodológico o estudo sobre os problemas práticos do direito positivo, entendido este como a disciplina da “vida de relação” mediante a adoção de normas que representam a solução de um conflito de interesses considerados contrapostos e comparativamente valorados na sua típica entidade social²¹⁷.

Esse pressuposto metodológico é fundamentado na concepção de que o direito não é um conjunto de normas abstratas “arrancadas de la vida social”, mas com fundamento na vida de relação, no “conjunto de relaciones que ligan a los hombres el desarrollo de la actividad de cada uno”, relações unidas a interesses típicos ainda que em conflito, os quais se limitam reciprocamente. O intérprete não pode prescindir de estudar as instituições jurídicas e as normas, porque nestas estão refletidas as instituições jurídicas como “entidades sociales historicamente determinadas”²¹⁸.

Emílio Betti não só trata da função social do negócio jurídico e do contrato, mas da “função social do vínculo obrigacional”, formulado em um capítulo denominado: “problema social de la obligacion: necesidad de la cooperacion ajena”²¹⁹.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 354.

²¹⁷ BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo I. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 01.

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 02.

²¹⁹ Idem, ibidem, p. 01.

E a função social da obrigação está justamente orientada por uma idéia, que é a necessidade de cooperação entre os que vivem em sociedade.

Essa necessidade de cooperação é decorrente da recepção da autonomia privada na órbita jurídica, a qual se traduz pela concessão a determinados núcleos típicos de interesses que correspondem a funções típicas de cooperação socialmente úteis entre os membros de uma comunidade²²⁰.

A visão de Betti contém uma afirmação que é tomada como pressuposto de suas idéias, que é a de que a autonomia privada é uma “concessão” do Estado em favor dos particulares.

Essa idéia de concessão não tem um caráter normativista derivado da visão de que o Estado tudo regula e tudo pode regular, mas constitui resposta à teoria da vontade que põe sobre a vontade o fundamento da “obrigatoriedade do contrato”²²¹.

Para Betti a liberdade contratual é necessária para a organização da vida econômica, para a circulação de bens e riquezas e fundamentalmente para a “cooperação” necessária para a vida em sociedade.

Não se pode compreender que a expressão “concessão” tenha um sentido de “autorização”, “permissão”, que possa ser revogada a qualquer momento por um príncipe que pode tudo.

O vocábulo “concessão” deve ser tomado como expressão do poder estatal, exercido através do ordenamento jurídico, ao qual está subordinada toda a eficácia contratual.

²²⁰ BETTI, Emilio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 67.

²²¹ Compreendida esta como possibilidade de execução, derivadas da irretratabilidade e intangibilidade decorrentes do princípio da força obrigatória.

Essa concessão não pode ser retirada, tampouco admite uma liberdade absoluta. Trata-se de uma constatação histórica de que a liberdade contratual no início do século XIX e o contrato como “acordo de vontades”, não passam de construção jurídico-filosófica para dar respaldo jurídico ao Estado liberal, que tentou construir um mercado livre de intervenção estatal.

Para Betti, a idéia de “concessão” está relacionada a uma separação entre o direito e a realidade social, que embora possam ser considerados como “dois planos”, pertencem a um único universo, os quais possuem idênticas variações e mutações, correspondendo às mudanças de um plano sobre o outro. A própria vida econômica e social, que é historicamente caracterizada pela propriedade privada, pela iniciativa dos particulares e circulação de bens, revela a existência de negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares regulamentam seus interesses nas suas relações econômicas recíprocas, conforme suas necessidades, para cumprir variadas funções econômico-sociais, independente de ingerência direta do Estado²²².

Os interesses e as necessidades são regulados pelo negócio jurídico no plano social, no qual devem ser observadas as regras costumeiras e princípios de correção. No negócio jurídico manifesta-se a autonomia privada, que é um poder pré-jurídico, não concedido ou delegado de uma fonte superior. Segundo Natalino Irti a natureza “privada” no pensamento de Betti é relativa à sua desvinculação das normas do Direito estatal e não por dizer respeito aos particulares²²³.

A gênese do negócio é descrita sobre a base econômico-social, mas no limiar do direito estatal, para cujo plano é transposta, sem perder sua natureza.

Na visão de Betti, a passagem para o plano econômico social não altera nem corrompe a natureza do negócio:

²²² IRTI, Natalino. Lecture bettiane sul negozio giuridico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 12 e 13.

²²³ Idem, *ibidem*, p. 13.

o direito estatal reconhece a competência dos particulares para disciplinar seus interesses e *aggiunge* a sanção jurídica conforme os costumes e conforme a sociedade. O reconhecimento eleva o ato de autonomia privada a dignidade de negócio jurídico. O direito estatal não confere, mas reconhece a autonomia dos particulares, como atividade e poder de auto-regulamentação de seus próprios interesses e relações²²⁴.

Ao mesmo tempo em que Betti construiu uma concepção que muda completamente a linguagem voluntarista, impondo objetividade à teoria do negócio jurídico, não sufoca o dogma da vontade, tampouco a doutrina da autonomia, pois não é atribuída competência que os particulares não têm, mas sim reconhecido e sancionado o ato de autonomia já presente no terreno social²²⁵.

O ato de autonomia é apresentado por Betti como um fenômeno que nasce no terreno econômico-social que o direito em uma fase histórica e logicamente posterior recepciona. Em tal processo de recepção a norma jurídica limita-se a atribuir uma tutela jurídica mais enérgica que as sanções decorrentes dos costumes sociais²²⁶.

O Direito recepciona o ato de autonomia, mas ao mesmo tempo em que realiza tal recepção pode impor limites a este, sem que se elimine a sua natureza que é a expressão de uma “iniciativa pré-jurídica” que o direito reconhece e acolhe²²⁷.

Essa recepção tem por resultado o negócio jurídico, que é uma *fattispecie* caracterizada por um conteúdo preceptivo. Porém, o preceito não nasce do

²²⁴ Idem, ibidem, p. 14, Tradução livre.

²²⁵ Idem, ibidem, p. 9 e 15.

²²⁶ Idem, ibidem, p. 17.

²²⁷ “Trai il negozio sul piano sociale ed il negozio sul piano giuridico non vi è diversità di natura, ma diversità di forme di garanzia e di tutela: il secondo può giovare e delle sanzioni del costume e delle sanzioni del diritto”. Idem, ibidem, p. 15.

negócio, mas é o próprio negócio jurídico, não se podendo confundir o “ser” da força operativa do negócio, com o “dever ser” do preceito²²⁸.

Em síntese, na concepção de Betti, o ato da autonomia privada já tem um carácter preceptivo no plano social, o que é recepcionado pelo direito,²²⁹ não obstante corresponda a um pano de fundo que é a valorização da economia como uma área regulada pelo Estado e não mais um espaço de liberdade pura.

Nesse aspecto a visão de Betti é dúplice: valoriza a autonomia privada como um dado pré-jurídico e ao mesmo tempo limita a eficácia dessa autonomia no plano jurídico. A limitação, que atinge a liberdade de contratar, deve-se à exigência de correspondência a funções socialmente relevantes para que o ordenamento jurídico reconheça e tutele determinado contrato, afastando a concepção de que a vontade é suficiente para formar contratos:

Esto demonstra, asimismo, la falsedad y falta de verosimilitud de la Idea que atribuye a la sola voluntad del particular el poder, em verdad injustificable dentro de la realidad jurídica y social de nuestros días, de dar vida a negocios válidos y, por tanto, relaciones de obligaciones em el plano del Derecho²³⁰.

Em outras palavras, não basta a declaração de vontade, é preciso que o contrato também tenha causa.

1. Função do negócio jurídico: o problema da causa

Na concepção de Emílio Betti a função do negócio jurídico é a sua causa: “terminologia técnica legitimada pela tradição”, que é a razão do negócio, que se liga ao conteúdo, mas sem se identificar com ele. O conteúdo é um preceito com o

²²⁸ Idem, ibidem, p. 18.

²²⁹ “La persona comanda – aveva scritto Bernardo Windscheid -, ed il diritto si appropria il suo comando”. Idem, ibidem, p. 19-22.

²³⁰ BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II., p. 69.

qual as partes buscam regular os seus interesses em razão de “escopos práticos de carácter típico, socialmente valoráveis” na vida de relação²³¹.

Esses escopos práticos são “valores correspondentes”, bens e serviços que circulam nas várias esferas de interesse da vida social.

O exame do conteúdo de qualquer negócio leva à identificação lógica de um regulamento e de uma razão prática que lhe é imanente, uma causa, que é “um interesse social objetivo e socialmente verificável”, a que o conteúdo, o regulamento deve corresponder²³².

A causa não deve ser entendida em sentido fenomenológico, qual seja o de causa e efeito, mas em sentido teleológico e deontológico, “atinentes à exigência de sociabilidade que preside a função ordenadora do direito”, pois o instrumento da autonomia privada não pode ser desviado de seu destino²³³.

Emílio Betti qualifica o negócio jurídico como um instrumento que precisa ser adequado aos seus fins, situando historicamente essa “função” mediante a consideração de que na sociedade moderna é preciso “sensibilidade social” que os juristas não tinham no “velho individualismo”²³⁴.

Em todos os “negócios patrimoniais”, nos contratos, portanto, a causa justifica tanto a perda como a aquisição que o negócio é destinado a produzir. A simples negociação entre as partes a respeito do ajuste patrimonial no terreno social que justifica a perda, aquisição ou compensação de algum bem caracteriza a “causa”. Porém “deve haver” um interesse objetivo e plausível, socialmente “apreciável e

²³¹ BETTI, Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 333 e 334.

²³² Idem, *ibidem*, p. 334.

²³³ Idem, *ibidem*, p. 334.

²³⁴ Idem, *ibidem*, p. 333.

controlável”, seja ideal ou moralmente na atribuição patrimonial que subjaz ao contrato²³⁵.

O contrato possui uma função social conforme o tipo abstratamente celebrado (compra e venda, etc.), porém cada contrato concretamente realizado é determinado por um “interesse individual”. A antinomia entre ambos os interesses pode interferir ao ponto de “neutralizar e paralisar”, no caso específico, a realização da função social típica, desviando o negócio do seu verdadeiro destino, para fazê-lo servir a um escopo anti-social. “Isto cria a necessidade de uma fiscalização do interesse individual determinante”²³⁶.

O problema da identificação da causa do contrato, com a causa da obrigação ou da atribuição patrimonial, deriva da possibilidade de o observador ter um ou outro ponto de vista, o que é possível em razão dos vários interesses em jogo, quando se está observando a nova situação que o contrato cria em substituição a uma preexistente. Betti adjetiva essa visão como “unilateral”, assim como considera unilateral a noção de causa objetiva ou subjetiva²³⁷.

Se por um lado o interesse individual na celebração do negócio, variável e contingente, não é suficiente para justificar sua tutela jurídica, também não basta o interesse social por esta tutela, que é a função social e econômica, sem um interesse concreto que a determine em cada caso.

Nos contratos a atribuição patrimonial é disposta pelo consenso das partes, mas o consenso não é suficiente em si mesmo separadamente de um interesse socialmente plausível, justificável e controlável que a determine. Há um interesse que o determina e que corresponde à causa do contrato. Mesmo nos contratos gratuitos a atribuição patrimonial não é um fim, mas um meio para um fim, que é o enriquecimento alheio sem uma compensação: “esse interesse, de carácter

²³⁵ Idem, ibidem, p. 338.

²³⁶ Idem, ibidem, p. 339.

²³⁷ Idem, ibidem, p. 339 e 340.

objetivo e típico, socialmente reconhecível e apreciável, não deve confundir-se com os simples motivos individuais, que no caso especial, podem ter determinado a intenção de liberalidade”²³⁸.

Os motivos possuem um “nexo psicológico” com a vontade de dispor e com o consenso e, portanto, no caso concreto possuem certo direcionamento para a causa. Todavia, não são elementos constitutivos da causa em razão de sua multiplicidade, pelo caráter interno, contingente e variável, quando não contraditórios²³⁹.

Betti também considera como sendo uma concepção unilateral e abstrata conceituar causa como “conjunto das circunstâncias objetivas”, “elemento objectivo do negócio jurídico” ou “vontade da lei”. Não se pode contrapor elemento objetivo e subjetivo, que acabam por parecer estranhos um ao outro, como se o negócio fosse a soma de ambos.

A causa identifica-se com o interesse típico que determina a vontade privada, “e que esta se nos apresenta, em regra, referida à causa como seu escopo prático imediato”: a causa do negócio não é causa nem concausa do ‘efeito’ jurídico, naturalisticamente entendido, mas sim razão e causa típica da autonomia privada ao estabelecer o preceito do negócio²⁴⁰.

Neste aspecto Betti e Jhering aproximam-se, com a diferença de que o interesse que move a vontade privada para o segundo é individual, subjetivo e e

²³⁸ Idem, ibidem, p. 341e 342.

²³⁹ Betti menciona que a função social típica é a causa do negócio jurídico, que não se confunde com a causa remota, que é caracterizada como uma relação jurídica preexistente (ex. o pagamento eficaz é aquele que tem como causa um contrato válido). A justa causa está numa situação similar, pois serve como instrumento de fiscalização pelo juiz e pela parte contrária no caso de denúncia dos contratos baseados em relações de confiança. A justa causa necessita uma medida de valoração objectiva, “harmônica com a relação em discussão e, neste sentido, típica, não obstante a sua diferenciabilidade em relação à variedade das *fatispécies*: medida objectiva, à qual está subordinado o comportamento de quem denuncia”. Idem, ibidem, p. 342, 343 – 345.

²⁴⁰ Idem, ibidem, p. 347 e 348.

egoísta, enquanto para o primeiro, o que move a vontade privada é um interesse típico e objetivo.

Tanto o direito como a consciência social aprovam e protegem a autonomia privada que persegue um interesse típico e objetivo que se dirige às funções sociais dignas de tutela. O direito protege as compras e locações não importando o motivo individual que as determine, “salvo se a sua ilicitude configura um abuso do negócio, ou um desvio dele do seu destino”²⁴¹.

Nos contratos sinalagmáticos a causa não é uma ou outra das prestações, isoladamente consideradas, mas sim a relação comutativa que se estabelece entre eles e que se exprime na troca. A causa é comum e idêntica para ambas as partes. Não se pode considerar a contraprestação como causa, pois a contraprestação é um elemento do todo, que se subordina à outra contraprestação. Somente a unidade funcional do todo é que constitui a justificativa, a razão do contrato²⁴².

Em síntese, “a causa ou razão do negócio se identifica com a *função econômico-social* de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na *síntese* dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada”. “A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada”²⁴³. Essa afirmação de Betti atribui ao negócio jurídico uma função econômica e social que Renner apresenta como duas funções distintas e separadas.

Para justificar esse conceito, Betti menciona que o mesmo tem a iluminação do pensamento de Hegel, a respeito do conceito especulativo de razão, que corresponde ao conceito de causa do negócio: “Os aspectos parciais da acção são compreendidos mercê das respectivas causas; mas a relação recíproca entre eles – relação que configura o nódulo essencial do que existe em concreto – não está

²⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 348.

²⁴² Idem, *ibidem*, p. 349.

²⁴³ Idem, *ibidem*, p. 349.

contida em cada uma das causas de carácter mecânico. Esta relação, que é o todo como síntese essencial (Wesentliche Einheit), existe apenas no conceito, no escopo (Zweck)”²⁴⁴.

2. Função jurídica e função econômico-social

A causa não é a função jurídica, mas a função econômica e social da autonomia privada. Trata-se do reconhecimento de que antes de a autonomia privada ser reconhecida como um fenômeno jurídico, é um fenômeno social.

A relevância jurídica da causa está na limitação e controle da autonomia privada, para que a declaração preceptiva que é formulada pelas partes não consiga romper o nexos psicológico e de relevância social existente entre esta e o interesse objetivo, o escopo prático típico, que é a causa do contrato.

Com isso, a autonomia privada fica limitada. As partes não podem dispensar “arbitrariamente” a presença de elementos integrantes de sua função típica, tampouco podem atribuir efeitos a atos que não sejam idôneos o suficiente para criar vínculos jurídicos²⁴⁵.

Isso significa que se a declaração preceptiva não corresponde com o todo orgânico da qual a declaração faz parte, isso pode ser reconstituído em juízo. Betti cita como exemplo a promessa de pagamento do artigo 1988 do Código Civil italiano,²⁴⁶ equivalente a nossa confissão de dívida, que facilita a posição

²⁴⁴ HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, 1841, II, 74, *apud*, BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 349, nota 19

²⁴⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 354.

²⁴⁶ “Artigo 1988. Promessa di pagamento e ricognizione di debito. La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale e fatta dall'onere di provare (2697) il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria”.

processual do credor ao estabelecer uma presunção de subsistência da causa que não tenha sido apresentada na declaração escrita, mas que pode ser desconstituída se a parte contrária provar a sua inconsistência jurídica por falta de causa²⁴⁷.

O pensamento de Betti transforma a análise da função social dos contratos na função social típica, excelente instrumento para controle dos negócios jurídicos indiretos ou fiduciários, pois somente se pode falar do cumprimento da primeira, quando há caracterização da segunda²⁴⁸.

A importância de Emílio Betti para esta tese está, entre outros pontos, na relação não antagônica entre função social e autonomia privada (liberdade contratual), tal qual a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil determina.

O conjunto de elementos que caracterizam um determinado tipo de negócio é o aspecto objetivo da causa, ao qual corresponde “seu reflexo subjetivo”.

O aspecto subjetivo é encontrado mediante a consideração de que a função social típica é uniforme e constante e, por isso, representa na normalidade dos casos, o objetivo prático a ser alcançado pela vontade de quem efetua contratos desse tipo. Por isso não há uma contraposição entre causa e vontade, entre função social e liberdade contratual.

A função social típica é o interesse no sentido objetivo, pois normalmente coincide com o interesse subjetivo que determinou a declaração de vontade no caso concreto. A vontade individual orienta-se, normalmente, como se fosse seu

²⁴⁷ BETTI, Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 354 e 355.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 356. Os elementos essenciais da compra e venda são as partes e o duplo objeto (coisa e preço) e a relação comutativa que passou a ser o conteúdo do negócio em razão do consenso a respeito da relação de troca. Com isso fica caracterizado que os elementos essenciais do tipo são elementos da sua causa: “elementos constantes e invariáveis em cada negócio concreto que corresponde àquele tipo, e portanto indispensáveis para sua identificação”. E ao mesmo tempo que é constante em cada um, é diferente de todos os demais, pois é diversa a função da compra e venda, do arrendamento, etc.

objetivo, para a função típica do negócio, em razão de um interesse no caso concreto.

A vontade final dirigida à função típica como seu objetivo é a intenção prática típica, uma determinação normal do querer²⁴⁹.

Neste ponto da obra fica a dúvida sobre o verdadeiro êxito de Betti em superar a idéia de autonomia da vontade pela de autonomia privada; conquanto os avanços, ainda há certo voluntarismo no fundo do seu pensamento.

A vontade pode não se dirigir à função social típica, como nos casos de reserva mental, de simulação ou de negócios fiduciários. A vontade é dirigida a um resultado prático, pois não há necessidade que tenha em conta os efeitos jurídicos, mas sim o resultado prático em que se caracteriza a causa do contrato.

Aquele que tem a consciência do significado social e jurídico de um contrato, também objetiva o resultado prático desse ato no ambiente social. Nesses casos, a vontade leva em consideração todos os elementos essenciais do negócio, como a pessoa com quem vai contratar, o objeto do contrato, cuja síntese identifica a função típica do negócio, que é a causa. Em outras palavras, é parte integrante da própria vontade²⁵⁰.

Se é normal que a causa se transforme em momento integrador do próprio processo volitivo, e portanto uma (a última) daquelas representações que interessam à vontade e a solicitam ao negócio (representações que, em sentido lato, se chamam *motivos*), é claro que – se nos limitássemos a considerar esta hipótese normal sob um mero ponto de vista psicológico – isso não daria lugar a uma diferença qualitativa entre a determinação da vontade correspondente à causa e os motivos meramente individuais²⁵¹.

²⁴⁹ Idem, ibidem, p. 357 e 358.

²⁵⁰ Idem, ibidem, p. 358 e 359.

²⁵¹ Idem, ibidem, p. 359.

3. Função do contrato e *ratio juris* da lei

O controle do Estado sobre a autonomia privada é realizado tendo em vista a licitude, a oportunidade e utilidade da tutela jurídica aos mais diferentes escopos práticos, que caracterizam cada tipo contratual, levada em consideração a contingência histórica do interesse social.

A função do contrato além de sua função técnica de controle, também é “a *ratio iuris* da norma que exprime o reconhecimento jurídico”²⁵².

O negócio jurídico funciona como instrumento de justificação das atribuições patrimoniais no âmbito das relações sociais. O exemplo que Betti dá para explicitar esse caráter de justificação e legitimação é a circunstância de não ser justo o proprietário ficar sem um bem que é de sua propriedade. Porém, se ele resolve doar tal bem, ou receber uma contraprestação, a situação fica justificada, assim como aquele que adquire uma coisa por meio de furto e depois compra a coisa, o negócio funcionará como instrumento de justificação: “e quando o direito ratifica e faz sua a justificação aceite e aprovada pela consciência social, tem lugar um fenômeno de recepção, que é, portanto, a nota saliente do reconhecimento jurídico da autonomia privada”²⁵³.

Considerando que a causa como função social típica é elemento inseparável do preceito, a sua falta, ilicitude ou irracionalidade influenciam diretamente na eficácia deste. Isso ocorre quando o interesse objetivo seja contrário à função social típica, “desviando o negócio do seu destino para o fazer servir a um escopo anti-social”, ainda que os elementos individualmente considerados sejam lícitos, o negócio no seu todo acaba sendo ilícito. Da mesma maneira se o interesse individual se dirige a uma função não idônea como a emissão de uma promessa de pagamento de dívida de jogo, o contrato não produzirá o efeito vinculativo, além daquele permitido pela lei.

²⁵² Idem, ibidem, p. 363.

²⁵³ Idem, ibidem, p. 363.

Essa concepção da função social como *ratio iuris* da lei, pode ser vista em estatutos como a lei do inquilinato ou o Código de Defesa do Consumidor, nos quais o interesse social foi o determinante de uma série de disposições normativas limitadoras da autonomia privada. Todas essas limitações têm uma função, ligada objetivamente ao resultado prático que o contrato poderá produzir, o qual se estende para além da regulação individual, e atinge a própria sociedade, ao conformar o conteúdo válido dos negócios jurídicos. Em outras palavras, a função social conforma os resultados práticos que são esperados pela sociedade quando os particulares celebram determinados contratos.

A *ratio iuris* da norma somente oferece um critério orientador para que na interpretação se conheça sua eficácia, não podendo sobrepor-se aos enunciados normativos que determinam os elementos de aplicação. Por isso, o juiz não pode recusar a aplicação da lei com base numa valoração da *ratio iuris* da mesma. Se a *ratio* não corresponde ao comando normativo, isso é razão para a reforma da lei, mas não para a correção pelo juiz.

A esse respeito Betti indica que na Alemanha nazista era comum a utilização da *ratio* para sobrepor ao conteúdo da norma legal²⁵⁴.

Contudo, Betti faz uma distinção entre a *ratio iuris* da lei no âmbito das leis em geral e das leis que regulamentam a autonomia privada, pois enquanto nas demais leis, como por exemplo as tributárias, a *ratio* é mero critério interpretativo, no âmbito da autonomia privada a *ratio* tem um papel maior em razão de uma estrutura mais livre e discricionária. Por isso “ela se eleva a critério regulador do tratamento jurídico, porque nestas (*leis que regulamentam a autonomia privada*) a disposição da norma é determinada, de um modo unívoco e decisivo, por aquela mesma realidade social que nela é contemplada (precisamente a autonomia privada, nas suas funções típicas)”. Se no caso concreto não puder ser realizada a

²⁵⁴ Idem, ibidem, p. 368, nota 7.

função social típica do negócio, que é a *ratio iuris* da tutela jurídica, fica faltando a própria tutela jurídica²⁵⁵.

Exemplo disso é a atribuição de efeitos ao pacto comissório ilícito realizado através do contrato de compra e venda com retrovenda²⁵⁶, pois se estaria usando o direito para um fim que é vedado por lei. Se não for observada a *ratio*, a própria tutela deixa de ser realizada em razão do cumprimento formal da norma sem atenção para a *ratio*.

Assim, se a causa é ilícita, o direito reconhece a nulidade do ato, ou gera direito a reparações pecuniárias destinadas a prevenir ou eliminar o resultado²⁵⁷.

Essa observação de Betti serve como parâmetro para interpretar o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, pois a existência de cláusula contratual limitando a vigência de um contrato no tempo, de maneira contrária às regras da operação econômica subjacente pode ter duas ordens de efeitos. A primeira, que é a nulidade da cláusula contratual, para que o contrato tenha uma eficácia protraída no tempo. Porém, se o contrato for daqueles que não admitem execução compulsória em razão da necessidade de confiança contínua entre as partes, a consequência de tal disposição é a imposição de reparações pecuniárias para que seja permitido a uma das partes recuperar os investimentos realizados.

Betti é expresso: funda suas idéias na concepção de “socialidade da função ordenadora própria do direito”, em oposição ao que chama de “velhos preconceitos individualistas”²⁵⁸.

Todavia, ao interpretar o artigo 1343 do Código Civil italiano,²⁵⁹ afirma que tal disposição não diz que o direito reconhece qualquer causa, mas que a licitude da

²⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 370.

²⁵⁶ Esse problema é tratado na terceira parte, em especial na nota 526.

²⁵⁷ BETTI, Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 370.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 375.

causa é condição necessária, embora não suficiente, para justificar reconhecimento jurídico. Para isso, a causa deve corresponder a uma função de interesse social, o que deve ser examinado pelo juiz na análise do caso concreto.

4. Críticas ao pensamento de Betti

A.

A primeira e mais forte crítica ao pensamento de Betti é feita por Natalino Irti ao afirmar que a teoria de Betti possui afinidade com o velho voluntarismo, em que a vontade era munida de uma eficácia originária, que constrangia o legislador a uma simples e passiva recepção²⁶⁰.

Para demonstrar isso, Irti utiliza-se da contraposição entre concepção de Santi Romano a de Betti, dizendo que, apesar da mesma terminologia utilizada, ambos tratam a matéria de maneira diferente. Enquanto Santi Romano trata a autonomia em um só plano, o estatal, Betti reconhece uma autonomia pré-jurídica, o que gera certa dificuldade para conciliar uma visão normativa do negócio jurídico como *fattispecie* e o ato de autonomia como ato social²⁶¹.

Apesar da afirmação de Natalino Irti, na concepção de Betti não há ato de autonomia privada “fora do ordenamento estatal”. A separação entre planos é simplesmente lógica, para destacar que a autonomia privada não é ato meramente

²⁵⁹ “**Artigo 1343 Causa illecita.** La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972).”

²⁶⁰ “La teoria bettiana offre qui sorprendenti affinità con il vecchio volontarismo: anche la volontà privata era munita di originaria efficacia, e costringeva il legislatore statale ad una semplice e passiva recezione. ‘La persona comanda – aveva scritto Bernardo Windscheid -, ed il diritto si appropria il suo comando’. IRTI, Natalino. Lecture bettiane..., p. 19.

²⁶¹ “Como è possibile, a questo punto, ricondurre il negozio nella sintesi normativa? Conciliare la logica dell'autonomia privata – che apre il mondo del diritto al sottostante piano sociale – e la logica della *fattispecie*, chiusa nel ritmo delle norme?”. Idem, *ibidem*, p. 17.

formal, uma simples *fattispecie*, mas um ato dotado de significado histórico e social, que não perde tais características ao ser recepcionado como *fattispecie*.

Tal como Reale vê fato, valor e norma como elementos indissociáveis da realidade jurídica, Betti faz a ligação entre a autonomia privada como uma realidade fática a que o Direito é chamado a regular, recepcionando-a e atribuindo-lhe efeitos jurídicos.

Embora Irti afirme que existe similitude entre a concepção de Windscheid e de Betti, a diferença entre o pensamento de ambos é gritante, pois para Betti o fundamento da obrigatoriedade do contrato não é o ato de autonomia, mas a recepção deste pelo ordenamento. O que leva à confusão é a não percepção por parte de Natalino Irti de que na concepção de Betti o ato de autonomia é recepcionado “por inteiro”, preservando as características que possui na realidade social, que é justamente a “função econômica e social” do ato.

A consequência da concepção de Betti não é atribuir à autonomia privada uma “autonomia” normativa, mas reconhecê-la como um fato histórico e social que precisa ser considerado quando da análise dos efeitos do negócio jurídico. Exemplo disso é a necessidade de preservação da causa como requisito de validade dos contratos: não basta a declaração de vontade, é preciso que exista um “ato de autonomia” no plano social, ao qual corresponde à declaração de vontade.

Natalino Irti vê contradição entre (1) a preservação das características do ato de autonomia na sua recepção pelo ordenamento, concomitantemente com (2) a limitação normativa da eficácia do ato, circunstância que reduz o negócio jurídico à mera *fattispecie*²⁶².

²⁶² “Il problema del negozio giuridico vi si agita nella varietà e ricchezza di interne contraddizioni: da un lato, le originarie caratteristiche dell'autonomia privata e gli 'assetti di interessi' già costituiti sul piano economico-sociale; dall'altro, il sopraggiungere della norma, che, riservandosi la disciplina degli effetti, mortifica la precettività del negozio e lo riduce a mera *fattispecie*”. Idem, *ibidem*, p. 31.

Porém, a contradição é aparente, pois há uma relação dialética não excludente entre a recepção jurídica do ato de autonomia privada e a limitação normativa dos efeitos do preceito nascido a partir do ato de autonomia.

Se for considerado a influência do pensamento de Betti no artigo 421 do Código Civil, a “suposta contradição” das idéias do autor italiano apontada por Natalino Irti se vê refletida na redação do mesmo artigo, entre a expressão “liberdade contratual” e o condicionante “exercício em razão da função social”.

Em tese, e partindo-se de uma determinada concepção de liberdade, a expressão “liberdade contratual” é antitética com “exercício condicionado”, principalmente pela oposição entre a liberdade individual e o interesse social.

No entanto, essa oposição não é real. A relação não é formada por uma dialética de opostos que se auto-excluem, mas de opostos que se complementam e que formam uma síntese na aplicação da norma jurídica sobre a realidade social, tal qual sustentado por Cimbali e por Miguel Reale.

Os interesses sociais não são necessariamente opostos à liberdade individual, pois a proteção desta somente pode ser feita pelo Estado mediante a fixação de normas que preservem a integridade do tecido social, entre elas as que estabelecem “funções” para os atos de autonomia privada e as que fixam limites ao exercício da própria liberdade.

Pode-se usar a expressão de Cimbali e Reale, de que a liberdade contratual tem uma face voltada para o indivíduo e outra voltada para a sociedade.

É preciso compreender e situar historicamente a concepção de Betti, que deixa extremamente claro em sua obra que a idéia de “liberdade” tal qual posta pela teoria da vontade é típica do período compreendido entre o Código Napoleão até o advento das grandes guerras.

A esse respeito é de singular riqueza sua obra *Instituições de Direito Romano*, na qual realiza minucioso estudo sobre o nascimento do contrato e sobre a natureza da “vontade” que formou o *contractus*, com acento na afirmação de que

a primeira fonte de obrigações é o contrato e não o ato ilícito²⁶³. Porém, o contrato no Direito Romano primitivo não é um ato de “autonomia”, mas um instrumento para criação de uma obrigação válida, mais especificamente um pacto para fixar o *prezzo di riscatto*, um acordo *transattivo (damnum decidere)* para reparar um dano e obter a paz entre a vítima e o autor de uma ofensa²⁶⁴.

As concepções voluntaristas decorrentes da “teoria da vontade” forjaram o conceito de contrato como “acordo de vontades” através de uma estreita relação com a constituição de esfera pública burguesa que surgiu após advento da Revolução Americana e Francesa. Conforme mencionado anteriormente, a base do Direito Privado foi justamente o contrato (formado pela livre manifestação de vontades) copiado dos processos de troca de mercadorias na livre concorrência²⁶⁵.

Esse desenvolvimento histórico da autonomia privada possui uma riqueza inerente que está preservada na concepção de Betti, que escolheu o caminho da preservação da liberdade de iniciativa ao formular a resposta técnica para o “ponto

²⁶³ “Da ciò è ovvio inferire che, quando i romani cominciarono a chiamarli con l’espressione ‘contrahere’, i negozi fonti di obbligazione erano l’unico modo, che essi conoscessero, di stringere un vinculum iuris, un legame di responsabilità. Solo così può spiegarsi come, più tardi, quando essi riconobbero nei delitti privati una nuova fonte di oblatatio parallela e distinta, conservassero il termine contractus quale designazione tecnica dei negozi costitutivi di obbligazioni in antitesi coi delitti”. BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. p. 17.

²⁶⁴ “Da queste riflessioni appare legittimo concludere che il delitto privato non poté divenire fonti di obbligazione se non dopo che all’uso di costituirsi in ostaggio o di darsi a nexum per garantire il soddisfacimento d’una riparazione liberamente consentita succedette il regime delle riparazioni legali in un tasso fisso o rimesso all’apprezzamento equitativo di un arbiter. Solo allora infatti si poté dire che dal delitto come tale sorgesse un’obbligazione: perchè non fu più necessario che il colpevole, o altri per lui, se la assumesse con un proprio atto, dal momento che essa si ricollegava senz’altro all’atto illecito. E solo allora, accanto all’atto di parte rivolto a costituire una obligatio (contractus), venne a porsi, come fonte di questa, l’illecito rispondente a tipiche fattispecie previste, elevate dalla legge al grado di fonte n conformità con l’antecedente uso transattivo di convenire una riparazione del torto recato”. Idem, ibidem, p. 16.

²⁶⁵ “A concepção de negócio jurídico como um contrato à base da livre declaração de vontades é copiado do processo de troca entre donos de mercadorias na livre-concorrência. Ao mesmo tempo, um sistema de Direito Privado que, por princípio, reduz as relações das pessoas privadas entre si a contratos privados, pressupõe como modelares as relações de troca que se estabelecem segundo leis do mercado livre de trocas”. HABERMAS, Op. Cit., p. 94.

de fusão” entre a autonomia privada e o ordenamento jurídico, negando um normativismo estrito que reduziria o negócio jurídico a uma mera *fattispecie*²⁶⁶.

B.

Outra forte crítica feita ao pensamento de Betti é realizada por Galgano. Sua afirmação foi a de que Betti tentou “salvar” o negócio jurídico e ao mesmo tempo modificar o conteúdo intrínseco da categoria: consiste novamente numa tentativa de preservar a igualdade formal do direito, tudo com a finalidade de manter o negócio jurídico como instrumento conceitual capaz de realizar a unidade do sujeito de Direito Privado²⁶⁷.

Galgano também menciona que Calasso faz crítica similar a de Natalino Irti, segundo a qual o negócio jurídico é uma categoria lógica, uma síntese, que não pode ser transformado no seu oposto, que é o fato social, um fenômeno da vida de relação²⁶⁸.

Ao afirmar-se a liberdade de contratar como concessão do Estado e ao se atribuir uma função social a autonomia privada, está sendo afastado o fundamento jusracionalista de que a liberdade é inerente à condição humana. A liberdade não é um dado natural segundo a concepção de Grotius, mas uma conquista da civilização forjada através da luta política e da estruturação normativa da sociedade.

²⁶⁶ “È che il Betti, nel dare risposta al problema dell’attacco’ dell’autonomia privata com l’ordinamento statale, non vuol chiudersi in quest’ultimo, e così disperdere la ricchezza di libertà e di iniziativa individuale custodita dal negozio”. IRTI, Natalino. Lecture bettiane..., p. 38.

²⁶⁷ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 29.

²⁶⁸ Idem, ibidem, p. 31. Calasso faz a análise da crítica de Betti ao “dogma da vontade” tal qual elaborado pela Pandectística alemã. Ao fazê-lo, afirma que “deixando de lado o risco de tautologia, se põe em segundo plano próprio do ato de vontade que é o fato concreto do qual reconduzimos com um processo indutivo ao conceito de autonomia (...) Nesse processo dialético do qual nasce o negócio não é conveniente afirmar que a vontade esteja em segundo plano, enquanto no primeiro plano está o regulamento de interesses disposto para o futuro...”. Tradução livre. CALASSO, Francesco. Il negozio giuridico – lezioni di storia del Diritto italiano. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 27 – 40.

A concepção de contrato concebida pelo jusracionalismo e positivada com a codificação de 1916, de que a justiça é inerente e natural ao contrato é superada na concepção de Betti, acolhida no artigo 421 do novo Código Civil.

Porém, não se pode dizer que a função social é um instrumento de justiça contratual, salvo se a justiça contratual tiver por objetivo a garantia da “comutatividade” e equilíbrio contratual.

Ao analisar a questão da função social, Betti aponta que o ato de autonomia privada para que possa receber tutela e proteção jurídica deve ser classificado conforme os tipos de um ordenamento jurídico historicamente determinado²⁶⁹.

Nesta mesma linha, Mário Bessone e Enzo Roppo atribuem a Betti a associação entre causa e função social do contrato, em razão da necessidade de “utilidade social” que o contrato representa na produção e distribuição de bens, cuja finalidade é o bem-estar social²⁷⁰.

Ao mesmo tempo em que tais autores sustentam que essa concepção foi a que permitiu ultrapassar a discussão existente entre “função do negócio” e “objetivo das partes”, fazem duas críticas a respeito da mesma.

A primeira, baseada em Ferri, segundo a qual se constitui em concepção que cristaliza uma posição mítico-paternalista, de que o Estado tem o papel de proporcionar a felicidade e os meios de sua realização, posição típica da ideologia “nazional-collettivistiche” e do “gius-naturalismo cattolico”²⁷¹.

Além disso, tais autores afirmam que no âmbito do direito italiano a discussão a respeito da causa não contribuiu substancialmente para tratar da “causa”

²⁶⁹ BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 67 e 68.

²⁷⁰ BESSONE, Mário e ROPPO, Enzo. La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione), In: ALPA, Guido e BESSONE e BESSONE, Mário. Causa e consideration. Padova: Cedam, 1984, p. 10.

²⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 11.

propriamente dita. Trata-se de debate que se situa historicamente no seio da discussão a respeito da necessidade de avaliação dos critérios úteis e seleção dos interesses dignos de tutela para controlar a compatibilidade entre os contratos celebrados pelos particulares e as diretrizes sociais e econômicas ditadas pelo ordenamento²⁷².

Consideram que a idéia de causa como função econômica e social do contrato tal como construída por Betti, impõe a nulidade do contrato pela sua ausência e quando for ilícita por duas razões: uma relativa aos limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada; e outra, pela necessidade de controlar as iniciativas particulares a “um ruolo socialmente utile”²⁷³.

A crítica a tal concepção está na circunstância de que o contrato é e sempre será um instrumento para realização de interesses privados: “E pertanto la legge deve garantire ai contraenti la tutela degli interessi, sai pure meramente privati, che rientrano nell’economia dell’affare”²⁷⁴.

C.

A obra de Betti surge na década de 30 (Instituições de Direito Romano), em uma época em que o Direito italiano sofria forte influência do fascismo, inclusive em relação aos dois principais institutos do Direito Privado, que são a propriedade e o contrato.

As características dessa época, segundo Paolo Grossi, são a destruição da abstração e pureza da propriedade — identificada com a liberdade do sujeito, para

²⁷² Idem, ibidem, p. 12.

²⁷³ Idem, ibidem, p. 12.

²⁷⁴ Idem, ibidem, p. 12. Essa crítica não afasta o contrato como instrumento do Direito Administrativo, mas propugna pela limitação da intervenção estatal sobre o conteúdo do contrato, para que não se imponham interesses exteriores aos interesses privados quando o contrato é celebrado entre particulares.

assumir uma dimensão “integralmente ética” — e a tendência para transportar a finalidade social da propriedade no seu próprio conteúdo, acentuando-se o seu caráter funcional²⁷⁵.

Na época a visão individualista de contrato estava em crise, principalmente em razão do conjunto de leis de natureza corporativista que marcaram o período de 1926 a 1934. Embora a Teoria Geral do Negócio Jurídico somente tenha surgido em 1943, sua gestação iniciou com as Instituições de Direito Romano de 1935, tendo ganhado relevo a edição de 1950, pois nela há o rebate e a discussão a respeito das críticas formuladas às edições anteriores, revelando debate a respeito de sua própria obra²⁷⁶.

A marca presente no pensamento de Betti é a noção funcional de causa como meio de superar a “soberania do indivíduo” em nome de um “ideal de solidariedade social”, “desenhando uma autonomia privada que não se exaure em um fato psicológico individual, mas que é concernente à vida de relação e configura um fenômeno social do qual a vontade não é mais que um momento”²⁷⁷.

A problemática da época é o contrato coletivo, o contrato tipo e o contrato por adesão²⁷⁸.

Essa circunstância não pode ser ignorada no enfrentamento do pensamento de Emílio Betti, principalmente no que se refere à sua concepção de tipicidade social e definição do contrato como preceito. Embora Betti não perdesse de vista as relações civis paritárias, construiu uma teoria geral do negócio jurídico atendendo a uma demanda social e legislativa da época, que não podia ser

²⁷⁵ GROSSI, Paolo. Scienza giuridica italiana..., p. 230 – 235.

²⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 230-235 e 303.

²⁷⁷ Tradução livre. Idem, *ibidem*, p. 236.

²⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 237.

compreendida com os quadros teóricos da teoria da vontade, assim como da insuficiente teoria da declaração.

Paolo Grossi menciona que Betti foi o civilista italiano que de maneira mais intensa tratou da inadequação das concepções reducionistas e conceptualistas construídas sobre a lei, no sentido e necessidade que guardem no mundo dos interesses e dos valores, para “tracionar” válvulas de escape para o Direito.

Tratou-se de expoente do pensamento jurídico das décadas de 1940 e 1950, que desenvolveu a consciência de que o Direito é baseado em um circuito entre o fato e a norma, cuja adesão faz emergir e acentua a sua íntima socialidade²⁷⁹.

Grossi afirma que, apesar do clima cultural fascista existente entre as duas guerras, a marca do pensamento de Betti foi a sua atenção aos “signos de seu tempo”. Construiu uma teoria negocial capaz de ordenar uma sociedade multiforme e complexa e em perfeita harmonia com sua obra, numa constante socialização do Direito²⁸⁰. O negócio jurídico no pensamento de Betti é um ato inserido na comunidade e que não pode ignorá-lo: “O negócio de Betti é um fato completamente social”²⁸¹.

O centro de seu pensamento é o capítulo terceiro de sua obra, que dedica à função do negócio jurídico, através da noção de causa tratada como função de interesse social da autonomia privada, permitindo um rigoroso controle dos interesses individuais em razão dos interesses sociais postos no negócio jurídico.

A idéia de “função” no pensamento de Betti é a de “poder exercitado no interesse de outro e não no seu próprio ou exclusivo interesse, ou ainda, por um interesse objetivo”²⁸². Essa noção, que Grossi afirma que deriva do pensamento de

²⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 303.

²⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 304.

²⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 304.

²⁸² Tradução livre. Idem, *ibidem*, p. 305.

Santi Romano, era o que Betti necessitava para vincular o negócio jurídico a vida de relação, para socializá-lo.

5. Síntese

O pensamento de Emílio Betti tomou lugar especial nesta tese em razão de ter sido identificada na sua obra a estrutura de autonomia privada que justifica a “liberdade de contratar” tal qual está posta na cláusula geral do artigo 421, bem como é a concepção que justifica a “função social” inserida na nova lei.

Trata-se de concepção que foi elaborada em um determinado momento histórico, associada a fatores que não necessariamente permanecerão presentes quando da aplicação da referida disposição, mas que servem como parâmetro para compreensão do alcance da lei.

As palavras da lei não são vazias, por isso, o seu preenchimento depende também da recuperação dos elementos que são fornecidos pela tradição.

Nesse aspecto, não há lugar para novidadeiros. As novidades precisam ser construídas de maneira sólida, para que se possa preservar o sistema do Código Civil e, com isso, preservar o contrato como instrumento de disciplina das relações intersubjetivas.

As concepções de Cimbali, Duguit, Renner e Betti precisam ser estudadas para compreensão da trajetória do pensamento jurídico moderno, que indica um determinado sentido a ser apreendido pelo intérprete e aplicador do direito.

Evidentemente que durante os 30 anos de tramitação do Código Civil foram desenvolvidos novos estudos, assim como já existem perspectivas que foram criadas após a vigência do Código Civil. Basta ver o pensamento de Roppo,

Raiser, Galgano, Günter Teubner, Perlingieri, entre outros juristas que enfrentaram a problemática da função social dos contratos²⁸³.

Contudo, esta tese tem por objetivo e limite a genealogia das idéias que foram propulsoras do pensamento funcional, para que se tenha um ponto de partida para uma adequada compreensão e interpretação da cláusula geral da função social dos contratos no Código Civil vigente.

Embora seja indispensável para a aplicação da cláusula geral o estudo dos autores contemporâneos, a primeira parte da tese apresenta o pensamento jurídico que foi a base da construção da disposição legal, qual seja, o pensamento dos precursores do debate a respeito da cláusula geral, assim como será objeto de enfrentamento o pensamento culturalista de Miguel Reale, o principal artesão do Código Civil.

²⁸³ Obras já citadas na tese, cuja análise é realizada no Capítulo VI, p. 334 e ss.

SEGUNDA PARTE – A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO PROCESSO LEGISLATIVO DO CÓDIGO CIVIL

A função social dos contratos não pode ser divorciada da concepção que norteou o processo legislativo. Embora a lei diga mais do que o legislador, não é possível compreender a concepção posta no Código Civil e quais os limites de aplicação da cláusula geral, sem que se veja como foi conduzido o processo legislativo e quais as idéias nortearam a nova lei.

Tendo em vista que não se trata de uma simples “lei”, mas da lei básica de todo o Direito Privado, é preciso compreender a sistemática do Código para visualizar o papel central que foi atribuído ao artigo 421, não só em relação ao próprio Código, como em relação ao conjunto de leis extravagantes que disciplinam os contratos.

Além disso, a forma de aplicação e preenchimento do conteúdo da cláusula geral, com suas peculiares características, somente pode ser alcançada tomando-se como ponto de partida o culturalismo de Miguel Reale, o principal articulador do Código Civil durante o processo legislativo.

Não se trata de estudar o pensamento de Miguel Reale porque ele foi quem coordenou os trabalhos ou porque redigiu alguns artigos. Se isso fosse razão suficiente, também deveriam ser estudadas as idéias dos demais membros da Comissão Elaboradora.

A razão que justifica dedicar um capítulo para o estudo do culturalismo de Miguel Reale é a circunstância de que o Código Civil retrata a “personalidade do legislador”, no sentido mais profundo da expressão. Embora inúmeras mudanças tenham sido introduzidas no Anteprojeto original, Reale conseguiu que fosse recepcionada, em todas as fases do processo legislativo uma determinada concepção que é coerente e alinhada com o conjunto de sua obra, em especial com o que chamou de “culturalismo”. Sem este ponto de partida ainda é possível aplicar a disposição legal, dado o princípio de que ao Juiz é vedado negar jurisdição, mas em tal caso estará faltando um alicerce minimamente sólido que permita o controle das decisões judiciais e, portanto, com riscos de que a cláusula geral sirva para arbitrariedades ou para realização da subjetividade do julgador.

Capítulo III — Diretrizes da elaboração legislativa determinantes para a interpretação da cláusula geral da função social dos contratos

O objetivo deste capítulo é apresentar as diretrizes legislativas que foram determinantes do sistema do Código Civil vigente, dentro do qual está a cláusula geral, objeto principal desta tese. Parte-se do pressuposto de que o estudo das origens de uma das normas do sistema não pode ignorar a sua estrutura, que foi baseada em diretrizes gerais ditadas inicialmente pela Comissão Elaboradora do Código Civil e, posteriormente, pelo legislador, nas diversas fases de tramitação do projeto.

Em outras palavras, a proposição deste capítulo é de não ser possível compreender a função social dos contratos no Código Civil sem que se tenha a perspectiva da origem legislativa do artigo 421 e as diretrizes que conformaram o código em cujo sistema se insere.

Um artigo de um Código Civil não pode ser interpretado fora do sistema, tampouco do contexto histórico e social com base no qual foi erigido. O sistema do Código Civil define de maneira substancial um conjunto de premissas a partir das quais o artigo 421 deve ser lido.

Essas premissas são as diretrizes estabelecidas na exposição de motivos do Código e o conjunto de idéias que foram determinantes da escolha legislativa.

Por isso este capítulo da tese dedica-se a apresentar as diretrizes legislativas que fazem a base necessária para a aplicação e interpretação da cláusula geral em comento, tendo como ponto de partida a origem do texto da própria cláusula geral.

No anteprojeto sua redação deveu-se a Miguel Reale, que de posse do texto parcial do Título V do Código, elaborado por Agostinho Alvim, inseriu vários artigos, mediante notas manuscritas, que acabaram sendo inseridas no anteprojeto apresentado na Câmara dos Deputados.

No texto de Agostinho Alvim as disposições preliminares do Título V, Capítulo I, continham quatro artigos. Um equivalente ao atual artigo 425, outro equivalente ao artigo 1080 do Código Civil de 1916, outro equivalente ao artigo 426 e um último dizendo que a impossibilidade relativa da prestação não invalida o contrato se esta cessar antes de realizada a condição²⁸⁴.

Reale não só elaborou o texto do artigo 421, como na exposição de motivos afirmou que tal disposição teve por objetivo

tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais de boa-fé e de probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à construção ética da experiência jurídica²⁸⁵.

A disposição legal está em forte sintonia com o pensamento de seu autor, seja sob o ponto de vista da estrutura da norma jurídica, assim como sob o ponto

²⁸⁴ REALE, Miguel. Código Civil. Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, sem data.

²⁸⁵ REALE, Miguel. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 123.

de vista econômico. Segundo o pensamento do jurista paulista, a intervenção do Estado na economia não limita os contratos: “Ao contrário do que se supõe, recentes estatísticas têm demonstrado que, quanto mais se alargam as esferas da intervenção do Estado, mais cresce a dos negócios jurídicos privados, muitas vezes como consequência daquela”²⁸⁶.

Miguel Reale em alguns de seus textos sobre o Código Civil afirma que o conteúdo do artigo 421 deriva da aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade²⁸⁷. Embora tal afirmação seja válida no contexto da análise da disposição legal frente à Constituição, não se pode dizer que há fidelidade histórica na afirmação, pois as razões da inserção de tal artigo têm grande independência em relação ao texto da Constituição Federal de 1988.

Uma interpretação sistemática do pensamento de Miguel Reale e a compreensão global de seu pensamento indicam que o vínculo entre função social da propriedade e dos contratos está ligado a dois fenômenos que atingem os dois modelos jurídicos: funcionalização e socialidade. Por isso, similarmente à função social da propriedade, a função social do contrato não é um mero “limite à liberdade de contratar”, mas um elemento integrante e indissociável, que pressupõe a adoção de uma determinada idéia de contrato.

Essa concepção é a que está posta no Código Civil e que passou pelo crivo do legislador sem qualquer contratempo. A única emenda legislativa ao artigo do projeto, foi a emenda n. 371 de autoria de Tancredo Neves que propôs a supressão do atual artigo 421.

²⁸⁶ REALE, M. Lições preliminares de Direito, p. 180.

²⁸⁷ REALE, Miguel. A função social. www.miguelreale.com.br, em 22.01.2004: “Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”.

A argumentação utilizada foi a de que o dispositivo subordinava a liberdade de contratar à função social, sem espaço para contratação fora dos limites da função social. Por sua vez, dizia-se, função social é conceito “impreciso”: “a consequência será que, subordinada a estes requisitos, a liberdade de contratar, que é fundamental dentro do regime da livre iniciativa, fica fundamentalmente atingida”. O Deputado mineiro propôs texto alternativo ao projeto, com o objetivo de remeter a função social para a atuação judicial na execução e interpretação do contrato: “Ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”²⁸⁸.

A tarefa de comentar as emendas, que cabia a Agostinho Alvim não foi levada a efeito em razão do seu falecimento. Coube novamente a Miguel Reale a execução da tarefa, não tendo dedicado mais do que poucas linhas para combater a emenda, afirmando simplesmente: “se o mal está na imprecisão, o certo é que a emenda não remediaria”²⁸⁹.

O relator geral do projeto da Câmara dos Deputados apresentou parecer negativo à emenda mencionando que o texto do artigo 421 “trata-se, aliás, de preceito que vem acentuar a ‘socialidade do direito’, como diretriz que caberá ao intérprete seguir na aplicação dos contratos”²⁹⁰. Mencionou que tal regra está na linha das diretrizes gerais constantes na exposição de motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, nos termos da mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975.

Tal sucessão de fatos é apenas um apêndice da questão, pois o ponto de partida para o estudo das diretrizes do Código Civil é a exposição de motivos do anteprojeto de Código Civil, pois nela estão consubstanciadas as principais idéias

²⁸⁸ NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 359. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 250.

²⁸⁹ ALVIM, Agostinho. In: ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 85.

²⁹⁰ SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 554.

cuja execução foi iniciada pelos autores do anteprojeto e finalizada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O trabalho realizado pelas duas Casas, através das comissões encarregadas da elaboração do Código Civil foi fiel às diretrizes fixadas pelos autores do anteprojeto, acompanhado e subsidiado por seus principais integrantes, durante os praticamente 30 anos de tramitação.

A análise da exposição de motivos demonstra que apesar das muitas modificações na redação dos artigos, as diretrizes e o sistema permaneceram inalterados e, mais do que isso, nortearam a atuação daqueles que atuaram diretamente nas relatorias dos dois órgãos da República, pelos quais passou o Código Civil.

A esse respeito, tanto Ernani Satyro quanto Josaphat Marinho, que foram os principais relatores, respectivamente na Câmara e no Senado, manifestaram-se sempre no sentido de preservação das diretrizes postas na exposição de motivos²⁹¹.

Este ponto de partida serve para afastar as conclusões apressadas, ou as meramente explicativas do texto legal já aprovado. Elas servirão para resgatar as razões determinantes da construção da norma legal num determinado momento de nossa história, e para interpretar e identificar o seu escopo, seja em razão da manutenção ou mesmo da transformação das condições que determinaram a fixação do seu conteúdo.

As diretrizes da exposição de motivos plantam uma “idéia de código”, que se transformou no substrato do Código Civil vigente. Ela constitui o sentido do Código,

²⁹¹ Esse posicionamento pode-se ver em diversos trechos dos respectivos relatórios gerais: MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator e da Comissão Especial Sobre o novo Código Civil no Senado Federal. 1987. Emenda do Relator n. 375-R. Citação de Fábio Konder Comparato na justificção da redação do atual artigo 50 do Código Civil. SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 552. Miguel Reale destaca a atuação de Ernani Satyro, que além de ter sido Governador da Paraíba, também foi Ministro do Supremo Tribunal Militar, pessoa de extrema confiança do regime vigente na época. REALE, Miguel. Memórias v. 2 – A Balança e a Espada, p. 226.

que permanece inclusive frente a eventuais e pontuais modificações fáticas e legislativas. Por isso, a promulgação de nova lei que suprima a cláusula geral do artigo 421 não representa a eliminação da função social do sistema do Código, pois a funcionalização do contrato e a valorização de seu condicionamento social estão presentes em uma série de dispositivos de caráter estruturante.

As diretrizes que dizem respeito ao sistema em si não são superadas simplesmente pela modificação de um artigo da lei ou das condições históricas de sua vigência, já que a articulação sistemática das normas é a própria codificação²⁹².

Por isso, somente um novo Código Civil pôde modificar as diretrizes e a principiologia do Código Civil de 1916, que consagrava uma concepção liberal e individualista de contrato, não obstante a substancial alteração do conteúdo de suas normas operada pela avalanche legislativa e jurisprudencial do século XX.

Ou seja, a edição de múltiplas leis extravagantes no curso do século XX realizando a intervenção do Estado no âmbito da liberdade contratual não teve por efeito a superação do sistema do Código Civil de 1916, que permaneceu vigente até a edição do novo Código. O resultado foi uma verdadeira “colcha de retalhos”, com uma concepção dominante de contrato baseado em princípios liberais e um conjunto extenso de exceções baseado em princípios éticos e sociais distintos. Havia mais de um contrato, em razão da ruptura sistemática provocada pelas transformações sociais, jurisprudenciais, legislativas e pela reivindicação da

²⁹² Sobre codificação, entre outros, ver ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Da codificação. Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997. COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 40. GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984. IRTI, Natalino. L'età della decodificazione – vent'anni dopo. 4ª ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. WIEACKER, F. Op. cit., CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista de Informação legislativa, n. 112, p. 13 – 32. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

doutrina para que a Constituição Federal fosse alçada à condição de “eixo” do Direito Privado²⁹³.

Para estudar as idéias mestras que possuem relevância direta para a função social dos contratos, dividiu-se o estudo das diretrizes fundamentais da exposição de motivos em três capítulos: as diretrizes que tratam do papel do Código Civil no âmbito do Direito Privado; as diretrizes que tratam sobre a modificação e conservação do conteúdo do Código Civil; e as diretrizes metodológicas para estruturação das normas e da linguagem do Código Civil.

A. O Código Civil como eixo²⁹⁴ do Direito Privado

A primeira diretriz constante da exposição de motivos foi a definição de que o Código Civil é uma lei básica, mas não total, do Direito Privado²⁹⁵.

Trata-se do resultado de uma discussão que tem raízes profundas no direito brasileiro, pois, desde o advento do Esboço de Teixeira de Freitas, tem sido discutida a unificação do Direito Privado debaixo de um só Código, bem como sobre o recente debate (ocorrido nos últimos 30 anos), a respeito do caráter “totalizante” ou “não totalizante” de um Código Civil.

²⁹³ Sobre a problemática da codificação e sistema ver os autores citados na nota 292 e COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Porto Alegre: Ajuris, v. 40. TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

²⁹⁴ Embora boa parte da doutrina utilize a expressão “eixo central”, há certa redundância, tendo em vista que a centralidade é inerente ao conceito de eixo.

²⁹⁵ REALE, Miguel. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 114.

A definição do Código Civil como eixo do Direito Privado é caracterizada fundamentalmente por três ações levadas a cabo pela Comissão Elaboradora, que foram (1) a unificação das obrigações civis e mercantis e seu tratamento conjunto no Código Civil; (2) a manutenção de uma parte geral do Código; e, (3) a utilização de técnica legislativa similar ao texto constitucional de prever integração do Código Civil com a legislação extravagante presente ou futura.

1. A “empresa” como razão determinante para unificação legislativa do direito das obrigações

A função social dos contratos foi concebida no Código Civil tendo como pressuposto a unificação legislativa do Direito das Obrigações. A funcionalização da liberdade de contratar realizada pelo artigo 421 do Código Civil exigiu o reconhecimento da “teoria da empresa” como elemento determinante para a unificação das obrigações civis e mercantis.

Sem as pretensões de Teixeira de Freitas²⁹⁶ os integrantes da Comissão Elaboradora mantiveram a unidade do “Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”²⁹⁷.

²⁹⁶ Sobre a obra de Teixeira de Freitas, ver MEIRA, Sílvio. Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império. Brasília: Cegraf, 1983. CARVALHO, Orlando. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p. 8 e ss. PEIXOTO, José Carlos de Matos. A codificação de Teixeira de Freitas. Revista Forense, v. 76 e 77, 1939. SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. Revista de Informação Legislativa, n. 85, 1985. VALADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas. Jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n. 76, dez 1960. CARNEIRO, Levi. Prefácio do esboço. Estudo crítico biográfico. Rio de Janeiro: Ed. Ministério da Justiça, 1952.

²⁹⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 114.

Dentro dessa diretriz considerou-se como “desdobramento natural do Direito das Obrigações” a “parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral”, salvo as matérias que exigem uma disciplina autônoma como é o caso da falência, letra de câmbio “e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam”²⁹⁸.

Reale foi expresso na exposição de motivos ao afirmar que não se buscou um “Código de Direito Privado” por detrás do nome “Código Civil”: “na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, conforme a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglês de Sousa até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964”²⁹⁹.

Essa referência já havia sido feita na exposição de motivos do anteprojeto de Código de Obrigações apresentado em junho de 1964 por Sylvio Marcondes que na época integrava a comissão responsável por tal tarefa, sob a coordenação de Caio Mário da Silva Pereira³⁰⁰. Além disso, o jurista argumentou pelo exemplo do direito comparado, indicando Suíça e Itália.

²⁹⁸ Idem, ibidem, p. 114.

²⁹⁹ Idem, ibidem, p. 116.

³⁰⁰ MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 130. Debaixo do título “Da atividade negocial: empresários e sociedades”, Sylvio Marcondes transcreveu a exposição de motivos referida, publicado originalmente em edição do Serviço de Reforma de Códigos, da Comissão de estudos Legislativos, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. “O propósito uniformizador, que ora se manifesta na elaboração legislativa brasileira, recebe estímulo de dois autorizados precedentes, cujo eco ainda perdura, a obra pioneira de *Teixeira de Freitas* e os projetos de *Inglês de Souza*. Aquê, evoluindo do Esboço de Código Civil, para o plano dos códigos unificados; este, oferecendo, ao lado do Projeto de Código Comercial, o de emendas destinadas a transformá-lo em Código de Direito Privado”.

Na elaboração do anteprojeto de Código das Obrigações, informou outros subsídios utilizados: “E se utiliza, o quanto pode, dos inestimáveis subsídios que lhe prestam os trabalhos dos precedentes projetos e anteprojetos brasileiros, especialmente: o projeto, já mencionado, de *Inglês de Souza*; o substitutivo, demoradamente elaborado no Senado Federal, enriquecido pelo que lhe ofereceu Vieira Ferreira, compendiados e aperfeiçoados no esboço de *Florêncio de Abreu*; os projetos de lei das sociedades anônimas de *Clodomir Cardoso*, e o anteprojeto de sua revisão, por *Gudesteu Pires*; o projeto das sociedades comerciais, de *Waldemar Ferreira*; além de outros, ...”. Idem, ibidem, p. 134.

O determinante da unidade do regramento do Direito Obrigacional foi a adoção do conceito de funcional de empresa, em razão da proposição de Orlando Gomes, mentor³⁰¹ de tal concepção na proposta de reforma dos códigos que foi iniciada na primeira metade da década de 1960-70³⁰².

Embora o projeto de Código Civil de Orlando Gomes e o de Código das Obrigações do qual participou tenha sido arquivado, o conceito de empresa tal qual foi concebido no atual Código Civil sofreu forte influência de sua visão social, que afirmava a necessidade de que a empresa cumprisse com sua função social³⁰³.

A ligação entre a adoção do conceito de empresário constante no artigo 966 e a função social dos contratos é muito forte, pois uma disposição como a do artigo 421 somente tem sentido naquelas relações jurídicas estabelecidas em razão das atividades econômicas organizadas “sobre o plano funcional da unidade de fim”, as quais têm o contrato como instrumento de sua concretização³⁰⁴.

³⁰¹ A afirmação de que Orlando Gomes foi o “mentor” dessa proposição tem origem na obra de MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil, p. 137. Endossa tal afirmação a participação e subscrição de Orlando Gomes na exposição de motivos do Código de Obrigações apresentada para o Ministério da Justiça elaborada por Caio Mário. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Relatório. Projeto de Código de Obrigações. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965.

³⁰² “Segundo esclareceu *Asquini* – apresentando o fenômeno econômico de empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico polidrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: *subjetivo*, como empresário, *funcional*, como atividade; *objetivo*, como patrimônio; *corporativo*, como instituição.

O perfil funcional da empresa vem de se revelar, no projetamento da reforma dos códigos nacionais, pela mão do ilustre autor do anteprojeto de Código Civil, Prof. Orlando Gomes, ao estabelecer preceito concernente à propriedade sob forma de empresa, assim fundamentado na exposição que fez dos lineamentos gerais do seu trabalho: (...) O direito moderno empresa relevo aos atos ordenados a escopo único, unificados sobre o plano funcional da unidade de fim, submetendo a “atividade”, em conjunto, a normas, regulando-a em suma, como comporamento e pressuposto de efeitos jurídicos (...) Por sua finalidade, não interessa apenas a seu proprietário, mas, em grau maior ou menor, a outros e, em última análise, à comunidade”. MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil, p. 138.

³⁰³ Idem, *ibidem*, p. 138.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. Exposição de motivos. In: MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil, p. 138.

Já na época discutia-se e pensava-se sobre a dimensão *transindividual ou comunitária* da disciplina da empresa, tendo em vista a conjugação de todos os fatores da produção, temas que atualmente são associados ao princípio constitucional da solidariedade social previsto na Constituição Federal, no artigo 3º, III, parte final³⁰⁵.

Não é possível conceber uma disposição como a do artigo 421 do Código Civil em um sistema similar ao Código Civil de 1916, em que o papel do Código era o de regular exclusivamente relações paritárias.

A necessária integração sistemática das normas gerais do Direito Contratual com os contratos celebrados no âmbito das relações de consumo, submetidos à Lei de Abuso do Poder Econômico, etc., exige uma disposição com mobilidade e orientada por princípios jurídicos compatíveis.

É contrastante o grau de regulação legal dos contratos típicos e eventualidade das relações que caracterizam as relações paritárias, com o baixo grau de regulação legal, tipicidade social e habitualidade das relações empresariais e de consumo.

Deve-se observar que embora a comissão tenha inserido o direito negocial no âmbito do direito das obrigações, esse não era um objetivo inicial, pois a unificação que se pretendia fazer dizia respeito somente à parte geral das obrigações, com aplicação principal no âmbito do direito contratual. No entanto, ainda no início, mas no curso das atividades da comissão, observou-se que embora já houvesse uma aplicação das disposições do Código Civil sobre as relações mercantis, a matéria

Orlando Gomes afirma que “cumpre reconhecer que é sob esse aspecto que mais incisivamente se afirma a originalidade do novo conceito de propriedade, aquele que, apresentando-se o seu exercício sob a forma de empresa, revela a necessidade de transpor para o plano normativo o sentido funcional que se lhe pretende emprestar. A função social que se quer atribuir ao proprietário há de ter como pressuposto a incidência do seu direito sobre um bem de produção, utilizado sob a forma de empresa”. GOMES, Orlando. Código Civil. – Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 48, trecho da exposição de motivos.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004, p. 17.

relativa às sociedades sofreria grandes reflexos que exigiu um tratamento legislativo de toda a atividade societária, regulada dentro do capítulo que trata do direito da empresa, pois se considerou que o Direito Empresarial constitui-se em uma espécie de projeção e especificação das relações obrigacionais³⁰⁶.

Da mesma maneira foram tratados os títulos de crédito de uma maneira geral, deixando-se de fora o Direito Cambial, a ser regido por lei especial, assim como as Sociedades por Ações.

Embora não tenha havido uma deliberação expressa, foram objeto de regulamentação no Código Civil todos os modelos do Direito Empresarial que podiam ser tratados de maneira unitária com modelos do Direito Civil, que são fundamentalmente as normas gerais do direito das obrigações e dos contratos. Modelos normativos como os títulos de crédito e mesmo o Registro do Comércio somente receberam referências, com remissão expressa para legislação especial.

A questão da unificação das obrigações civis e mercantis não foi somente objeto de discussão no âmbito da comissão, mas também foi tema de debate na Câmara dos Deputados, quando foi apresentada emenda para constituir um “Código das Obrigações”. Tancredo Neves, autor da emenda, propôs a manutenção da proposição de um Código das Obrigações, assim como sugeriu a criação de um Código dos Títulos de Crédito, com “Denúncia da Convenção de Genebra de Lei Cambial e de Cheques, uniformes”, fundamentado nos princípios

³⁰⁶ Informação prestada por Miguel Reale em entrevista realizada para os fins desta tese, no ano de 2003, o que também é confirmado na obra REALE, Miguel. Memórias v. 2 – A Balança e a Espada, p. 222, na qual comenta a intenção inicial de simplesmente revisar o Código Civil.

Na primeira publicação do projeto, realizada em 1972, na exposição de motivos Reale acentua que “a inclusão da Atividade Negocial no corpo do Código Civil, logo após o Direito das Obrigações, longe de destoar da ordenação geral, com esta plenamente se harmoniza, pela simples e fundamental razão de que constitui uma projeção e especificação das relações obrigacionais, notadamente sob a forma de atividade empresarial”. REALE, Miguel. Carta datada de 23 de maio de 1972. In: REALE, Miguel e outros. Anteprojeto de Código Civil. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos, 1972, p. 21. Esse não é o texto enviado para a Câmara dos Deputados como exposição de motivos.

que orientaram o projeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira³⁰⁷.

O parecer contrário do Relator Especial e do Relator Geral foi a afirmação de que tal emenda compromete todo o projeto, que compreende o “Código Civil como lei básica, mas, não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz consagrada, neste ponto, desde o anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”³⁰⁸.

A atribuição da condição de “lei básica” ao Código Civil está relacionada diretamente com a caracterização do Código Civil como “eixo” do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que regulamenta de maneira unitária as obrigações civis e mercantis, essa regulamentação tem uma textura flexível que permite a preservação das particularidades de cada uma das matérias e, inclusive, de outras áreas que não o Direito Civil e Empresarial, como é o caso do Direito do Consumidor.

A conseqüência dessa concepção resultou na estruturação dos artigos 421 a 426, que disciplinam “o Direito Contratual”, ou como diz o próprio Título V, “Dos contratos em geral” e não os contratos no seio do Código Civil.

Isso provoca a ampliação da eficácia do artigo 421 do Código Civil para além do próprio Código, já que este é o “eixo” do sistema de Direito Privado.

A repetição das diretrizes fixadas pela comissão pelos membros do legislativo responsáveis pelos relatórios especial e geral serve para exemplificar a força que foi atribuída às diretrizes do Código Civil durante o processo legislativo. As

³⁰⁷ NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 304. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 233.

³⁰⁸ DINIZ, Raymundo. Relatório Especial do Direito das Obrigações da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 628. e SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 552.

escolhas feitas pelos membros da Comissão Elaboradora do anteprojeto foram novamente postas em discussão em diversos momentos, com interregno de anos entre uma e outra, como no caso da discussão a respeito da emenda n. 304, de autoria de Tancredo Neves, um dos mais influentes Deputados brasileiros da época, apresentada em 1975, discutida e votada nos anos de 1983 e 1984.

Em relação a este ponto foi importante a atuação de Sylvio Marcondes, comercialista por meio de quem muitas das idéias de Waldemar Ferreira foram acolhidas no novo Código Civil³⁰⁹. As idéias de Waldemar Ferreira assumem relevância especial no trabalho principalmente em razão do tratamento unitário “das operações mercantis e os títulos de crédito”,³¹⁰ além da caracterização e distinção entre empresa e empresário, bem como da contraposição entre empresa e estabelecimento comercial.

Ou seja, foi por uma razão prática que se decidiu inserir o Direito Empresarial no Código Civil³¹¹. Mas embora a razão da inserção tenha sido prática, a concepção acolhida foi a de Waldemar Ferreira, mediante a atuação pessoal e direta de Sylvio Marcondes na conformação da empresa, do estabelecimento e do empresário. O estabelecimento como universalidade jurídica, formado pelo complexo de bens tangíveis e intangíveis. A empresa que consiste na própria atividade de circulação de bens e serviços, bem como de geração de riquezas,

³⁰⁹ Sylvio Marcondes Machado foi aluno de Waldemar Ferreira e seu sucessor na cadeira de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. MACHADO, Sylvio Marcondes. Professor Waldemar Ferreira. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, volume LX, 1965, p. 47 – 67.

³¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 58: “Os títulos de crédito, documentos formais que o direito criou para acelerar o tráfico – desde a medieval *lettera di pagamento di cambio*, até a moderna *duplicata*, original criação brasileira – são papéis emitidos pela força de contratos cuja composição jurídica de muitos séculos os antecedeu. Essa diferença de anciandade estabelecia, como regra generalizada entre os autores, a dicotomia do estudo dos contratos e dos títulos. Pois bem. No volume sobre *As Operações Mercantis e os Títulos de Crédito* o mestre paulista refundiu o sistema clássico, para conjugar o exame das duas matérias. Não importou o contraste, do subjetivismo das relações contratuais, com a literalidade e autonomia dos títulos; ambos têm sua matriz no mesmo interesse econômico, e os princípios fundamentais, que guiam a dinâmica destes, estão informados pela substância daquelas. Não há conhecimento sem transporte, *duplicata* sem venda, *warrant* sem depósito”.

³¹¹ Ver nota 306.

tendo como seu instrumental o estabelecimento. O empresário como pessoa natural ou jurídica que realiza o exercício da atividade empresarial³¹².

Essa concepção, posta no artigo 966 do Código Civil, põe o contrato como elemento central de todo o sistema, já que a caracterização do empresário e da empresa estão vinculados diretamente a exercício profissional da atividade econômica para “circulação de bens ou de serviços”.

O contrato condicionado pela sua funcionalidade é o instrumento por excelência da liberdade de exercício da atividade econômica e, portanto, do exercício da atividade empresarial. Da maneira como foi estruturado o sistema do Código Civil não havia possibilidade de uma disciplina da empresa, pois esta é “a atividade” e a “atividade empresarial” é realizada por meio dos contratos. Portanto, a disciplina dos contratos é a disciplina da empresa quando realizada por meio de empresário.

Apesar dessa unificação, é importante, também, a observação de Reale a respeito da preservação da autonomia científica do Direito Civil e Direito Comercial:

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes,

³¹² “...o ensinamento do mestre, assim precisamente sintetizado na sua forma final: “Revela o exame das três situações em apreço, como já se demonstrou até graficamente, similitude com a que se encontra em círculos concêntricos. Tem-se, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aqueles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se no centro os bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento, como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica, que as haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros, pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos. (...) Enquanto o estabelecimento se pluraliza, desdobrando-se, a empresa contrai-se, tomando o lugar do proprietário dos estabelecimentos, agindo e operando como se fosse ele, quando não mais é do que sua sombra ou reflexo”. MACHADO, Sylvio Marcondes. Professor Waldemar Ferreira, p. 64.

continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial³¹³.

Ao fazer tal afirmação, Reale menciona que a unificação não foi doutrinária (científica), mas meramente legislativa: “no caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da *técnica da legislação aditiva*, onde e quando julgada conveniente”³¹⁴. A autonomia científica do Direito Empresarial continua existindo, com suas particularidades, não obstante a unificação legislativa sob o manto de um corpo legislativo denominado Código Civil.

Ademais, a comissão considerou pela exposição de motivos de Sílvio Marcondes que a realidade já havia unificado as obrigações civis, seja pela regra do artigo 121 do Código Comercial que mandava aplicar aos contratos comerciais as regras civis, seja pelo advento do Código Civil de 1916 que aplicava as regras negociais sempre que não houvesse dispositivo legal específico³¹⁵.

A vinculação entre o reconhecimento jurídico do fenômeno econômico da empresa com a recepção de uma concepção econômico-social do contrato não são mera coincidência, mas técnica legislativa de tornar o direito mais “aderente” à realidade. Fenômeno similar ocorreu no âmbito do Direito italiano, ao qual Galgano atribuiu o nome de “método da economia: a forma jurídica deve corresponder à substância econômica do fenômeno regulador do direito; os conceitos jurídicos devem ter como ponto de partida os conceitos econômicos”³¹⁶.

Isso não significou transformar o direito da empresa em um direito da economia, mas de estruturá-lo de maneira que possa acolher os novos modelos jurídicos de uma sociedade em que a economia é regulada pelo Estado.

³¹³ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 116.

³¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 116.

³¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 116. Trata-se de idéia de Sylvio Marcondes citado por Reale.

³¹⁶ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 25. Tradução livre.

A conexão entre função social dos contratos e o Direito Empresarial é um dos pontos de ligação entre funcionalidade e socialidade dentro do Código Civil. Todavia, ambos possuem ligações com a parte geral do Código, onde foram depositados os princípios regentes de todo o sistema.

2. Funcionalidade e socialidade na parte geral do Código Civil

A existência de uma parte geral não é novidade no Direito Civil brasileiro, assim como não há uma relação necessária entre função social dos contratos e parte geral. Apesar disso, cabe destacar que a técnica das “partes gerais” foi utilizada como mecanismo para realização de determinados valores e princípios, que percorrem toda a estrutura legislativa.

Assim, a concepção funcional dos diversos modelos no âmbito do Direito Civil, bem como o princípio da socialidade estão presentes na Parte Geral do Código.

Personalidade, direito subjetivo e negócio jurídico são concebidos de maneira funcional na Parte Geral, com nexos sistemáticos com a cláusula geral do artigo 421. O artigo 50 trata da concepção funcional de personalidade jurídica, estabelecendo as condições para sua desconsideração, o artigo 187 que trata do exercício abusivo do direito, tendo como critério a “finalidade econômica e social”, e há uma série de disposições considerando o negócio jurídico como instrumento funcional regido pelo princípio da socialidade, tais como os arts. 111, 113, 156, 157, 170, 184, etc.

A justificação da manutenção de uma parte geral com tais características deveu-se ao argumento tradicional, tendo em vista “a opinião dominante dos

juristas pátrios”,³¹⁷ atualizando seus conceitos, valores dogmáticos, bem como redistribuindo a matéria do Código Civil conforme a atual dogmática, para tratar em primeiro lugar do direito das obrigações para depois tratar das coisas, família e sucessões.

A tradição jurídico-brasileira já continha uma parte geral na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas de 1858, sendo um elemento básico da sistemática do Direito Privado em razão da incorporação desta técnica à cultura jurídica. A Consolidação das Leis Civis teve a primazia de conter uma parte geral em razão da iniciativa de Teixeira de Freitas, que foi contratado para classificar a legislação brasileira e portuguesa da época (1855-58), devendo redigir notas citando as leis que autorizavam as suas disposições, bem como para que fosse declarado o costume estabelecido, ainda que fosse contra ou além do texto. A Consolidação das Leis Civis permaneceu em vigor até o ano de 1917, quando foi editado o primeiro Código Civil brasileiro³¹⁸.

A originalidade de Teixeira de Freitas não estava somente no fato de ter proposto uma “parte geral”, mas por ter representado uma grande mudança no Direito brasileiro, sem que propusesse uma ruptura no conteúdo do Direito. Isso porque até o advento de Teixeira de Freitas o Direito brasileiro era dominado integralmente pela tradição lusitana, na qual reinava o praxismo, sendo este autor

³¹⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 114.

³¹⁸ Em relação às influências de Teixeira de Freitas e a possibilidade de que tenha ele obtido a idéia de uma parte geral dos autores alemães, a possibilidade de influência existe, mas é indireta. Deve-se observar que Teixeira de Freitas não lia a língua germânica, tendo acesso aos textos de Savigny, que era citado reiteradamente pelas traduções francesas muito tempo depois de sua publicação. Tais afirmações são feitas principalmente por Sívio Meira, um dos principais estudiosos de Teixeira de Freitas, na obra acima mencionada e em outras de sua autoria. MEIRA, Sívio. Op. cit. Nelson Saldanha adjetiva como precária sua formação filosófica, afirmando que nos seus textos usava basicamente conceitos romanos a partir das idéias de Savigny e outros autores menores, pois não tinha condições de acompanhar as novidades européias. SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. Revista de Informação Legislativa, n. 85, 1985, p. 245.

o responsável pela introdução do pensamento jurídico de Savigny no Direito Civil pátrio, com conseqüências até os dias de hoje³¹⁹.

Da mesma maneira tiveram uma parte geral o Esboço do próprio Teixeira de Freitas, assim como os anteprojetos de Felício dos Santos de 1881, de Coelho Rodrigues, de 1893 e também o projeto de Clóvis Beviláqua.

Embora se mencione o Esboço como um dos precursores da parte geral do Código Civil, deve-se lembrar que o Esboço de Teixeira de Freitas não pode ser definido como um projeto de Código Civil, mas sim um projeto de Código Geral. A proposição de Teixeira de Freitas era elaborar um código dirigido aos “homens de ciência”, contendo definições para os códigos particulares, que deveriam ser dirigidos ao povo³²⁰.

Tendo em vista esses antecedentes históricos, a comissão rejeitou a proposição do projeto Orlando Gomes de 1963/1964, que eliminava a parte geral³²¹.

Reale sustentou que a parte geral não tem somente um papel sistemático conceitual, como propunha a Pandectística alemã, porque

além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna

³¹⁹ “Sem muita demora, Teixeira de Freitas tomou conta da cena jurídica brasileira, e com ele ganham corpo muitas idéias inspiradas em Savigny. Nesse ponto, o direito brasileiro separou-se, em verdade, do de Portugal, combinando novas influências, sendo a mais importante delas a de Savigny, decerto o maior jurista do Século XIX. (...) Pode parecer paradoxal, mas a influência de Savigny não levou Teixeira de Freitas a recusar a idéia de codificação, como sucedeu com muitos, especialmente com Federico Del Rosso. Ao contrário, Teixeira de Freitas em seu Esboço de CC adotou conceitos de Savigny, representativos do direito romano, do Heutiges Roemisches Recht isto deve ter resultado do fato de Portugal estar vivendo por longo espaço de tempo sob uma codificação, as Ordenações”. COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Porto Alegre: Ajuris, v. 40, p. 07.

³²⁰ FREITAS, Teixeira de. Carta ao Ministro Martim Francisco Ribeiro de Andrada, de 20 de setembro de 1867. In: VALADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas. Jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n. 76, dez 1960, p. 348 e ss.

³²¹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 117.

instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no anteprojeto³²².

Ou seja, a orientação legislativa de uma parte geral ultrapassa a concepção de parte geral do Código Civil de 1916, cuja função era mais conceitual do que principiológica. No Código Civil vigente a parte geral assume o caráter de núcleo axiológico do Código Civil, pois nela está contida a principiologia que é desdobrada no curso do Código Civil e, como será visto no próximo tópico, com o papel de núcleo da legislação extravagante cuja aplicação precisa estar adequada aos princípios gerais do sistema.

3. A técnica da “legislação aditiva” e a eficácia do 421 sobre o Direito Contratual

A proposição de que a cláusula geral do artigo 421 rege todo o Direito Contratual, subordinando toda a legislação extravagante a respeito dos contratos, é decorrência da condição de eixo do Direito Privado e também da técnica da “legislação aditiva”.

³²² Optou-se também por deixar de fora regras sobre a vigência da Lei, acolhendo-se a lição de “Teixeira de Freitas, para quem a matéria compete a “uma lei geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado”. Idem, *ibidem*, p. 116-118.

A distribuição da matéria nessa ordem não representou uma opção política para o tratamento das matérias em ordem de importância, mas de uma divisão que compreende a “melhor” estruturação sistemática das matérias, considerando-se como critério o fato de cada uma das partes ser pressuposto normativo da parte subsequente. A parte geral em relação às obrigações, as obrigações em relação ao direito das coisas, estas todas em relação ao direito de família e este em relação ao direito das sucessões.

Conforme já foi dito na introdução, o Código Civil de 1916 revogou integralmente todas as normas civis relativas às matérias nele reguladas, por meio da disposição do artigo 1807, o que significou na prática a revogação de praticamente todo o Direito Civil anterior. Com vigência anterior ao Código Civil remanesceu o Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Exceto esse Decreto, são raras as referências do Direito Civil brasileiro que tenham como fundamento disposições normativas do regime anterior, servindo como exemplo o texto de Moreira Alves que menciona ter o Supremo Tribunal Federal se utilizado das Ordenações de 1603 para definir os requisitos da escritura pública, tendo em vista a omissão do Código Civil de 1916 na disciplina da matéria, o que justificou pela parte final do artigo 1807, que se fizesse uma incursão no Direito anterior³²³.

Ao contrário, o Código Civil atual teve suas disposições elaboradas tais quais as que tradicionalmente são vistas nos textos constitucionais, em razão da remissão a lei posterior que regulamente determinado dispositivo.

³²³ “Não há muito, discutiu-se na Corte qual a lei que, com relação aos requisitos da escritura pública, estava em vigor no Brasil. E a conclusão a que se chegou foge do comum: o texto que os disciplina é, basicamente, o das Ordenações Filipinas, que se incorporou à legislação do império e que, com o advento da república à semelhança do que ocorreu com o Código Comercial de 1850, se tornou legislação federal, por força da atração da competência legislativa da União. Com efeito, se recuarmos no tempo, veremos que alguns dos princípios sobre esses requisitos remontam aos dois primeiros regimentos de tabeliães de que se tem notícia em Portugal, e que datam de 1305; no século XV, foram eles, acrescidos de outros, incorporados às Ordenações Afonsinas, de onde, com aperfeiçoamentos, passaram às Ordenações Manuelinas e, posteriormente, às Filipinas. Nestas, encontravam-se os requisitos exigidos para as escrituras públicas, quando se fez a independência do Brasil. Aqui, durante o segundo império, a legislação introduziu modificações de somenos importância, tanto assim que, em 1858, o artigo 386 da *Consolidação das Leis Cíveis* só fazia remissões, a esse respeito, aos textos das Ordenações Filipinas; quase vinte anos mais tarde, o panorama continuava fundamentalmente o mesmo, como se vê das referências feitas no artigo 367 – que tratava desse requisitos – da *Consolidação das Leis do Processo Civil*, de autoria de Antonio Joaquim Ribas, (...) O Código Civil de 1916 é omissos a respeito desses requisitos, matéria, pois, cuja disciplina pelo direito anterior ficou ressaltada pela parte final de seu artigo 1807. E, de 1916 aos nossos dias, nenhuma lei federal tratou dessa questão. Persistem em vigor, nesse ponto, as ordenações de 1603”. MOREIRA ALVES, José Carlos. A contribuição do antigo Direito português ao Código Civil brasileiro. In: CAETANO, Marcelo, MOREIRA ALVES, José Carlos, COUTO E SILVA, Clóvis do; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Estudos de Direito Civil brasileiro e português (I Jornada luso-brasileira de Direito Civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 38 e 39.

Além disso, a atribuição da condição de “lei básica” do Código Civil também está relacionada com o conteúdo das disposições que compõe o Código e sua relação com a legislação extravagante. Essa condição afasta a possibilidade de o Código Civil esgotar a disciplina de determinadas matérias, como é o caso da disciplina do contrato de distribuição³²⁴ e o de corretagem,³²⁵ em que o Código Civil disciplina a matéria de maneira “básica” e faz referência expressa a legislação especial.

Assim, a condição de lei “básica” do Código Civil permite integração sistemática, por exemplo, entre as disposições do Código Civil para os contratos de distribuição, com a disciplina da Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979, que trata sobre a distribuição de automóveis. O Código Civil é a lei básica que disciplina a distribuição de todo e qualquer produto, mas de maneira geral, sem criar conflitos sistemáticos com aquelas disposições que pelas suas peculiaridades são regulados por lei especial³²⁶.

São vários os dispositivos que tratam de “leis especiais” que disciplinam ou disciplinarão modelos jurídicos regulados no Código Civil. Exemplo disso no âmbito dos contratos são as leis a respeito do compromisso de compra e venda, agência e distribuição, locação, compra e venda com reserva de domínio, entre outras.

Em torno dessa problemática a expressão do Código Civil como “eixo” surgiu como resposta a um questionamento feito por Clóvis do Couto e Silva:

“Em suma, a idéia de Código, como totalidade normativa, *corpus juris* completo e acabado, não tem

³²⁴ “Artigo 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

³²⁵ Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978, Decreto-lei 73, de 21.11.1966, entre outras.

³²⁶ Segundo Hespanha o Código Civil é “minimalista” em seus conteúdos. O Código é uma legislação permanente e duradoura, estreitamente ligado com dados mais permanentes da cultura jurídica, imune à complexidade de normas conjunturais, “dejando explícitamente o implícitamente para leyes extravagantes las materias carentes de dignidad codificatoria, o sea, desproveídas de coherencia y de constancia de principios”. HESPANHA, Antônio Manuel. Código y complejidad. www.hespanha.net, 25.12.2003, p. 03

mais sentido. Em momento algum, pôde essa idéia realizar-se plenamente. Teria a idéia de Código perdido a sua importância em face do número crescente de leis especiais?”³²⁷

A resposta que foi dada pelo mesmo autor exige sua transcrição:

“O pensamento que norteou a comissão que elaborou o Projeto do CC brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto. Não se trata, a toda evidência, de um modelo sistemático ao estilo das ciências exatas; porém, a concepção oposta, tornaria incompreensível o direito, pois ele exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no CC e nas leis especiais. Não se pode, portanto, dizer que o grande número de leis se oponha à idéia de Código. Isto significaria, em última análise, a recusa absoluta à idéia de sistema.”³²⁸

A citação supra revela que a proposta adotada de um Código Civil como “eixo do Direito Privado”, ou como um Código Central, trata-se de uma resposta à crise provocada pela inflação legislativa, tratada no século passado como uma problemática dos microssistemas,³²⁹ caracterizada fundamentalmente como uma quebra no sistema de Direito Civil que tinha no Código Civil sua base³³⁰.

³²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva ..., p. 19.

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 20.

³²⁹ Sobre a problemática dos microssistemas legislativos ver IRTI, Natalino. L'età della decodificazione – vent'anni dopo. 4ª ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999. No Direito brasileiro, em especial GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984, e MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista de Informação legislativa, n. 112, p. 13 – 32.

³³⁰ GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do anteprojeto de reforma do Código Civil. Revista Forense, v. 206, 1964, p.10. Sobre a necessidade de substituição das *matrizes filosóficas* do Código Civil “para atualizá-lo nas partes em que passou a reclamar alterações mais urgentes, foi-

A quebra da ordem e unidade do sistema do Código Civil não era decorrente somente da edição de leis extravagantes, mas de leis extravagantes orientadas por princípios jurídicos que colidiam com os princípios do velho Código Civil de 1916, não permitindo uma integração legislativa.

A cláusula geral do artigo 421 serve, portanto, como norma para solução de casos concretos e para integração sistemática das normas gerais do direito contratual postas no Código Civil com as leis extravagantes que disciplinam os contratos, tendo papel de cânone hermenêutico³³¹.

A principiologia do Código Civil submete todas as regras que disciplinam “a liberdade contratual” e, por isso, o princípio da socialidade e a compreensão funcional do contrato também atinge aqueles contratos que estão disciplinados fora do Código, seja em leis extravagantes ou em microssistemas legislativos.

Embora não se apliquem as normas relativas à liberdade contratual a todos os atos da autonomia privada, há uma unidade de tratamento sistemático a partir da principiologia posta na parte geral do Código Civil. O legislador percebeu que é falsa a afirmação de que o regime geral do Direito Civil é baseado no sistema da tratativa e do contrato paritário. As relações de consumo e as áreas de regulação legal especial não são setores periféricos, mas setores que abrangem grande parte da vida social, e que trouxeram a exigência de se conceber a possibilidade geral de intervenção na liberdade contratual, atribuindo uma eficácia estendida aos

se modificando fragmentariamente, através de leis extravagantes que o mutilaram sem piedade. Urge, por conseguinte, reformá-lo com espírito de sistema para reajustá-lo as condições de desenvolvimento do País, assimilando as idéias que palpitam, estuantes de vida, no substrato cultural dos povos ocidentais”. p. 10.

³³¹ Sobre a “função econômico-social” dos contratos como elemento fático para concreção das circunstâncias do caso, na condição de postulado normativo para interpretação dos contratos ver MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (org.). Questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos. São Paulo: Método, 2005, p. 141 e ss.

dispositivos do capítulo introdutório dos contratos no Código Civil (arts. 421 a 425)³³².

A título de exemplo sobre como as diretrizes atribuíram ao Código Civil o caráter de lei básica e de eixo do Direito Privado, tomou-se um dos contratos de maior utilidade e aderência à realidade, que é o compromisso de compra e venda de bens imóveis. Trata-se de usual instrumento do âmbito do Direito Empresarial, sustentando quase a totalidade da comercialização de unidades imobiliárias praticadas no mercado, cuja origem remonta ao Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, um dos primeiros diplomas a quebrar a unidade sistemática do Código Civil no âmbito do Direito Contratual³³³.

Enquanto o Decreto-lei estava voltado para a problemática social que envolveu o processo de urbanização e circulação da propriedade imobiliária, o artigo 1.088 do Código Civil de 1916 tinha estrutura estática que permitia ao vendedor, proprietário, que deixasse de celebrar o contrato por simples arrependimento.

O texto do Decreto-lei 58/37 estava baseado numa idéia de “socialidade”,³³⁴ diferentemente do Código Civil, o que levou a muitas polêmicas no curso da

³³² Sobre a transformação do regime geral da liberdade contratual, ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 109 – 117.

³³³ Veja-se a exposição de motivos do Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937: “O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição: Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o artigo 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa-fé e a solvabilidade das emprêsas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores; (sic.)”.

³³⁴ O compromisso de compra e venda, originário de Projeto de lei apresentado pelo Prof. Waldemar Ferreira em 9.6.1936, foi, na sua essência, aproveitado pelo sistema político implantado pelo golpe de Estado de 1937. Através do Decreto-lei 58, de 10.12.1937, o governo ditatorial de Getúlio Vargas procurou proteger os adquirentes de terrenos loteados e vendidos ao público.

vigência de tal diploma legislativo em razão da falta de integração entre o sistema fechado do Código e o deliberado objetivo de ampliação dos direitos dos adquirentes de imóveis loteados nos termos do Decreto-lei.

Por sua vez, o Código Civil vigente criou o *direito real do promitente comprador*, cujo conteúdo é o direito real à aquisição da propriedade imobiliária, permitindo uma integração sistemática das leis especiais.

O Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, continua em vigor, sem que com isso esteja caracterizada qualquer ruptura sistemática, diferentemente do que ocorria anteriormente. O novo Código Civil agregou ao regime contratual uma eficácia específica que até então não existia, que era o *direito real de aquisição da propriedade imobiliária*.

Permanece o regramento do Decreto pelo qual foi tipificado uma das modalidades da compra e venda³³⁵.

Uma primeira interpretação que surgiu a respeito da relação do Código Civil com o Decreto-lei 58/37 foi a da revogação deste diploma, provocada pelas disposições do artigo 462 e ss. e artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, que regularam integralmente a matéria.

Seguindo o método da tese e partindo dos trabalhos legislativos, pode-se observar que na exposição de motivos não houve referências expressas a esse respeito, servindo para tal fim as discussões ocorridas na Câmara dos Deputados, onde foram apresentadas emendas para tratar da matéria³³⁶.

³³⁵ Segundo o que já lecionava Darcy Bessone em 1960, quando da primeira edição da monografia intitulada *Da compra e venda – promessa e reserva de domínio*, que tanto lhe notabilizou. BESSONE, Darcy. Compra e venda. Promessa e Reserva de Domínio. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

³³⁶ Por incrível que pareça a regra do artigo 462 foi objeto de duas emendas, as de n. 381 (NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 381. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 258, justificação elaborada pela Advogada Maria Angélica Rezende, em nome da OAB do Estado do Sergipe.) e 382 (COELHO, Fernando. Justificação da emenda n. 379. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 259.), com o objetivo de exigir que o

Porém, a compreensão do Código Civil como eixo com estrutura aberta para a integração legislativa, seja de diplomas já em vigor ou não, torna evidente que o contrato preliminar de que tratam os arts. 462 a 466 do Código Civil não é o compromisso de compra e venda de bens imóveis cujos efeitos reais são regulados no artigo 1.417 e artigo 1.418 do mesmo diploma legal³³⁷.

O compromisso de compra e venda, seja no regime do Decreto-lei, no regime da Lei 6.766/79, assim como na Lei 4.591/65 é contrato definitivo, um contrato pelo qual as partes criam obrigações de dar (entrega da posse e pagamento do

contrato preliminar também cumprisse a forma do contrato a ser celebrado. Ambas as emendas foram rejeitadas, tendo sido mantida a redação original.

O próprio Agostinho Alvim manifestou-se no sentido de que a emenda fosse acolhida, argumentando que “a forma em matéria de contrato preliminar, segundo o Código Civil italiano, deve ser a mesma do contrato. A lei ressaltará os casos em que a forma do contrato preliminar, como sói acontecer no caso de compromisso de venda de imóvel, deva ser outra”.

Nessa citação, fica clara a manifestação de Agostinho Alvim no sentido de que o compromisso de compra e venda de imóvel deve obedecer lei especial, que ressaltará a questão da forma. De qualquer maneira, a Câmara acolheu o projeto original, para que não somente o compromisso de compra e venda, mas todos os contratos preliminares prescindam quanto à forma do contrato principal. ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 84 (Agostinho Alvim).

A esse respeito, deve-se observar que a redação original apresentada por Agostinho Alvim tinha texto distinto, na linha do Código Civil italiano. Entretanto, na primeira versão do projeto há manuscrito de Miguel Reale alterando a redação do referido artigo, assim como de praticamente todo o capítulo relativo ao contrato preliminar, determinando a redação do projeto, que atualmente é a redação do Código. REALE, Miguel. Código Civil. Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, sem data.

³³⁷ O contrato preliminar é aquele em que as obrigações das partes são de celebrar um contrato, no futuro. Trata-se de um contrato pelo qual as partes obrigam-se a fazer declaração de vontade. Por isso, chama-se preliminar, pré-contrato e até contrato promessa, já que o preceito que irá disciplinar o relacionamento das partes e que definirá o que cada um deverá fazer, dar ou não fazer depende de nova declaração de vontade. Evidentemente, os dispositivos legais supra mencionados trataram de tornar tal contrato exequível, disciplinando de maneira clara o que já estava parcialmente regulamentado nos artigos 632 e ss. do Código de Processo Civil, que tratavam da execução das obrigações de fazer. Embora sendo diploma adjetivo, o Código de Processo Civil estabeleceu regras de direito material, e não propriamente procedimento. Nesse sentido, deve-se observar que a doutrina e jurisprudência de maneira pacífica afirmam que as regras dos artigos 639 e 641 do Código de Processo Civil dependem de ação ordinária para execução de obrigação de fazer, de natureza condenatória, para que possa ser iniciado um *procedimento executivo de obrigação de fazer*.

preço) e também obrigações de fazer³³⁸.

A sistemática do novo Código Civil permite que a concepção social das leis que tratam do compromisso de compra e venda estejam integradas com as disposições do Código Civil. Enquanto a validade e a eficácia obrigacional estão reguladas na lei, o Código Civil regulou os efeitos reais do registro.

Por isso, é equivocada a afirmação segundo a qual o compromisso de compra e venda precisará ser registrado na forma do artigo 463, parágrafo único, para que possa ser objeto de ação de execução de que trata o artigo 464 do Código Civil.

O compromisso de compra e venda não foi objeto de regulamentação pela nova lei. E, não tendo sido objeto de regulamentação geral, mas somente especial, no que respeita a alguns de seus efeitos (artigos 1.225, VII, 1.417 e 1.418), deve-se aplicar a regra do artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a

³³⁸ No conteúdo do preceito contratual está, entre outros deveres, a obrigação de fazer declaração de vontade, que é a obrigação de firmar escritura pública para translação do direito real de propriedade, a fim de cumprir o disposto no artigo 134, I do Código Civil de 1916, reproduzido agora no artigo 108 do novo Código Civil.

Contudo, a escritura pública que é necessária para a translação do direito de propriedade não é contrato definitivo a que se antecede um contrato preliminar no sentido do artigo 462 do Código Civil. Trata-se de negócio jurídico que sequer se pode chamar de contrato, mas de mero negócio jurídico de adimplemento, cujo objetivo é a translação do direito real de propriedade que permaneceu nas mãos do vendedor como garantia do pagamento do preço.

Nesse ponto se vê a importância sistemática da parte geral do Código Civil, que faz a ligação entre as regras relativas à forma (artigo 108), com aquelas que disciplinam a aquisição da propriedade imobiliária, no plano do Direito das Coisas.

Quando alguém celebra um compromisso de compra e venda celebra uma modalidade de compra e venda, um contrato definitivo, cujo adimplemento deverá ser feito no futuro, mediante uma declaração de vontade que será mero negócio jurídico dispositivo. Este é celebrado no plano do direito das coisas, para execução do preceito inicial e definitivo, nascido como efeito e conteúdo do compromisso de compra e venda.

Observe-se que o contrato preliminar de compra e venda pode ser celebrado. Basta, para tanto, que o preceito do contrato não seja o compromisso de compra e venda segundo os termos do Decreto-lei, mas um contrato preliminar em que as partes simplesmente comprometem-se a celebrar contrato de compra e venda, que poderá ser de bens móveis ou imóveis. Pode-se, inclusive, celebrar contrato preliminar de compromisso de compra e venda, como prevê o artigo 32 da Lei 6766 de 79, no qual tal contrato é chamado de contrato promessa.

qual a *lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*

Isso tem por consequência a plena e completa vigência do Decreto-lei, bem como de sua eficácia, conforme determinado no seu texto e pela própria jurisprudência.

Além disso, a principiologia dos diplomas legais editados em diferentes épocas está afinada. Ambos comandados pela socialidade, no caso, pela cláusula geral da função social dos contratos, cuja integração com os contratos regulados em lei especial é possível tendo em vista o caráter de “eixo” que foi atribuído ao Código Civil³³⁹.

No entanto, o registro do compromisso de compra e venda a partir do advento do novo Código Civil atribuirá um direito que até então o adquirente do imóvel não tinha, que é o ***direito real à aquisição da propriedade***³⁴⁰.

Aflora o caráter culturalista do Código Civil, que conservou o que existia, aproveitando a construção histórica e jurisprudencial que antecedeu o Código Civil para regulamentar os efeitos do contrato³⁴¹.

³³⁹ Portanto, permanece em vigor a súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não há necessidade de registro do compromisso de compra e venda para oposição de embargos de terceiro, tampouco há necessidade do registro para a propositura da ação de adjudicação compulsória de que trata o artigo 22 do Decreto-lei.

Posição contrária a esta é apresentada por KRAEMER, Eduardo. *Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 210.

³⁴⁰ Tal direito real é um direito novo e consiste na outorga ao adquirente de vários efeitos específicos e próprios do direito das coisas, como são as ações reais. A título exemplificativo, o titular do direito real à aquisição da propriedade passa a ter embargos de terceiro com fundamento no direito real, ainda que não tenha posse, a teor do que dispõe o artigo 1.046 do Código de Processo Civil, passará a ter ação de nunciação de obra nova ainda que não tenha posse do imóvel, bem como terá direito de seqüela e o próprio direito real à aquisição da própria propriedade. O direito real à aquisição da propriedade trata-se de um mecanismo concedido pelo legislador para que o adquirente deixe de ter um direito à coisa, para ter um direito sobre a coisa.

³⁴¹ A partir do advento do novo Código Civil, a ação de adjudicação compulsória terá duas versões. Se o compromisso estiver registrado será ação real pela qual será concedida a propriedade ao

Ou seja, a definição do Código Civil como um eixo do Direito Privado é feita a partir de três características básicas: unificação das obrigações civis e mercantis, manutenção de uma parte geral como instrumento de mobilidade e da técnica da legislação aditiva.

A noção de eixo do Direito Privado exige uma mudança de visão em relação ao fenômeno dos microssistemas, pois seu surgimento deveu-se a critérios lógicos do processo histórico, fazendo surgir uma nova ordem conceitual e categorias interpretativas que extrapolam o conceito de “lei extravagante”. A técnica legislativa em que consistem os microssistemas não reduz a “racionalidade sistemática”, mas promove-a para as leis especiais³⁴².

4. A eficácia imediata da função social dos contratos

A condição de eixo do Direito Privado atribuída ao Código Civil também foi imposta através da atribuição de eficácia imediata dos seus princípios, em especial do princípio da socialidade. Trata-se do parágrafo único do artigo 2035, que subordina à função social os efeitos de todos os negócios jurídicos, ainda que celebrados no regime do Código Civil anterior, atribuindo o caráter de norma de “ordem pública” às disposições que tratam da função social da propriedade e dos contratos.

adquirente do bem, devendo ser objeto de prova, no seio da demanda, todos os requisitos relativos às ações reais, inclusive aqueles que dizem respeito aos princípios registraes.

Caso o compromisso não tenha sido objeto de registro, o adquirente terá direito de propor a ação de adjudicação compulsória de que tratam os artigos 16 e 22 do Decreto-lei, uma demanda cujo objetivo é a condenação da parte a emissão de uma declaração de vontade, servindo a sentença como título para ser registrado.

³⁴² IRTI, Natalino. L'età della decodificazione – vent'anni dopo, p. 08.

A finalidade de adjetivar como norma de “ordem pública” foi inequívoca: distinguir eficácia retroativa de eficácia imediata, no sentido de admitir eficácia imediata às normas de ordem pública³⁴³.

Essa eficácia imediata não representa a possibilidade de invalidar negócios jurídicos celebrados em data anterior ao Código Civil que eram considerados válidos. Porém, tal disposição condiciona os efeitos dos contratos ao regime atual.

O grande problema decorrente de tal norma está nos casos em que o contrato foi celebrado em data anterior ao Código e contenha disposição contratual que seja considerada contrária à função social dos contratos.

Embora a função social dos contratos esteja presente no Direito brasileiro antes mesmo da edição do Código Civil vigente, a decisão que aplicar a disposição legal sobre contratos anteriores entra em rota de colisão com o princípio do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, protegidos pela Constituição Federal.

Ainda que se invoque a natureza constitucional da função social, esta não pode prevalecer sobre a “cláusula pétrea” da irretroatividade das leis, no sentido do que já tem decidido o Supremo Tribunal Federal, com ampla intervenção no

³⁴³ O Supremo Tribunal Federal tem admitido que normas de caráter “benéfico” aos particulares podem ter eficácia retroativa: “O princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição (garantia do direito adquirido) não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) em benefício do particular.” Supremo Tribunal Federal, RE 184.099, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 18/04/97.

Em outros casos, há decisões contrárias a aplicação da eficácia retroativa mínima: “Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de Direito Privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).” Supremo Tribunal Federal, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/09/92.

período após a edição do Código de Defesa do Consumidor, para afastar sua vigência a contratos celebrados em data anterior³⁴⁴.

Ou seja, afastar a incidência da parte final do artigo 2.035 (salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução, ou seja, cláusula contratual), pela determinação do parágrafo único do mesmo artigo (não prevalecerá convenção que contrarie a função social dos contratos), consiste em atribuir eficácia retroativa ao Código Civil.

Estender o comando para além da parte final do artigo, para considerar nulos negócios celebrados em data anterior ao Código Civil em desconformidade com este, ainda que diga respeito à realização da função social dos contratos implica violação do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, no sentido do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal: “Descabe confundir a aplicação imediata da lei com a retroativa, a ponto de afastar, ante a imperatividade da norma, cláusula contratual formalizada em data anterior”³⁴⁵.

³⁴⁴ “LEI N. 8.030/90. EFEITOS RETROATIVOS SOBRE CONTRATOS ANTERIORES A SUA EDIÇÃO. ARTIGO 5º, XXXVI, DA CF/88. OFENSA DIRETA. 1. O controle de constitucionalidade exercido em hipóteses de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (artigo 5º, XXXVI, da CF/88) pressupõe a interpretação da lei ordinária, cuja validade se pretende questionar, não havendo que se falar em ofensa indireta. 2. O despacho agravado fundou-se em jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal, no sentido de que, no nosso ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, não pode retroagir para alcançar ato jurídico perfeito. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. Supremo Tribunal Federal, Ag.reg. No Recurso Extraordinário 263161/BA, 1ª turma, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 08/10/2002, DJ 06-12-2002.

“Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição. — Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna”. Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário conhecido e provido”. RE 205999/ SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16/11/1999, DJ DATA-03-03-2000.

³⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, RE n. 188354/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2000, DJ 20-04-2001.

Não se pode, portanto, aplicar a disposição legal, com eficácia retroativa, sob pena de ferir frontalmente o texto constitucional, ficando excluída a possibilidade de invalidação de negativa de eficácia de cláusula de contrato celebrado em data anterior ao Código Civil com fundamento na função social.

Isso não afasta a função hermenêutica da cláusula geral, para que sirva como diretriz interpretativa das disposições legais que tem por objeto o direito contratual, ficando o julgador obrigado a obedecer à teleologia do sistema, que condiciona a liberdade de contratar ao cumprimento da função social. Também deve ser considerada a circunstância de que a funcionalização e a socialidade já eram uma realidade do sistema jurídico pátrio no período anterior ao Código Civil, o que permite ao Juiz invalidar cláusulas contratuais com base nos princípios e regras contemporâneos à celebração do contrato.

Não poderá, entretanto, aplicar a lei de maneira retroativa.

Em síntese, a concepção de Código Civil como eixo do Direito Privado está estruturada indiretamente sobre a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, tendo em vista a disposição do artigo 2.035, que contém regra de Direito Intertemporal que subordina todos os contratos ao regime da função social dos contratos, obedecidos os limites constitucionais³⁴⁶.

B. Conteúdo do Código Civil e “conservadorismo”

Uma das características marcantes do culturalismo de Miguel Reale é o caráter conservador³⁴⁷ que é atribuído ao Direito. Através da noção de modelo

³⁴⁶ Sobre o tema ver TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 305 e ss.; MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Direito do Consumidor, p.599 – 631; ESPINOLA, Eduardo. A lei de introdução ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, art. 121 e ss.

³⁴⁷ O caráter “conservador” do culturalismo não é antitético com a possibilidade de inovação, mas representativo de que as inovações não representam ruptura com o caldo cultural formado no curso da história.

jurídico, Reale limita a possibilidade de que a Lei possa realizar mudanças tais que sejam instituídos modelos absolutamente novos, sem que se faça referência às idéias, valores e fatos históricos determinantes de uma dada realidade.

Esse caráter 'conservador' não é afirmado com o sentido de adjetivação política-pejorativa, para contrapor a uma concepção inovadora ou transformadora do direito, mas é afirmado para deixar claro que uma das diretrizes básicas para a elaboração do novo Código Civil foi o pressuposto de que a Lei civil não pode inovar, salvo quando a sociedade já inovou.

Embora não seja negado o caráter conformador da Lei, tal caráter deve manifestar-se de forma mínima em um Código Civil, cuja permanência, estabilidade e consenso são muito mais importantes do que a inteligência ou a modernidade de soluções que não estejam conforme os padrões culturais da sociedade brasileira.

Neste sentido o Código Civil é conservador.

Contudo, não é conservador sob o ponto de vista político de manutenção da realidade, tendo em vista a flexibilidade e abertura de suas normas. Não é conservador como fator de conservação, como contraponto às inovações que provêm da própria realidade, porque a técnica das cláusulas gerais tem justamente por objetivo criar pontos de mobilidade e de adequação da lei às inovações sociais.

Exemplo marcante disso é a cláusula geral tema desta tese, cuja estrutura tem maleabilidade suficiente para que seja adequada às transformações sociais que estão por ocorrer.

Embora pareça óbvio que elaborar uma nova lei somente tem sentido se a decisão é a de mudar o que está posto, é preciso que se entenda qual é o sentido da mudança e o que pode e foi mudado.

Mudar o Código Civil é atividade limitada sob diversos aspectos, seja porque o Direito Civil tem por objeto as relações mais particulares, singulares e complexas do ordenamento, seja porque as leis civis são o espelho dos padrões de

comportamento que são ditados pela nossa cultura em um determinado momento histórico.

Por isso, mudar o Direito Civil é também mudar a cultura, pois mudadas as normas que disciplinam as relações intersubjetivas, modifica-se a base sobre a qual está estruturada a vida privada e, portanto, a própria cultura de um determinado tempo.

Dentro desse contexto foi deliberado que o novo Código deveria “preservar, sempre que possível, a redação atual da Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência”³⁴⁸.

Essa diretriz precisava ser contemporizada por outra, que foi a de alterar o Código Civil naquilo que determinou a sua revisão, com o objetivo de “superar os pressupostos individualistas” que condicionaram a elaboração do Código Civil de 1916, bem como de atualizar o Código Civil com institutos “reclamados pela sociedade atual”, além de aproveitar os trabalhos realizados pelas comissões anteriores, encarregadas de elaborar os Anteprojetos de Código das Obrigações e Código Civil³⁴⁹.

A superação dos “pressupostos individualistas” é a base a partir da qual foi construída a cláusula geral da função social dos contratos.

Na definição sobre o que deveria ser modificado, a comissão tomou por base o conceito de “idéias dominantes no País”³⁵⁰.

³⁴⁸ REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 114.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 114. “Aproveitar (...) as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código de Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONTE, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES” (sic.).

³⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 114.

Embora esse critério não seja objeto regular de estudos a respeito do Código Civil, trata-se de um dos elementos mais importantes das diretrizes da Comissão Elaboradora, pois revela a natureza da tarefa do codificador.

Os elaboradores do Código Civil chamaram para si o papel de filtros, de intérpretes e de reveladores das idéias predominantes, que em outras palavras significa a atribuição de um papel importante para a atividade doutrinária.

Nesse particular aspecto, pode-se interpretar que a expressão “idéias dominantes” alcance não só a doutrina, mas também a jurisprudência e, porque não, as tendências legislativas dominantes no âmbito do Direito Civil.

O esclarecimento da afirmação vem na própria exposição de motivos, nos itens *l* e *m*, nos quais foi definido como diretriz a inserção no Código Civil das matérias contidas em “leis especiais promulgadas após 1916”, e pelo acolhimento dos “modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais”. Porém, ao recepcionar a contribuição da jurisprudência é feita intervenção com o objetivo de “fixar normas para superar certas situações conflitivas que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica”³⁵¹.

A jurisprudência foi recepcionada com restrições fortes ao seu conteúdo, tendo em vista a crítica aberta posta no enunciado acima citado que a *contrario sensu* indica a existência de jurisprudência não construtiva e também do problema das decisões não uniformes dos Tribunais da Federação.

A jurisprudência passou por uma avaliação “qualitativa” da comissão e não meramente existencial ou quantitativa. Por isso, a compreensão de qual era a jurisprudência dominante não é suficiente para justificar o sentido de uma norma. A comissão avaliou mais do que isso ao atuar como auxiliar do legislador.

³⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 114.

A postura é reveladora em relação à interpretação do Código Civil em confronto com a jurisprudência dominante na época em que o mesmo entrou em vigor, pois seu sentido pode ser o de mudar o direito posto, já que na visão do legislador, o direito posto, seja ele legal ou jurisprudencial, pode ser mudado pela lei.

Em outras palavras, os elaboradores do Código Civil contemplaram a doutrina e a jurisprudência como elementos formadores das “idéias dominantes”, mas não abdicaram do poder, da autoridade, da força da lei.

E, por essa razão, o Código Civil utiliza a técnica das cláusulas gerais de maneira estratégica, assim como adota uma série de normas que na década de 1970 não passavam de correntes doutrinárias, como é o caso da revisão dos contratos por alterações supervenientes ou então da disciplina dos contratos preliminares.

Pode-se observar que a diretriz é responsável pela necessidade futura de realizar o estudo da História do Direito como elemento definidor e “recurso substantivo” para a composição do sistema normativo, pois não basta conhecer o simples texto da lei, mas também quais são as idéias subjacentes ao texto legal³⁵².

O método usado para alcançar essas “idéias dominantes”, segundo a comissão, foi “dispensar igual atenção aos estudos e críticas”, bem como consultar “entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses, objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiaridades e circunstâncias”³⁵³.

³⁵² CLAVERO, B. Op. cit., p. 6.

³⁵³ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 114.

Por outro lado, no que respeita a linguagem, houve uma preferência clara pela manutenção do texto de muitos artigos, que segundo Reale a modificação ou “modernização da redação” em nada auxiliaria, pois a modificação “gratuita” das palavras poderia induzir uma mudança de sentido fora dos propósitos do legislador. Artigos cujo sentido das expressões já foi lapidado pela doutrina e jurisprudência não mereceram alteração, salvo por exigências da realidade social ou mesmo por equívocos e deficiências graves de redação.

Em relação ao conteúdo do Código Civil, foi tomado como diretriz tratar somente de matérias que já estavam suficientemente “sedimentadas”, deixando-se de lado matérias que exigissem maior discussão doutrinária ou nos casos em que fossem previsíveis “alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”³⁵⁴.

A diretriz tem um caráter político importante, pois a viabilidade de um projeto de Código Civil depende de um consenso político mínimo para sua aprovação.

Sobre esse ponto, pode-se tomar como exemplo para reforçar a importância política da diretriz, que foi o projeto de Código das Obrigações elaborado por Caio Mario da Silva Pereira.

Uma breve análise do plano do Código e a distribuição de suas matérias indica de início a sua inviabilidade política em razão da profundidade da mudança realizada, seja por instituir um novo Código, seja pelo caráter arrojado da distribuição de suas matérias, que talvez estivesse muito mais em conformidade com a melhor doutrina da época³⁵⁵.

³⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 114.

³⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Projeto de Código de Obrigações. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965, p. 27. O projeto de Caio Mário da Silva Pereira não continha cláusula geral que tratasse da função social dos contratos, mas possuía artigo equivalente ao artigo 421, que estabelecia os limites para o exercício da liberdade contratual, centrando tais limites na lei, bons costumes e ordem pública: “Artigo 288. Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei, e sem ofensa aos bons costumes e da ordem pública”.

De maneira diversa o atual Código Civil não é tão arrojado sob o ponto de vista técnico, mas conseguiu consenso político necessário para a sua aprovação, o que ocorreu em grande parte pela manutenção do conteúdo e forma do Código Civil de 1916, bem como por ter deixado de fora de seu conteúdo matérias polêmicas, ainda não submetidos à discussão da sociedade.

Uma comparação com o projeto Orlando Gomes pode ser feita a esse respeito pelas palavras do autor daquele projeto em artigo de sua autoria: “A reforma do Código Civil só se justifica se empreendida com o propósito de reajustá-lo as novas condições econômicas, políticas e sociais do País, e incorporar-lhe as mais recentes conquistas da ciência jurídica”³⁵⁶.

Esse é o primeiro parágrafo do texto que foi tomado como exposição de motivos daquele projeto arquivado no ano de 1964, servindo como demonstração sobre os objetivos distintos dos projetos. Embora possa se afirmar que o propósito de ajustar o diploma legal às condições econômicas, políticas e sociais e incorporação de inovações da ciência jurídica também esteja presente no atual Código Civil, tal propósito esteve em segundo plano.

O principal objetivo do anteprojeto 634/B foi o de eliminar as incongruências sistemáticas e a defasagem histórica do Código Civil de 1916. E eliminar a defasagem histórica e sistemática constitui objetivo distinto.

O argumento utilizado pela comissão foi o de que dentre as alternativas postas, a adotada foi a que melhor preservou o sistema do Código Civil de 1916, pois o modelo italiano que era um dos Códigos mais recentes e o que mais proximamente se queria, tinha graves problemas de sistematização segundo o consenso de todos.

Nesse aspecto, a preocupação da comissão não era a de fazer uma revolução ou de solucionar todos os problemas do Brasil com um novo Código,

³⁵⁶ GOMES, Orlando. Lineamentos gerais..., p. 7.

mas dotar o ordenamento com um instrumento normativo que ao mesmo tempo fosse aberto para as mudanças, como também um conjunto de normas que representasse “a constituição do homem comum”.

Na execução dos trabalhos a própria comissão deu-se conta de que apesar da diretriz e da manutenção da estrutura do Código Civil da maneira mais semelhante possível com o Código Civil de 1916, houve necessidade de mudar seu conteúdo, mudança esta marcada muito mais pela inserção de cláusulas gerais, do que propriamente de novos artigos com novas soluções³⁵⁷.

A definição dessa diretriz no ano de 1975 é importante para contraposição às afirmações de que o Código Civil atual é defasado em relação à nossa realidade. O fato de o Código Civil não contemplar determinados modelos jurídicos, determinadas matérias não se deve ao tempo de sua tramitação, mas de uma decisão intrínseca de deixar para a legislação aditiva ou extravagante o papel de regular aquelas questões que não estão “maduras” para pertencerem ao corpo de um Código Civil, na linha da concepção culturalista já mencionada.

Ao par disso, foi deliberado afastar as regras processuais do texto do Código Civil, tendo em vista que a realidade de 1916 era a da ausência de um Código de Processo Civil³⁵⁸ unificado, o contrário da realidade atual.

Como diretriz também foi adotada a realizabilidade e operabilidade, cuja manifestação está ligada diretamente com a “dispensa de formalidades excessivamente onerosas”, bem como na redação da lei de maneira mais “operacional do que conceitual”³⁵⁹.

³⁵⁷ “quanto mais analisávamos o velho Código, cuidando de preservá-lo o mais possível, na forma e no fundo, mais nos convencíamos da inviabilidade dessa decisão, tais e tantos são os seus artigos em irremediável conflito com o Brasil de nossa época”. REALE, Miguel. Memórias v. 2 – A balança e a espada, p. 223.

³⁵⁸ A Constituição de 1891 atribuía aos Estados o papel de legislar em matéria de Direito Processual Civil, razão pela qual os códigos eram estaduais.

³⁵⁹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 114.

Os exemplos indicados pela própria exposição de motivos estão relacionados com a dispensa de notificação judicial “quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios; ou dispensar-se a escritural pública, se bastante documento particular devidamente registrado” (sic.)³⁶⁰.

Apesar dos argumentos contrários, as críticas ao projeto e ao seu conservadorismo foram fortes. Um exemplo delas foi formulada por Orlando Gomes, que entre outras manifestações, providenciou na publicação de seu Projeto de Código Civil logo após a aprovação do então anteprojeto 634-B, na Câmara dos Deputados, no ano de 1994. Veja-se sua manifestação na apresentação da obra:

A reedição do meu anteprojeto de Código Civil publicado em março de 1963 justifica-se nos dias de hoje porque tramita no Senado, já agora em diferente atmosfera política, outro projeto já aprovado, de sopetão, na Câmara dos Deputados.

A sua leitura pode vir a oferecer hoje alguma contribuição à modernização e ao ansseio da recodificação que recebeu as bênçãos do defunto governo autoritário, até porque a vontade de ruptura pacífica com a ordem extinta tem cristalização lenta. Poucas inovações traz esse projeto tradicionalista, mas sobre o seu maior número os responsáveis guardaram, quanto à procedência, silêncio de propósito e essa edificante atitude não deve passar despercebida. O confronto será elucidativo, a deliberada ocultação, patente. Com a republicação levanta-se a cortina de silêncio baixada, com mesquinhez, sobre os textos ocultados³⁶¹.

A resposta a essa manifestação veio em uma obra editada por José Carlos Moreira Alves, no ano de 1986, apresentando o resultado de debates travados entre o autor e o Prof. Clóvis do Couto e Silva, assim como outros estudos realizados a respeito da parte geral do Código Civil. Na introdução³⁶² há referência

³⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 114.

³⁶¹ ORLANDO GOMES, Código Civil – Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

³⁶² “As páginas que se seguem demonstram, com eloquência, que o Projeto de Código Civil que tramita pelo Senado não foi fruto de improvisação, nem se elaborou às ocultas, mas, ao contrário, teve ampla divulgação para o recebimento de críticas e de sugestões, e representa o resultado de

expressa à existência de debates e negativa de trabalho oculto e há também defesa de aspectos técnicos que foram criticados não só por Orlando Gomes, mas por parte da comunidade jurídica, que chegou a afirmar a inconstitucionalidade do projeto em razão de falhas no processo legislativo³⁶³.

Miguel Reale, mais do que ninguém tinha consciência do momento político em que o projeto teve início, em plena ditadura militar. Porém, sabia que o trâmite de um projeto de código não é algo fácil, e que aos olhos dos parlamentares não se trata de uma prioridade, “daí ser ele relegado ao esquecimento”³⁶⁴.

Na exposição de motivos do anteprojeto enviado ao Ministro Armando Falcão, no ano de 1975, a comissão já tinha seis anos de trabalho e já haviam sido publicadas duas versões do anteprojeto, no ano de 1972 e 1974³⁶⁵, tendo Miguel Reale expressado a sua preocupação de que “o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro)”³⁶⁶.

O projeto sobreviveu ao regime militar, passou pelo processo da democratização, pela Assembléia Nacional Constituinte, pelo *Impeachment* e uma dezena de outros fatos políticos, sempre acompanhados de perto pelos membros

esforço comum – inclusive dos que o criticaram construtivamente – que se vem fazendo ao longo dos dezesseis anos que medeiam entre os dias presentes e o que já vai longínquo da constituição da Comissão Elaboradora e Revisora dos Anteprojetos sucessivos, da qual, aliás, dois de seus membros já entregaram suas almas ao Senhor”. MOREIRA ALVES, A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, p. VII.

³⁶³ “Dez anos depois, no dia 9 de maio de 1984 esse projeto foi declarado aprovado pela Mesa da Câmara dos Deputados, em processo de votação de lideranças partidárias, votação simbólica, na presença de 34 deputados somente. Um final melancólico para um empreendimento de tal magnitude. Processo legislativo esse acoimado de inconstitucional, na época, pela falta do quorum exigido que seria de 240 deputados, segundo denúncia José Paulo Cavalcanti”. TAVARES, José de Farias. Projeto de Código Civil inviável. Revista de Informação Legislativa, n. 115, p. 527.

³⁶⁴ REALE, Miguel. Memórias v. 2 – A Balança e a Espada, p. 222.

³⁶⁵ REALE, Miguel. O Anteprojeto do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1972.

³⁶⁶ REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

da Comissão Elaboradora, em especial por Miguel Reale, que contribuiu diretamente no Congresso para a aprovação do Código Civil³⁶⁷.

Uma das respostas mais contundentes às críticas de que o projeto era conservador em demasia foi texto de Miguel Reale publicado na Revista dos Tribunais em junho de 1998, na qual afirma que “o Código Civil só abrange aquilo que já está, de certa maneira, consolidado à luz da experiência”³⁶⁸ e que “o curioso é que quem apoda o projeto de velhice, pleiteia a manutenção do atual Código Civil que é de 1916!”³⁶⁹.

Essa crítica contundente aos críticos do então projeto de Código Civil é elucidativa a respeito do caráter inovador do novo diploma legal. Inova porque supera os paradigmas do Código Civil de 1916, em especial a concepção individual-liberalista mediante uma nova principiologia e por uma técnica legislativa que compreende disposições como a cláusula geral do artigo 421.

³⁶⁷ O jurista atuou firmemente até a apresentação do projeto em 1975, na Câmara dos Deputados onde trabalhou em parceria com o Deputado Ernani Satyro, assim como no Senado Federal auxiliou o Senador Josaphat Marinho em grande parte de suas tarefas. Conforme já foi dito anteriormente, Reale continua atuando na Câmara dos Deputados na Comissão Especial para exame do projeto do Código Civil, conforme pode-se ver na página www.camara.gov.br, que apresenta os relatórios das atividades da referida comissão. Miguel Reale seguiu atuando no cenário jurídico até seu falecimento em 14.04.2006. Apesar de seus 95 anos de idade nunca deixou de exibir lucidez, vitalidade e clareza de idéias, seja em seus escritos quanto em suas palestras.

³⁶⁸ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, v. 752, jun. 1998, p. 26.

³⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 24.

A própria manutenção de institutos como a anticrese, a retrovenda, entre outros considerados como obsoletos, assim também foram considerados pela própria Comissão Elaboradora e posteriormente no congresso, que apesar disso decidiu mantê-los. (“Acolhendo as ponderações do Prof. Couto e Silva, restabeleci, entre os direitos reais de garantia, a anticrese, mas devidamente atualizada e suscetível de servir como modelo jurídico de aplicação prática”. REALE, Miguel. O Anteprojeto do Código Civil, p. XLI.)

A respeito da retrovenda, por exemplo, foi apresentada emenda propondo a sua supressão, debaixo do argumento de que a “retrovenda só tem servido para acobertar a extorsão e a usura. Não pode ser mantida, até porque não faz falta”. (ALVES, Henrique Eduardo. Fernando. Justificação da emenda n. 402. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 265.)

C. Orientação metodológica dos trabalhos da Comissão Elaboradora do anteprojeto e linguagem do Código Civil

A cláusula geral do artigo 421 é fruto da adoção de uma orientação metodológica específica, que privilegiou a utilização de cláusulas gerais, bem como partiu da compreensão de que o Código Civil é um eixo do Direito Privado.

A disciplina da liberdade contratual obedeceu à diretriz de que a atividade judicial deve ser mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente, com novos princípios e regras. O Juiz deve ser um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire, progressivamente, maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito.

A orientação metodológica dos trabalhos da Comissão Elaboradora do Código Civil é ponto de partida para a compreensão da linguagem do Código Civil, pois apesar de o anteprojeto ter sido elaborado por uma comissão, a “ordenação sistemática” e estruturação da linguagem foi tarefa de Miguel Reale.

Após a elaboração individual de cada parte do trabalho, coube a Miguel Reale a tarefa de efetuar tal ordenação, que consistiu numa espécie de unificação de linguagem. Tal tarefa foi considerada por Reale como um “processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina”³⁷⁰.

³⁷⁰ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 115.

Essa chamada “aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira” foi o que determinou o “sentido de socialidade e concreção, os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada”³⁷¹.

A partir desses dois princípios, Reale propugna que se abra espaço das “abstratas regras de direito” para a “ação construtiva da jurisprudência” e para a aplicação de “valores éticos, como os de boa-fé e eqüidade”³⁷².

Levando em consideração esses aspectos, neste capítulo é realizada a análise das origens doutrinárias da função social dos contratos, para compreender como as idéias apresentadas no projeto de Código Civil foram recebidas nas duas casas legislativas que aprovaram o projeto. O objetivo é questionar sobre o grau de veracidade da “aderência” do projeto, e, portanto, da cláusula geral em comento à realidade social brasileira.

Essa proposição ganha em importância se considerarmos que uma das diretrizes mais importantes consideradas por Reale na exposição de motivos foi “a

³⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 115.

³⁷² Reale afirma que após a realização de sua revisão, um a um dos artigos foram lidos, examinados e muitas vezes modificados em uma reunião realizada no final de dezembro de 1970 em uma reunião de toda a comissão, na cidade de Campos do Jordão, oportunidade em que a Comissão acolheu as alterações inseridas por Reale. Idem, *ibidem*, p. 114.

A afirmação de que o Código Civil foi elaborado de maneira “aderente” à realidade é uma questão que pode ser objeto de controvérsia, principalmente considerando que o projeto foi apresentado numa época de forte repressão política, razão pela qual recebeu a pecha de ser inconstitucional (TAVARES, José de Farias. Projeto de Código Civil inviável. Revista de Informação Legislativa, n. 115, p. 527.) e de ter sido aprovado no apagar das luzes da ditadura militar (ORLANDO GOMES, Código Civil – Projeto Orlando Gomes), conforme já referido anteriormente.

O argumento apresentado pela comissão para sustentar o caráter “democrático” e “plural” do projeto foi a sua publicação por duas oportunidades (1972 e em 1974) antes da apresentação como anteprojeto 634-B, assim como em razão do aproveitamento dos projetos anteriores, somado a participação de inúmeros juristas, professores, advogados, empresários órgãos públicos e outros muitos que eventualmente permaneceram anônimos, mas que enviaram sugestões para a comissão.

de aliar os ensinamentos de doutrina e da jurisprudência ao *direito vivido* pelas diversas categorias profissionais³⁷³.

1. Metodologia da comissão aplicada ao regime geral das obrigações

Na fixação das diretrizes do Direito das Obrigações, Reale afirma que foi preservada a estrutura elaborada por Agostinho Alvim, tendo sido efetuadas modificações para acentuar as “exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, *ad instar* do que se dá com o direito de propriedade”³⁷⁴.

De maneira geral, no âmbito do direito das obrigações, as grandes diretrizes foram as seguintes:

- a) manter a sistemática e organização das regras do Código Civil de 1916;
- b) harmonizar as regras do inadimplemento com os artigos que tratam das diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil;
- c) “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais de boa-fé e de

³⁷³ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 116. A tentativa de demonstração do acolhimento das diferentes manifestações sociais foi a elaboração de mais de 300 emendas pela própria comissão, após as duas publicações, o que foi resultado de congressos, sugestões e discussões ocorridas na sociedade brasileira. Feitas tais emendas o anteprojeto foi enviado para a Câmara dos Deputados.

Com isso, Reale afirma que “se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial”.

³⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 122 e 123.

probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à construção ética da experiência jurídica”;³⁷⁵

d) atualizar as regras relativas à compra e venda, mantendo uma rigorosa distinção entre validade e eficácia;

e) criar novos tipos contratuais que já estavam consagrados pela Jurisprudência e doutrina;³⁷⁶

f) conferir ao juiz “poder moderador” para redução de penas decorrentes do inadimplemento contratual;

g) aceitar a “revalorização da moeda” nas dívidas de valor, mas proibir a correção monetária, sendo possível somente nos casos de aumento progressivo de prestações sucessivas;³⁷⁷

h) limitar os efeitos da denúncia (parágrafo único do artigo 473), em razão da preocupação contra os “abusos do poder econômico”;³⁷⁸

i) desdobrar o regime das obrigações na disciplina da atividade negocial: enquanto no direito das obrigações regem-se os negócios jurídicos, no Direito

³⁷⁵ Idem, ibidem, p. 123.

³⁷⁶ Idem, ibidem, p. 124 e 125. Em relação aos contratos em espécie Reale chama a atenção para alguns contratos específicos, que foram objeto de atenção maior por parte da comissão, entre eles afirma que as regras da agência e distribuição servem para atender a própria lei especial “que disciplina a matéria sob o título impróprio de *representação comercial*”. No que respeita ao Mandato e depósito, optou-se por tratar de suas formas onerosas e gratuitas, oportunidade em que as regras do Código Comercial de 1850 se revelaram “de plena atualidade”.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a nova tipologia do Direito contratual deriva do projeto de Código de Obrigações do qual foi coordenador, que foi a base para a inserção dos novos contratos do Código Civil vigente. O autor afirma que tal tipologia foi constituída a partir dos fatos sociais e da premissa de Ascareli, de que “é o comerciante e não o jurista quem cria o Direito Comercial”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no Direito Civil brasileiro. Revista Forense, v. 281, p.107 – 132.

³⁷⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 124.

³⁷⁸ Idem, ibidem, p. 124.

Empresarial “se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou serviços”;³⁷⁹

j) reduzir dos prazos prescricionais e clarificar a distinção entre prescrição e decadência.

Tomando-se como exemplo a prescrição, matéria de extrema importância para o direito contratual, fica evidente a metodologia da comissão e sua preocupação sistemática.

Optou-se em dizer que o que prescreve é a pretensão e não a ação, tendo em vista ser uma solução “mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos”³⁸⁰.

Embora Reale diga que reconhece que tal matéria pode ser questionada, afirma que a comissão efetuou uma escolha que atingisse todo o projeto e, a partir de então, tornou-se essencial a manutenção do sentido técnico unívoco que foi atribuído à palavra.

No que respeita a redução dos prazos chama a atenção reflexão como a de Sérgio Porto, que questiona a redução de prazos sob o ponto de vista de um regresso moral da sociedade³⁸¹. Tal reflexão precisa ser analisada no contexto do Código Civil, pois se reveste de seriedade que justifica a contraposição entre o que

³⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 125.

³⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 122.

³⁸¹ PORTO, Sérgio José. *O projeto de Código Civil e o Direito das Coisas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 794, dezembro de 2001, p. 42 e 43: “A redução dos prazos prescricionais (...) suscita uma observação e uma reflexão: a primeira reside na circunstância de que, efetivamente, a tendência do Direito Civil moderno parece estar ao lado da redução dos prazos prescricionais; a segunda é de ordem moral. Sobre o aspecto moral utiliza-se da autoridade do Prof. Ruy Cirne Lima, que sustentava que o progresso moral é acompanhado do dilatamento dos prazos prescricionais: “É de pôr-se em relêvo que os prazos gerais de prescrição tendem, com o progresso moral, a dilatar-se, e não a diminuir”. Não seria o oposto? Os prazos gerais de prescrição, com o regresso moral, tendem a diminuir senão a dilatar-se”.

foi discutido pela comissão e nos órgãos do Congresso e tem relação direta com a afirmação de “aderência do Código à realidade”.

A afirmação tem sentido dentro da análise culturalista, já que a *ratio* da lei é essencial para compreensão de seus efeitos e em casos como o da prescrição, é essencial para a interpretação. Embora seja razoável afirmar que a redução dos prazos de prescrição revela um certo relaxamento moral, tal relaxamento não está no Código, mas na sociedade, que considera a segurança jurídica um valor cuja importância cresce a cada dia que passa.

O questionamento posto não pode ser compreendido como crítica dirigida à lei, pois esta é simples reflexo das transformações sociais e da maior necessidade de certeza que a sociedade moderna exige, comparativamente com a sociedade que existia na época da aprovação do Código Civil de 1916.

Isso tem uma relação direta com as constantes referências a “aderência à realidade” e concretização da socialidade, pois as regras a respeito da prescrição, assim como as demais diretrizes dirigidas ao Direito das Obrigações foram moldadas segundo a fôrma que a sociedade ofereceu.

A aderência revela o sentido de socialidade, que é distinto da idéia de socialização. Reale afirma que a socialização provoca a “perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos”, enquanto a falta de concretude reside na abstração e no abandono de “características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético”³⁸².

Tal concepção reproduz parte do que já foi dito na introdução desta tese e que justifica um capítulo destinado à análise da idéia de eticidade, em razão de

³⁸² REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 118.

que a concepção de “socialidade” que foi positivada possui enlace com o conceito de ética da situação.

Reale propõe na exposição de motivos que o Código tem uma natureza operacional e “dinâmica”. A dinâmica deriva justamente de sua flexibilidade conceitual que permite que os modelos jurídicos se adaptem às transformações sociais, mediante incorporação do trabalho da hermenêutica: “Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas”³⁸³.

Em outras palavras, a “estrutura normativa concreta” do Código Civil não se vincula a “valores formais abstratos”, mas a valores que são identificados pelo Juiz por detrás da boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc., num processo “de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*”³⁸⁴.

Importante destacar que a expressão “estrutura do Código” quando usada por Reale não significa o conjunto extrínseco das normas, o que foi chamado por P. Heck de sistema externo, mas sim das “próprias normas na sua íntima e complementar unidade”,³⁸⁵ o que caracteriza mais o conceito de sistema interno³⁸⁶.

³⁸³ Idem, ibidem, p. 119.

³⁸⁴ Idem, ibidem, p. 119.

³⁸⁵ Idem, ibidem, p. 119.

³⁸⁶ Uma análise do pensamento de Philip Heck e seu conceito de sistema externo é apresentada por CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 55 e ss.

2. A linguagem do Código Civil: a técnica das cláusulas gerais como instrumento de funcionalização e realização da socialidade e eticidade

O artigo 421 não é uma cláusula geral isolada, mas uma das várias cláusulas inseridas no texto legal com o objetivo de realização dos princípios que nortearam o trabalho de codificação.

A linguagem foi uma preocupação da comissão, que não queria repetir o que ocorrera no Código Civil de 1916, no qual houve uma “preferência pela forma, *em detrimento da matéria jurídica*”³⁸⁷.

A razão da opção decorreu da impossibilidade de sempre alcançar “a composição dos valores formais com os da técnica jurídica”, já que esta tem como primazia a preservação da “certeza e segurança”³⁸⁸. Os limites impostos pela estrutura da linguagem do Código Civil de 1916 e sua insuficiência como instrumento normativo para solução dos conflitos típicos da sociedade moderna foi determinante para a escolha³⁸⁹.

³⁸⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 119.

³⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 119. A respeito da intenção de preservação da técnica jurídica e a importância da linguagem para tal fim, é interessante a sintética crítica de Sérgio Porto a respeito da opção legislativa que norteou a linguagem do novo Código Civil: “O Projeto de Código Civil, no que se refere ao Direito das Coisas, peca nos aspectos técnicos. (...) A maioria das imperfeições apontadas talvez encontre explicação nas palavras do eminente Prof. Miguel Reale, segundo as quais o Código Civil, enquanto Constituição do homem comum, deve ser redigido na linguagem do homem comum. Assim por exemplo, cônjuge supérstite passa a ser cônjuge sobrevivente, invenção, descoberta (melhor seria, então, achado), e assim por diante”. PORTO, Sérgio José. *Op. cit.*, p. 55.

³⁸⁹ A respeito da problemática atual da codificação e sua relação entre segurança jurídica, Antonio Hespanha apresenta posição que em parte coincide com o intento de construção de uma linguagem mais pragmática para o Código Civil. Em primeiro lugar afirma que aqueles que reclamam da segurança na disciplina dos negócios são os mesmos que propõem flexibilidade na disciplina das relações trabalhistas e, portanto, insegurança, no respectivo regime jurídico. Em segundo lugar, afirma que no plano pragmático um dos objetivos atuais é recuperar a “intención democrática originária del código, como derecho que habla a todos. Hablar, de nuevo, a todos, comporta, desde luego, cuestiones de mero lenguaje, como el de utilizar formas de expresión accesibles, no demasiado cargadas de um lastre técnico-jurídico frecuentemente sin outro sentido que el de

A comissão tentou preservar no que foi possível a contribuição do próprio Rui Barbosa, em razão da “impecável estrutura idiomática” do Código Civil de 1916, mas ao mesmo tempo mudou certos preciosismos de linguagem, já que esta é dirigida aos “protagonistas prováveis da conduta regulada. Como o comportamento delas implicará sanções premiaias ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e se exige”³⁹⁰.

A correlação entre artigos mediante remissões foi utilizada em situações especialíssimas, para evitar uma indução hermenêutica específica quando determinada disposição depende da totalidade do ordenamento. O papel de vincular os artigos cabe mais à doutrina e jurisprudência que ao próprio legislador.

Não obstante a diretriz de manter a linguagem no que for possível, a comissão apropriou-se de inovações de técnica terminológica da Teoria Geral do Direito, fazendo melhor distinção entre validade e eficácia, resolução e rescisão, ratificação e confirmação, entre outras.

Apesar disso, a introdução de tais modificações não conseguiu alcançar todos os pontos do Código Civil. Miguel Reale afirma que coube a Moreira Alves a tarefa de revisão final da unidade de sentido das expressões utilizadas no Código Civil³⁹¹. Não obstante a afirmação de que na parte geral “pode-se notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos”³⁹² não se pode deixar de identificar certas incongruências, em especial na parte que trata sobre a eficácia do pagamento³⁹³.

seleccionar los locutores”. HESPANHA, Antônio Manuel. Código y complejidad. www.hespanha.net, 25.12.2003, p. 8.

³⁹⁰ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 119.

³⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 120.

³⁹² Idem, *ibidem*, p. 120.

³⁹³ Os artigos 308, 309 e 310 tratam da “validade” do pagamento, enquanto o caso evidentemente é de eficácia.

Reale afirma que usou as idéias de Kelsen para afastar a “sinonímia entre *juridicidade e licitude*”, tendo em vista que mesmo os atos ilícitos são atos jurídicos, pois produzem efeitos jurídicos³⁹⁴. Isso teve reflexo nas disposições dos arts. 186 e 187 do Código Civil, já que se optou pela denominação “ato ilícito” ao invés de “ato antijurídico”, pois a juridicidade regula as condutas que devem ser seguidas, assim como a conseqüência das condutas desconforme as normas jurídicas. O conceito de licitude não coincide com o de legalidade, mas com o de conformidade com o ordenamento jurídico.

Uma das conseqüências da modificação na linguagem do projeto foi a edição de normas abertas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos normativos localizados estrategicamente³⁹⁵.

No entanto, a mesma questão foi objeto de grande controvérsia em torno do artigo 307, que trata da mesma matéria, tendo sido, inclusive, utilizadas as lições de Ruy Barbosa a respeito da natureza transitiva, transitiva relativa ou intransitiva do verbo importar. Agostinho Alvim analisando o parecer de Ruy Barbosa a respeito da redação do artigo 933 do Código Civil de 1916 afirma que “Como é sabido, antes que o Projeto fosse remetido a Ruy, ele foi, primeiramente, enviado a Carneiro Ribeiro, na nossa opinião o maior gramático que o Brasil já teve. E este sensor conservou a redação tal qual estava”. Porém, a discussão a respeito da linguagem motivou uma adequação técnica que foi a substituição da expressão “só valerá o pagamento” por “só terá eficácia o pagamento”, em razão de emenda substitutiva do Relator Geral, acolhendo parecer de Miguel Reale para uniformização da redação com os demais artigos do Código. ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 61 (Reale) r p. 78 (Agostinho Alvim). NETO, José Bonifácio. Justificação da emenda n. 316. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 236.

³⁹⁴ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 121.

³⁹⁵ A diferença entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos puramente normativos não é tarefa fácil, pois há limites tênues entre uns e outros. Sobre a matéria ver Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. ENGISCH, assim como MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista de Informação legislativa, n. 112, p. 13 – 32.

As cláusulas gerais descrevem fatos de maneira genérica que não permitem a construção de um silogismo perfeito com subsunção automática dos fatos do mundo com os fatos descritos em abstrato na norma. Para sua aplicação é preciso o Juiz construa a regra do caso concreto levando em consideração as peculiaridades do caso e o princípio que se quer realizar através da cláusula geral, dentro dos limites ditados pelo legislador. Exemplo clássico de cláusula geral está no artigo 159 do Código Civil de 1916: “aquele que por ação ou omissão provocar dano a outrem...” O que significa provocar dano a outrem? Trata-se de cláusula geral cujo significado precisa ser preenchido no caso concreto. Utiliza-se o exemplo do artigo 159 tendo em vista a importância que tal artigo teve para a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. O fato de ser uma cláusula geral permitiu avanços importantes no curso do século XX, mediante a ampliação do conceito de dano,

Embora o significado de *função social, boa-fé, natureza e vulto dos investimentos*, tenha um núcleo duro, que pode ser conhecido abstratamente, há uma área periférica do significado de tais expressões que somente podem ser conhecidas na análise do caso concreto.

A característica das cláusulas gerais é a sua mobilidade e capacidade de adaptar-se às transformações sociais, permitindo que fatos não previstos pelo legislador sejam objeto de disciplina no caso concreto. As mudanças sociais ocorridas posteriormente à edição de lei contendo cláusulas gerais provocam alterações na maneira em que a cláusula geral deve ser preenchida, pois precisa ser conforme a realidade posta em litígio. Essa característica torna o texto legal elástico e aberto às transformações sociais que possam vir a ocorrer.

Em longo prazo a transformação dos padrões éticos vigentes numa determinada realidade pode mudar o próprio núcleo duro da cláusula geral, sem rupturas e através da definição gradual e da distinção do que é “branco” ou “preto”, sempre com passagem pelo “cinza”.

Porém, não basta o simples texto legal para que uma norma se torne realidade, é necessário que a doutrina e a jurisprudência reconheçam as potencialidades das cláusulas gerais “não as tomando como fórmulas vazias,

com o conseqüente alargamento do espectro da responsabilidade civil e adequação aos tempos modernos, não obstante a regra tenha permanecido a mesma por quase um século.

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões cujo significado também depende de preenchimento segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, mas diferentemente das cláusulas gerais não se trata de conjunto de fatos, mas de expressões que podem estar presentes em qualquer parte da norma, seja na descrição de parte dos fatos em abstrato, seja nas conseqüências jurídicas. Exemplo de conceito jurídico indeterminado é o de “interessado” de que trata o artigo 304 do Código Civil. Embora a doutrina moderna já tenha fixado quem é ou não interessado, deverá o Juiz, na análise do caso concreto identificar se o conceito de interessado está ou não adequado à situação que é posta em julgamento.

Os conceitos puramente normativos são aqueles que não têm referência direta e concreta a situações fáticas, mas a situações jurídicas e a conceitos eminentemente jurídicos. Exemplo disso é a referência a “contrato comutativo” do artigo 441, ou a “resolução” de que trata o artigo 478, etc. Diferentemente dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, os conceitos puramente normativos são definidos a partir de elementos fornecidos pela ciência jurídica e não a partir de fatos ou da parte da lei em que é enunciado.

preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético”³⁹⁶.

É bom observar em relação a esse aspecto, que uma concepção tradicional, uma mentalidade estreita e conservadora, elimina toda e qualquer possibilidade de utilização de cláusulas gerais, que podem ser transformadas em regras de estrita casuística. Basta ver no direito brasileiro o caso do abuso do direito que já estava previsto no artigo 160, I do Código Civil ao considerar ilícito o “uso irregular do direito” e no artigo 1531 do Código Civil,³⁹⁷ que foram interpretados pela jurisprudência como casos em que se exige dolo para caracterização do ato ilícito³⁹⁸.

Ou seja, não basta que a lei disponha de determinada forma, é necessário que a mentalidade dos juristas esteja aberta e tenha consciência de seu papel na construção da normatividade.

Conforme já mencionado anteriormente, as cláusulas gerais tiveram sua inserção no texto do Código de maneira estratégica, para disciplinar as matérias mais importantes e gerais. Daí, também, a importância de uma parte geral, não só do Código, como também das obrigações. A distribuição das cláusulas gerais, porém, não é uniforme, pois estão postas nas partes que exigem maior “ductilidade”³⁹⁹.

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional, p. 350.

³⁹⁷ “Artigo 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o que equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”.

³⁹⁸ O Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo de forma restritiva, exigindo **dolo** para sua caracterização, ao editar a súmula 159 do Supremo Tribunal Federal. “Súmula 159. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil”.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, p. 12.

Isso provoca uma grande mudança no método de aplicação judicial do direito, pois o Juiz precisará compreender a composição do sistema para aplicá-lo. O fato de o artigo 421 ter sido inserido na abertura de todo o Direito Contratual representa a sua importância sistemática, tanto quanto representava no Código Civil de 1916 a ausência de explicitação dos princípios⁴⁰⁰.

A cláusula geral do artigo 421 tem um papel que primordialmente é o de reger todas as demais regras do Direito Contratual, estejam elas no corpo do Código Civil ou não, o que lhe atribui um papel sistemático importante no processo de construção de novas regras a partir dos princípios postos na lei, diminuindo, com isso, o relativismo e a incerteza derivada da ausência de princípios expressos⁴⁰¹.

Essa disposição contribuiu significativamente para mudar a linguagem do Código vigente em relação ao Código de 1916, caracterizando um modelo jurídico que representa uma nova linguagem expressiva do conteúdo normativo das fontes do direito. Os modelos são estruturas postas em razão dos fins que devem ser realizados e, por isso, cada dispositivo legal que estruturou o projeto teve um papel similar ao que tradicionalmente é atribuído às cláusulas gerais.

Assim, os modelos como as cláusulas gerais desvinculam-se da pessoa do legislador, de seus motivos iniciais, para que “possam atender, *prospectivamente*, a fatos e valores supervenientes *suscetíveis de serem situados no âmbito de validade* das regras em vigor tão-somente mediante seu novo entendimento hermenêutico”. “A lei é mais sábia do que o legislador”⁴⁰².

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004, p. 17: “A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916 era uma *ausência eloqüente*: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar apenas no caso de lacunas, ou para confirmar a razão de ser de determinada regra”.

⁴⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 17. Segundo a autora, a circunstância de o artigo 421 estar na abertura do livro dos contratos “evidencia o valor simbólico, operativo, performático e prospectivo que advém da fixação, na lei, de princípios que já foram apontados pela doutrina e expressos pela jurisprudência”.

⁴⁰² REALE, M. Fontes do direito — Para um novo paradigma hermenêutico, p. 31.

Segundo Miguel Reale, a proposta da comissão foi a de substituir um normativismo jurídico lógico-formal por um normativismo jurídico concreto, mediante a utilização de modelos jurídicos que compreendem em cada um de seus dispositivos normativos um papel significativo para a hermenêutica jurídica, dirigida para a concreção. Além disso, o modelo não resulta somente de formas prospectivas, mas também de sua situação dentro do ordenamento jurídico, que é unitário e coerente.

As cláusulas gerais não são nada mais nada menos do que normas cuja vagueza de sentido assume um papel de integração e sistematização das demais normas do sistema, pois as normas são “uma estrutura integrante de fatos segundo valores”,⁴⁰³ segundo a linha da teoria tridimensional do coordenador do projeto.

As cláusulas gerais que podem ser destacadas no Código Civil, como sendo modificativas da forma do tratamento da matéria que regulam, podem ser identificadas, mas sem possibilidade de esgotar uma lista, já que somente a aplicação pela jurisprudência indicará quais serão as cláusulas que serão utilizadas com as características e função para as quais foram criadas.

A título de exemplo, a referência à função social aparece nos artigos 186, 420, 1227, § 1º, § 2º e § 4º, 1238, 1241, artigo 2049, parágrafo único, a referência boa-fé objetiva está nos artigos 112, 127, 163, 186, 421 e 764, os bons costumes nos artigos 13, 121, 186, a utilização de usos nos artigos 112, 428, 431, o costume ou costume do lugar é referido nos artigos 595, 614, 694, 700 e 871.

Além das cláusulas gerais, que são pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade, há outras disposições legais que também têm o sentido de ampliar a sua incidência para fatos não previstos expressamente e cuja previsão não poderia ser feita pelo legislador. Neste sentido

⁴⁰³ Idem, ibidem, p. 35. Observa que é conceito elaborado em 1940 nos seus fundamentos do Direito e sustentado até hoje.

deve-se sublinhar que as cláusulas gerais não constituem o único método para flexibilização e abertura do sistema, pois o emprego de termos indeterminados que não constituem cláusulas gerais também auxiliam o processo de funcionalização.

A consequência disso é a abertura e plasticidade das normas legais para que estas permitam uma melhor aplicação judicial do direito. Tal abertura também valoriza o que Natalino Irti chamou de “redução quantitativa e exaltação qualitativa” do conteúdo do Código Civil, como um dos meios de defesa do Código Civil frente ao fenômeno histórico dos microsistemas⁴⁰⁴.

Por outro lado, as cláusulas gerais no contexto do Código Civil representam o esgotamento do modelo legislativo tradicional em razão das tensões insuportáveis provocadas pela avalanche de transformações sociais que continuamente modificam a base sobre a qual a lei incide⁴⁰⁵.

Exemplos desse método vinculados à funcionalização dos contratos são a atribuição da invalidade como sanção, nos termos do artigo 166, VI e VII do Código Civil e a desconsideração da personalidade jurídica pelo abuso da mesma, nos termos do artigo 50.

No primeiro caso o Código Civil superou a velha regra do 145 do Código Civil de 1916, que consagra a máxima *"pas de nullité sans règle"* herdada do Código

⁴⁰⁴ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione...*, p. 08. Irti afirma no capítulo nominado “come salvare il condice civile?”, que “la proposta di clausole generali, che, inserite nel codice civile, valgano a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di un problema storico-politico. Si tratta, invero, non già della consueta dialettica di legge e giudizio, di regola generale e caso concreto, quanto del più profondo *rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi*: di quei gruppi – intendiamo – che ciedono ed ottengono statuti o tavole di prerogative. (...) Al di fuori del controllo di legittimità costituzionale, non c'è altro modo di ristabilire l'unità di trattamento giuridico, e così di tutelare la concreta eguaglianza dei cittadini, che un rigoroso sistema di rapporti tra potere dello Stato e potere dei gruppi”. p., 44. De qualquer maneira, Irti, 20 anos depois da primeira edição da obra supra citada continua atribuindo ao Código Civil um papel “residual” e não central no ordenamento privado.

⁴⁰⁵ Hespanha afirma que embora as cláusulas gerais sejam aberturas particularizantes, a linguagem generalizante do Código não contribui para a redução da complexidade social, tendo em vista que esta generalidade é insensível a mudança. As cláusulas gerais simplesmente permitem soluções mais adequadas às situações concretas e particulares. HESPANHA, Antônio Manuel. *Código y complejidad*, p. 03.

de Napoleão, para considerar, no artigo 165, incisos VI e VII, que é nulo o negócio jurídico que “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” e quando a lei “(...) proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

O ato não precisa ter objeto ilícito, mas que vise realizar fim ilícito, ou seja, que tenha uma função considerada ilícita pelo ordenamento. Diferentemente do regime anterior os fins não são exteriores ao negócio jurídico, mas elementos integrativos deste. Da mesma forma, a lei considerou que a nulidade é uma sanção (no sentido de consequência jurídica) geral a todo e qualquer negócio jurídico, que seja proibida a sua realização, sem que haja previsão específica de efeitos⁴⁰⁶. Durante os trabalhos legislativos, o Relator geral do projeto na Câmara observa que pela estrutura redacional do inciso a afirmação de que proibida a prática a lei o declara nulo, “a nulidade é a sanção”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ A redação do inciso VII do artigo 166 foi objeto de três emendas de autoria do Deputado Tancredo Neves, com o objetivo de modificar o dispositivo, a fim de suprimi-lo e modificar o sentido de seu texto. O objetivo principal foi o de diminuir a abertura de sua redação, para deixar mais estrito o seu sentido. A crítica mais contundente ao artigo consiste na emenda 211, cuja redação é a seguinte: “Em vista do exposto, deve ser EMINENTEMENTE IMPUGNADO o dispositivo do Projeto que, em seu artigo 164, diz ser nulo o negócio jurídico ‘quando a lei lhe proibir a prática, sem cominar sanção’. Essa fórmula é duplamente contrária à verdade jurídica: a) em primeiro lugar, porque, se se tratar duma lei de caráter meramente declaratório, pode ser impunemente derogada pelas partes em seus contratos, pouco importando estar escrita ou não em forma proibitiva. Sua violação não importaria em penalidade alguma; b) em segundo lugar, o fato de haver alguma pena contra uma proibição legal não significa que TAMBÉM lhe seja imposta a de nulidade, conforme a natureza do dispositivo violado.” NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 211. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 203. Redação do comentário efetuada pelo Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.

Além de tal emenda houve outras, todas no sentido de que tal disposição, na sua parte final era imprópria, sejam pelas razões mencionadas acima, seja porque “os atos que a lei proíbe sem a cominação de nulidade são válidos e produzem todos os seus normais efeitos, podendo no entanto sujeitar o infrator a sanções decorrentes da inobservância da lei, sanções essas que a própria lei pode prever. E ainda mais, se a norma jurídica se limita a proibir a prática de um ato, sem cominar qualquer sanção pela sua violação, esse preceito não tem caráter imperativo, constituindo mera norma programática, com o mero efeito de exortação ou recomendação”. BRAZ, Luiz. Justificação da emenda n. 214. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 205.

Moreira Alves ao comentar a emenda supra transcrita menciona que no âmbito do direito Privado não existe “norma proibitiva programática; em se tratando de proibição a prática de negócio jurídico, é evidente que a proibição não se cinge a simples recomendação”. ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 41 (Moreira Alves).

⁴⁰⁷ SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 549.

A conseqüência disso é a instauração de uma norma de caráter funcional que deixa o sistema mais completo e ao mesmo tempo aberto. Completo porque as condutas que forem vedadas por algum “suporte fático em abstrato” ou por algum comando que não contenha previsão de conseqüência jurídica expressa, encontra como resultado primeiro a nulidade do negócio jurídico, com todos os possíveis efeitos que as nulidades provocam.

Por outro lado o sistema fica aberto para regular condutas que não foram e não podiam ser previstas em qualquer dispositivo legal. Se o negócio jurídico tiver por fim fraudar imperativo de lei, ainda que o objeto seja lícito e que em si não haja qualquer ilicitude, tal ato será nulo⁴⁰⁸.

O dispositivo do artigo 50 do Código Civil⁴⁰⁹, que trata da desconsideração da personalidade jurídica faz referência a “abuso da personalidade jurídica” em razão de “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, expressões cujo significado exato depende de conhecimento do caso concreto e de uma atividade valorativa por parte do juiz, sem que haja possibilidade de aplicação automática do dispositivo.

Tal dispositivo não é adequado à tradição do direito estrito, pois estabelece limites aos casos em que o Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica, mas exige que no exame do caso concreto que o julgador estabeleça o sentido exato de “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”.

⁴⁰⁸ A título de exemplo, podem-se enquadrar aqui os casos de faturização de títulos com obrigação de recompra ou o pacto de retrovenda, casos típicos de negócios fiduciários, que têm por fim esconder um mútuo com juros acima do percentual legal ou com garantia excessiva, negócios que evidentemente não cumprem com a sua função social típica e, portanto, com a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.

Não há que se falar em incidência do artigo 187 do Código Civil, pois a falta de correspondência entre o tipo social e o contrato leva a invalidade da cláusula contratual. Não se trata de exercício abusivo ou desconforme com a finalidade, pois a pactuação é inválida.

⁴⁰⁹ “Artigo 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Conforme será tratado adiante, a cláusula geral da função social produz efeitos sobre a clássica afirmação segundo a qual a vontade é critério único para a definição do conceito de parte. No caso do artigo 50 tem-se a imputação da qualidade de parte, independente do ato de vontade, sempre que a personalidade jurídica for utilizada para fins distintos de seus fins sociais. O abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio das finalidades sociais faz com que terceiros se transformem em partes e assumam direitos e obrigações⁴¹⁰.

O artigo 50 do Código Civil teve sua redação definida no Senado, mediante a adequação da desconsideração da personalidade jurídica aos parâmetros que foram construídos historicamente pela doutrina⁴¹¹.

⁴¹⁰ Reale afirma que a experiência jurídica norte-americana criou a “*disregard of legal personality, or legal entity*”, a fim de corrigir abusos gerados à sombra de extremado apego à autonomia da vontade”, o que está previsto, em termos, no artigo 50 do projeto. A pessoa jurídica como realidade institucional, à semelhança da pessoa natural, acabou por ser transformada em meio de enriquecimento ilícito por alguns indivíduos que a instrumentalizam em benefício próprio e prejuízo de terceiros.

A opção pela verdade real, pelo valor real, que se visou proteger mediante o modelo da personalidade da pessoa jurídica teve de ser resgatada. E, em tal resgate, teve-se de converter o modelo da pessoa jurídica, sem precisar mudar a lei, “em modelo jurídico suscetível de ser visto segundo novos parâmetros hermenêuticos para, tais fossem as circunstâncias, transcendê-la a fim de atingir a pessoa de seus componentes ou controladores de má-fé”. REALE, M. Nova fase do direito moderno, p. 128.

⁴¹¹ Texto do anteprojeto: “A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente como os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”. Anteprojeto,^a ed. Senado, p. 42.

A desconsideração da personalidade jurídica no anteprojeto e na Câmara era caracterizada como uma forma de dissolução, como se fosse uma penalidade para o desvio de finalidade da personalidade jurídica, o que não foi aceito pelo Senado, que optou pela desconsideração sem que seja operada a dissolução da sociedade, circunstância que remete o estudo da matéria para o âmbito da eficácia das relações contratuais, não obstante possa a “certa relação” nascer hipoteticamente de outra fonte que não seja um contrato.

A justificação para tal tratamento foi, em primeiro lugar a necessidade de preservação da sistemática, já que nos dispositivos em que o projeto tratava da dissolução não incluíam o abuso da personalidade e, em segundo lugar, em razão da necessidade de preservação de “critérios éticos no conjunto das relações associadas recomendam essa caracterização num Código Civil novo”.

Entre os requisitos para a caracterização, foi afastada como requisito único a funcionalização do Direito (“suspeita de desvio de função”), como no caso da função social dos contratos, tendo em vista a gravidade do instituto. No caso foi acolhida sugestão de Fábio Konder Comparato, a quem coube a redação final do dispositivo e justificou o aumento dos requisitos da personalidade tendo em vista que “o abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores, ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente”.

No que respeita ao alcance do dispositivo, a redação foi feita de tal maneira no que respeita a “extensão dos efeitos”, para deixar claro que a pessoa continua respondendo juntamente com os sócios ou administradores, embora “na prática, como é óbvio, recorra-se à superação da personalidade porque os bens da pessoa jurídica não bastam para satisfazer a obrigação”⁴¹².

A concepção de desconsideração da personalidade jurídica adotada tem relação direta com a “função social”, já que a idéia de “desvio de finalidade” está relacionada com a finalidade pela qual existem as pessoas jurídicas, que é a

(MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator e da Comissão Especial Sobre o novo Código Civil no Senado Federal. 1987. Emenda do Relator n. 375-R.)

O Relator invocou a doutrina de Rubens Requião para afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica não envolve “a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto”. Por isso, “é preciso deixar bem caracterizado o fato de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, pois a pessoa não entra em liquidação. A menção genérica a *relações de obrigação justifica-se pelo fato de que o direito do demandante pode ser fundado em um delito civil e não em contrato*”. MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator e da Comissão Especial Sobre o novo Código Civil no Senado Federal. 1987. Emenda do Relator n. 375-R. Citação de REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*. Revista dos Tribunais, v. 410, 1969, p. 17.

O Relator utilizou-se também das lições de Fábio Konder Comparato para justificar que no caso não se estaria consagrando a despersonalização, mas a desconsideração da personalidade jurídica. O poder de Controle na Sociedade Anônima, 3ª ed., Forense, 1983, p. 283.

⁴¹² MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator e da Comissão Especial Sobre o novo Código Civil no Senado Federal. 1987. Emenda do Relator n. 375-R. Citação de Fábio Konder Comparato na justificação da redação do atual artigo 50 do Código Civil.

separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e de seus sócios, quotistas ou acionistas⁴¹³.

Entre outras conseqüências, no plano do direito contratual, o principal efeito é uma impossibilidade aos administradores e/ou sócios e quotistas da pessoa jurídica de invocar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, para afastar de si obrigações que contratualmente somente cabem à pessoa jurídica.

Passam os sócios, quotistas e administradores a serem considerados como partes das relações contratuais, ficando obrigados pelo cumprimento de todos os deveres e obrigações contratuais⁴¹⁴.

⁴¹³ A disposição legal possui duas partes. A primeira estabelecendo quais são as condições para que o juiz desconsidere a personalidade jurídica e a segunda parte estabelecendo os efeitos da desconsideração. As condições para a desconsideração são simples: “desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”. Ambos os casos tratam de uma só condição: desvio de finalidade da pessoa jurídica, pois a confusão patrimonial é uma das formas de desvio da finalidade da pessoa jurídica. Independentemente da natureza empresarial ou civil, e até mesmo da forma adotada pela pessoa jurídica, a sua finalidade primeira é a separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica, de seus sócios ou associados. A desobediência aos fins específicos para os quais a pessoa jurídica foi constituída não justifica a desconsideração da personalidade jurídica. Esses fins são essenciais para a constituição e interessam aos participantes dessa sociedade e também às autoridades públicas que podem controlar o exercício de determinadas atividades, sejam profissionais ou não.

O desvio de finalidade de que trata o artigo é o desvio da “finalidade da pessoa jurídica” de uma maneira geral, que é a separação patrimonial para determinados fins. Esta é a finalidade social da pessoa jurídica, que se for desrespeitada poderá dar lugar a sua desconsideração.

Havendo desconsideração da personalidade jurídica, a conseqüência não é o fim da personalidade, tampouco a dissolução da sociedade, mas a ineficácia da personalidade jurídica como instrumento de “separação patrimonial”.

⁴¹⁴ Embora o Código Civil não mencione expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica não implica solidariedade, mas obrigação subsidiária. Isso decorre do próprio artigo 50 que estabelece uma formalidade para que haja a desconsideração da personalidade, que é uma declaração judicial.

Por isso, não é possível que as obrigações sejam exigidas indistintamente da parte ou da sociedade, mas que seja requerido ao juiz que desconsidere a personalidade para que os sócios ou quotistas sejam obrigados subsidiariamente a responder pelas obrigações da pessoa jurídica. Vigê a regra, nesse particular, de que não há solidariedade sem disposição legal ou contratual expressa.

Esse, porém, é o regime geral da desconsideração da personalidade jurídica, que evidentemente não é o mesmo que está posto no Código de Defesa do Consumidor, tampouco no Direito do Trabalho e no Direito Tributário, que seguem princípios e regras distintas.

Esse exemplo é revelador da metodologia da estruturação sistemática do Código Civil e sobre como foi enfrentada a questão da funcionalização dos modelos jurídicos através do uso de cláusulas gerais, que exigem do julgador uma atividade que não é meramente a de interpretar, mas também de integração do direito, criação de um enunciado de adequação no caso concreto.

É na elaboração da premissa menor, para verificar a incidência da premissa maior (disposição legal), que ocorre o processo de valoração e cognição complexa de fatos valiosos que permitem afirmar o papel criador do juiz na aplicação da lei. Além de interpretar é necessário criar uma série de enunciados conjugados e complexos, para que o julgador estabeleça quais são os fatos necessários para caracterizar *abuso da personalidade* e para que, no caso de configurado o abuso da personalidade, quais serão os efeitos que atingirão os bens dos sócios ou administradores da pessoa jurídica⁴¹⁵.

Esse tratamento jurídico da pessoa não afasta a atribuição de valor fonte de todo o sistema de Direito Privado. A pessoa foi disciplinada como uma “invariante axiológica” na terminologia de Miguel Reale, cujas idéias, em especial as que tratam do culturalismo, são fundamentais para compreender como é possível a funcionalização de modelos jurídicos que tem caráter fundante, como é a pessoa e a própria liberdade de contratar, o que é tema do próximo capítulo.

⁴¹⁵ ENGLISH, K. Op. cit., p. 75 e ss.

CAPÍTULO IV — A INFLUÊNCIA TEÓRICA DE MIGUEL REALE SOBRE O SIGNIFICADO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A proposição deste capítulo é afirmar que a concepção culturalista de Miguel Reale foi determinante para a conformação da função social dos contratos tal qual foi posta na cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.

Embora tal concepção não esgote o significado da cláusula geral, trata-se da base teórica necessária para sua compreensão, em especial a sua visão de dialética da complementaridade e ética da situação.

Enquanto a dialética da complementaridade fornece os elementos para que convivam em um mesmo dispositivo legal a “liberdade de contratar” e a “função social do contrato”, a ética da situação é o instrumento teórico para que tal disposição possa ser aplicada pelo juiz na análise do caso concreto⁴¹⁶.

O reconhecimento de uma ética da situação como norteadora do Direito Civil deriva de diversos fatores.

⁴¹⁶ A eticidade que marca o direito contratual no novo Código Civil consiste numa remissão contínua e constante à chamada ética da situação, que é um conceito distinto da ética enquanto capítulo da filosofia social. A ética da situação, também chamada de ética do concreto deriva do conjunto de regras que disciplinam o cotidiano, o dia a dia do homem comum, de onde pode ser deduzida. Miguel Reale foi quem cunhou a expressão, mas ele não é o responsável pelo processo de eticização, salvo pela sua insistente atuação no sentido de preservar a sistemática do projeto do Código Civil, no qual a eticidade é uma marca.

O primeiro, pode-se atribuir às idéias de Miguel Reale na defesa dessa concepção no seio do Código Civil, a qual foi realizada durante todo o processo legislativo.

O segundo, deriva do conjunto de discussões ocorridas no final do século passado em torno das cláusulas gerais, em especial da cláusula geral da boa-fé, na busca de um critério para limitar a atuação judicial.

E, o terceiro, decorrente de um processo ocorrido no século XX, que se pode chamar de “comercialização do Direito Civil”.

D. O culturalismo de Miguel Reale e a Ética da Situação⁴¹⁷

A estrutura do pensamento de Reale esclarece substancialmente a duplicidade de fundamentos do artigo 187 do Código Civil, que tem tanto na boa-fé, quanto na finalidade econômica e social limitadores para o exercício abusivo dos direitos, fenômeno que implicitamente também está no artigo 421.

Socialidade e eticidade andam juntas, pois a eticidade relevante é aquela que tem uma dimensão social e é positivada pelos meios formais de realização do direito, no plano da teoria das fontes⁴¹⁸.

A afirmação de um “poder social” criador de normas jurídicas é a maior demonstração do significado do que é a “ética da situação”, pois uma norma ética somente pode ser considerada sob o ponto de vista jurídico se for recepcionada

⁴¹⁷ A respeito da ética da situação ver MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴¹⁸ No mesmo sentido desta tese, considerando o vínculo entre eticidade e socialidade, está o pensamento de FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit., p. 47: “Embora haja quem entenda que o princípio da boa-fé objetiva derivaria do princípio da dignidade da pessoa humana, tenho que assiste razão aos juristas que preferem ancorar a boa-fé contratual no princípio (ou valor) da solidariedade”.

por meio de algum dos instrumentos que o ordenamento jurídico possui de formalização e criação do direito.

Assim, as cláusulas gerais em especial, os conceitos jurídicos indeterminados e conceitos normativos em geral, inseridos no Código Civil constituem-se em verdadeiros pontos de recepção da realidade ética que circunda os contratos, pois através deles os juízes cumprirão o papel de preenchimento dos modelos jurídicos que estão construídos em torno dos diferentes referenciais éticos postos no Código Civil.

Esses referenciais éticos foram multiplicados no Código Civil atual comparativamente com o Código Civil de 1916, não só pela consagração da boa-fé, que já vinha sendo reconhecida por meio de reiterada jurisprudência, mas também pela valorização substancial dos *usos e costumes*, *costumes do lugar*, *bons costumes*, *natureza da operação econômica*, cujo papel foi ampliado.

Essa modificação não representa uma inserção de novas normas no âmbito do Direito Civil, mas ampliação das atribuições aos Juízes na construção da regra do caso concreto, o que torna essencial a compreensão do “culturalismo”.

1. O culturalismo de Miguel Reale

O culturalismo é uma corrente do pensamento que se utiliza da noção “cultura” como um paradigma central e decisivo nos domínios das ciências humanas. O significado e a função da cultura para as ciências humanas, em especial na teoria do conhecimento e ciência jurídica, são os problemas centrais do culturalismo de Miguel Reale, expoente desse movimento no pensamento jurídico e filosófico brasileiro⁴¹⁹.

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 1.

Trata-se de uma concepção de conhecimento, ciência e direito, a partir da ação do homem como um ser cultural, imerso na história e em constante relação com a natureza desenvolvida na linha do tempo.

A cultura é a questão central da obra de Miguel Reale, embora aqueles que pouco a conhecem tendam a reduzi-la à teoria tridimensional do direito. É a partir da ontognoseologia crítica que se pode compreender a “íntima estrutura que liga entre si as três dimensões da realidade total”⁴²⁰.

Reale propõe a construção de uma teoria do conhecimento baseada na *ontognoseologia*, uma teoria voltada para o processo cultural na sua perspectiva histórica, pretendendo ser não reducionista e centrada na concepção de dialética da complementaridade e no conhecimento conjetural.

A dialética da complementaridade é um pressuposto metodológico importante dentro da concepção de Reale, porque a possibilidade do conhecimento depende da relação estabelecida entre o sujeito que conhece e o objeto que será conhecido.

Para Reale a relação é de complementação e de mútua influência, pois ao mesmo tempo que o sujeito determina o objeto em razão de uma função atributiva do pensamento, que denomina de função nomotética, o sujeito, após conhecer o objeto, acaba absorvendo-o em parte, modificando a sua própria consciência.

Essa dialética entre sujeito e objeto tem em vista os fatos da natureza e os objetos como bens culturais, que agregam elementos do homem no processo histórico, adquirindo sentido em razão de sua historicidade e participação na vida social.

Reale considera Hegel como essencial para a dimensão da historicidade do conhecimento humano, pois ele “abriu caminhos fecundos ao pensamento moderno, no sentido de uma lógica do concreto, pondo em essencial correlação

⁴²⁰ CZERNA, R.C. Op. cit., p.7.

realidade e historicidade, bem como revelando a natureza objetivante de todo o processo cognoscitivo”⁴²¹.

Contudo, Reale nega a possibilidade de uma lógica baseada na polaridade de contraditórios e no monismo derivado do princípio da identidade dos opostos, pois a redução de realidade a pensamento e de pensamento a realidade elimina distinções necessárias do processo histórico-cultural.

A identificação dos opostos, seja na concepção dialética hegeliana ou de seus seguidores marxistas, a consequência é o fim da própria dialética, pois a identidade “nos conduz a uma via sem saída, onde tudo se resolve porque tudo se dissolve na absoluta indistinção”⁴²².

A totalidade do processo cognoscitivo é uma totalidade concreta, que é formada por elementos que se implicam e se correlacionam, mas mantendo-se a distinção no âmbito de uma síntese que “se mantém aberta, por ser síntese de sentido, e, por conseguinte, dotada da polaridade imanente ao mundo dos valores”⁴²³.

A dialética de Reale está baseada nos opostos, mas não há contradição entre os opostos, assim como esses opostos jamais chegam a se confundir, ainda que um adquira elementos do outro. O sujeito muda pela absorção dos fatos e bens culturais, que por sua vez são modificados pela apreensão pelo sujeito.

Essa dialética é a base para que Reale questione a teoria do conhecimento e funde uma ontognoseologia, que é uma teoria que ao mesmo tempo estuda o sujeito e o objeto e cujos resultados não fundam a verdade, mas o conhecimento conjectural.

⁴²¹ REALE, Miguel. Experiência e cultura. p. 80.

⁴²² Idem, *ibidem*, p. 149.

⁴²³ Idem, *ibidem*, p. 149.

Por sua vez o conhecimento conjectural é a base para afastar da ontognoseologia a sustentação a partir de proposições absolutas de verdade. O resultado das proposições deve ser válido no contexto histórico-cultural do sujeito que determina parte do conteúdo do objeto, que nunca é apreendido em si mesmo. A apreensão em si mesmo, como experiência puramente racional determina o conteúdo do próprio objeto e significa que parte do objeto passa a conter alguns elementos do sujeito. A verdade está limitada, portanto, pelo conhecimento conjectural.

Mesmo o conceito de ciência, para Reale, não pode ser fundado em verdades absolutas: “só o refutável é verdadeiramente científico, porque sujeito a novos testes de verificabilidade, numa sucessão de comprovações que são a marca do espírito crítico”⁴²⁴.

a) Conhecimento conjectural como base da ética da situação

A base para a construção da idéia de conjectura é derivada da crítica da Razão Pura de Kant, segundo a qual *a experiência jamais dá aos seus juízos universalidade verdadeira ou rigorosa, mas somente suposta e comparativa (por indução), de maneira que temos propriamente que dizer: tanto quanto percebemos até agora, não se encontra nenhuma exceção desta ou daquela regra*⁴²⁵.

Porém, a limitação fenomenológica e, portanto, natural e sensível, do conhecimento na concepção de Kant provoca um limite no plano da experiência, já

⁴²⁴ REALE, Miguel. Nova Fase do Direito Moderno, p. 131.

⁴²⁵ REALE, Miguel. Verdade e conjectura. São Paulo: Nova Fronteira, 1983. Trecho citado por Reale que pode ser encontrado em KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 54.

que a liberdade não pode ser objeto da experiência e, por isso, somente a experiência natural é realizada. Para Reale a experiência é fundamentalmente axiológica e por isso é possível a construção do conceito de conjectura, enquanto verdade relativa, embora dotada da estabilidade do processo cultural.

Além disso, Reale afirma que o pensamento conjectural kantiano expresso na Crítica da Razão Pura sofre uma modificação quando o mesmo autor trata da ética, oportunidade em que assume “uma atitude pietista, a partir do imperativo categórico do dever”⁴²⁶.

A conjectura legitima-se pela necessidade de compreender algo que não podemos determinar por evidência nem por dedução. Como toda a conjectura parte da experiência é possível que se façam conjecturas para transcender a experiência e alcançar uma solução plausível que integrará o *status* da verdade num determinado momento histórico.

A relação entre conhecimento conjectural e cultura é direta, pois sendo esse produto da experiência da consciência, faz parte da própria cultura, já que a cultura é o acúmulo da experiência humana.

Essa concepção de uma experiência dos valores, valorização da cultura como um condicionante das ações humanas, bem como papel prospectivo da história provoca conseqüências significativas na forma de produção do direito.

Exemplo das conseqüências do conhecimento conjectural é a crescente consciência que o legislador tem tomado da impossibilidade de tutela dos direitos baseados na **verdade absoluta**. Basta analisar a constante e contínua utilização nos últimos anos dos **juízos de verossimilhança e juízos de probabilidade** como instrumentos de tutela e de efetividade do direito, como se pode ver no caso da antecipação de tutela, ação monitória, inversão do ônus da prova no Código de

⁴²⁶ REALE, M. Horizontes do direito e da história. p. 176.

Defesa do Consumidor, entre outros casos que têm provocado modificações nas tutelas processuais do direito brasileiro⁴²⁷.

No Código Civil pode-se ver a disposição do artigo 232⁴²⁸ que cria uma presunção de veracidade a respeito de determinado fato no caso de recusa de realização de exame médico em processo judicial. Tal disposição com ampla aplicabilidade no Direito de Família, em especial nas ações de investigação de paternidade, traz consigo um critério de verdade que é relativo, baseado numa presunção criada a partir de regras éticas vigentes num determinado momento histórico.

Na balança entre os bens postos em jogo, o legislador optou por preservar, de um lado, o direito à integridade física e a intimidade, não sendo possível obrigar qualquer pessoa a submeter-se a exame médico contra sua vontade. Todavia, aquele que recusa submeter-se a tal exame não poderá beneficiar-se de tal comportamento, devendo suportar as conseqüências jurídicas de sua escolha, qual seja, a presunção de que o fato que se quis provar com o exame é verdadeiro.

No âmbito do direito contratual pode-se tomar como exemplo o artigo 523, que estabelece um critério para decisão judicial no caso de dúvida, também com o objetivo de proteção de regras éticas, no caso a preservação do terceiro que adquiriu de boa-fé coisas que estavam sob a eficácia da cláusula da reserva de domínio⁴²⁹.

⁴²⁷ Reale afirma que a aplicação do princípio da *probabilidade* produz repercussões sobre toda a teoria dos significados, inclusive no que se refere à conjectura. REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 174.

⁴²⁸ Artigo 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Artigo 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

⁴²⁹ Artigo 523. Não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres. Na dúvida, decide-se a favor do terceiro adquirente de boa-fé.

A disposição legal em comento tem um caráter ético indiscutível, pois ao mesmo tempo que determina aos contratantes um procedimento sobre como contratar, no caso identificar adequadamente a coisa vendida com reserva de domínio, traz junto de si a solução para o caso de descumprimento. A solução é a preservação da “aparência” que induziu terceiro a acreditar que o vendedor era o verdadeiro proprietário da coisa.

A opção de adotar a teoria da aparência está relacionada com a concepção de verdade conjectural, pois para a concepção culturalista posta no Código Civil o Juiz deverá pesar os bens postos em jogo e decidir segundo um critério ético que é dado de maneira genérica pelo legislador, no caso a proteção do terceiro de boa-fé.

Esses dois exemplos são característicos mas não são os únicos que evidenciam a concepção culturalista, que está posta nas cláusulas gerais, em especial no artigo 1228, contraposto com seu § 1º, no Direito das Coisas, correspondente ao artigo 421.

E é a partir da idéia de conhecimento conjectural que se tem a construção da “Ética da Situação”, pois a ética não é um dado, mas algo construído, por sempre ser realizada historicamente⁴³⁰.

No entanto é a partir da definição de experiência que Reale apresenta a opção teórica para a “ética da situação”.

A experiência na obra de Miguel Reale é o conceito básico a partir do qual articula a sua teoria do conhecimento fundada na cultura. Na introdução da obra *Experiência e Cultura*, obra cerne de seu pensamento, Reale propõe que somente

⁴³⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *Diretrizes Teóricas*, p. 131. “As regras jurídicas jamais são um ‘dado’, antes constituindo um ‘construído’ por realizarem-se sempre na história, consubstanciando, assim, uma das privilegiadas dimensões da cultura. Se esta afirmação é correta para o Direito em sua integralidade, sua adequação ressalta particularmente no Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *cive*, traçando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos ‘homens enquanto homens’, os quais se relacionam, no entanto, em necessária comunidade”.

é possível a elaboração de uma teoria do conhecimento a partir de uma “teoria da experiência” que consiga estabelecer as relações entre natureza e cultura⁴³¹.

O autor afirma que um conceito unívoco de experiência é difícil em razão das diversas perspectivas filosóficas e ideológicas atribuídas a esse termo, mas entende que é possível a construção do direito como um sistema, o que não impede o seu natural caráter problemático, em razão do direito consistir numa experiência axiológica.

Ou seja, essa concepção permite que ao mesmo tempo o direito seja compreendido como um sistema, mas cujo preenchimento pode ser efetuado a partir do ponto de penetração da experiência, que é a decisão judicial na resolução de problemas concretos: uma equação para resolver o velho conflito entre sistema e tópica.

Reale nega que Direito e experiência se identifiquem, pois isso converteria o Direito num capítulo da sociologia.

Adota, para tanto, o conceito Kantiano, que chama de “postura transcendental” para definição de experiência. Sob o ponto de vista jurídico, Reale identifica três posturas diante do conceito de experiência: a imanente, a transcendente e a transcendental.

Na concepção imanente, derivada do pensamento de Hegel, não há como separar realidade e pensamento sobre o direito, que são momentos que se dialetizam dentro de uma unidade. Reale afirma que mesmo o conceito de Direito Natural de Hegel é vinculado com a realidade, já que Direito Natural se confunde com Filosofia do Direito ou como um padrão ético a ser seguido, derivado do direito empírico, produto do pensamento⁴³².

⁴³¹ REALE, M. Experiência e cultura, p. 13.

⁴³² REALE, Miguel. O Direito Como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 04 e ss.

A concepção transcendente segue a linha de Platão, segundo a qual no processo cognitivo devem ser considerados os fatos no plano empírico e temporal, ao lado de alguns paradigmas ideais, objetivos e imutáveis: a experiência jurídica é esforço para adequação a modelos transcendentais de justiça. Tem por consequência a dualidade entre Direito Natural e positivo.

A concepção transcendental tem origem em Kant, para quem o processo fático não é imanente, mas não há como desvincular o direito da experiência, devendo-se analisar o fenômeno jurídico a partir de sua gênese e as suas condições de validade e possibilidade.

Reale adota a posição transcendental, mas com reservas à concepção de Kant, pois enquanto para Kant a experiência é intuição sensível no mundo da natureza, a qual permite que o sujeito intua sensivelmente o objeto, embora não permita o conhecimento da coisa em si⁴³³, para Reale, apesar do conhecimento começar com a experiência, ele não se origina necessariamente da experiência, pois parte do que conhecemos se origina de nossa “faculdade de conhecimento” provocada por impressões sensíveis fornecidas por si mesmas, de forma que não podemos muitas vezes distinguir qual a origem do conhecimento⁴³⁴.

⁴³³ “Que todo o nosso conhecimento começa com a experiência, não há dúvida alguma, pois, do contrário, por meio de que a faculdade do conhecimento deveria ser despertada para o exercício senão através de objetos que tocam nossos sentidos e em parte produzem por si próprios representações, em parte põem em movimento a atividade do nosso entendimento para compará-las, conectá-las ou separá-las e, desse modo, assimilar a matéria bruta das impressões sensíveis a um conhecimento dos objetos que se chama experiência? Segundo o tempo, portanto, nenhum conhecimento em nós precede a experiência, e todo ele começa com ela”. KANT, I. Op. cit., p. 53.

⁴³⁴ Reale diz que neste ponto Kant separa o início de origem. Idem, *ibidem*, p. 12. Ao passo que alguns pressupostos da concepção de Kant são aceitos, Reale faz forte crítica à concepção de experiência kantiana em razão de sua falta de vinculação com a realidade, (a) já que o sujeito cognoscente é despojado da temporalidade e historicidade, (b) porque a ação do sujeito é uma tomada de posição em relação ao próprio conhecimento e não mera escolha ética, (c) a tomada de posição do sujeito cognoscente não pode ser limitada às formas puras da sensibilidade, pois o conhecimento é condicionado social e historicamente, (d) a experiência cognoscitiva não pode ser separada da experiência ética, pois o objeto que é conhecido é um objeto “valioso”, pois já está agregado de elementos do próprio sujeito, e, (e) o conceito de experiência de Kant somente compreende o aspecto subjetivo, as condições subjetivas da experiência, ficando de fora as condições objetivas do conhecimento.

Reale adota essa posição, mas atribui vinculação histórica à experiência, com a finalidade de que o conhecimento construído seja conjectural, afastando o absolutismo do conhecimento, pois a experiência sempre gera verdades relativas, históricas e conjecturais. Os Juízos da experiência são todos sintéticos, pois atributivos⁴³⁵.

Uma das conseqüências mais claras da crítica de Reale e da construção de seu conceito de experiência no plano do direito é a da unidade entre conhecimento sistemático e problemático, já que o direito é uma experiência axiológica e fundamentalmente cultural⁴³⁶.

Reale também separa-se do pensamento Kantiano ao afirmar que sendo a relação entre sujeito e objeto uma relação dialética, a experiência não se limita à experiência sensível, mas a toda experiência do sujeito.

O resultado de toda a experiência do sujeito é a cultura, que influencia no experimentar e no conhecer o objeto. Mais do que isso: esse processo não resulta na verdade, mas no conhecimento conjectural, pois o resultado das proposições deve ser válido no contexto histórico-cultural do sujeito que determina parte do conteúdo do objeto, que nunca é apreendido em si mesmo. A apreensão em si mesmo como experiência puramente racional determina o conteúdo do próprio objeto e significa que parte do objeto já contém o sujeito. A verdade está limitada, portanto, pelo conhecimento conjectural⁴³⁷.

⁴³⁵ Para entender a crítica de Reale é importante compreender que para Kant, os juízos sintéticos são juízos que se apresentam ao sujeito e que têm no predicado atributos que não estão dentro do próprio sujeito, enquanto os juízos analíticos contêm um sujeito, e o predicado traz atributos do sujeito que já estão dentro do próprio sujeito, apenas decompondo e analisando tais atributos. Por isso, os juízos sintéticos são juízos de ampliação e os analíticos juízos de elucidação. KANT, I. Op. cit., p. 58.

⁴³⁶ "O direito todo estaria em causa, se pudesse prevalecer essa antinomia abstrata entre o 'problemático' e o 'sistemático', só admissível com base num rígido e equívoco conceito de sistema". REALE, M. Experiência e cultura, p. 04.

⁴³⁷ REALE, Miguel. Verdade e conjectura, p. 05 e ss.

A partir dessas concepções afirma que a dialética estabelecida entre sujeito e objeto não implica numa fusão entre sujeito e objeto, entre teoria e prática, mas no caráter nomotético da consciência, que atribui ao objeto qualidades e sentido aos objetos da experiência, seja natural ou cultural.

E essa atribuição é um dos componentes essenciais da atuação judicial, pois a construção da normatividade é efetuada a partir dela e da experiência social do julgador, que deve buscar as regras para solução dos problemas do homem comum na “experiência social”, no comportamento do homem comum, e jamais em uma ética dada a partir de concepções metafísicas do que é justo ou do que é verdadeiro: daí nasce a ética da situação.

Reale chega a mencionar que o seu pensamento tem estreita relação com o movimento de **concreção jurídica** de Karl Engisch e Josef Esser,⁴³⁸ também conhecido como *jurisprudência dos valores*⁴³⁹ pois ambas as concepções dão ênfase ao conhecimento jurídico em constante conexão com os dados da experiência, correlacionando o normativo e o axiológico em sentido material, que é o conteúdo social e econômico.

Apesar das duas concepções serem próximas ao admitirem “supremos valores jurídicos”, para Esser estes são fixados pela filosofia ou ontologia do Direito para estabelecer princípios superiores que sejam verdadeiros em todos os tempos e lugares, enquanto na concepção de Reale tais valores têm caráter histórico e são mutáveis na sua vigência como direito⁴⁴⁰.

⁴³⁸ ENGLISH, Karl. Op. cit. E ESSER, Josef. Principio y Norma em la Elaboracion Jurisprudencial de Derecho Privado. Barcelona: Bosch, 1961.

⁴³⁹ Sobre a Jurisprudência dos Valores, sua formação e integrantes, ver WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 664 e ss. Para uma visão sob a ótica da sistematização do Direito ver sistemática ver CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, p. 66 e ss.

⁴⁴⁰ REALE, M. Invariantes axiológicas, p. 230. e REALE, M. Nova fase do direito moderno, p. 123.

Esser chega a afirmar que “é um erro destacar um elemento ideal como algo que possua validade acima do Direito – como no sistema de Direito Natural”⁴⁴¹. Entretanto, a concepção de Esser põe peso acentuado nos valores ideais, que podem ser reconhecidos em qualquer tempo e lugar, os quais têm sua juridificação condicionada ao reconhecimento conjunto com um princípio jurídico, que permita a sua realização numa solução concreta. Por isso somente é princípio aquele enunciado que tem um valor fundamental, que seja verdadeiro em todos os tempos e lugares, ainda que dotados de certa mutabilidade histórica na sua vigência⁴⁴².

A diferença entre o pensamento de ambos pode ser reconhecida na afirmação de Esser de que a qualidade de princípio jurídico só se dá àquele que durante séculos vem sendo usado como critério para encontrar a solução de casos concretos, bem como de que a sentença pode ser transformadora de princípios “pré-positivos” em preceitos e institutos positivos⁴⁴³

Essa concepção de Esser não dá lugar a concepção de Reale tal qual está posta no Código Civil, que valoriza os usos e costumes que podem revelar valores que são válidos em uma determinada época e lugar, devendo o Juiz reconhecer tais valores como razão de decidir, independentemente de reconhecer que tais valores estejam inseridos em um princípio de validade geral e superior.

A diferença reside justamente na concepção ética que está por detrás do pensamento de cada um, pois para Reale a ética relevante para o processo de juridificação é aquela do meio, da situação, em que as partes de um processo judicial estão inseridos, o que é decorrente diretamente de sua compreensão multilateralista e culturalista de nossa realidade social.

Evidentemente deve ter pesado no pensamento de Reale a pluralidade e multiplicidade cultural existente em um País continental como é o Brasil.

⁴⁴¹ ESSER, J. Op. cit., p. 53.

⁴⁴² Idem, ibidem, p. 53.

⁴⁴³ Idem, ibidem, p. 54-68

O direito como experiência concreta é formado pela correlação dialética “entre a realidade social como ‘campo de interesses e funções’ e os ‘modelos jurídicos’ que a instituem de forma normativa”⁴⁴⁴.

Isso significa que a experiência é o resultado de um processo histórico de experimentação que revela a dimensão dinâmica e temporal do direito⁴⁴⁵. O experimentar é ação, mas também é esperar “no sentido de que aquilo que já foi objeto de experiência dispõe o homem a *esperar* que assim se reproduza”⁴⁴⁶. E esta atividade humana de esperar, de formular juízos e de incorporar valores aos fatos, cria fatos valiosos⁴⁴⁷ e trama a teia da cultura, participando juntamente com os fatos da natureza na construção da própria história.

O resultado da experiência humana é justamente o de formação da cultura, que por sua vez determina a formação do homem, num contínuo processo de retroalimentação e de agregamento de novos elementos determinantes dos rumos da história.

A cultura é o que “emerge historicamente da experiência através de contínuo processo de *objetivações cognoscitivas e práticas*, constituindo dimensão essencial da vida humana.”⁴⁴⁸ A cultura é paradigma para as ciências em razão de ser uma dimensão determinada, mas que determina a vida humana. É formada por atos humanos intencionais tomados no curso da história, que objetiva tais intencionalidades⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ REALE, M. Nova fase do direito moderno, p. 123.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 21.

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 21 e 22.

⁴⁴⁷ Os fatos valiosos são fatos referentes a valores, mas que não se confundem com os valores. Assim, uma “sentença justa, por exemplo, é um fato valioso, mas por mais que ela seja do mais alto significado, não se confunde com a *justiça*, que é um valor que transcende o ato justo”. Idem, *ibidem*, p. 20.

⁴⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 23.

⁴⁴⁹ A cultura “é o sistema de intencionalidades humanas historicamente tornadas objetivas através da história, ou, por outras palavras, a objetivação e objetivação histórica das intencionalidades no

A gnoseologia para Reale indaga as “condições transcendentais do conhecimento pertinentes ao sujeito que conhece”, as condições necessárias para que o homem possa conhecer e com base nesse conhecimento fundar suas ações. A ontologia diz respeito ao objeto e as “condições pelas quais algo pode tornar-se objeto do conhecimento”⁴⁵⁰.

Reale propõe uma ontognoseologia, que integra as duas ordens de pesquisa acima mencionadas, já que trata das condições subjetivas e objetivas do conhecimento.

Tal ontognoseologia está baseada na importância da experiência no processo do conhecimento, já que sendo a relação entre sujeito e objeto uma relação dialética, a experiência não se limita à experiência sensível, mas a toda experiência do sujeito. Toda a experiência do sujeito é a cultura, que influencia no experimentar e no conhecer o objeto.

Em outras palavras, a cultura é o paradigma central de toda experiência fundada em atos de conhecimento, base para edificação de qualquer ciência, inclusive a ciência jurídica. Com base nessas idéias considera que a tradicional teoria das fontes está superada, pois não tem vinculação direta com a realidade jurídica.

Considerando o processo experiencial e as formas de construção das normas jurídicas, a construção da normatividade se dá sobre uma base fática, segundo valores preexistentes. Assim, a lei não cria nada de absolutamente novo: impulsionada pelos fatos, com base em valores, determina como deve ser o comportamento humano, para o fim de realizar certos valores.

A *teoria tridimensional do direito* é baseada no culturalismo, mas com um caráter normativista significativo. Para Miguel Reale não existe separação absoluta

processo existencial”. REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

⁴⁵⁰ REALE, M. Experiência e cultura, p. 84.

entre fatos, valores e normas como propõem as concepções de cunho jusnaturalista e que têm por conseqüência uma duplicidade de ordens, uma positiva e outra ideal. Tampouco há uma unificação entre as três ordens, que segundo Reale implica no reducionismo normativista.

As condições da teoria tridimensional do direito, na sua feição dinâmica, são duas: a) o valor tem papel constitutivo, gnoseológico e deontológico da experiência ética, e, b) há uma implicação entre o valor e a história na exigência ideal e sua projeção histórico-social como valor, dever ser e fim.

O valor constitui a experiência jurídica porque os bens são cristalizações de valor, implicam numa tomada de posição que resulta na noção de dever. É a razão deontológica da ação porque fornece a sua legitimidade. Porém, a realização do valor depende de elementos normativos, que serão formados pela interferência do poder.

Os valores são como que fachoos luminosos que, penetrando na realidade social, se refogem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão⁴⁵¹.

Assim, o sistema de produção de normas é essencial na obra de Miguel Reale, pois não há como separar valor de norma, já que as normas correspondem a atos de decisão e de escolha dentre os valores da experiência humana.

Tratar de “ética” e direito sempre traz uma discussão a respeito das formas de juridificação da ética envolvendo a problemática das fontes.

Esta tese não tem por objetivo investigar e resolver o sistema de juridificação das regras éticas consideradas válidas no sistema jurídico, mas apresentar as origens doutrinárias e jurisprudenciais do novo Código Civil no âmbito do direito contratual, e neste capítulo o estudo sobre como foi feito o tratamento da “ética” e seu papel no direito contratual.

⁴⁵¹ REALE, Miguel. Filosofia do direito, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 555.

Como ponto de partida não se pode deixar de ignorar o pensamento de Miguel Reale, que em relação às fontes tem contribuição que foi determinante na construção do conjunto de artigos do Código Civil que são definidores do comportamento ético exigido do cidadão comum.

b) As fontes e os modelos para Miguel Reale

As fontes “são os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima formação obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”⁴⁵².

As fontes formais⁴⁵³ têm caráter normativo que implica a existência de um poder de opção entre as diversas alternativas possíveis. Essa escolha entre as alternativas normativas possíveis é o poder de decidir, condição essencial para a definição de uma fonte do direito.

A primeira consequência dessa condição é a exclusão da doutrina como fonte do direito, já que os doutrinadores, independentemente de sua autoridade, não tem esse poder de escolha.

As fontes também são procedimento para produção de normas válidas. Sua validade depende do procedimento de elaboração, tendo seu conteúdo limitado por invariantes de conteúdo axiológico, como o caso da segurança jurídica e dos direitos fundamentais. Embora as fontes sempre sejam normativas, não são exclusivamente normativas.

As fontes caracterizam-se por ser mais do que a soma das partes, são historicamente integradas, determinadas por um único sentido que é o sentido do

⁴⁵² REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 140.

⁴⁵³ As materiais pertencem à sociologia ou política.

todo, polarizadas por um determinado vetor que determina a mudança do todo quando há mudança das partes, o que lhe garante o *status* de estrutura⁴⁵⁴.

As fontes são estruturas que têm as seguintes características: a) unidade historicamente integrada, na qual os elementos somente têm significação quando voltados para o todo; b) unidade polarizada por uma idéia ou força matriz é força constitutiva e razão de sua forma, segundo índices de duração e continuidade; c) unidade vetorial e tensional de sentido, de modo que a mudança do significado dos elementos muda o significado da estrutura; d) unidade funcional enquanto instrumento de comunicação por seus instrumentos lingüísticos e simbólicos; e) unidade situacional, pois correlacionável com outras estruturas do mesmo contexto histórico, formando outras estruturas, sem prejuízo de suas próprias funções⁴⁵⁵.

A estrutura ganha a qualidade de modelo quando, além de representar um dado complexo de significações, “se converte em razão de ser ou ponto necessário de partida para novos juízos futuros”⁴⁵⁶.

As fontes do direito para Reale são quatro: a) o processo legislativo; b) a jurisdição; c) os *usos e costumes* jurídicos “que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo”⁴⁵⁷ e os costumes; e, d) a fonte negocial, que é expressão da autonomia privada.

Nessa forma de classificação das fontes do direito é possível visualizar a forte influência do pensamento jurídico kelseniano, no que diz respeito à limitação da doutrina como fonte do direito e papel normativo dos atos negociais. Apesar da influência, é visível, por outro lado, a preocupação social e a visão integral do

⁴⁵⁴ A estrutura é “um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações”. REALE, M. Fontes do direito — Para um novo paradigma hermenêutico, p. 5.

⁴⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 05.

⁴⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 07.

⁴⁵⁷ REALE, M. Lições preliminares de Direito, p. 141.

direito em Miguel Reale, pois ao mesmo tempo que nega ao Estado o monopólio da criação jurídica, atribui aos particulares a obrigação de que as normas nascidas de atos de vontade cumpram com a função social, como exigência do princípio da socialidade.

No Código Civil isso fica evidente pela redação do artigo 421, que não só institui a função social do contrato, como deixa evidente a concepção de que a liberdade de contratar foi considerada como uma fonte de preceitos normativos.

Apesar de Reale considerar importante o poder dos costumes e os atos negociais como fontes do direito, afirma que é essencial para segurança e certeza que as fontes sejam *numerus clausus*.

A crítica está no tratamento do direito no plano teórico-sociológico. Além disso as normas formadas a partir de uma razão comunicativa não têm certeza e segurança jurídica. Embora Habermas tenha tratado sobre a tensão entre validade e eficácia “não consegue resolver a questão nuclear da obrigatoriedade do direito que não pode resultar de mero fluxo do *jus vivens*”⁴⁵⁸.

Apesar de os usos e costumes possuírem elementos para o preenchimento das normas jurídicas, é preciso que o legislador escolha, tal qual foi feito no Código Civil, quais são os espaços que podem ser preenchidos com esse fluxo do *jus vivens*. Embora representações ou aspirações jurídicas possam nascer de uma razão comunicativa, expressando a força do *jus vivens*, as regras de direito somente nascem por um caráter heterônomo derivado das suas fontes.

E nesse ponto é importante a distinção entre fonte e modelo, pois os usos e costumes são determinantes para a conformação dos modelos jurídicos no âmbito das relações privadas.

Em relação ao costume fica evidente a distinção que Reale faz entre as fontes e os modelos jurídicos, pois enquanto sua definição de costume assume

⁴⁵⁸ REALE, M. Fontes do direito — Para um novo paradigma hermenêutico, p. 17.

uma forma tradicional, considerando elemento objetivo e subjetivo, de caráter geral, como tradicionalmente é apresentado no Direito Civil, a importância dos elementos costumeiros, por meio dos *usos e costumes* assume forte presença no Código Civil.

O elemento diferencial está na noção de modelo, indispensável e complementar, para que se possa entender a teoria das fontes do direito.

c) A função social como modelo do direito contratual

Enquanto as fontes são estruturas normativas, os modelos são o conteúdo de tais estruturas.

As estruturas estão no plano da validade, pois é necessário uma fonte de poder que as legitime, enquanto que o conteúdo de tais estruturas, que são os modelos, dizem respeito à significação, eficácia e aplicação.

O modelo é um dever que se concretiza na experiência social, ligada com fatos e exigências valorativas. Deriva de um conjunto de elementos, de ordem histórica, social, valorativa e normativa, que determinam o conteúdo do dever-ser.

A diferença entre o conceito de modelo adotado por Miguel Reale e os institutos jurídicos é a natureza prospectiva dos modelos, enquanto o estudo dos institutos jurídicos tem um caráter estático.

Nessa lógica, os contratos, a propriedade, a resolução por inadimplemento, etc. deixam de ser estudados na perspectiva de algo dado pelo legislador, mas como modelos cuja consagração legislativa e aplicação dependerá de atos de escolha que formam a norma, conforme os valores que se quer realizar, em razão de fatos sociais e naturais anteriores.

É requisito do modelo jurídico que tenha projeção de dever-ser e que preveja uma sanção pelo descumprimento, pois embora seja determinado pela realidade social, também tem um papel modelador da realidade.

Reale é expresso ao dizer que o direito é linguagem e que os modelos são frutos da mente humana, mas, por isso, não são pura ficção, já que a história da mente humana faz parte da cultura e assim, os modelos são realidades culturais. De forma sintética Reale define modelo jurídico como “estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhe são próprios”⁴⁵⁹. Esse caráter dos modelos tem um papel cultural de conservação, pois não existem mudanças com base unicamente em normas, é necessário que fatos e valores estejam envolvidos na produção normativa.

Assim como a cultura em relação à história, os valores têm um papel de conservação com relação às normas jurídicas.

Tal aspecto fica mais evidente mediante a análise de outro elemento importante no processo de criação do direito no culturalismo de Reale, que são as chamadas *invariantes axiológicas*.

d) Invariantes axiológicas e a função social dos contratos

As invariantes axiológicas propostas por Reale estão enquadradas dentro da sua posição de culturalista, pois sendo a cultura o paradigma central de seu pensamento, os bens culturais traduzem valores que são afetados pela já mencionada “lei histórica de inércia”.

⁴⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 46.

As fontes fixam os procedimentos para produção de normas válidas. Além disso incluem o estudo da relação da experiência jurídica compreendida na historicidade e os diversos processos de produção de regras.

Assim, a lei somente é fonte, se obedece ao *devido processo de sua elaboração* e, se além disso, o seu conteúdo tiver correspondência com a conjuntura histórica, a sua natureza e finalidade. Sua validade está limitada por “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”⁴⁶⁰.

Deve-se novamente a Kant a instigação de Miguel Reale no tratamento do problema do valor. Não obstante Miguel Reale apresente um estudo etimológico e histórico da formação da palavra valor e de invariantes axiológicas, que tem início com os gregos, “é com o filósofo da *Crítica da Razão Prática*⁴⁶¹ que se abre nova e decisiva perspectiva à problemática do valor, em virtude de sua distinção básica entre *ser e dever ser (Sein/Sollen)*, dois verbos indicativos de duas posições do homem enquanto ele **é** e enquanto **deve ser**, tanto no plano da ética, como no da estética, objeto da *Crítica da faculdade de julgar*”⁴⁶².

⁴⁶⁰ Idem, ibidem, p. 13.

⁴⁶¹ É comum Miguel Reale utilizar-se das expressões “Kant” ou “o filósofo da Crítica...”, pois Reale considera que há mais de um Kant, aquele das críticas e o da teoria do direito: “De duas ordens pode ser a influência de Kant no domínio da jurisprudência. Ou ela se opera através da compreensão de sua doutrina crítica; ou se verifica em virtude de seus escritos especiais sobre o Direito. (...) É hoje ponto pacífico que o filósofo de Königsberg não foi rigorosamente ‘kantista’, ou seja, rigorosamente fiel ao seu criticismo transcendental, quando voltou sua atenção para o problema jurídico...”. REALE, Miguel. A Doutrina de Kant no Brasil (notas à margem de um estudo de Clóvis Beviláqua). Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. XLII, 1947, p. 69.

⁴⁶² REALE, Miguel. Invariantes axiológicas, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, 1992, p. 229, também publicada em REALE, M. Paradigmas da cultura contemporânea, p. 95 e ss. (Boa parte dos artigos de Miguel Reale publicados na Revista Brasileira de Filosofia reaparecem em obras editadas posteriormente e que compilam vários textos a respeito de temas próximos).

O resultado foi a fundação de uma deontologia, sem que houvesse ainda uma axiologia autônoma, o que somente foi conseguido após os estudos de Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx com sua visão econômica e separação da idéia de ser e de bem, em contraposição com a “posição ético-metafísica de Frederico Nietzsche, pregando a supremacia dos valores vitais”.

Dentre as diversas correntes do pensamento que trataram da axiologia, desde o anarquismo valorativo da contracultura derivada da combinação de Marx com Freud e das idéias de Marcuse,

Reale acredita que não é necessário converter os valores em *objetos ideais*, “em arquétipos platônicos” para assegurar liberdade de opções ao homem. Considera que o homem é o “valor fonte de todos os valores” e por isso acredita “que o *ser do homem é o seu dever ser* e que, por isso, é da essência do valor a sua *realizabilidade*”⁴⁶³.

O direito como experiência concreta é formado pela correlação dialética “entre a realidade social como ‘campo de interesses e funções’ e os ‘modelos jurídicos’ que a instituem de forma normativa”⁴⁶⁴.

Segundo Reale o advento da jurisprudência dos valores cujo principal pensamento foi o de Josef Esser é conseqüência do novo papel que é atribuído aos valores da pessoa, em todos os quadrantes do direito. Assim o texto constitucional começa pela pessoa e não pela organização do Estado. Da mesma forma os direitos subjetivos deixam de ser somente formais, pois são fundantes da ordem constitucional.

O sentido de direito subjetivo é modificado para o de *valores individuais in concreto*, pois estes têm um caráter existencial e intersubjetivo, que protegem a subjetividade, a intimidade e a vida privada, assim como os valores ecológicos: “superamos, assim, a antítese entre subjetivo e objetivo, reconhecendo sua essencial *complementaridade*, o que opera como força de mediação e conciliação de conflitos no plano dos interesses, conferindo à vida jurídica uma tarefa de integração de valores”⁴⁶⁵.

foram Edmund Husserl e Frank Brentano que situaram os valores como “objetos ideais”, independente de sua relação com o real, fazendo surgir “a identificação entre invariante axiológica e idealidade”. (REALE, M. *Invariantes axiológicas*, p. 230. “Foi na onda dessas, pulsações antropocêntricas que surgiu – e, note-se, somente a cavaleiro dos séculos XIX e XX – a consciência plena de uma autônoma *Teoria dos Valores*”. p. 230-232).

⁴⁶³ Idem, ibidem, p. 232. Reale afirma que considera o homem valor fonte, porque é o único ente “capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de uma iluminação súbita de ordem intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens”. p. 234.

⁴⁶⁴ REALE, M. *Nova fase do direito moderno*, p. 123.

⁴⁶⁵ Idem, ibidem, p. 126.

Reale afirma que a sua teoria dos objetos compreende como objeto não somente “os objetos que são”, mas também os que “devem ser”⁴⁶⁶, base a partir da qual construiu uma axiologia autônoma⁴⁶⁷.

Essa axiologia autônoma não tem valores inatos, mas fundados numa realidade “intuída como autoconsciência e comprovada ao longo do processo histórico, que é de incessante inovação e criação”⁴⁶⁸.

A radicalidade histórica do homem, a consciência de sua subjetividade e a “ecologia” como valor sem o qual o homem não tem condições de se preservar, consistem na base da edificação de invariantes axiológicas, cuja imutabilidade deriva do processo histórico e não “se inferem dedutivamente e *in abstracto* da idéia de pessoa humana”⁴⁶⁹.

O sujeito que conhece e que experencia é o homem, que está no centro da concepção de Reale e da ordem valorativa do Código Civil, como pode-se ver na disciplina a respeito dos direitos da pessoa, igualdade do homem e mulher, posse-trabalho, etc.

É a pessoa, portanto, o núcleo valorativo de toda ordem jurídica, à qual os contratos também se submetem. A proteção da dignidade humana⁴⁷⁰ e de todos os

⁴⁶⁶ Reale introduziu a sua teoria dos objetos na obra *Filosofia do Direito* no ano de 1953, mas sintetizou a matéria dentro de *Experiência e cultura* na parte que trata da relação entre valor e experiência. Ao retirar os valores da categoria de objetos ideais, para situá-los como dever ser, os valores passaram a ser considerados de forma objetiva “em termos de concreção histórica e, por via de consequência, o entendimento de que os *objetos culturais são enquanto devem ser*”. REALE, M. *Experiência e cultura*, p. 203.

⁴⁶⁷ “Estou convencido, perdoai minha imodéstia, que, com essa distinção, contribuí para estabelecer novas bases para a autonomia da *Axiologia, como teoria dos valores concebidos como expressões ou modelos do dever-ser*, uma das duas atitudes gnoseológico-práticas primordiais do homem em sua universalidade”. REALE, M. *Invariantes Axiológicas*, p. 234.

⁴⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 237.

⁴⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 236.

⁴⁷⁰ A proteção da dignidade humana tem raiz no art. 1º, III, da Constituição Federal, que consagra o conhecido princípio da “dignidade da pessoa humana”. Embora a expressão “pessoa humana” seja redundante, a doutrina tem preferido tal expressão a “dignidade humana” ou dignidade da “pessoa

direitos que asseguram essa dignidade consistem nos limites e ao mesmo tempo nos fundamentos de toda e qualquer intervenção estatal no âmbito do Direito Privado.

Essa perspectiva exige, por sua vez, que seja enfrentada a real interação entre a concepção culturalista de Miguel Reale e a concepção de função social que foi posta no Código Civil, tema do próximo item.

2. Da relação entre função social dos contratos no Código Civil, culturalismo de Miguel Reale e ética da situação.

As idéias subjacentes à função social dos contratos podem ser compreendidas em pelo menos dois planos.

O primeiro, relativo à concepção de “função social” que foi posta no artigo 421, cuja essência, conforme foi tratado na primeira parte deste trabalho tem suas raízes na Doutrina Italiana.

O segundo diz respeito à posição da cláusula geral da função social dos contratos no sistema do Código Civil e sua integração com o sistema de Direito Privado que tem no Código Civil o seu eixo.

natural”, tendo em vista a reprodução idêntica ao que consta no texto constitucional, bem como representa discriminação importante no âmbito de sua incidência, que é a exclusão da aplicação do princípio às pessoas jurídicas. Sobre os significado da expressão jurídica da “dignidade humana” e proteção da pessoa, com tratamento terminológico ímpar, ver BODIN DE MORAIS, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107 – 149.

O princípio da “dignidade humana” foi recentemente tratado sob o ponto de vista do Código Civil por CACHAPUZ, Maria Cláudia. A intimidade e a vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

Nesse segundo plano é essencial a compreensão das idéias de Miguel Reale, em especial a sua visão culturalista da ciência e do próprio Direito, para que se possa entender o alcance do artigo 421 do Código Civil e das demais disposições que tratam do princípio da “socialidade”⁴⁷¹.

Reale propõe que seu pressuposto é o estudo da “*situação social*” do destinatário do mandamento legal. Assim como há uma *Ética da Situação*, há um *Direito do Homem Situado* em função de suas peculiares circunstâncias⁴⁷².

Embora a problemática ética não seja uma novidade, assim como a discussão a respeito de como as regras éticas podem ser utilizadas pelo juiz na resolução de casos concretos, a estruturação das regras do Código Civil a partir da visão de Reale fornece instrumentos para a aplicação do sistema do Código Civil.

A aplicação do novo Código Civil a partir de uma “mentalidade” oitocentista, qual seja, a de ver as cláusulas gerais como “normas em branco” conduzem a um resultado trágico, que é a absoluta discricionariedade e a impossibilidade de controlar o conteúdo das decisões judiciais.

As idéias de Miguel Reale não podem ser compreendidas como definitivas para a interpretação do Código Civil, elas possuem relevância para que a aplicação do Código Civil não seja feita tal qual o Código Civil de 1916 ou de paradigmas próprios da Escola da Exegese, ou então, a partir de concepções metafísicas da ética.

Veja-se que a concepção de Reale não é exclusiva, tampouco inédita a respeito da influência da moral e da ética sobre o direito.

⁴⁷¹ A análise da relação entre função social e o pensamento de Miguel Reale também é feita por TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 54 -58 e p. 196 e ss.

⁴⁷² REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito (O sentido social da usucapião especial). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10.

Tome-se como exemplo a comparação entre a concepção ética de Reale e a de Ripert, para situar a ética da situação frente a outra concepção corrente no direito, com o fim de demonstrar que a “ética da situação” está associada sob o ponto de vista teórico e prático à teoria dos “modelos jurídicos”, cuja compreensão é pressuposto da análise das origens doutrinárias da função social dos contratos.

Já no início do século passado Georges Ripert escreveu livro de grande repercussão que foi *A regra moral nas obrigações civis*, tratando justamente da problemática relativa à “espécie de ética” que deve ser aplicada no âmbito do Direito Civil. Desde o prefácio da obra o autor faz uma contraposição entre uma “ética natural” que afirma existir e “uma regra moral acima das leis positivas”. Diz que o verdadeiro sentido ético do direito é o derivado de regra moral que criou a “civilização ocidental”⁴⁷³.

A leitura inicial da obra de Ripert pode indicar ao leitor desavisado que sua concepção assemelha-se com a de Reale, pois afirma que o direito “na sua parte mais técnica, é dominado pela lei moral” e de que não tratará de “filosofia” em seu livro. Afirma ainda, que há uma espécie de “vida secreta” da obrigação jurídica, que somente pode ser compreendida através de uma visão técnica da regra moral que influencia a elaboração prática das regras pelo legislador e pelo juiz⁴⁷⁴.

Porém, aos poucos vai desvendando-se que Ripert não está tratando da ética e de sua relação com o Direito Civil, mas de “uma lei moral” específica “que rege as sociedades ocidentais modernas e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano”⁴⁷⁵.

⁴⁷³ RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira, 2002, p. 16 e 17.

⁴⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 19-23.

⁴⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 23.

Essa regra moral a que o Juiz deve obedecer, após escutar as “diversas vozes que lhe vão ditar a sentença”⁴⁷⁶ é uma regra moral ditada pelos princípios cristãos que construíram a civilização ocidental: “Onde encontrará o juiz o direito de dizer se a ação é boa ou má? Quem ditará esta sentença sobre a moralidade das ações humanas? É preferível não pôr essa questão para não dar a única solução possível. O juiz observará a lei moral que reina na sociedade. Para dizer se uma convenção tem um objeto ou uma causa imoral, se um ato é faltoso ou correto, se um homem é culpado de fraude, se um enriquecimento é injusto, se uma especulação é ilícita, é preciso que, como juiz e moralista, ele faça uma apreciação sobre a conduta do homem”⁴⁷⁷.

A citação de Ripert é reveladora, principalmente pela afirmação de que o verdadeiro julgamento é a *única solução possível*, mas é preciso retirar a pergunta, pois ao Juiz cabe julgar as causas humanas, embora deva obedecer “a lei moral”, diga-se a lei cristã, que reina na sociedade⁴⁷⁸.

Neste sentido, a ética proposta por Ripert é completamente distinta da proposta por Miguel Reale, pois o primeiro não admite que o juiz retire “as regras éticas” da sociedade, da observação da vida social, ou dos costumes. Mais do que isso, não há essa pluralidade, mas uma unicidade: “a regra moral”.

No capítulo em que Ripert trata especificamente do contrato, nega que o juiz possa retirar uma ou outra conseqüência do contrato, pois “a moral manda que se não trate o contrato como uma ação social (...), mas que se conserve o caráter sagrado que ele tira da palavra dada, do dever de consciência imposto ao devedor, do direito legítimo do credor que tem fé na promessa feita”, tudo em prol da

⁴⁷⁶ Idem, ibidem, p. 42.

⁴⁷⁷ Idem, ibidem, p. 389.

⁴⁷⁸ “O jurista não pode esquecer que o direito se deve aplicar a uma sociedade humana fundada sobre a moral cristã. Esta moral, pela sua concepção particular nos fins do homem no mundo, impõe uma série de regras que não tendem unicamente a assegurar o respeito do próximo, mas também a de aperfeiçoar a alma”. Idem, ibidem, p. 44.

preservação da chamada “fé jurada”, um dos pilares do conceito clássico de contrato⁴⁷⁹.

Ripert nega a possibilidade de que o juiz busque a solução de casos nos “bons costumes”, ou no “assentimento geral”, combatendo fortemente o que chama de “influência da sociologia”, atribuindo ao juiz o papel de censor, para restabelecer os princípios ditados pelo ideal moral,⁴⁸⁰ no sentido absolutamente oposto do modelo jurídico de “ética” que foi acolhida pelo Código Civil.

Como foi dito anteriormente, a contraposição das duas concepções demonstra que a ética da situação é pressuposto para a análise das origens doutrinárias da função social dos contratos.

A visão histórica posta no conceito de modelos jurídicos, indispensável para atribuição de sentido aos diferentes dispositivos legais trazidos pelo novo Código Civil, tem no conceito de “modelos jurídicos” um mecanismo extremamente eficaz para que na aplicação judicial o julgador construa a regra para o caso concreto a partir da análise histórica e de eventuais condições sociais e econômicas que determinaram a transformação das normas cujo conteúdo precise ser preenchido pelo julgador.

Além disso, é indispensável que se tenha um sistema de valores, que pode ou não partir do esquema denominado como “invariantes axiológicas”, para que na aplicação do direito determinados valores sejam considerados como perenes e permitam ao juiz a realização de uma contraposição entre os valores postos em jogo.

A aplicação da função social dos contratos está relacionada diretamente com a flexibilidade sistemática do Código Civil, o que afasta a possibilidade de uma

⁴⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 55.

⁴⁸⁰ “Se o juiz pode se informar pelo estudo das práticas usuais, fica acima da opinião; deve dirigi-la e não ser dirigido por ela, e quando o ideal moral se obscurece, eleva a sua função exercendo o poder da censura que lhe dá a lei”. Idem, *ibidem*, p. 88.

única visão ao seu respeito, tendo em vista o sentido aderente à realidade que foi atribuído ao Código Civil. Isso fica evidenciado pela própria expressão de Josaphat Marinho ao apresentar o parecer final do projeto aprovado pelo Senado no ano de 1997, ao afirmar que “nessa série de livros distribuem-se 2.073 artigos, marcados por normas de sentido genérico ou de alcance social, obedientes a uma sistematização, sem rigidez incompatível com a realidade”⁴⁸¹.

O relator, embora na atividade de legislador, sofreu a influência do culturalismo por um de seus aspectos mais importantes: o apego à realidade e ao mesmo tempo a preservação da tradição.

A dialética da complementaridade condiciona os dois fatores “liberdade individual” e “socialidade” numa relação permanente e progressiva que impede a compreensão de um sem o outro, pois foram uma unidade concreta da relação que constituem. Essa complementaridade desdobra-se numa perspectiva de coimplicação e de funcionalidade, que garante uma totalidade de sentido ao contrato como elemento integrante do mundo cultural⁴⁸².

Na concepção posta no artigo 421, o individual e o social complementam-se, afirmando a força do homem e dos bens culturais no processo histórico, cujo sentido é adquirido em razão de sua historicidade e participação na vida social.

A noção de liberdade da concepção culturalista de Reale posta na cláusula geral não permite a dissociação das condições históricas e culturais, o que torna a liberdade dependente da “situação do homem livre”. O homem não pode ser livre fora do mundo em que vive, pois não existe fora dele⁴⁸³.

⁴⁸¹ MARINHO, Josaphat. Op. cit., p. 12.

⁴⁸² Sobre a dialeticidade do mundo cultural, ver REALE, Miguel. Experiência e cultura, p. 180 – 185.

⁴⁸³ “Enquanto me penso livre, sinto-me inserido num complexo de circunstâncias histórico-sociais que, tanto como o meu ser pessoal, constituem condição de minha liberdade mesma e elemento substancial dela”. REALE, Miguel. Experiência e cultura, p. 275.

Situa-se nessa corrente a recente afirmação de Judith Martins-Costa de que a liberdade contratual é uma “liberdade situada”, considerada como tal a que se exerce na vida comunitária, onde imperam as leis civis, cuja consequência é compreender a autonomia privada como uma autonomia privada solidária⁴⁸⁴.

Conforme já foi dito anteriormente, o Código Civil é mais o alicerce do que o telhado. E, por isso, a disposição legal que exige obediência à função social dos contratos oferece liberdade tanto ao legislador no seu trabalho posterior ao Código Civil, quanto aos aplicadores do direito, para que atuem e definam o seu conteúdo, preservando a sistemática, mas ao mesmo tempo abrindo caminho para a aplicação tópica do direito, essencial em uma sociedade dinâmica e em constante transformação.

Diante da dinâmica da sociedade tanto a função social, quanto a “liberdade situada” acima mencionada somente terão seu conteúdo definido através do processo de preenchimento das cláusulas gerais fornecidos por meio da atividade judicial.

A atividade judicial, por sua vez, pode tomar dois rumos para tal preenchimento: a) partir de princípios ideais, de imperativos categóricos válidos em qualquer circunstância e lugar; ou, b) partir da ética da situação, mediante a utilização dos usos e costumes, costumes do lugar, segundo a “natureza e o vulto dos investimentos” conforme posto no Código Civil.

Nesse aspecto é importante observar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil combinado com o artigo 127 do Código de Processo Civil, segundo os quais o Juiz somente pode aplicar a “eqüidade” quando houver omissão da lei na fixação dos critérios para a tomada da decisão judicial.

⁴⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista DireitoGV, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005, p. 42 e ss.

Com isso, o sistema de controle da jurisdição exige que o juiz utilize como parâmetros para a tomada da decisão aqueles que forem adotados pela lei. O Código Civil remete sistematicamente o julgador para a análise das circunstâncias históricas sociais e culturais nas quais o litígio posto em julgamento está inserido, tal qual sugerido pela idéia de ética da situação.

A solução para preenchimento da função social dos contratos é indiscutivelmente sistemática e, por isso, deve-se partir da estruturação sistemática do direito das obrigações, em especial da unificação das obrigações civis e mercantis realizadas no Código Civil como um dos pontos de partida para análise da extensão e do conteúdo dogmático da função social dos contratos.

A solução “sistemática” para a aplicação da função social dos contratos sugere que não é possível apenas o recurso a elementos “metajurídicos” ou “extrajurídicos” para o preenchimento de seu conteúdo. Mesmo a “ética da situação” como recurso para a definição do alcance da relação “meio-fim” a partir da análise das circunstâncias sociais, econômicas e culturais nas quais as partes estão inseridas está no contexto do sistema jurídico e consiste em um mecanismo de juridificação de padrões de comportamento social.

A ética da situação não remete para elementos externos do sistema, mas consiste em ponto de conexão intersistêmico e mecanismo de juridificação de padrões de comportamento eticamente exigidos socialmente⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Embora de matriz teórica completamente distinta, é relevante a análise da concepção autopoietica do Direito para a análise da relação entre o sistema jurídico e seus pontos de contato com outros sistemas sociais. “O que se pretende salientar é que as normas ‘*extrajurídicas*’ (sociais, éticas, etc.) só adquirem validade jurídica após a sua selecção pelo código interno próprio do sistema jurídico, e que, por outra banda, sempre que as normas jurídicas entram no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque as mesmas foram tidas como importantes à luz de critérios de relevância extra-jurídicos próprios do sistema em causa”. ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Gunther Teubner considera que existem sistemas autopoieticos de primeiro grau e de segundo grau. O Direito é um sistema autopoietico de segundo grau, que possui mecanismos de autoreprodução a partir de uma “clausura autoreferencial” que garante abertura ao sistema sem que ele perca sua autoreferencialidade, tendo em vista que “muito embora os subsistemas assim gerados produzam, por seu turno, os seus próprios elementos, estes elementos emergentes são feitos da mesma matéria-prima do sistema autopoietico de primeiro grau. (...) muito embora constituídos de novo e articuladas entre si de forma circular, as unidades de comunicação,

E. A Ética da Situação e a “comercialização” do Direito Civil

A unificação das obrigações civis e mercantis é extremamente importante para a análise da função social dos contratos, tendo em vista que os espaços de maior fertilidade para a sua aplicação são as relações em que o elemento “social” tem relevância, que são justamente as relações empresariais e as relações de consumo.

Conforme afirma Natalino Irti, o exercício da autonomia privada (essencialmente “autonomia negocial”, segundo Betti), nos tempos atuais é visto no âmbito das relações de consumo e nas ações planificadas da empresa. A consequência é a tutela do exercício da autonomia se dá fundamentalmente pela disciplina do mercado e da concorrência e não se dá mais pela proteção “de uma força psicológica” ou da “composição espontânea dos interesses”⁴⁸⁶.

Além disso, deve-se considerar que o atual Código Civil rege relações jurídicas que são objeto da incidência de mais de uma lei. Assim, uma só relação empresarial, por exemplo, um contrato de transporte de pessoas sofre a incidência

estruturas e processos do sistema jurídico permanecem comunicações sociais”. TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 174 e 175.

⁴⁸⁶ IRTI, Natalino. Lectures bethiane..., 1991, p. 69 – 73. A proteção da “vontade” é substituída pela proteção do “poder de escolha dos particulares”, no âmbito do mercado: “Così il mercato non risulta più dalla somma o dall’unità di atti particolari, ma si configura come razionale e preciso organismo, in cui si inserisce la scelta del singolo, rendendosi conforme ad innumerevoli altre”. p. 72. Sobre o conceito de mercado de Natalino Irti, ver Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, n.02, marzo-aprile, p. 185 e ss.: “Propongo di definire il mercato come *unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categoria di beni*. Né una singola relazione di scambio né un’arbitraria pluralità di esse formano un mercato, il quale sempre esige un criterio unificante: un principio, capace di governare la varietà dei comportamenti i di ridurli ad unità”.

da Lei de Abuso do Poder Econômico, Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica e, também, do Código Civil.

Essa circunstância é ímpar, pois demonstra a necessidade de uma disposição legal com caráter geral tal qual a do artigo 421 para impor a “diretriz da socialidade” no âmbito de todas as relações obrigacionais do Direito Privado.

Embora a comissão tenha inserido o direito negocial no âmbito do direito das obrigações, esse não era um objetivo inicial, pois a unificação que se pretendia fazer dizia respeito somente à parte geral das obrigações, com aplicação principal no âmbito do direito contratual.

No entanto, com o curso das atividades da comissão observou-se que embora já houvesse uma aplicação das disposições do Código Civil sobre as relações mercantis, a matéria relativa às sociedades sofreria grandes reflexos que exigiam um tratamento legislativo de toda a atividade societária, regulada dentro do capítulo que trata do direito da empresa.

Da mesma maneira foram tratados os títulos de crédito de uma maneira geral, deixando-se de fora o direito cambial, a ser regido por lei especial, assim como as Sociedades por Ações.

No caso, Sylvio Marcondes foi o responsável pela redação do projeto, tendo sido um instrumento para a consagração da visão de empresa de Waldemar Ferreira, de quem foi seguidor sob o ponto de vista intelectual, tendo inclusive escrito artigo no qual fica clara a importância atribuída ao conceito de Empresa desenvolvido por este⁴⁸⁷.

Seguindo a lógica culturalista de Reale a instituição de uma parte geral no Código Civil, assim como a unificação do regime das obrigações tem por objetivo

⁴⁸⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes. Professor Waldemar Ferreira., p. 47 – 67.

fixar princípios éticos essenciais do sistema, bem como para realizar a orientação legislativa voltada para obediência de imperativos de socialidade e concreção⁴⁸⁸.

A unificação legislativa sem unificação entre matérias (Direito Civil e o Direito Comercial) precisa ser melhor explicada, pois aparentemente pode ser contraditório unificar e ao mesmo tempo manter autônomo, assim como é necessário esclarecer quais são os elos e as conseqüências da unificação das obrigações com a preservação da autonomia científica e normativa, para que o jurista saiba quais são as normas que incidem sobre uma situação fática e quais são os efeitos decorrentes.

Evidentemente que a “preservação da autonomia científica” do Direito Comercial como menciona Miguel Reale somente tem sentido se houver alguma diferença pragmática entre Direito Civil e Direito Empresarial após o novo Código Civil, pois a simples distinção teórica sem qualquer resultado prático não tem qualquer justificação, seja científica, seja empírica.

A análise do argumento supra demonstra que, não obstante seja verdadeira a afirmação da autonomia científica do Direito Empresarial, não é essa autonomia o ponto mais importante da unificação, pois conseqüência de maior relevo foi uma transformação substancial do Direito Civil, que foi aproximado do Direito Comercial, mediante a transformação na forma de criação de regras jurídicas.

Isso se deu, fundamentalmente, pelo processo de descentralização da forma de criação de novas regras.

⁴⁸⁸ “...além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no anteprojeto”. REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 118.

O Direito Civil sempre foi conhecido como um Direito ditado pelo Estado, imposto pelo príncipe, a quem sempre interessou conformar de uma ou outra maneira a organização e as formas de estruturação da vida privada.

A centralização do processo de criação das normas de Direito Civil teve também um componente histórico de caráter político importante relacionado com a supremacia da lei e com a importância da proteção de direitos considerados “fundamentais” para o ordenamento jurídico, como a própria liberdade contratual e o direito de propriedade.

Não foi sem propósito que os códigos liberais foram editados por governos fortes, como o caso do Código Civil Francês, que precisou da força de Napoleão para se tornar uma realidade e tendo servido como instrumento de consolidação dos resultados da revolução francesa, assim como a Alemanha e Itália somente tiveram seus códigos numa fase de sua vida política posterior à unificação e centralização administrativa.

Ainda antes do advento da codificação o Direito Civil sempre foi marcado pela centralização da criação de suas regras. Embora houvesse um papel para o costume, o seu reconhecimento sempre passou por processos de juridificação cujo controle era estatal, como é o caso das ordenações no Direito português.

Por outro lado o Direito Comercial sempre teve outra forma de criação de suas “leis”, que partiam dos próprios comerciantes, que não só elaboravam as regras para disciplinar sua profissão, assim como eles próprios integravam os tribunais que julgavam exclusivamente as causas entre os comerciantes, eleitos entre seus pares⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ O artigo 2º do Título Único das disposições a respeito “da administração da justiça nos negócios e causas comerciais”, da Lei n. 445, de 25 de junho de 1850, revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, estabelecia que os Tribunais do Comércio seriam compostos em parte por comerciantes: “Artigo 2º. O Tribunal do Commercio da capital do Império será composto de um presidente letrado, seis deputados commerciantes, servindo um de secretario, e tres supplentes, também commerciantes: e terá por adjunto um fiscal, que será sempre um desembargador com exercício effectivo na Relação do Rio de Janeiro.

O Direito Comercial, que nasceu como o conjunto de normas de uma atividade profissional, tinha fontes mais dinâmicas do que as fontes do Direito Civil.

Embora a Lei Mercantil tenha assumido uma importância substancial após o advento da codificação, a sua estrutura aberta sempre permitiu um processo descentralizado de criação do direito, o que se dava fundamentalmente pela importância atribuída aos usos e costumes.

O artigo 130 do Código Comercial era expresso ao determinar que “as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”, disposição cujo significado é absolutamente o oposto do que foi adotado no artigo 85 do Código Civil de 1916, em que o critério voluntarístico era essencial para a definição do sentido do negócio jurídico.

O artigo 131, nos incisos 1 e 4 também estabeleciam como regra de interpretação dos contratos a boa-fé e os usos e costumes, mais precisamente o “costume do lugar”, consagrando verdadeiramente o que anteriormente chamamos de “ética da situação”. No mesmo sentido o artigo 133 do mesmo Código⁴⁹⁰.

Os Tribunaes das províncias serão compostos de um presidente letrado, quatro deputados commerciantes, servindo um de secretario, e dous supplentes, também commerciantes: e terão por adjunto um fiscal, que será sempre um desembargador com exercício efectivo na Relação da respectiva província”.

“Artigo 3º. Os presidentes e os fiscaes são da nomeação do Imperador, podendo ser removidos, sempre que o bem do serviço o exigir.

Os deputados e os supplentes serão eleitos por eleitores commerciantes.”. A eleição dos integrantes do Tribunal do Comércio que eram commerciantes era realizada de dois em dois anos, mediante renovação da metade dos juizes representantes dos commerciantes, que tinham o mandato de quatro anos. O voto era facultativo a todos os commerciantes devidamente inscritos no registro do comércio, salvo os falidos ou condenados por fraude ou crime equivalente. VEIGA, Didimo Agapito da. O amigo e Conselheiro dos Commerciantes. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1873, p. 358.

⁴⁹⁰ “Artigo 133. Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os commerciantes, no lugar da execução do contrato”.

Da mesma maneira, o artigo 291 do Código Comercial determinava que para resolver conflitos societários deve-se preferir os usos comerciais, ainda que existisse lei civil a respeito da matéria, não obstante o comando do artigo 121 do mesmo Código.

Mesmo no período anterior a vigência do Código Comercial de 1850, o Direito Comercial brasileiro trazia normas que hoje são consideradas como novidade, tais como a obrigação de agir segundo a boa-fé e a necessidade de preservação do equilíbrio econômico do contrato⁴⁹¹. Uma análise dos antigos textos e doutrinas do Direito Mercantil leva à conclusão de que o novo Código Civil em certa medida recupera valores e conseqüentemente normas que foram vigentes em outra época, seja pela preservação da boa-fé⁴⁹² ou pela necessidade de preservação da causa do contrato⁴⁹³.

O advento do Código Comercial de 1850, já carregado pela ideologia dos códigos napoleônicos provocou certa modificação no direito contratual, para dar mais força à vontade e ampliar o papel da lei na solução dos conflitos⁴⁹⁴. Mas,

⁴⁹¹ “Os essenciais requisitos dos Contractos mercantis, para serem validos, consistem em que: (...) 2º. Procedão em boa-fé. (...) 6º. Haja titulo real ou causa legitima que o obrigue á prestação. (...) 9º. Não haja lesão enorme, e menos enormissima”. LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru’). Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha. 6ª ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874, p. 470. Embora a edição seja posterior a 1850, trata-se de republicação de obra com data anterior, provavelmente de 1815, organizada por Cândido Mendes de Almeida.

⁴⁹² “Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contracto mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o Juízo dos Commerciantes costumados a praticar essa espécie de negocio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa-fé e o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavillosas e contrarias ao verdadeiro espirito do contracto”. Idem, *ibidem*, p. 471.

⁴⁹³ “...são nulos os Contratos, em que não haja causa de dever, isto he, quando se não mostra donde procede o titulo, e motivo justo, e possivel porque a parte se obrigou (e não desonesto, e impossivel, visto que dahi não póde resultar obrigação), pois então supoe-se má fé, e animo de lesar a outra parte, ou a terceiro. Não se presumindo doação nos negócios da vida sem factu, e declaração especifica, e muito menos nos negocios mercantis; e não sendo justo que ninguem se locuplete com a jactura alheia”. Idem, *ibidem*, p. 470.

⁴⁹⁴ Entre outros autores, Clóvis do Couto e Silva acentua que diferentemente do que ocorreu com o Código Civil, “o Código Comercial de 1850, que sofreu forte influência do Código Comercial francês de 1805”. COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de

mesmo assim, as constantes referências legais aos usos e costumes, aos usos do lugar, uso e prática nos casos similares, permitiu ao Direito Comercial a mobilidade necessária para sua adaptação às transformações sociais, fato que influenciou o Direito Civil através da chamada “comercialização do Direito Civil”.

A respeito da unificação fática entre Direito Comercial e Civil, Sylvio Marcondes afirma que a regra do artigo 121 do Código Comercial foi a raiz de tal tratamento unitário, pois tal disposição já determinava a aplicação das regras civis sobre os contratos mercantis. Também a adoção do Regulamento 737 de 1850 “por adoção do seu texto, ou filiação das leis estaduais ao seu sistema” determinou que as regras do processo fossem aquelas criadas para os Tribunais do Comércio, inclusive com forte influência sobre o Código de Processo Civil de 1939, do qual foi extraído substancialmente o Código de Processo Civil vigente⁴⁹⁵.

Desde o advento do Regulamento 737 e da edição da Consolidação das Leis Civis existe o debate a respeito da divisão entre Direito Civil e Comercial, quando Teixeira de Freitas combateu frontalmente a existência de dois códigos, criticando o sistema francês e o brasileiro, que o seguiu.

Para Teixeira de Freitas o Código Comercial não poderia ser mantido em vigor se fosse aprovado um Código Civil, tendo em vista a existência de matérias comuns, quais sejam, o regime das obrigações, que precisavam ser tratadas de maneira unitária. Embora Teixeira de Freitas não tenha sido absolutamente claro em todos os seus propósitos, pretendia, ao lado de um Código Geral, um Código Civil e um Código do Comércio⁴⁹⁶.

futuro, p. 02. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 6.5.86, na qualidade de Professor visitante, a convite do Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.

⁴⁹⁵ MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil, p. 131.

⁴⁹⁶ “Quando esse Código aparecer, deve forçosamente acompanhá-lo um Código do Comércio e um Código do Processo Civil, cessando a um só tempo toda a legislação atual, concernente a tais matérias. Se quisermos conservar o Código do Comércio que temos e seus regulamentos sobre o processo ficaremos agrilhoados, não poderemos fazer um bom Código Civil. O atual Código do Comércio é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil

Ao comentar a problemática da unificação do Direito Privado no pensamento de Teixeira de Freitas, Orlando de Carvalho afirma que tal proposição tinha um caráter mais político do que técnico, pois dentro de tal proposição estava uma reação à lógica burguesa que se apresentava no Direito Comercial que era essencialmente um direito de classe. Para Teixeira de Freitas o Direito Comercial era um repositório de usos, costumes e doutrinas que passaram a ser lei de exceção em benefício de uma categoria profissional, que eram os comerciantes⁴⁹⁷.

Por essa razão Teixeira de Freitas propunha um “Código do Comércio” e não um “Código Comercial”, ao lado de seu Código Geral. Esse posicionamento frente ao tratamento especial dos comerciantes também é referido por Orlando Gomes, ao comentar que a ‘comercialização do Direito Civil’ foi um fenômeno decorrente de concepções fascistas que provocaram a unificação entre Direito Civil e comercial no Código Civil italiano, que não admitia a natureza classista do Direito Comercial que estava posta no Código Civil italiano de 1882⁴⁹⁸.

incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que nada façamos. Não se pode separar impunemente as partes de um corpo, que deve ser homogêneo; o Código do Comércio, e do Processo Civil, são o mesmo Código Civil, são partes integrantes dele. FREITAS, Teixeira de. Carta ao Ministro Nabuco de Araújo de 10 de junho de 1854. In: MEIRA, Sílvio. Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império. Brasília: Cegraf, 1983, p. 92.

⁴⁹⁷ CARVALHO, Orlando. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p. 08 e ss.

⁴⁹⁸ GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 163.

Orlando Gomes tinha consciência de que o fascismo aproveitou-se de idéias já existentes no meio jurídico, não sendo naturalmente uma concepção fascista a unificação do Direito Civil e Comercial. Isso fica claro pela sua participação nas comissões para elaboração do Código Civil, tendo sido coordenador do projeto que formou duas comissões, uma destinada a elaborar um Código das Obrigações, incluindo civis e mercantis, coordenadas diretamente por Caio Mário da Silva Pereira, e outra comissão, destinada a elaborar o Código Civil, sem o Direito das Obrigações.

A discussão a respeito da unificação do Direito Comercial e Civil italianos já pode ser vista em escritos do início do século XX, como se pode ver de texto do Ministro da Justiça italiano Gallo, escrito em 1906, na introdução das obras completas de Cimbali, que indica existir uma “tendenza di comporre un códice único del diritto privato”. CIMBALI, Enrico. Opere complete. Torino: Unione Tipográfico-editrice Torinese, 1907, p. XXIV.

Relevante também é a análise feita por Tullio Ascarelli a respeito do processo de comercialização do Direito Privado no Direito brasileiro, pelo acento que dá ao processo constante de incorporação de institutos nascidos no Direito Comercial nas regras do Direito Comum. Chama a atenção para a representação, o seguro, os títulos de crédito e as próprias sociedades por ações, como institutos do Direito Comercial que acabaram sendo absorvidos pelo Direito Comum, com uma aplicação geral. Em relação às sociedades por ações, a possibilidade de sua constituição para fins civis marcou a passagem do instituto para o Direito Comum, no que foi seguido pelo Direito Público, tendo em vista que o próprio Estado passou a se utilizar desse magnífico mecanismo para certas intervenções no domínio econômico, através das sociedades de economia mista⁴⁹⁹.

Embora não seja uma opinião corrente, é relevante considerar o argumento de Ascarelli de que o Código Civil de 1916, pela sua modernidade, em alguns aspectos era mais comercialista do que o próprio Código Comercial, razão que determinou a aplicação do Código Civil sobre as relações mercantis, contribuindo substancialmente para a unificação jurisprudencial e doutrinária das obrigações civis e mercantis. Isso, porém não representou uma civilização do Direito Comercial, mas o contrário, uma *comercialização do Direito Privado*, tendo em vista “a maior comercialidade do Código Civil”⁵⁰⁰.

Sendo um Código culturalista, como se está afirmando neste trabalho, não se poderia conceber a possibilidade de rupturas absolutas na matéria que diz respeito a unificação das obrigações civis e mercantis. Embora o Código tenha proporcionado em certa medida a unificação do Direito Privado, mediante a unificação das obrigações civis e mercantis, não foi operada a extinção da tradição do Direito Comercial. Pelo contrário.

⁴⁹⁹ “Foi assim, desde a sua origem, o Direito Comercial, elaborando, em contraposição ao direito comum, institutos que, posteriormente, passaram para este, alcançando uma aplicação geral”. ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 27 e ss.

⁵⁰⁰ Idem, ibidem, p. 40. Exemplo dessa afirmação de Ascarelli é a regulamentação da venda por amostras, venda a contento e sujeita a prova no Código Civil de 1916, contratos que desde sempre são atinentes às atividades empresariais.

Sob determinada ótica o Direito Comercial foi fortalecido mediante o nascimento do *Direito da Empresa*, ao contrário do que pode deduzir uma leitura apressada dos dispositivos do Código Civil, pois, repita-se, não houve uma “civilização” do Direito Empresarial, mas uma “comercialização” do Direito Privado.

Essa unificação, conforme já tratado na primeira parte, foi legislativa, sem que houvesse a extinção das duas disciplinas para criação de uma nova.

A dualidade entre Direito Civil e Direito Empresarial continua existindo sob o ponto de vista científico, bem como sob o ponto de vista normativo, embora o tratamento legislativo do Direito das Obrigações seja o mesmo, salvo exceções pertinentes à natureza da relação no plano da vida, que indiscutivelmente guarda peculiaridades que o Direito não pode ignorar.

Mais importante do que a própria dualidade “científica” continua sendo a dualidade histórica, que é ineliminável tendo em vista sua contribuição para a constituição do Direito vigente⁵⁰¹.

A prova da manutenção da dualidade entre Direito Civil e agora Direito Empresarial, sucessor do Direito Comercial, são as disposições dos artigos 965⁵⁰² e 997⁵⁰³. Enquanto o primeiro define quem é o empresário e quem está afastado de tal conceito, o segundo trata do registro das sociedades simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

⁵⁰¹ “...um direito especial no sentido histórico e é sob este aspecto, e atendida a função historicamente preenchida pelo Direito Comercial em contraposição ao direito comum, que melhor se entende a sua autonomia e o seu papel, os próprios problemas que hoje se apresentam quanto à sua reforma e quanto à unificação do direito das obrigações (unificação de que nem sequer se poderia cogitar caso o Direito Comercial não constituísse uma categoria histórica) e, finalmente, a sua contribuição para o direito comum”. Idem, *ibidem*, p. 16.

⁵⁰² “Artigo 965. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

⁵⁰³ “Artigo 997. Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deve requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas”.

Além disso, na análise dos diversos contratos nominados no Código Civil, podemos ver que muitos dirigem-se a disciplinar exclusivamente atividades empresariais, como por exemplo a comissão, agência, distribuição, seguro, transporte, etc. Não há como cogitar de um contrato de agência sem identificar a base fática associada ao exercício da atividade empresarial.

Por outro lado, há contratos tipicamente civis, que mesmo quando celebrados por empresários no exercício de sua atividade não perdem a natureza civil, por não serem contratos cujo objetivo possa ser o exercício da atividade empresarial, como é o caso do contrato de doação e o contrato de comodato.

Há outros contratos, todavia, que ao mesmo em tempo que são instrumentos típicos das atividades civis clássicas, também são instrumentos do exercício da atividade empresarial, tendo sido invertida a natureza empresarial do contrato, como é o caso do mútuo, que se presume oneroso mesmo quando não há cláusula de juros, desde que se destine a fins econômicos⁵⁰⁴.

O crescente surgimento de novas operações econômicas justificou o aparecimento de diversos tipos contratuais, que embora não fossem regulados sob o ponto de vista legal, receberam uma normatização social, que foi recepcionada jurisprudencialmente.

Assim, contratos como o de *factoring*, *leasing*, cartão de crédito, entre outros, tiveram sua regulamentação definida a partir de sua tipicidade social e econômica, recepcionados pela jurisprudência, que conformou modelos jurídicos relativos a tais tipos contratuais.

Os chamados “contratos mercantis” foram o espaço privilegiado para a aplicação das principais construções teóricas do Direito Civil⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Artigo 591 do Código Civil: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual”.

⁵⁰⁵ Tullio Ascarelli menciona que a razão determinante desse fenômeno é o fato de que “os problemas do Direito Comercial se coadunam com os problemas mais debatidos de nossa época,

Como a vocação pragmática do Direito Comercial nunca induziu a formação de uma “doutrina” sólida a respeito dos contratos mercantis, a jurisprudência brasileira sempre utilizou-se da doutrina civil para resolução dos principais problemas relativos ao direito mercantil.

A própria aplicação da boa-fé objetiva, a resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, reconhecimento da lesão, entre outros modelos jurídicos voltados para o controle do conteúdo do contrato e, portanto e em certa medida, de controle da utilidade e justiça dos contratos, tiveram amplo desenvolvimento na solução de litígios em torno de contratos mercantis. A discussão a respeito da função social do contrato pode ser vista de maneira muito clara na doutrina e jurisprudência acerca dos contratos de representação comercial e distribuição mercantil, diversamente do que ocorre em relação aos contratos civis.

Os contratos tipicamente civis encontram na lei a solução para os litígios, sem margem significativa para a utilização de soluções extralegais e, portanto, centralizadas na composição e regulamentação dos conflitos.

A esse respeito e a título de exemplo pode-se analisar um dos mais importantes artigos jurídicos publicados no Direito brasileiro no início dos anos 90, que foi a análise realizada por Judith Martins-Costa a respeito das primeiras decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicando a boa-fé objetiva⁵⁰⁶. Embora este não seja o objeto da tese, a análise dos julgados dos principais Tribunais do País demonstra que foi a partir da publicação referida que tais decisões ganharam notoriedade nacional e que se iniciou um forte movimento jurisprudencial de aplicação da boa-fé objetiva na década de 90.

como os que respeitam ao intervencionismo estatal e à liberdade de iniciativa, à socialização e à propriedade privada; de outro lado, entretanto, a estrutura técnica dos institutos do Direito Comercial, parece, com frequência, participar daquela “neutralidade” que é peculiar à técnica, numa medida maior do que acontece com os institutos do Direito Civil”. ASCARELLI, Tullio. Panorama..., p. 52.

⁵⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio da boa-fé*. Revista Ajuris. Porto Alegre, p. 207 e ss.

No referido texto a análise recaiu sobre três decisões judiciais, duas das quais relativas a negócios jurídicos típicos do Direito Comercial, quais sejam, uma compra e venda de uma “pequena loja de vestuário” (venda do estabelecimento comercial), na qual foi reconhecida a incidência da boa-fé para obrigar o vendedor a “colaborar” com o comprador, independentemente da existência de cláusula contratual ou disposição legal expressa, e a outra trata da compra e venda de soja efetuada por Cooperativa de comercialização para sociedade exportadora. Neste caso o voto que aplicou a boa-fé objetiva determinou a preservação do equilíbrio econômico do contrato, permitindo sua revisão em face da defasagem inflacionária e cambial⁵⁰⁷.

A terceira decisão judicial analisada no referido artigo, além de também envolver aspectos do antigo Direito Comercial, como “notas promissórias”, “cobrança bancária”, trata da *teoria do adimplemento substancial*, cuja aplicação posterior pela jurisprudência pátria foi ampla nos contratos de *leasing* e alienação fiduciária, contratos tipicamente mercantis⁵⁰⁸.

O novo Código Civil trouxe a marca do antigo Direito Comercial para o Direito Civil, mediante a valorização dos usos e costumes, aumento do papel da boa-fé, proporcionando maior flexibilidade para o conjunto normativo do Código Civil.

⁵⁰⁷ TJRS, Ap. Civ. n. 5899073956, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado do Aguiar Júnior, Porto Alegre, j. 19.12.1989 e TJRS, Ap. Civ. n. 588059113, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado do Aguiar Júnior, Porto Alegre, j. 19.12.1989.

⁵⁰⁸ Exemplo de decisão judicial que demonstra a flexibilidade e a socialidade do Direito Comercial é acórdão de lavra do Desembargador Cristiano Graeff Júnior do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito do contrato de Distribuição Mercantil, cuja ementa é a seguinte: “A ruptura brusca de contrato de concessão mercantil ajustado por prazo indeterminado, que perdurou ao longo de mais de 40 anos, acarreta obrigação de indenizar os prejuízos resultantes da rescisão. Características desse contrato e sua distinção do contrato de agência e de representação comercial. Condições para o prazo razoável de denúncia. Aplicação do artigo 1.056, do Código Civil. Lei de Introdução a este Código, artigo 4º. Sentença reformada”. TJRGS, Ap. Civ. N. 31,693, 1º C.Civ. Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. em 20.03.1979, publicado na RJTJRG, v. 77, p. 238.

Ainda é preciso demonstrar o que anteriormente foi afirmado, que de nada serve distinguir Direito Civil de Direito Empresarial, se da distinção não resultam conseqüências jurídicas relevantes.

O melhor exemplo para análise da distinção é o contrato de compra e venda, pois com o advento do novo Código Civil não se pode dizer que houve uma extinção da compra e venda mercantil, ou da compra e venda civil, pois a natureza da operação econômica que subjaz a tal contrato continua sendo distinta e o próprio Código Civil reconhecendo tal distinção permitiu dentro de sua sistemática a sobrevivência não só da compra e venda civil e mercantil, como também de um terceiro gênero, que é a compra e venda das relações de consumo⁵⁰⁹.

O exame de alguns dispositivos do Código Civil é esclarecedor.

O artigo 482 do Código Civil, que reproduz o artigo 1126 do Código Civil de 1916 é expresso ao reconhecer que a compra e venda, quando pura, reputa-se perfeita desde que haja consenso em relação ao objeto e ao preço.

Tal dispositivo reforça a natureza consensual da compra e venda e também é um dispositivo que estabelece os elementos mínimos, os *essentialia negotia* da compra e venda, sem a qual a mesma não existe.

Sem preço ou sem definição do objeto, não há compra e venda.

⁵⁰⁹ No regime anterior havia a compra e venda civil, regulada no artigo 1.122 e ss. do Código Civil, e a compra e venda mercantil, no artigo 191 e ss. do Código Comercial, cujo regime tinha fundamentalmente distinções importantes. Uma das grandes discussões jurídicas estava no artigo 205 do Código Comercial que exigia a interpelação do vendedor ou comprador para que esse fosse constituído em mora, o que não era exigido pelo Código Civil de 1916 cujo conceito de mora era muito mais amplo e somente exigia a interpelação se não houvesse termo final estipulado. O artigo 209, segundo, do Código Comercial exigia que o objeto do contrato fossem coisas fungíveis, sempre admitindo execução da obrigação como coisa genérica, não obstante pudesse ter sido determinada. O artigo 211 do Código Comercial estabelecia que o prazo para reconhecimento dos vícios redibitórios era de 10 dias. Todavia, tal prazo era para reclamar e não para propor ação redibitória ou *actio quanti minoris*, como no Código Civil. O art 212 do Código Comercial presumia que a devolução da coisa com o recebimento pelo vendedor sem que esse depositasse a mesma judicialmente representava aceitação da resolução. As regras sobre vícios redibitórios e evicção conflitavam com o Código Civil, razão pela qual sempre havia problema sistemático de aplicação da lei, em razão de nessa matéria a jurisprudência aplicar, em geral, o Código Civil.

Nos artigos subseqüentes o Código Civil esclarece que o preço necessário não precisa ser, de imediato, uma quantia fixa em dinheiro, mas critérios para determinação do preço.

Porém, no artigo 488 o legislador inseriu uma regra aparentemente contraditória, pois admite a venda “sem fixação de preço ou de critérios para sua determinação”, caso em que deve ser obedecido o “tabelamento oficial”, ou, então, “o preço corrente nas vendas habituais do vendedor”.

Tal regra é elucidativa a respeito de sua incidência, pois embora pareça contraditória com a regra do artigo 482, seu âmbito de incidência é bem definido, pois faz referência expressa às “vendas habituais do vendedor”.

Quem vende habitualmente é o empresário, nos termos do que determina o artigo 966 do Código Civil, pois a atividade profissional e habitual é o critério essencial da definição do Direito Empresarial.

Por isso, o 488 somente incide naqueles casos em que o vendedor atua na condição de empresário com vendas habituais de determinado objeto, que justifique a existência de um preço “regularmente praticado”.

Se a compra e venda for “civil”, como é o caso da venda de algum bem que não se constitua em exercício de uma atividade habitual, incide o artigo 482 em sua extensão e, faltando preço ou critérios para sua determinação, o caso será de inexistência da compra e venda pela falta de elementos mínimos, constitutivos do negócio jurídico.

O artigo 488 além de demonstrar a preservação legislativa da compra e venda mercantil, agora “empresarial”, também possui sua incidência sobre outra espécie de contrato de compra e venda, que é a compra e venda típica das relações de consumo.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não discipline contratos em espécie, a sua incidência sobre o direito contratual tem por efeitos a criação de contratos cuja regulamentação é muito específica, tendo em vista que a sua forma

de constituição e seus efeitos são distintos dos contratos puramente civis ou empresariais.

O contrato pactuado no âmbito das relações de consumo tem um processo de formação diferenciado em razão da incidência dos artigos 30 e 46 do Código de Defesa do Consumidor, produzem efeitos distintos em razão do regime dos vícios do produto e do serviço, com prazos decadenciais e prescricional que não se coadunam com os do Código Civil.

A disposição interpretativa do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor não admite qualquer forma de interpretação subjetiva e limita, inclusive, a interpretação segundo a boa-fé, pois a interpretação deve ser a mais favorável ao consumidor.

Esse conjunto de disposições permite dizer que o conjunto de artigos a partir do artigo 481 do Código Civil, que regulamenta a compra e venda regula pelo menos três “modelos contratuais da compra e venda”: a compra e venda civil, compra e venda empresarial e compra e venda das relações de consumo.

Voltando ao artigo 488, pode-se ir adiante na definição de sua função de flexibilização da compra e venda, pois além de ser o instrumento que permite sistematicamente a coabitação normativa de mais um contrato debaixo de um mesmo bloco de artigos de lei, consiste em um ponto de mobilidade e abertura para os “usos e costumes”.

Os usos e costumes que ingressam através do artigo são o “preço costumeiro”, praticado pelo vendedor. Tal preço não é fixado em lei, tampouco é fixado por acordo das partes, mas é dado pelas práticas comerciais, como regularmente o vendedor atua no mercado.

O comportamento reiterado do vendedor precisa ser mantido dentro de uma retidão de sentido, obrigando-o a praticar o preço rotineiro, regular, costumeiro.

Nesse sentido, o dispositivo também contém um comando ético segundo o qual não é possível ao vendedor cobrar preço diferente daquele preço que regularmente pratica na gestão de seus negócios, salvo se houver ajuste prévio.

Esse comando ético está conforme as práticas regulares do mercado, já que numa sociedade estandardizada como é a nossa as pessoas muitas vezes prescindem da negociação a respeito do preço de produtos que possuem preço fixado no mercado.

Ou seja, a disposição constante no artigo 488 pode ser vista, também como um comando normativo que obriga o vendedor a se comportar de determinada maneira, proibindo-o de cobrar preço que não seja o “preço costumeiro”, regra de caráter ético cujo papel é proporcionar segurança jurídica para a melhor circulação do tráfego econômico e jurídico, através da preservação da confiança. Ao cumprir este comando o contrato está realizando sua função social⁵¹⁰.

O artigo 488 juntamente com as demais regras a respeito da compra e venda mudou o critério conceitual da compra e venda. No regime do artigo 191 do Código Comercial compra e venda mercantil era aquela que tinha por objeto efeitos móveis ou semoventes para revender a grosso ou a retalho ou para alugar o uso.

Esse critério está ultrapassado, pois a compra e venda empresarial é aquela praticada pelos empresários, não importa que seja de bens móveis ou imóveis, tampouco se o objetivo é a revenda ou locação.

A compra e venda de bens imóveis pode ser considerada como compra e venda empresarial, sem qualquer óbice legal ou lógico. A atividade imobiliária atualmente sofreu grande transformação, que eliminou o caráter estático que estava posto no Código Civil de 1916. Quando o contrato for dirigido a fins

⁵¹⁰ A vinculação entre confiança e solidariedade social também é realizada por MACEDO JR., Ronaldo Porto, Op. cit., p. 178 e ss, ao desenvolver a descrição de seu modelo de contrato relacional: “ A confiança constitui, pois, um dos elementos do conceito de solidariedade”, (...) “o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico”. p. 179.

habitacionais, incidem as regras que disciplinam as relações de consumo, assim como as regras da compra e venda. Também pode ser o caso da incidência da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei de Incorporações Imobiliárias), ou da Lei 6.769, de 19 de dezembro de 1979, que regula os loteamentos imobiliários.

Em segundo lugar, a compra e venda de bens imóveis transformou-se em instrumento de um setor do mercado que atua no setor construtivo e de valorização imobiliária, mediante o financiamento da construção civil e evidentemente de circulação do capital.

É comum a compra de imóveis por investidores que aportam recursos para a construção de edifícios. Utilizam-se da constituição de sociedades em conta de participação, consórcios e o regime de construção a preço de custo, com a única e exclusiva finalidade de revender os imóveis ou suas participações de capital após a conclusão da obra, com evidente lucro.

A compra e venda de imóveis reveste-se das características próprias da compra e venda empresarial, que tem como características uma flexibilidade maior seja em razão do artigo 488, seja uma maior flexibilidade em relação à qualidade da prestação, já que a qualidade exigida pelo investidor não é a do uso, mas a aptidão para a futura venda.

Portanto, não é mais vigente a regra segundo a qual toda a compra e venda imobiliária é civil, em face da nova sistemática posta no Código Civil.

A caracterização da compra e venda empresarial também prescinde da destinação do bem ao comércio, pois a compra e venda de equipamentos e de insumos da atividade empresarial não são destinados sempre para a revenda. Mas não é por isso que a compra e venda deixa de se submeter às regras do Direito Empresarial, já que a finalidade do destino da “mercadoria” não é critério essencial neste caso, em que predomina a identificação da “atividade” do vendedor e do comprador.

O destino do bem passa a ser relevante se a relação for de consumo, pois a relação de consumo *stricto sensu* é aquela definida no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que exige do comprador que este seja o destinatário final da mercadoria. Destinatário final é aquele definido sob o ponto de vista econômico, que não possa repassar os custos da aquisição da mercadoria para terceiros em razão do exercício de alguma atividade profissional.

Deve-se deixar claro que não basta um empresário celebrar uma compra e venda para que esta seja considerada empresarial. É preciso que essa compra e venda seja efetuada em razão do exercício de suas atividades habituais.

Por isso, se uma sociedade empresária realiza a venda de um imóvel que pertence ao seu ativo imobilizado para alguém que pretende edificar uma residência, esse contrato não é empresarial, tampouco integra uma relação de consumo. Trata-se da velha compra e venda civil.

A conclusão desse exemplo é a de que, em primeiro lugar, há relevância na distinção entre Direito Civil e Direito Empresarial no âmbito do direito obrigacional, seja pela autonomia científica, quanto no que respeita a autonomia normativa de cada matéria.

Em segundo, a distinção entre as regras civis e empresariais não estão simplesmente em uma distinção simples como a do artigo 191 do Código Comercial de 1850, mas em dois elementos centrais no novo Código Civil, que são: a) a função social típica da operação econômica subjacente; e, b) a natureza da atividade negocial, se realizada de maneira habitual e profissional, critério ditado pelo artigo 966 e parágrafo único do Código.

Além disso, a marca da socialidade está associada ao exercício das atividades empresariais, o que torna a função social dos contratos um instrumento de aplicação judicial do direito de extrema importância.

A disciplina da função social dos contratos está intimamente ligada à unificação das obrigações civis e mercantis, pois a referência contínua à

socialidade é um dos critérios mais importantes para a distinção do âmbito de incidência da disposição legal. Isto porque a identificação da operação econômica regulada pela relação contratual e a análise do fim prático que se quer alcançar com determinado contrato é essencial para o controle do conteúdo do mesmo, segundo os critérios de utilidade e justiça ditados pelo sistema.

Disposições como a do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, assim como o artigo 720, ou mesmo disposições como o artigo 478 do Código Civil, têm na identificação da “natureza da operação econômica” um critério para a incidência e atribuição de determinada eficácia jurídica.

Todos os dispositivos antes mencionados, entre outros do Código Civil que são orientados pela diretriz da socialidade, constituem-se em instrumentos de controle da autonomia privada, com o objetivo da preservação do contrato como instrumento de segurança e previsibilidade das relações intersubjetivas, que precisam ser norteadas por um ideal de justiça e utilidade.

Para além disso, a grande diferença que historicamente sempre foi apontada pelos comercialistas entre o Direito Civil e o Direito Comercial foi a contraposição entre rigidez e flexibilidade.

Pois bem, o novo Código Civil dotou o Direito Civil da flexibilidade que sempre foi a marca do Direito Comercial, o que justifica a afirmação de que ocorreu um processo de “comercialização” do Direito Civil.

A questão posta aqui não diz respeito à unificação das obrigações civis e mercantis, que representa um processo inverso, já que a mesma flexibilidade do Direito Comercial permitiu a utilização das regras obrigacionais construídas no Código Civil, cuja sistematicidade e completude que lhe são próprias superavam em muito a estrutura normativa das obrigações mercantis postas no Código Comercial.

Basta ver o comportamento da jurisprudência durante o século passado para observar como as regras obrigacionais civis foram aplicadas sobre relações tipicamente mercantis.

A nova regulamentação indica claramente a unificação normativa. Porém, ao mesmo passo em que houve a unificação normativa, não se pode dizer que materialmente houve unificação, pois as operações econômicas regidas pelo Direito Civil são essencialmente distintas das operações empresariais.

O que antes se chamou de comercialização do Direito Civil teve também o papel de harmonizar sistematicamente o Código para permitir que as relações empresariais fossem reguladas pelo mesmo sistema legal, não obstante a diferença fática entre as relações típicas das duas áreas do direito.

A uniformização decorrente da maior flexibilidade das normas de Direito Civil, proporcionada pela inclusão de cláusulas gerais nas quais há referências contínuas à boa-fé, bons costumes e usos e costumes produziu o efeito esperado que foi o de compatibilizar em um só diploma legal a disciplina das obrigações civis e mercantis, mas não produziu uma uniformização completa das relações jurídicas, pois apesar de uma unificação geral, continuam a existir regras particulares dentro do próprio Código, conforme foi demonstrado acima no exemplo da compra e venda.

O elemento extremamente relevante foi a transmutação do sistema, que atribui ao chamado “poder social” um papel significativo no preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais do novo Código Civil, seja através da função social, de maneira direta, seja através da eticização das relações contratuais.

Isso tem reflexo direto sobre o conteúdo da liberdade contratual e sobre os limites da atuação Judicial no preenchimento da cláusula geral da função social dos contratos, o que é tema da terceira parte desta tese.

TERCEIRA PARTE – A LIBERDADE DE CONTRATAR E A SUA FUNCIONALIZAÇÃO NO SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Je tiens à préciser immédiatement que je ne suis pas un philosophe, même un philosophe du droit, et que c'est en qualité de juriste que j'envisagerai l'utile et le juste⁵¹¹.

A terceira parte desta tese propõe que a tradição condicionou e condiciona uma determinada interpretação da eficácia da regra do artigo 421 do Código Civil. Com base nas duas partes precedentes pode-se afirmar que a função social dos contratos no Código Civil vigente tem um sentido técnico que precisa ser obedecido, sob pena de distorção do texto da lei.

Como menciona Ghestin no texto supra, é possível ao jurista desvendar e compreender, para depois aplicar, o sentido de expressões que sob o ponto de vista filosófico podem levar a debates intermináveis.

A função social, portanto, precisa ser compreendida no contexto de sua afirmação como texto de lei, no capítulo de abertura das regras sobre o Direito Contratual, bem como das idéias que lhe foram determinantes.

⁵¹¹ GHESTIN, J. L'utile et le Juste..., p. 35.

Partindo-se desses pressupostos, esta parte demonstrará que a função social dos contratos é cláusula geral que tem o papel sistemático de integração de todas as normas do Direito Contratual, com especial eficácia no âmbito dos contratos empresariais. A consequência prática disso é a submissão de todos os contratos previstos em leis especiais ou contratos inominados ao princípio da socialidade positivado na cláusula geral.

Por isso, serve a cláusula geral como regra de interpretação e de integração das demais disposições legais que disciplinam os contratos.

Como regra para resolução de conflitos da vida privada, a cláusula geral tem uma estrutura que conforma o “contrato” no Direito brasileiro, fazendo com que seja compreendido como “instrumento” que o ordenamento põe à disposição dos particulares para o exercício de um dos elementos centrais da personalidade, que é a liberdade de regulamentar de maneira autônoma as relações intersubjetivas de caráter econômico. O contrato é disciplinado como um instrumento para realização de parte dos atos reservados à “autonomia privada”, por meio da chamada “liberdade de contratar”, consistente no poder de disciplinar com eficácia jurídica as relações econômicas realizadas entre os particulares, garantindo, com isso, segurança e previsibilidade.

Esse poder, que é a liberdade de contratar, é conformado pelos fins para os quais foi instituído, razão pela qual há necessidade de uma correspondência entre a a “veste” e o “corpo”, traduzidos estes como o regulamento decorrente do ato voluntário bilateral que gera o preceito e o substrato econômico-social que se pretende regulamentar.

A necessidade de correspondência do “fato social” com o “preceito jurídico” faz parte do fenômeno de juridificação e incorporação dos fatos no plano jurídico, como mecanismo de constante atualização dos tipos reconhecidos pelo ordenamento como úteis e justos.

Isso por consequência transforma o Direito Contratual em uma área do Direito com importante papel na regulação da vida social, tendo em vista que esse

processo de transição do plano fático para o jurídico, com necessidade de obediência dos fins sociais reconhecidos como dignos de tutela jurídica serve como instrumento sistemático de preenchimento das normas jurídicas, ao mesmo tempo que serve para conformar o comportamento social e ditar padrões de conduta aos agentes do mercado.

Capítulo V — A Liberdade de contratar no Código Civil e sua perspectiva constitucional

Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico⁵¹².

A adoção do princípio da socialidade no novo Código Civil e em especial da cláusula geral da função social no artigo 421 afirma a liberdade contratual.

Esse enunciado tem como pressuposto (a) a evolução histórica da autonomia privada e o surgimento da doutrina da função social, já apresentada no primeiro Capítulo; (b) as diretrizes legislativas levadas a cabo nos quase 30 anos de processo legislativo que resultou no Código Civil (Capítulo II); e (c) o fundo culturalista que estruturou o sistema do Código Civil, conforme tratado no Capítulo III.

⁵¹² BETTI, Emilio. *Negozió Giuridico. Novíssimo Digesto Italiano*, p. 209.

O sentido e o significado do texto da lei não podem ser apreendidos, com desprezo dos elementos fornecidos pela tradição, que nos dá os pressupostos teóricos para interpretação da disposição legal e do texto constitucional, este responsável pelos valores e princípios reitores de todo o ordenamento.

A razão da vinculação da norma com a tradição tem relação com o novo papel da Lei Civil. Fixar parâmetros, diretrizes, bem como estruturar sistematicamente um conjunto de normas cuja aplicação depende da aplicação de toda a carga valorativa do ordenamento, tendo em vista que o novo sistema, fundado a partir do texto constitucional, tem caráter axiológico e permite a aplicação tópica do Direito.

Esse caráter axiológico do sistema permite que princípios como socialidade e autonomia privada não se oponham de maneira antitética. Pelo contrário, permitem a formação de uma síntese, que é uma autonomia privada baseada na socialidade.

Conforme já foi afirmado no capítulo anterior, há uma complementaridade no artigo 421, que permite o uso da tópica jurídica a partir de critérios sistemáticos, sem contradição entre liberdade de contratar e a respectiva função social, derivada do princípio da socialidade.

A “liberdade individual” e a “socialidade” estão condicionadas numa relação permanente e progressiva que impede a compreensão de uma sem a outra, pois formam uma unidade concreta em sua relação, na perspectiva de co-implicação e de funcionalidade, cujo resultado é uma totalidade de sentido ao contrato integrado na realidade econômica e social.

A base culturalista do Código Civil não eliminou a proteção aos bens que o Código Civil de 1916 procurava proteger: liberdade de contratar e primado da lei na disciplina da ordem pública. A lei de uma maneira geral, e, como sinônimo de ordem pública, deve ser obedecida, assim como continua plenamente em vigor a proteção da liberdade nos atos da autonomia privada.

Porém, a função social foi posta como fundamento da liberdade de contratar, e, por isso, os contratos precisam ter um conteúdo reconhecível como socialmente relevante e útil.

O controle da utilidade e relevância do contrato e a respectiva funcionalização não é uma novidade. Basta ver a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Terra, a Lei de Abuso do Poder Econômico, o Código de Defesa do Consumidor para observar que há muito tempo o Estado intervém no âmbito da autonomia privada, limitando-a severamente, baseado no princípio da socialidade.

A novidade da função social no Código Civil vigente está associada à inserção de uma cláusula geral na abertura do capítulo a respeito dos contratos.

O artigo 421 não deixa dúvidas sobre a base da liberdade contratual e do contrato que estruturam o sistema do Direito Privado. Isto é diferente da regulação das leis especiais que estavam voltadas para a socialidade, nas quais não havia menção expressa da “socialidade”, tampouco havia espaço para que o Juiz se utilizasse deste princípio para resolução de casos concretos: o próprio legislador dava a solução que entendia mais conforme à socialidade.

A título de exemplo, tome-se a Lei do Inquilinato (Lei 8.245, de 18.10.1991), com sua forte conotação social e sua limitação à autonomia privada. Embora tal lei consagre o princípio da socialidade, não há um só dispositivo que autorize o Juiz a decidir de maneira expressa em favor da “teleologia social” posta nos seus artigos, tampouco cláusula geral que reconheça tal papel. A disposição que permite alguma liberdade de decidir ao Juiz é o artigo 45 ao fazer referência aos “objetivos da lei”, uma teleologia dirigida à proteção dos fins reconhecidos expressamente, como é o caso da renovação compulsória do contrato⁵¹³, etc.

⁵¹³ “Artigo 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente Lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no artigo 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto”.

Ou seja, em leis como a do Inquilinato, o legislador reconheceu a necessidade de intervir no direito contratual para que os particulares, ao contratar, respeitem valores que interessam à sociedade e não apenas àqueles que interessam unicamente às partes. Ao fazê-lo, reservou a si o papel de dizer expressamente os limites de tal intervenção.

Situação inversa está posta no artigo 421 do Código Civil, pois o Estado outorgou ao juiz um “mandato” (limitado) para que identifique e faça valer a “função social” do contrato. Obedecidos os limites sistemáticos, legais e aqueles forjados pela tradição, é facultada a aplicação direta do princípio da socialidade.

No período anterior ao Código Civil vigente as leis especiais que limitavam o poder de contratar excepcionavam o sistema. A partir do advento do novo Código Civil, deixa-se de falar de “autonomia da vontade” e passa-se a tratar da “liberdade de contratar” e da “autonomia privada”.

Isso porque a função social deixou de ser um simples limite da “autonomia da vontade”, para tornar-se um elemento estrutural da “autonomia privada”, cujo instrumento essencial é o “contrato”.

O fato de o artigo 421 ter previsto expressamente função social é importante, mas não é essa a razão essencial. A razão essencial foi a estruturação das normas do direito contratual voltadas para a diretriz da socialidade, tendo no artigo 421 a cláusula geral que irradia e centraliza normativamente tal diretriz no âmbito do direito contratual.

Essa inserção, porém, precisa ser compreendida em toda sua extensão, para que não ocorram distorções na análise de seu conteúdo, tendo em vista que a “socialidade” manifesta-se de maneira completamente distinta no âmbito do direito das coisas, na função social da propriedade, matéria cujo estudo já é tradicional no direito brasileiro.

A cláusula geral do artigo 421 trouxe como ingrediente o controle do conteúdo do contrato, mediante a exigência de que este corresponda a valores

socialmente úteis e relevantes, o que implica modificação dos três principais efeitos da liberdade contratual: possibilidade de escolha do tipo jurídico, liberdade de estipulação e faculdade de decidir entre contratar ou não contratar.

A. Limitação da Liberdade de contratar, liberdade de estipulação e liberdade de escolha do tipo jurídico sob o enfoque da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil

A função social tal qual está posta no Código Civil consiste numa norma estrutural da autonomia privada no plano do Direito Contratual, cuja construção foi determinada pelo acolhimento de um conjunto de idéias formadas a partir do final do século XIX em torno da teoria do negócio jurídico e da análise do Direito sob o ponto de vista social.

A autonomia privada foi concebida no Código Civil como um espaço de liberdade dentro do qual os particulares podem fixar preceitos para disciplinar o seu comportamento para o futuro.

Essa possibilidade de regulamentação atribui ao contrato uma “função normativa” que precisa ser atendida, já que o contrato é o “meio”, o “instrumento” para o exercício da autonomia privada no âmbito das relações econômicas. A vontade deixa de ser “o elemento” central e passa a ser um ingrediente indispensável para a formação do contrato, mas uma vez celebrado o contrato, o que passa a ser relevante juridicamente é o seu caráter preceptivo, com o qual se confunde⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Embora tanto o preceito quanto uma norma concreta sejam estruturas de dever-ser com todas as características de um comando sobre o comportamento humano, dotado de sanção como forma de coerção, a norma é ato de heterocomposição, como é uma sentença, enquanto o preceito contratual é ato de autocomposição. Além disso, a norma é ato revestido de autoridade, enquanto o preceito é ato de autonomia.

A função atribuída ao contrato exige que ele corresponda ao “interesse social” de garantir previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica, que são os elementos indispensáveis para o funcionamento da vida econômica.

Porém, se o contrato for celebrado para a realização de função distinta, o ordenamento jurídico impede a produção de efeitos ou determina efeitos diferentes daqueles que foram originariamente concebidos a partir de um ato de “vontade”. Fica evidenciado que não vige no novo Código Civil o brocardo segundo o qual “quem diz contratual, diz justo”, porque o conteúdo do contrato é determinante para a sua validade e eficácia.

A limitação da liberdade de contratar a partir da cláusula geral do artigo 421 atinge a autonomia privada em seus três pontos centrais: liberdade de decidir a respeito da celebração do contrato; liberdade de definição do conteúdo do preceito; e, liberdade de escolha do tipo jurídico.

Embora se possa fazer uma separação didática sobre o que consiste a liberdade de contratar, trata-se de faculdades que estão interligadas e dizem respeito ao espaço de auto-regulamentação próprio das relações intersubjetivas.

A possibilidade de alguém estar obrigado a contratar, ou obrigado a não contratar, traz conotações de natureza constitucional, que serão objeto do item B deste capítulo.

Já a liberdade de estipulação do conteúdo do contrato está vinculada diretamente com a concepção de *função social típica*, que limita a possibilidade de estipulação contra o que é considerado pelo ordenamento como relevante sob o ponto de vista jurídico.

Deve-se lembrar que a liberdade de estipulação é limitada pela lei, pela boa-fé, pelos bons costumes, pelos preceitos dos contratos de adesão (ou submetidos às condições gerais dos negócios), e, também pela função social.

No caso da função social dos contratos, a limitação tem mecanismo e âmbito distinto de todos os demais casos de limitação, pois o controle funcional do

instrumento de exercício da liberdade contratual se dá pelo controle da função social típica e, portanto, da tipicidade social.

Ou seja, o mecanismo de controle do conteúdo do contrato através da função social se dá pela limitação da escolha do tipo jurídico. Não se pode, portanto, diferenciar limites à liberdade de estipulação com a liberdade de escolha do tipo jurídico.

1. Da liberdade de escolha do tipo jurídico

Segundo a concepção de Emílio Betti, autor cujas idéias foram realçadas na composição da tradição que resultou no artigo 421 do Código Civil, conforme já tratado nos capítulos anteriores, o controle do conteúdo do contrato se dá pela compatibilidade entre os fins que se pretendem alcançar através da declaração negocial, e os fins que tipicamente são reconhecidos como socialmente úteis e relevantes.

Em primeiro lugar, a expressão “controle” é utilizada em razão de que não há um conteúdo normativo determinado para o contrato, que não se baseia em parâmetros fixos, tampouco há uma “tipicidade estrita” ditada pela lei. O “controle” está no texto do artigo 421, segundo o qual a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”.

O dispositivo cria uma concessão legal para o Juiz perquirir qual a “razão” da celebração do contrato. Esta razão sob o ponto de vista jurídico não pode ser a razão individual, particular e subjetiva, que são os motivos do contrato, mas sim as razões que comumente acompanham os contratos, a razão objetiva, que é identificada em nosso ordenamento como a causa do contrato.

Tal concessão contraria linha doutrinária que considerava a modificação de determinado negócio como *ratio legis* para a alteração legislativa, sem

possibilidade de influenciar sobre o regime concreto de cada negócio. Antônio Junqueira de Azevedo sustentava que o “elemento categorial inderrogável” é a estrutura jurídica e não a função, que não poderia influenciar na produção dos efeitos, mas somente sobre a atuação do legislador⁵¹⁵.

Sobre este aspecto deve-se observar que a adoção da concepção de Emílio Betti de que em todos os contratos há uma tipicidade social tem como óbice prático a circunstância de que todos os novos contratos conhecidos como socialmente típicos, somente adquiriram essa característica após sua incorporação ao *modus vivendi* de uma dada coletividade. Porém, antes disso, em algum momento, foram estrita novidade, fruto da criatividade e do empreendedorismo privado.

Ou seja, a teoria da tipicidade social, adotada no artigo 421, foi temperada pelo artigo 425, segundo o qual é reconhecida a possibilidade de serem celebrados contratos atípicos.

E, sobre esse aspecto, poder-se-ia concluir que o ponto fraco do que afirmado neste capítulo (vinculação entre função social e tipicidade social) é a regra da atipicidade. Todavia, o novo Código Civil mudou muitas regras, deixando de lado a relação entre o que é acessório e principal,⁵¹⁶ assim como entre o que é típico e atípico, nominado e inominado.

A atipicidade legal é a regra. Isso é indiscutível.

Contudo, o sistema de controle implantado com a cláusula geral da função social dos contratos passou a exigir a adequação funcional do contrato, que exige

⁵¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico – Existência, validade e eficácia. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 148 e 149: “A função, portanto, influi enormemente como *ratio juris* da norma, mas não diretamente sobre o negócio”.

⁵¹⁶ O artigo 58 foi revogado porque o Código Civil mudou a relação entre o acessório e principal. No regime anterior, presumia-se que o acessório sempre seguia o principal, salvo disposição em contrário. Agora, não há tal regra. As partes integrantes essenciais seguem o principal, as partes integrantes não essenciais seguem o principal, salvo cláusula em contrário e as pertenças não seguem o principal, salvo cláusula em contrário. Da mesma maneira, no novo Código Civil foi reconhecida a concepção de tipicidade social inimaginável ou irrelevante no regime anterior. Assim são os artigos 473, parágrafo único, artigo 445, § 2º, etc.

o controle da tipicidade como mecanismo de validação do conteúdo socialmente útil e justo. A liberdade de contratar foi condicionada pela necessidade do cumprimento de sua função social, e, por isso, os contratos precisam ter um conteúdo reconhecível como socialmente relevante e útil.

Isso não é uma absoluta novidade, pois mesmo em um sistema com forte caráter individualista se sustentava que “o escopo atípico se há-de justificar como digno da tutela do Direito, reflectido certa utilidade tanto particular como colectiva”. Em sistemas com caráter social mais marcante, como é o caso do Código Civil vigente, o controle é “mais apertado e eficaz”⁵¹⁷.

O reconhecimento da relevância e utilidade tem como principal critério o construído pela teoria do negócio jurídico de Emílio Betti, que identifica na tipicidade social da operação econômica subjacente, na causa do contrato, os elementos necessários para que o Juiz avalie a existência de uma razão objetiva que justifique a tutela estatal.

No entanto, a criação de uma disposição que permite a criação de negócios atípicos é um mecanismo para que o caráter conservador do Direito não emperre o desenvolvimento social e, conseqüentemente, jurídico.

A liberdade contratual não é liberdade para se fazer o que quer, mas um poder de dar ordenar os próprios interesses em uma dimensão social, na qual não se pode deixar de compreender a essencial relatividade histórica do que se qualifica como “típico” segundo o ordenamento vigente⁵¹⁸.

Também deve-se considerar que a disposição do artigo 425 contrasta com a regra da tipicidade estrita dos negócios jurídicos unilaterais, o que revela uma outra dimensão da liberdade contratual, que é o seu caráter social e cooperativo. Não basta a declaração autovinculativa do sujeito para o nascimento de uma obrigação

⁵¹⁷ CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p.16.

⁵¹⁸ BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico. Novíssimo Digesto Italiano*, p. 216.

válida, ainda que haja plena liberdade no ato de vontade, pois a tipicidade estrita dos negócios jurídicos unilaterais impede tal eficácia.

Já no âmbito contratual a regra é diferente, em razão da natureza social do ato de vincular-se pela interpenetração de duas esferas de liberdade. A partir do momento em que ocorre a declaração negocial, ou até antes, no processo de aproximação para celebração do contrato, a liberdade individual cede lugar a um regulamento que sai da disponibilidade de qualquer das partes e assume uma conotação social com uma função a cumprir.

Embora a origem da disposição do artigo 425 seja o artigo 1.322, segunda parte⁵¹⁹, do Código Civil italiano, o responsável pela introdução no Código Civil brasileiro foi Agostinho Alvim, tendo a redação do artigo permanecido sem alterações durante todo o processo legislativo. A liberdade contratual compreende liberdade de decidir contratar ou não, liberdade de estipulação e, também, liberdade de escolha do grupo de efeitos que se quer atribuir ao contrato⁵²⁰.

A esse respeito a concepção de Betti contextualiza que a função social típica não obedece mais a esquemas rígidos como os esquemas romanos, em que o tipo do negócio era determinante para que se pudesse ter uma *actio*, não havendo qualquer esquematismo em relação à tipicidade. Atualmente, as causas são típicas sem ser taxativamente indicadas pela lei, mas por serem “admitidas pela consciência social, como correspondendo a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro, e, como tais, são dignas de tutela jurídica”, podendo ser determinadas por concepções dominantes na “consciência social da época, nos vários campos da economia, da técnica e da moral”⁵²¹.

⁵¹⁹ “**Art. 1.322 Autonomia contrattuale.** Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

⁵²⁰ REALE, Miguel. Código Civil. Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, sem data.

⁵²¹ BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 373.

Essa tipicidade social tem a função de orientar e limitar a autonomia privada, sendo mais elástica na conformação dos tipos, remetendo “para as valorações econômicas ou éticas da consciência social”, havendo menção expressa do autor italiano de que tal concepção foi adotada no artigo 1.322 do Código Civil italiano, bem como nos artigos 1.174⁵²² e 1.325, 2^o⁵²³ do mesmo diploma legal⁵²⁴.

Betti, ao comentar o Código Civil italiano, está analisando sua parte final, que é o condicionamento da possibilidade de escolha dos tipos, os interesses dignos de tutela, e não a possibilidade em si, a liberdade de celebração de negócios atípicos.

De qualquer maneira, assim no Direito italiano como no brasileiro, a escolha dos tipos jurídicos sempre foi uma possibilidade, desde que não seja caracterizado o negócio jurídico indireto que tenha por objetivo fraudar disposição legal de natureza cogente⁵²⁵.

⁵²² Artigo 1174 Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (Cod. Civ. 1.256 e seguente, 1.411 e seguenti).

⁵²³ Artigo 1.325 Indicazione dei requisiti. I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti (1.326 e seguenti, 1.427); 2) la causa (1.343 e seguenti); 3) l'oggetto (1.346 e seguenti); 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (1.350 e seguenti).

⁵²⁴ BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, v I, p. 374.

⁵²⁵ O negócio jurídico indireto é aquele que apresenta o aparato de um determinado tipo legislativo, mas traz em seu âmago a destinação a um fim incongruente com o tipo. CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1951, suplemento X. Exemplos clássicos são a compra e venda e o depósito realizados com o fim de constituir garantia, ou a compra e venda para realizar um ato de liberalidade.

Orlando de Carvalho sintetiza um dos problemas centrais do negócio indireto e sua vinculação com o tema desta tese: “saber se, apesar da destinação a um fim que parece incongruente com a estrutura do negócio, que, por vezes, altera o meio negocial pondo em risco as suas notas essenciais, ainda podemos dizer que ele tem essas notas, que corresponde ao *tipo* declarado pelos contraentes. É, como se vê, o problema da subsistência da causa-função ou do escopo típico do negócio”. p. 22 e 23.

A posição de Orlando de Carvalho é a de que o negócio indireto é fruto do “direito vivo”, não obstante seja comum a sua utilização fraudulenta. Todavia, em si, “o negócio indirecto não é fraudulento nem deixa de o ser (...) mas não é lícito votar ao ostracismo uma figura prática do seu alcance, só porque a utilidade se paga, às vezes, também com um pouco de ilegalidade...”. p. 55.

Um caso clássico no Direito brasileiro em que é limitada a possibilidade da escolha do tipo jurídico é o caso da compra e venda utilizada como instrumento para constituição de uma garantia de recebimento de determinada quantia emprestada. Mesmo antes do artigo 421 do Código Civil a jurisprudência não admitia a dissociação entre a operação econômica realizada e o tipo socialmente tutelado pelo direito, que é o contrato de compra e venda. O ordenamento jurídico nega efeitos e não tutela tal negócio, pela absoluta falta de cumprimento da função econômico social do contrato de compra e venda.

Tal caso, que é conhecido no direito brasileiro como pacto comissório ilícito, é um dos negócios indiretos mais comuns e perversos da realidade privada⁵²⁶.

Poder-se-ia, neste ponto, ponderar que o caso não diz respeito à atipicidade, mas a um desvio de causa. Mas qual é a diferença?

O desvio de causa e a atipicidade possuem relevância somente sob o ponto de vista teórico, pois sob o ponto de vista prático não há como distinguir os casos em que uma determinada estrutura é usada para um fim “útil e justo”, dos casos em que é usado para fins reprováveis pelo ordenamento.

Como meio de atenuação, a regra do artigo 425 serve como escape para afastar da ilicitude toda e qualquer utilização de estrutura para fins não reprováveis pelo ordenamento.

E, nesse ponto, deve-se observar uma grande dissociação entre a doutrina e a jurisprudência brasileiras.

A doutrina majoritária no Direito brasileiro geralmente ignora o problema da função típica dos negócios, na defesa intransigente da possibilidade irrestrita da

Ao examinar o problema da tipicidade estrita dos negócios reais (*numerus clausus*), afirma que sua justificativa é a função social, que não se reproduz da mesma maneira no Direito Contratual. p. 60.

⁵²⁶ Superior Tribunal de Justiça, RESP. n. 2216/SP, 3ª Turma, Rel. Nilson Naves, j. 28.05.1991, DJ. 01.07.1991, RESP. 475.040/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.06.2003, DJ. 13.10.2003, RESP. 2216/SP, etc.

realização de negócios indiretos e fiduciários, principalmente com o objetivo de admitir tipos contratuais do Direito estrangeiro que são incompatíveis com o sistema pátrio, como é o caso do *trust*, ou determinadas modalidades de garantias⁵²⁷.

Antonio Junqueira de Azevedo chega sustentar de maneira expressa a irrelevância da função típica dos contratos e defende, por exemplo, que é possível a utilização da compra e venda como instrumento de garantia⁵²⁸.

⁵²⁷ Uma análise acurada sobre o conceito de negócios indiretos, a diferença entre estes e os negócios simulados e sobre as dificuldades estruturais para a adoção do *trust* no Direito brasileiro é feita por MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 657, julho de 1990, p. 37 e ss. Embora apresente os problemas decorrentes de nosso regime de propriedade e de separação entre planos (obrigações e coisas), a opinião da autora é a da utilidade dos negócios fiduciários, com sua atipicidade e flexibilidade. Ver também SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1996. Este último menciona que é possível se atingir alguns efeitos do *trust* através da utilização da constituição de renda, da formação de sociedades por ações, fundações, mas sem uma eficácia idêntica ao sistema anglo-americano. Embora seja um entusiasta da matéria, manifesta expressamente que no Brasil “seria mais simples e prático remediar as deficiências existentes em relação a cada uma das figuras acima descritas, através da alteração de seu regime jurídico específico, do que procurar introduzir o *trust* no Brasil, dadas as amplas alterações do Direito material e processual que para tanto seriam exigidas, bem como dada a existência de prioridades mais urgentes relativas à organização da justiça e a torná-la mais eficiente para o cumprimento de suas finalidades”. p. 84.

Outra importante obra sobre o tema é a de CHALHUB, Melhim Namem. *Trust – perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. O autor também é entusiasta da matéria, mas o próprio título do trabalho (perspectivas) já é um indicativo das limitações do Direito brasileiro para o reconhecimento do *trust*, sem que haja radical modificação legislativa na estrutura do Direito de Propriedade. Chalhub, no entanto, menciona fins práticos que podem ser alcançados a partir de institutos como o patrimônio de afetação, que possuem reconhecimento legislativo e eficácia compatível com o sistema jurídico pátrio.

É elucidativa o início da terceira edição da obra de CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Renovar, 2006, “nota sobre a 3ª edição”, na qual menciona que desde a 1ª edição de sua obra no ano de 2000 surgiram várias leis (Código Civil, Lei de Falências, Lei 10931, de 02 de agosto de 2004, Lei 10.076, de 30 de dezembro de 2004 e Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005), reconhecendo novas espécies de negócios fiduciários, confirmando a afirmação desta tese, segundo a qual é limitada a possibilidade de negócios fiduciários que não sejam tipificados legalmente.

⁵²⁸ “Se tomarmos como objeto de reflexão a compra e venda e se aceitarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial a integrar o objeto, e causa, definida, conforme geralmente se faz, como função prático-social do negócio, ou como função econômico-social, pois haverá total correspondência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas como a função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na

Entretanto, uma análise histórica das decisões a respeito da matéria, seja decisões do Supremo Tribunal Federal ou de outros Tribunais do País aponta para o controle da causa do contrato, considerada esta como função social típica. A causa é utilizada como instrumento para garantir o cumprimento da função do contrato, de ser instrumento regulatório da autonomia privada. Em nenhuma hipótese se admite que o contrato seja instrumento para atribuições patrimoniais sem causa ou, nos casos em que a causa é indireta, resulte em fim vedado pelo ordenamento⁵²⁹. Mesmo no que respeita aos contratos gratuitos, o Direito brasileiro tem rejeitado a utilização da compra e venda para realização de doações inoficiosas, ou, da estrutura de contratos gratuitos (comodato, especialmente) para obter indevidas posições vantajosas como é comum na distribuição de combustíveis, derivados de petróleo, cervejas e refrigerantes⁵³⁰.

compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse *diretamente* o tipo do negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda), nem em todas as outras hipóteses de negócio indireto, justamente por que é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico – Existência, validade e eficácia, p. 148.

⁵²⁹ Exemplo de decisões nesse sentido são aquelas que consideram que o contrato de leasing é socialmente típico e que o não cumprimento dos requisitos inerentes à sua função social típica desnaturam-no. Assim, se o valor residual garantido é antecipado, não há opção de compra ao final, ou opção de renovação do contrato, tem-se uma compra e venda a prazo e não leasing. A esse respeito, entre outras decisões, veja-se TJRS, Apelação Cível n. 70010294015, Rel. Des. Isabel de Borba Lucas, j. em 12.05.2005, entre outras.

O próprio Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a súmula 263, com o seguinte conteúdo: A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça mudou de posição para determinar o cancelamento da Súmula. Julgando os RESPs 443.143-GO e 470.632-SP, na sessão de 27/08/2003, a Segunda Seção deliberou pelo CANCELAMENTO da Súmula n. 263 e posterior edição da súmula 293: A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

⁵³⁰ Sobre a matéria ver BRITO, Maria Helena. O Contrato de Concessão Comercial. Coimbra: Almedina, 1990. CHAMPAUD, Claude. La Concession Commerciale, Revue Timestrielle de Droit Commerciale, v. 3, 1963, p. 451 – 504. GUYENOT, Jean. Les Conventions d'exclusivité de vente. Revue Timestrielle de Droit Commerciale, v. 3, 1963, p. 513 – 537. MAYMON-GOUTALOY, Mireille. Contre une intervention legislative em matière de concession commerciale. Revue Trimestrielle de Droit Commerciale et de Droit Economique, v. 4, 1982, p. 519 – 538. MOSCHEL, Wernhard. La distribution sélective d'automobiles em dorit europén de la concurrence. Revue Timestrielle de Droit Commerciale e de Droit Économique, v. 1, 1991, p. 1 – 26. REALE, Miguel. Sistema Normativo

Por essa razão, já tem sido tradição no Direito brasileiro a consideração de que o contrato é a “veste jurídica das operações econômicas”,⁵³¹ bem como de que a tipicidade do contrato, seja ela legislativa ou social, tem um caráter de relatividade histórica, conforme o tipo contratual responda a uma função importante para os membros de uma dada comunidade⁵³².

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça tem sido mais contundente do que foi o Supremo Tribunal Federal⁵³³ ao recusar a atribuição de efeitos a negócios

das Concessões Comerciais de Veículos Automotivos. In: Questões de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 149 – 183. REALE, Miguel. Característicos do contrato de Concessão Comercial. In: Questões de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 183 – 191. COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? Revista de Direito Mercantil, v. 18, p. 53 -65. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação análogica da lei dos revendedores. Revista de Direito Mercantil, v. 49, p. 34-41. MELO, Claudineu. Contrato de Distribuição. SP: Saraiva, 1987, p. 04. REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). Revista de Direito Mercantil, v. 7, p. 17-45. WALD, Arnoldo. Estudos e Pareceres de Direito Comercial (Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro). SP, 1979, p. 180-207.

⁵³¹ Expressão de autoria de ROPPO, Enzo. O Contrato. Op. cit.

⁵³² BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II, p. 69.

⁵³³ A jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal negava a possibilidade de negócios indiretos, principalmente pela forte doutrina de Eduardo Espínola, como se pode ver no Recurso Extraordinário n. 60.699/Guanabara, 2ª Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 08.11.1966, Audiência de publicação em 16.11.1967. A decisão considerou a matéria sob o ponto de vista da “utilidade”: “Sem dúvida, um negócio fiduciário, como sustentam as duntas decisões de f., pode ser lícito para o fim pretendido pelas partes nestes autos, — o de garantir dívida periclitante da firma comercial de que era sócio o Recorrente varão. Lícito, mas inútil, porque há meios mais eficazes e adequados no Direito positivo do Brasil, para tal objetivo. Só não há é meio lícito de ficar o credor com o objeto da garantia se não for pago. Isso lhe não é permitido nem extensivamente, nem pela simulação duma cessão de direitos de promessa de venda, porque contraria princípio de ordem pública do artigo 765 do C.Civ. E então, segundo os melhores doutrinadores, como Eduardo Espínola, ou como Ferrara, citados pelas venerandas decisões, desaparece o negócio aparente para que prevaleça a realidade dissimulada e condenada pela lei, — no caso o citado artigo 765 do C.Civ.”. A visão do referido acórdão e a necessidade de proximidade do Direito com a realidade é reconhecida no acórdão por menção à situação fática ainda presente na realidade brasileira: “O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: — Não sei se os eminentes Ministros notaram, nos jornais (o jornal “é uma janela aberta sobre a vida”), que há sujeitos que anunciam: “Empresto dinheiro sob hipoteca e também com pacto de retrovenda”. Pois bem, é muito comum simular-se a hipoteca num pacto de retrovenda, para maior desembaraço do credor. Se o devedor não paga, ele fica logo com o bem”. No acórdão, embora tenha sido admitido o negócio fiduciário, não foram atribuídos os efeitos pretendidos pelas partes, mas somente os admitidos pelo ordenamento, no caso, foi declarada a impossibilidade do credor ficar com a propriedade do bem transferido em garantia.

Decisão em sentido contrário foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 82.447, Rel. Min. Moreira Alves, que admite o negócio fiduciário salvo quando o “escopo” for fraudar lei imperativa. Ou seja, o “controle do escopo”, mediante a confrontação da finalidade prevista pelo tipo

fiduciários ou em desconformidade com a tipicidade legal ou social dos contratos. Exemplo recente disso é a linha de decisões proferidas a respeito do contrato de depósito.

Tendo em vista o aumento da possibilidade de revisão dos contratos, decorrentes de tendências gerais do Direito Contratual, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, os agentes do Sistema Financeiro Nacional passaram a construir alternativas para ampliação de suas garantias, recorrendo, entre outros métodos a negócios indiretos. Um dos casos mais comuns era a constituição de penhor sobre mercadorias do devedor, permanecendo a posse dos bens nas mãos do devedor, que assume a condição de depositário. No caso de inadimplemento a ação cabível, segundo o contrato, é a ação de depósito, com a possibilidade da pena de prisão.

Em tais casos, bem como nos casos de alienação fiduciária em garantia, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que tal depósito não corresponde ao contrato de depósito típico, cujos fins justificam a previsão constitucional da pena de prisão civil⁵³⁴.

jurídico e a finalidade a ser alcançada pelas partes, indica se o negócio é indireto e se busca fraudar lei imperativa. No referido acórdão Moreira Alves admite a celebração do negócio fiduciário tendo em vista que não foi visualizada a violação de lei imperativa, no caso a Lei da Usura.

⁵³⁴ Superior Tribunal de Justiça, RESP. n. 378736/RS, 4ª Turma, Rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 05.08.2004, DJ 25.10.2004: "A orientação pacificada no âmbito da 2ª Seção do STJ (REsp n. 383.299/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 02.12.2002), é a de que os contratos de EGF e AGF, com o depósito de bens fungíveis, não autorizam, em caso de inadimplência, a ação de depósito e, de conseqüência, a prisão civil do responsável". No mesmo sentido, "Tratando-se de ação de depósito para recebimento de mercadoria (milho) dada em garantia de cumprimento de contrato de compra e venda de safra futura de soja, não se configura, na espécie, depósito clássico, de sorte que imprópria a forma processual utilizada, bem assim incabível a prisão do depositário". Superior Tribunal de Justiça, RESP n. 218.118/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 15.06. 1004, DJ 30.08.2004.

Sobre a recusa da prisão para os casos de alienação fiduciária em garantia ver Superior Tribunal de Justiça, RHC (Recurso Ordinário em Habeas Corpus) n. 4288/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 13.03.1995, DJ 19.06.1995, "O instituto da alienação fiduciária em garantia se traduz em uma verdadeira "aberratio legis": o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da "res perit domino suo". Talvez pudesse configurar em "penhor sine traditione rei", nunca em "depósito". O legislador ordinário tem sempre compromisso com a ordem jurídica estabelecida. Na verdade, o que a lei (Decreto-lei n. 911/69, ao alterar o artigo 66 da LMC) fez foi reforçar a garantia contratual mediante prisão civil, o que contraria toda nossa tradição jurídica, que tem raízes profundas no

Porém, o mesmo Tribunal afirma a possibilidade da prisão se os elementos do tipo estiverem presentes, como foi reconhecido em decisão relativamente recente a esse respeito, sob o argumento teleológico de que “o direito positivo brasileiro elegeu o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia (a par da obrigação alimentícia) como valor superior ao próprio valor liberdade”. Levaram-se em consideração “as finalidades e conseqüências próprias dessa modalidade de avença”, o que revela a importância que foi atribuída ao tipo, definido pela sua “finalidade”, ou seja, pelo fim a que serve, no caso, a preservação de valores considerados superiores pelo ordenamento, como é a preservação da confiança⁵³⁵.

A decisão supra mencionada trata das decisões que deixam de aplicar os efeitos do contrato de depósito se os elementos do tipo não estão presentes. Afirma que se o contrato “servir” para garantia de um contrato de mútuo, ou seja, cumprir função distinta daquela para a qual o ordenamento lhe atribui certos efeitos, ocorre a “descaracterização” do tipo⁵³⁶.

sistema jurídico ocidental. A "prisão civil por dívida do depositário infiel" do artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição, só pode ser aquela tradicional (CC, artigo 1.265)".

⁵³⁵ Superior Tribunal de Justiça, AgReg. No AI n. 196.654/MG, 4ª Turma, Rel., Min César Asfor Rocha, j. 23.11.1998, DJ 15.03.1999. A ementa do acórdão é a seguinte “O artigo 1.280 do Código Civil, ao pontificar que o depósito de coisas fungíveis “regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, não leva à conclusão que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

— “Dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular,... somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao artigo 1.280, mas subentende-se, o usual no que for aplicável” (Pontes de Miranda).

— A ação de depósito é adequada para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato de depósito clássico, ainda que seja o irregular.

— O depositário infiel, que se obrigou por ter firmado contrato clássico, ainda que de coisas fungíveis, desatrelado do mútuo, está sujeito à prisão civil, nos termos do parágrafo único do artigo 904 do Código de Processo Civil, uma vez que o direito positivo brasileiro elegeu o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia (a par da obrigação alimentícia) como valor superior ao próprio valor liberdade.”

⁵³⁶ “Assim é que nos Resps. ns. 3.0131DF. 13.970/RS; 11. 108/RS, 13.591/MG, 48. 180-5/GO, 15. 597/MS e 42.01 1-3/Pi, relatados, os dois primeiros, pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, e os demais, respectivamente, pelos eminentes Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Costa Leite, Barros Monteiro (os dois últimos), dentre muitos outros, em todos eles uma instituição financeira figurava como credora-depositante, e o depósito sempre coexistia com o mútuo, por isso que as

A possibilidade de escolha do tipo e a necessidade de correspondência entre o ato voluntário que faz nascer o contrato e a operação econômica subjacente não estão vinculadas somente à escolha da espécie de negócio, mas também à liberdade de estipulação do conteúdo do contrato⁵³⁷.

Assim, a escolha de tipos que não correspondam à operação econômica subjacente não produzirá os efeitos esperados, principalmente nos casos de “sistemas contratuais” ou “contratos conexos”, como já tem reconhecido a jurisprudência pátria desde meados dos anos setenta, no caso da distribuição de combustíveis⁵³⁸.

Sob ponto de vista legislativo também é relevante a referência a um conjunto de leis que foram editadas nos últimos anos, que demonstram a tendência de tipificar legalmente negócios que têm características fiduciárias, adstringindo-os aos limites e formas legais.

Neste sentido, de maior relevância é a Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que inseriu o parágrafo único, no artigo 116 do Código Tributário Nacional, que confere poderes à autoridade administrativa para “desconsiderar” todo e qualquer negócio indireto que de alguma maneira implique dissimulação do fato gerador de tributo ou de elementos constitutivos da obrigação tributária⁵³⁹.

coisas depositadas sempre eram utilizadas pela depositária em sua própria atividade, em razão do que, a coexistência desses dois institutos, descaracterizava a própria natureza do depósito, que era utilizado como mero instrumento de garantia do credor”. Superior Tribunal de Justiça, AgReg. No AI n. 196.654/MG, 4ª Turma, Rel., Min César Asfor Rocha, j. 23.11.1998, DJ 15.03.1999. fl. 04 do voto do Relator.

⁵³⁷ Exemplo da tendência à rejeição a negócios jurídicos fiduciários no Direito brasileiro é apresentada por Waldemar Ferreira, *O “trust” anglo-americano e o “fideicomiso” latino-americano*, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1956, v. II, p. 182 e ss., que apresenta debate ocorrido no processo legislativo do Código Civil de 1916, para afastar a propriedade fiduciária decorrente do fideicomiso. Tal texto explica o parágrafo único do artigo 1.952 do Código Civil vigente, pelo qual o fiduciário torna-se usufrutuário e não mais proprietário fiduciário como era no regime anterior.

⁵³⁸ Supremo Tribunal Federal, REExt. 84.727, 2ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 27.04.1976, DJ. 16.06.1976, acórdão no qual é reconhecida a tipicidade social da distribuição de combustíveis, não obstante sejam celebrados diversos contratos típicos de natureza diferente: “comprovam, portanto, na hipótese, a existência de um negócio único, embora concretizado em três contratos”.

⁵³⁹ “Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos

A Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, no artigo 22 e ss. instituiu a alienação fiduciária em garantia para bens imóveis, fixando procedimentos e requisitos de validade para que tal modalidade de garantia obedeça aos princípios constitucionais relativos ao devido processo legal e ao Direito de propriedade.

Também se deve ressaltar o fato de que o Código Civil, nos arts. 1361 e ss. disciplinou a alienação fiduciária em garantia sobre coisas móveis, como negócio jurídico do plano do Direito das Coisas, uma modalidade de garantia que pode ser celebrada por qualquer particular, sem a limitação que até então existia, decorrente da eficácia do Decreto-lei 911/69, que somente permitia a alienação fiduciária em prol de instituições financeiras.

Esse mesmo decreto foi modificado pela Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, na qual foram estabelecidas regras de adequação da interpretação jurisprudencial do Decreto-lei ao texto legal, quase todas de natureza constitucional, com vigência exclusiva em benefício das instituições financeiras.

Na mesma lei foi disciplinado modelo jurídico que mais se assemelha ao sistema dos negócios fiduciários “de administração”, que é o “patrimônio de afetação”. Neste caso a lei removeu os limites intransponíveis sob o ponto de vista negocial, da eficácia perante terceiros dos negócios entre fiduciante e fiduciário, como forma de proteção dos adquirentes de apartamentos em construção, para o fim de lhes resguardar da falência do construtor, em um sistema diferente, mas com efeitos similares ao do *trust*⁵⁴⁰.

elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

⁵⁴⁰ Vejam-se as principais disposições da lei: “Artigo 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (...) § 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (...) § 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (...) Artigo 31-F.

Em resumo, a tendência legislativa de reconhecimento de negócios fiduciários decorre da rejeição da eficácia de negócios fiduciários atípicos e dos negócios indiretos, seja em razão de sua expressa ilegalidade, seja pela falta de segurança decorrente do sistema de transferência do direito de propriedade existente no Direito brasileiro, ou, pela necessidade de controle da causa dos contratos, como mecanismo de proteção da própria autonomia privada.

A análise de uma das obras mais importantes sobre os negócios jurídicos indiretos, de autoria de Orlando de Carvalho, demonstra que, durante as 150 densas páginas de texto, há um esforço constante para distinguir os negócios indiretos dos fiduciários, dos simulados, dos celebrados em fraude contra lei, e em fraude à lei, dos negócios mistos, dos puramente atípicos, etc. Além disso é apresentado um debate constante para classificar, separar, dividir e tentar encontrar o verdadeiro negócio indireto, uma figura residual que raramente é encontrada na realidade negocial, para no final da obra mencionar que sua validade depende da respectiva “regularidade substancial”.

Em outras palavras, não se está afirmando que a função social dos contratos proíbe a celebração de negócios indiretos, mas que o controle da tipicidade social é o mecanismo de maior eficácia para verificação da “regularidade substancial” dos contratos, não havendo regras minimamente claras para que se possa falar de um “regime” dos negócios indiretos ou dos negócios fiduciários.

Esses negócios são fatos sociais e, como tal, o direito deve discipliná-los. A sua disciplina deriva das regras gerais do Direito Contratual e, portanto, por força

Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. (...) § 2º. Ficam excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação."

Sobre o tema, em período anterior à Lei, já tratou sobre o tema CHALHUB, Melhim Namem. Trust – perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 117 – 147.

do artigo 425 do Código Civil a “função social típica” somente não será exigida se for fruto da criatividade e do empreendedorismo privado, circunstância que gera resultados úteis sob o ponto de vista social, cumprindo com a função social dos contratos.

Sobre o tema é de extrema importância a concepção de Joaquim de Sousa Ribeiro, ao afirmar que todo e qualquer critério meramente sistemático, partindo de uma compreensão funcional dos contratos, para delimitar o alcance da “liberdade contratual” como instrumento de realização da determinação, que não caracterize uma imposição ditada por condições exógenas ao contrato está fadado ao fracasso. O autor português após extensa análise de várias concepções e proposições para definição dos critérios para intervenção judicial com o objetivo de se alcançar uma “justiça contratual” em razão das insuficiências do “mecanismo contratual”, chega à conclusão de que o único ponto de apoio seguro para a intervenção judicial está na análise da tipicidade de determinados desvios, que provocam uma conformação desequilibrada de interesses, em prejuízo de uma determinada categoria de contraentes⁵⁴¹.

A tipicidade de que trata Joaquim de Sousa Ribeiro não é o “comportamento social típico” de Betti, que caracteriza o substrato do preceito do negócio jurídico, mas justamente o seu oposto, o desvio social típico, que caracteriza formas reconhecidas empiricamente, com características sociais típicas e desvios com resultados gravosos e não eqüitativos.

⁵⁴¹ Obra que faz análise da funcionalidade e seu vínculo com as condições gerais dos negócios é a de RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit. A questão da tipicidade não diz diretamente com a limitação da eficácia de cláusulas inseridas em “contratos de adesão” ou “contratos submetidos às condições gerais dos negócios”, regulamentados nos artigos 423 e 424 do Código Civil, tampouco com os limites decorrentes da tipicidade legal, como são as disposições relativas ao preço da compra e venda, etc. Embora o debate jurídico a respeito da funcionalidade do contrato tenha nexos diretos com as condições gerais dos negócios, pois é nesse âmbito que tem sido problematizado os limites para intervenção e controle judicial do conteúdo do contrato, essa é apenas uma perspectiva, que não está no centro da tese.

Esse desvio típico também é acompanhado por um prejuízo típico, “observável na prática negocial”, que demonstra o desvirtuamento da função de ordenação da autonomia privada.

Sob este aspecto há um severo limitador da atividade judicial de intervenção nos contratos, pois nessa concepção a necessidade de preservação do contrato como instrumento de regulação exige que não haja intervenção judicial, salvo naqueles casos em que tipicamente fica caracterizado o desvio funcional, o que tem razão de ser na necessidade de segurança jurídica inerente ao contrato:

É também por razões de certeza e segurança que se prendem, não apenas com a tutela da confiança individual na eficácia do acordo, mas também com o papel do contrato como instrumento de ordenação: esta seria irremediavelmente prejudicada se os seus efeitos vinculativos pudessem ser permanentemente postos em causa, com a alegação de factores atípicos de desresponsabilização⁵⁴².

O método de verificação, portanto, das condições de intervenção é baseado na verificação empírica de adequação de uma generalidade de situações negociais típicas em que ocorre a distorção funcional da liberdade contratual. Para isso, é necessário “integrar-se o contrato concreto numa categoria de contratos” em que as condições negociais são similares para aplicação de uma determinada disciplina jurídica, e, assim fazer o controle do conteúdo do contrato a partir dos parâmetros valorativos respectivos⁵⁴³.

A idéia de autodeterminação continua presente como elemento determinante do processo de intervenção judicial. Somente serão casos de intervenção para adequação funcional do contrato aqueles em que uma das partes indique “uma típica incapacidade de autotutela” ou que não se possam realizar os valores que dão sentido à autonomia privada em razão da inexistência das “condições de regulação de interesses privados em autodeterminação”⁵⁴⁴.

⁵⁴² Idem, ibidem, p. 172.

⁵⁴³ Idem, ibidem, p. 175.

⁵⁴⁴ Idem, ibidem, p. 174-176.

Há casos em que a falta de autodeterminação é evidente, como nas relações massificadas, nas quais não há qualquer espaço para que os agentes possam exercer com mínima liberdade a auto-regulação, tal como nos contratos de crédito ao consumo. Porém, há outras situações em que o Juiz precisará analisar o caso concreto para identificar se uma das partes teve ou não condições de contribuir para a formação do regulamento, como é o caso dos contratos de distribuição, nos quais, a parte teoricamente mais fraca pode possuir uma posição estratégica na relação, que lhe permite opinar e definir o conteúdo do regulamento contratual.

Embora as razões pelas quais o recurso à “tipicidade social” de Betti e a tipicidade decorrente dos “dados empíricos fornecidos pela mutável prática negocial” de Joaquim de Sousa Ribeiro, tenham matrizes completamente distintas, o instrumento de controle do conteúdo do contrato que é apresentado por ambos é muito similar, pois enquanto um trata da tipicidade dos desvios, o outro trata da tipicidade do contrato, tal qual imagens refletidas em um espelho côncavo, que na distância focal correta gera imagens reais, mas invertidas.

A similitude deriva do fornecimento de um critério concreto para a tomada da decisão judicial, independentemente da existência de regras gerais e abstratas ou de princípios cuja generalidade dão margem para a arbitrariedade. O controle se dá pela impossibilidade de o Juiz buscar a solução do caso concreto em parâmetros subjetivos ou em fundamentos metafísicos. É preciso a análise daquilo que tipicamente ocorre na realidade econômica e social, a quem o Direito serve: regulação das relações intersubjetivas, para o autor italiano; ordenação dos interesses privados para o autor português. Neste sentido, ambas as concepções estão de acordo com a idéia da “ética da situação” de Reale.

O exemplo acima citado a respeito do *pacto comissório ilícito*, ou casos como os “contratos de comodato” de equipamentos para distribuição de combustível são casos típicos de desvios da função social dos contratos, reconhecidos pela própria jurisprudência a partir de situações negociais típicas.

Há, contudo, diferenças entre a análise dos dois autores. Para Betti, o relevante está no ato da autonomia privada que é típico e que, portanto, é

merecedor de tutela jurídica, partindo do pressuposto de que todos os contratos precisam passar pelo crivo da tipicidade. Joaquim de Sousa Ribeiro, com a contextualização histórica dos problemas sobre a efetiva aplicação de mecanismos de controle sobre o conteúdo do contrato, apresenta um critério negativo: identificação dos atos que tipicamente caracterizam o desvio de função.

Mais do que isso, o autor português reforça a veemente afirmação de Raiser, de que o contrato serve para realizar interesses privados. Mediamente pode-se falar de função social, mas imediatamente, a razão da intervenção é a preservação do interesse concreto das partes, ou melhor, de uma das partes. Por isso, a regra é a prevalência da estipulação contratual, podendo ocorrer a intervenção como forma de recondução funcional do contrato aos fins da autonomia privada.

Poder-se-ia afirmar que a redação do artigo 421 do Código Civil não se coaduna com o pensamento de Joaquim de Souza Ribeiro pela afirmação peremptória de que a liberdade contratual deve ser exercida “em razão” e nos limites da função social. No entanto, “em razão” indica fundamento e não condicionamento, não sendo excludente a preservação da liberdade e o seu fundamento, se compreendida que a função da liberdade contratual é de natureza regulatória, ou ordenatória.

A estrutura da norma tem elasticidade suficiente para que se afirme a liberdade de contratar e sua natural funcionalidade, condicionada pelos valores sociais que determinam a existência e o sentido da própria liberdade contratual. Deve-se lembrar, também, que a concepção de Betti foi forjada em um contexto diferente do que se vive atualmente e que é tarefa do jurista compreender a tradição para buscar o sentido da norma, mas não se pode ficar “navegando nas vertentes”. Deve-se partir para o mar aberto e tentar trilhar as ilhas de segurança necessárias para que o Direito cumpra a sua função.

Betti viveu em uma época – e num País, a Itália — em que o Estado fascista controlava tudo e criou um mecanismo de controle do conteúdo do contrato. Hoje o Estado não controla tudo, mas o mecanismo continua útil e eficaz, que é o controle através da idéia de tipicidade social, seja pelo seu aspecto positivo ou negativo.

2. O artigo 473, a natureza das coisas e a função social dos contratos

A problemática da tipificação e seu vínculo com a função social fica evidente na disposição do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, que trata da denúncia nos contratos com obrigações duradouras. O artigo estabelece três regras básicas⁵⁴⁵.

A primeira é a de que a denúncia somente pode ser admitida nos casos em que a lei expressa ou implicitamente admita a extinção do contrato por declaração unilateral de vontade, independentemente do inadimplemento. Ou seja, se não houver disposição expressa, é preciso que o sentido da lei permita a denúncia, o que está mais relacionado com a “natureza do contrato” do que propriamente com disposição “implícita da lei”.

A segunda regra é a de que a denúncia somente produz efeitos a partir da notificação da parte contrária, o que significa dizer que produz efeitos *ex nunc*, sendo necessário que haja declaração expressa de vontade, mediante notificação escrita.

⁵⁴⁵ A denúncia é direito formativo extintivo para pôr fim às obrigações duradouras, negando renovação ou continuação, independente do adimplemento. Ao mesmo tempo que é extintivo, o direito formativo de denunciar forma uma nova relação jurídica, que terá obrigações de trato imediato: obrigação de devolver a coisa e pagar saldo de aluguéis, etc.

Ou seja, a denúncia provoca uma modificação no *status* das partes e da própria relação obrigacional, extinguindo uma relação duradoura e constituindo deveres de liquidação.

A respeito da limitação dos efeitos da denúncia e do cuidado que o legislador trata dessa matéria, para que os interesses sociais sejam preservados, veja-se o artigo 46 e §§ da Lei n. 8.245, de 19 de outubro de 1991, que trata da denúncia dos contratos de locação para fins residenciais. Ver também o artigo 95 e ss. da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra) e Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966, a respeito da denúncia nos contratos agrários.

A terceira regra, constante do parágrafo único, exige que a eficácia da denúncia somente produza efeitos naqueles casos em que uma das partes fez investimentos vultosos, após decurso de determinado lapso temporal. Trata-se de regra de grande utilidade nos casos de contratos de locação não-residencial por prazo indeterminado em que o locatário, confiando na condição “duradoura” do contrato, é surpreendido pela denúncia.

Segundo essa regra, são ineficazes as disposições contratuais que forem celebradas e que contradigam a “natureza” da operação econômica que justificou a sua realização, negando eficácia à cláusula contratual que limite temporalmente um contrato em que o decurso de determinado período de tempo é essencial para a sua viabilidade econômica.

Tal disposição é um corolário direto e específico da regra geral do artigo 421 e representa uma intervenção no “conteúdo do contrato”, com o objetivo de preservação da própria “economia do contrato” e portanto, de sua “tipicidade social”.

No caso concreto o artigo 473, parágrafo único, subordina a eficácia da cláusula contratual que permite a denúncia a um fato vinculado à “natureza das coisas”, qual seja a natureza objetiva da operação econômica. A natureza “objetiva” está vinculada diretamente ao significado de “natureza e vulto dos investimentos”, que representa a idéia de tipicidade social das operações econômicas, que não podem ser objeto de regulação que as contradigam.

Destaca-se a referência à idéia de **natureza das coisas** como representativa de significado da concepção culturalista de Miguel Reale, em torno do que chama de bens culturais e fatos normativos. Tal natureza não é ideal, mas conjetural, decorrente da relação entre a realidade social e a experiência jurídica. Em razão desse elemento natural o direito se apresenta “como síntese ou integração de ‘ser’

e de 'dever ser', de fatos e valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados da história"⁵⁴⁶.

Ou seja, a realidade econômica subjacente deve corresponder ao preceito jurídico⁵⁴⁷.

Regra da mesma natureza está inserida no artigo 720 do Código Civil, que trata sobre agência e distribuição, matéria que nas últimas décadas recebe grande atenção da jurisprudência pátria, justamente no que se refere à possibilidade de denúncia do contrato em obediência à cláusula contratual. Já no ano de 1979, quando da edição da Lei Ferrari, Lei 6.729, de 28 de novembro de 1979, o legislador já havia fixado limite temporal mínimo para a distribuição de veículos automotores, não podendo ser celebrados contratos com prazo inferior a cinco anos.

Evidentemente que a questão não era pacífica, pois sempre houve setores da doutrina propugnando pela absoluta liberdade de pactuação, de maneira autônoma e independente em relação à operação econômica subjacente, como é o caso de Alvaro Villaça de Azevedo,⁵⁴⁸ para quem é válida a cláusula que estabelece a possibilidade de "denúncia" do contrato no prazo determinado, desde que tal direito exista para ambas as partes, não surgindo qualquer direito de indenização no caso de extinção do vínculo na forma prevista no contrato.

⁵⁴⁶ REALE, M. O Direito Como Experiência, p. 112.

⁵⁴⁷ O fenômeno cultural tem um caráter estático que deriva dos objetos e bens culturais que preservam o homem do passado, mantendo certas características suas no presente e no futuro. Porém, ao lado das coisas, existe a consciência das coisas e a percepção que se faz delas: "se só existissem a coisa e a consciência, caberia reconhecer que há 'consciência da coisa', que é a fonte ou a raiz do processo cultural, 'do que é enquanto deve ser'". REALE, M. Paradigmas da cultura contemporânea, p. 54.

⁵⁴⁸ AZEVEDO, Alvaro Vilaça. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. Revista dos Tribunais, v. 737, 1997, p. 97-111.

Tal posicionamento funda-se na irrelevância da causa e, portanto, da função econômico-social típica do contrato:⁵⁴⁹ “...daí por que sendo atípico o ajuste, sob análise, não tem ele regulamentação específica em lei devendo o pacto resultar da exclusiva e livre manifestação de vontade dos contratantes, desde que não ofenda os bons costumes, as normas de ordem pública e os princípios gerais de direito”⁵⁵⁰.

Porém, a jurisprudência dominante desde a década de setenta sempre limitou a eficácia da cláusula de denúncia sem indenização, sendo exemplar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de lavra do Desembargador Cristiano Greff Júnior⁵⁵¹. A decisão aceitou a possibilidade de extinção do contrato, já que não se pode obrigar ninguém a dar continuidade indefinidamente a uma relação jurídica obrigacional, mas entendeu curto o prazo de 90 dias de aviso prévio para por fim a uma relação contratual de 40 anos. Neste sentido muitas outras decisões judiciais de nossos Tribunais, todas no sentido de incluir na função social do

⁵⁴⁹ “...o certo é que, na prática, muitas interpretações surgem quanto à aludida tipicidade social, criada pelas próprias partes ou pelos usos e costumes. Também, resta difícil, diante das figuras contratuais novas, em formação, sentir-se, nelas, a chamada ‘causa única’. Por isso, prefiro o método de análise das prestações, que compõem os contratos (dar, fazer e não fazer), para melhor entender sua natureza, já que as obrigações integram a essência das convenções”. AZEVEDO, A.V. Op. cit., p. 100.

⁵⁵⁰ AZEVEDO, A.V. Op. cit., p. 101.

Até o advento do Código Civil, tal concepção tinha como conseqüência a inexistência de um “contrato de distribuição mercantil”, pois tratar-se-ia de vários contratos de compra e venda e de outros ajustes correlatos entre as partes.

⁵⁵¹ TJRGS, Ap. Civ. N. 31,693, 1º C.Civ. Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. em 20.03.1979, publicado na RJTJRGs, v. 77, p. 238. A ementa de tal acórdão é a seguinte: “*A ruptura brusca de contrato de concessão mercantil ajustado por prazo indeterminado, que perdurou ao longo de mais de 40 anos, acarreta obrigação de indenizar os prejuízos resultantes da rescisão. Características desse contrato e sua distinção do contrato de agência e de representação comercial. Condições para o prazo razoável de denúncia. Aplicação do artigo 1.056, do Código Civil. Lei de Introdução a este Código, artigo 4º. Sentença reformada*”. O dispositivo tem o seguinte conteúdo: “Dou provimento parcial à apelação para, reformando a sentença apelada, julgar em parte procedente a ação e condenar a ré a pagar à autora uma indenização correspondente ao valor do fundo de comércio que ela formou, ao longo de sua atividade, e que ora vai ser aproveitada, mercê de ato da ré, pela nova revendedora, bem com as despesas decorrentes do encerramento de suas atividades, inclusive obrigações sociais, devendo tudo ser apurado em liquidação de sentença, o que ser fará por arbitramento, em valores atualizados. (...) A ação é julgada procedente em parte porque não é caso de deferir lucros cessantes, como pedido na inicial. ...”.

contrato o papel de preservação das regras inerentes à operação econômica da qual o contrato é veste jurídica⁵⁵².

3. Exclusão da tipicidade como forma de controle: a experiência dos contratos agrários

Outro aspecto importante sobre a importância do controle da tipicidade e sua relação com a função é a exclusão da atipicidade dos contratos, com o objetivo de impedir a celebração de contratos atípicos favoráveis ao mais forte⁵⁵³. Com isso fica reforçada a importância da idéia de uma função social para os contratos “atípicos”, já que a estrita tipificação define e identifica a causa, bem como disciplina as conseqüências, os efeitos do contrato.

Os contratos agrários foram os primeiros a chamar a atenção para a Função Social, tendo em vista que sua caracterização se dá justamente por sua função: o uso ou posse temporária da terra, com a finalidade de nela ser desenvolvida atividade agrária.

Ou seja, a função é tão essencial para os contratos agrários, que integra o próprio contrato, pois se houver o “arrendamento” de uma área rural para nela ser instalada um “sítio de lazer”, as regras incidentes serão as do Código Civil a

⁵⁵² Decisões mais recentes neste sentido, do mesmo sentido “...a impontualidade dos pagamentos foi provocada pela forma abrupta como rompido o contrato a ré não concedeu à autora nenhum **prazo** para que lograsse se reorganizar empresarialmente, responde pelas perdas e danos e lucros cessantes da autora. Indenização bem ajustada na sentença, correspondente ao lucro líquido mensal da autora”, TJRS, Apelação Cível n. 70004542221, Décima Câmara Cível, Relator, Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 11/11/2004. Veja também TJRS, 14ª C.Civ., Ap. Civ. n. 70002678324, Rel. Des. Carlos Alberto Bencke, julgado em 09.08.2001, TJRJ, Ap. Civ. n. 2003.00118919, 8ª C. Cível, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. em 28.06.2004.

⁵⁵³ PERLINGIERI, Pietro, tradução de Maria Cristina de Cicco. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 278.

respeito da locação de coisas. Não haverá um verdadeiro arrendamento, cujas regras têm como condição de incidência que o imóvel objeto do contrato seja destinado a uma finalidade agrária (produção agrícola, extrativista ou agropecuária).

A doutrina agrarista brasileira⁵⁵⁴ foi a primeira a vincular e tratar dogmaticamente da função social dos contratos, mediante referências à “função social da posse e uso da terra”, tendo em vista a importância e força da função social da propriedade nesse âmbito.

Ao excluir a possibilidade de atipicidade o legislador faz o controle prévio da relação entre deve-ser (preceito) e operação econômica subjacente. A inexistência de contratos agrários atípicos no direito agrário brasileiro é marcante e tem razões claras, servindo como excelente exemplo sobre a forma de intervenção estatal

⁵⁵⁴ Sobre os contratos agrários e seus princípios, ver ALMEIDA, Paulo Guilherme. Temas de Direito Agrário. SP: Ed. LTR, 1988; ALVARENGA, Octávio Mello. Política e Direito Agroambiental. RJ: Ed. Forense, 1995; BORGES, Paulo Torminn. Institutos Básicos do Direito Agrário. 7ª ed. SP: Ed. Saraiva, 1992; FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Agrário. SP: Ed. Saraiva, 1994; GISCHOKOW, Emilio Alberto Maya. Princípios de Direito Agrário. SP: Ed. Saraiva, 1988; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. Direito Agrário. RJ: Ed. Renovar, 1994; OPITZ, Oswaldo e OPITZ, Sílvia. Contratos no Direito Agrário. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979; RIZARDO, Arnaldo. O Uso da Terra no Direito Agrário. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1985; SODERO, Fernando Pereira. O Estatuto da Terra. STEFANI, Luis de Lima. A Propriedade no Direito Agrário. SP: Ed. RT, 1978. ALMEIDA, Paulo Guilherme de. Critério para a Definição de Imóvel Rural: Localização ou Destinação. Revista de Direito Civil, n. 36, p. 100 e ss. BORGES, Marcos Afonso. Ações Cabíveis entre as Partes nos Contratos Agrários e Respectivos Procedimentos. Revista de Direito Civil, n. 1. BORGES, Neide Buonaduce. Lei Imperial Sobre Propriedade e Posse ao Advento do Código Civil (Lei 601 de 1850). Revista de Direito Civil, n. 51, p. 113 e ss. COSTA, M. J. de Almeida. Os Contratos Agrários e a Vida Econômica em Portugal na Idade Média. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LV, 1979, p. 111 e ss. FACHIN, Luiz Edson. Modalidades Jurídicas da Ocupação da Terra nos Assentamentos da Reforma Agrária. Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente, n. 2, 1987. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos Agrários. Revista de Direito Civil, n. 53; IRTI, Natalino. Le Due Scuole Del Diritto Agrario. Revista de Direito Civil, n. 4, p. 117 e ss. LARANJEIRA, Raymundo. O Direito Agrário e o Estado de Direito. Revista de Direito Civil, n. 16. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Parceria e Falsa Parceria. Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 15ª Região, nº 1, Ed. LTR, 1991. SODERO, Fernando Pereira. O Direito Civil e o Direito Agrário. Revista de Direito Civil, n. 31, p. 58 e ss. SODERO, Fernando Pereira. Esboço Histórico da Formação do Direito Agrário no Brasil. Revista de Direito Civil, n. 1, 3, 8 e 9.

Em especial, a conferência realizada no Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, no ano de 1986 pela agrarista HIRONAKA, Giselda M Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil, São Paulo, RT, v. 45, p. 141 e ss., é um dos mais antigos textos com análise da relação entre função social da propriedade, solidarismo e função social dos contratos, com referências expressas ao novo Código Civil.

para garantir a função social dos contratos, pois a garantia de tipicidade é um mecanismo que permite o controle sobre o conteúdo do contrato.

No Direito Agrário a técnica legislativa para controle do conteúdo dos contratos é baseada no mecanismo exatamente oposto ao do Código Civil. Ao invés de preservar a diversidade cultural que existe em um País como o Brasil, com usos e costumes variados conforme a região, espécie de atividade agropecuária desenvolvida, a lei impõe a necessidade de obediência às regras da parceria e arrendamento, independentemente da declaração negocial⁵⁵⁵.

Evidentemente que não é proibida a celebração de contratos que não sejam de parceria ou arrendamento. A lei neste ponto é clara: os efeitos para os contratos que têm por objetivo o uso e posse da terra serão aqueles previstos para o arrendamento e parceria, devendo o julgador aplicá-los conforme for possível enquadrá-los em um quadro ou em outro.

⁵⁵⁵ Artigo 92. do Estatuto da Terra: “A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta Lei”.

Decreto 59.566, de 14 de novembro de 1966: Art 1º. O arrendamento e a parceria são contratos agrários que a lei reconhece, para o fim de posse ou uso temporário da terra, entre o proprietário, quem detenha a posse ou tenha a livre administração de um imóvel rural, e aquele que nela exerça qualquer atividade agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista (sic.). (Artigo 92 da Lei n. 4.504 de 30 de novembro de 1964 – Estatuto da Terra — e artigo 13 da Lei n. 4.947 de 6 de abril de 1966).

Art 2º Todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do presente Regulamento, as quais serão de obrigatória aplicação em todo o território nacional e irrenunciáveis os direitos e vantagens nelas instituídos (artigo 13, inciso IV da Lei n. 4.947-66).

Parágrafo único. Qualquer estipulação contratual que contrarie as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito.

Art 39. Quando o uso ou posse temporária da terra fôr exercido por qualquer outra modalidade contratual, diversa dos contratos de Arrendamento e Parceria, serão observadas pelo proprietário do imóvel as mesmas regras aplicáveis à arrendatários e parceiros, e, em especial a condição estabelecida no artigo 38 supra (sic.).

A técnica da tipificação chega a um tal grau de limitação da liberdade contratual, que o artigo 35 do Decreto 59.566/66⁵⁵⁶ prevê limites à remuneração dos parceiros, os quais incidem sobre diferentes espécies de parceria, conforme as peculiaridades da operação econômica subjacente.

No caso dos contratos agrários fica evidenciada da maneira mais radical a frase de Roppo, segundo a qual o contrato é a veste jurídica das operações econômicas, pois independente de eventual declaração negocial, os efeitos serão determinados a partir da “operação econômica subjacente”.

Mas, ao mesmo tempo em que fica evidenciada tal regra, fica evidenciado que o Direito pode limitar a criatividade e o desenvolvimento dos modelos jurídicos, engessando-os, como é o caso dos contratos agrários. E, nesse sentido, a frase de Roppo é invertida, pois o contrato não é somente a veste jurídica de uma operação econômica subjacente, pois tanto a operação econômica quanto o contrato devem ser adequados ao quadro desenhado pelo legislador.

Por outro lado, nos contratos atípicos o que predomina é a liberdade e, portanto, tendo em vista a preservação do princípio da socialidade, a necessidade de criação de um mecanismo para limitação desta mesma liberdade com base

⁵⁵⁶ “Art 35. Na partilha dos frutos da parceria, a cota do parceiro-outorgante não poderá ser superior a (artigo 96, VI, do Estatuto da Terra).

I — 10% (dez por cento) quando concorrer apenas com a terra nua;

II — 20% (vinte por cento) quando concorrer com a terra preparada e moradia;

III — 30% (trinta por cento) caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cêrcas, valas ou currais, conforme o caso;

IV — 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas no inciso III, e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto da parceria;

V — 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultra-extensiva, em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho onde se adotem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido”.

numa norma geral que sirva para produzir efeitos equivalentes ao da tipificação, sem que haja engessamento e morte da criatividade econômico-social.

Esse é o ponto de conexão entre a idéia de socialidade e eticidade, tendo em vista que a definição daquilo que Betti denomina de *tipicidade social* atribui ao Juiz o papel de verificar no caso concreto quais são os parâmetros éticos que conformam a sociedade num dado momento histórico.

Deve-se considerar, também, que a idéia de socialidade está relacionada com a necessidade de uma visão integral do direito, a partir da qual o aplicador das regras jurídicas não pode ter uma postura reducionista de aplicar a “letra fria da lei”.

É preciso identificar quais são os fatos e valores que foram determinantes para o estabelecimento da regra e se a aplicação desta realiza os valores sociais que foram objeto de normatização.

B. Contorno constitucional e legal da “liberdade de contratar”

A análise da liberdade contratual a partir do texto constitucional exige o enfrentamento de três pontos de vista que circulam no debate jurídico nacional: (a) a liberdade de contratar como faculdade jurídica que emana diretamente da personalidade; (b) liberdade de contratar como liberdade de exercício de atividade econômica regulada pelo artigo 170 da Constituição Federal; (c) função social dos contratos como decorrência lógica da adoção da função social da propriedade.

Francisco Amaral afirma que a autonomia privada tem como pressuposto a liberdade individual e que esta consiste filosoficamente como ausência de condicionamentos materiais e sociais. Sob o ponto de vista jurídico está relacionada a possibilidade de fazer ou não, segundo o arbítrio do sujeito, tudo

o que não for ordenado ou proibido por lei. “A liberdade consiste, portanto, sob o ponto de vista jurídico, em uma faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos”⁵⁵⁷.

Todavia, o sentido de liberdade precisa ser analisado sob outro ângulo. Primeiro, a concepção filosófica de liberdade que foi construída a partir do pensamento de Grotius e que baseou a elaboração do conceito de contrato não está relacionada com a existência de limites de ação, mas com a liberdade da razão. Os atos de autonomia resultam em obrigações e não em liberdade. Miguel Reale afirma que a liberdade, se pudesse ser representada graficamente, seria composta por duas coordenadas (liberdade pública e liberdade privada), “coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos”⁵⁵⁸.

Ou seja, a liberdade na concepção do redator do Código Civil foi estruturada de maneira distinta, sem que se possa compreendê-la como “redoma” dentro da qual os particulares podem agir. A liberdade de contratar é indissociável da socialidade inerente a sua instituição como fenômeno próprio da *polis*. Evidentemente que não se trata de uma liberdade que é projeção da

⁵⁵⁷ AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada ...*, n. 46, p. 12. No mesmo sentido, mas sob uma ótica da proteção da dignidade humana, BODIN DE MORAIS, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana...*, p. 138: “O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”.

⁵⁵⁸ REALE, Miguel. *Liberdade antiga e liberdade moderna*. In: REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25 e 26. Reale afirma que a liberdade política na cultura helênico-romana era o “exercício coletivo da liberdade”, a condição de participar do Estado, enquanto a liberdade privada era um fato, embora sem que houvesse “garantias jurídicas” para sua realização. Essa falta de correspondência entre as duas liberdades deve-se, segundo Reale, a ausência de reconhecimento do “homem como pessoa”.

personalidade primordial do Estado, mas uma projeção da personalidade do homem, que vive em sociedade⁵⁵⁹.

Considerando a recorrente sentença de que “o Código Civil é a Constituição do homem comum”, é indispensável o exame da função social na sua perspectiva constitucional, tendo em vista a afirmação de que a constitucionalização do Direito Civil transformou-o em “Direito Constitucional aplicado”, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe⁵⁶⁰.

1. A liberdade de contratar como faculdade jurídica que emana diretamente da personalidade.

Parte da doutrina diz que o artigo 421 tem defeito redacional, já que a limitação legal é feita sobre a liberdade contratual e não sobre a liberdade de contratar. O suposto defeito decorre da impossibilidade constitucional de limitar a liberdade de contratar, que é atributo da personalidade⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ “Não basta, em verdade, atingir-se a idéia de pessoa; necessário é que seja ela convertida no valor-fonte de todos os valores jurídicos, subordinando a si o conceito de cidadania, tendo a liberdade como sua projeção natural imediata, liberdade que não se biparte em *política e civil*, mas apenas se desenvolve em momentos que se integram substancialmente na unidade ética irreduzível de cada pessoa valorada em si mesma e em razão das demais pessoas”.

⁵⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar, 1999, p. 100.

⁵⁶¹ Entre estes AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, dez/2002, v. 68, p. 07 e ss., HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, v. 68, dez/2002, p. 79 e ss., BÉO, Cíntia Regina. Contratos. São Paulo: Harbra, 2004, p. 40 e ss., JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge. Cláusulas Gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90. Neste sentido há, inclusive, projeto de alteração legislativa elaborado por Ricardo Fiúza, que tramita no Congresso Nacional sob n. 6.960/2002.

O argumento é de que sendo a liberdade de contratar um atributo da personalidade e da dignidade, com proteção pelo artigo 1º, III da Constituição Federal não pode ser limitada, pois ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Porém, tal argumento deve ser separado em duas partes. Primeiro, a afirmação da liberdade de contratar como atributo da personalidade e, segundo, a possibilidade de ser limitado tal atributo por uma disposição como a do artigo 421 do Código Civil.

A liberdade de contratar, definida como poder que cada pessoa tem de decidir celebrar um contrato, ou não celebrá-lo, não pode ser considerada como um “direito subjetivo” em sentido estrito, já que a ela não corresponde qualquer dever jurídico, assim como não se trata de efeito decorrente de qualquer fato jurídico provocado pelo sujeito ou por terceiros. Não há uma relação jurídica com uma contraparte vinculada a um dever vinculado à obrigação de contratar, razão pela qual se considera tal faculdade como uma manifestação imediata da capacidade jurídica do sujeito de direitos⁵⁶².

Essa consideração precisa ser contextualizada no sentido de que a não caracterização “exata” dos efeitos da personalidade como direitos subjetivos, não afasta a proteção jurídica que o ordenamento concede ao direito subjetivo. Por isso, inclusive, são discutíveis as críticas apresentadas por Luiz Edson

⁵⁶² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 170. AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada...*, p. 11. Francisco Amaral afirma que a autonomia privada considerada como princípio para atuação dos particulares com eficiência normativa consiste “uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”.

No mesmo sentido, considerando a liberdade de contratar como emanção da personalidade LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 258: “El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad (...) significa más, em realidad (...) Se concretiza em diferentes derechos especiales de libertad (...), y em el Derecho privado, principalmente em las instituciones de la libertad contactual, la libertad de disponer sobre la propiedad, la libertad de testar, la libertad industrial y la libre competencia”.

Fachin ao Código Civil, por ter ele reproduzido uma parte geral tal qual o Código Civil de 1916, na esteira da tradição da pandectística alemã. A principal razão da impertinência da crítica está justamente no problema decorrente da estrutura processual e nos mecanismos jurídicos que garantem a efetividade dos direitos, todos voltados à proteção dos direitos subjetivos, efeitos da velha relação jurídica, adjetivada por Fachin como excludente, ideológica e abstracionista⁵⁶³.

O equívoco está na confusão entre o que é discurso ideológico e na própria identificação dos pressupostos históricos da construção das ordens jurídicas modernas, todas edificadas, essencialmente, sobre direitos subjetivos, e, portanto, sobre a estrutura da relação jurídica. Falta a compreensão da análise histórica apresentada por Jürgen Habermas, segundo o qual não há direito sem a autonomia privada das pessoas naturais: “sem os direitos clássicos à liberdade, particularmente sem o direito fundamental às liberdades de ação subjetivas iguais, também não haveria um meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar na práxis de autodeterminação”⁵⁶⁴.

Nessa linha de idéias, a liberdade de contratar é efeito do fato jurídico descrito no artigo 2º do Código Civil, que é o nascimento com vida. Um fato em sentido estrito a partir do qual nasce a personalidade, que é o atributo necessário para que alguém possa figurar no pólo ativo ou passivo de uma relação contratual.

⁵⁶³ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89 – 106.

⁵⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 144 – 149. “Direitos subjetivos são uma espécie de capa protetora para a condução da vida privada das pessoas individuais, mas em um duplo sentido: eles protegem não apenas a perseguição escrupulosa de um modelo de vida ético, mas também uma orientação pelas preferências próprias de cada um, livre de considerações morais. Essa forma do direito adapta-se às exigências funcionais das sociedades econômicas que dependem das decisões descentralizadas de inúmeros atores independentes”, p. 156.

Ainda que a liberdade de contratar seja considerada como liberdade de exercício da atividade econômica, isso não elimina a veracidade da afirmação de que o fato que faz nascer a liberdade de contratar é o nascimento com vida. Trata-se de uma emanção direta da personalidade, uma manifestação imediata da capacidade de ser sujeito de direitos.

Essa distinção técnica não pode representar uma subordinação ou mero desdobramento do direito subjetivo, tendo em vista que o aparato técnico-jurídico de natureza material e adjetiva está voltado para a proteção do direito subjetivo. Por isso, deve-se considerar a liberdade contratual uma emanção da personalidade, sem que com isso se afaste a condição de direito subjetivo, pela possibilidade de sua autonomia e independência⁵⁶⁵.

É preciso compreender que o conceito de direito subjetivo sofreu severas transformações em razão das mudanças sociais que levaram ao reconhecimento e ampliação dos direitos da personalidade, dos direitos coletivos e interesses difusos. O próprio desenvolvimento e reconhecimento legislativo de limites ao exercício de posições jurídicas subjetivas no art. 186 do Código Civil é a prova cabal de que o modelo de direito subjetivo concebido como pedra angular do céu de conceitos da pandectística alemã do século XIX já não existe mais.

A liberdade de contratar, sendo efeito da personalidade, está ligada diretamente com a liberdade individual e é garantia constitucional que tem fundamento no princípio que protege a dignidade do ser humano, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

⁵⁶⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil..., p. 198.

Sobre as transformações do direito subjetivo, na mesma ótica de inexistência de mecanismos jurídicos processuais para assecuração dos direitos coletivos e interesses difusos, ver GABRIELLI, Enrico. Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Colletivi. Rivista del Diritto e Procedura Civile, outubro-dezembro de 1984, n. 4, p. 974 e ss.

Além disso, o sistema constitucional pressupõe a liberdade de contratar a partir de uma série de comandos que devem ser compreendidos em conjunto, entre eles o artigo 5º, I, XIII, XVII, e XXXVI, que tratam da liberdade geral, liberdade profissional, liberdade de associação, e que garantem eficácia ao ato jurídico perfeito e, portanto, a eficácia obrigatória e a irretratabilidade do contrato⁵⁶⁶.

Não significa que a liberdade seja sinônimo de autonomia privada, ou que se confunda o direito fundamental à liberdade com a liberdade de contratar. A liberdade de contratar é uma das formas essenciais de liberdade, pois trata da liberdade em um dos aspectos mais importantes da vida social, pois a vida econômica no modo de produção vigente se dá pelas relações intersubjetivas instrumentalizadas, de maneira geral, pelo contrato. Por isso, limitar a liberdade de contratar é definir os contornos do Direito fundamental liberdade e é estabelecer os efeitos da personalidade⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Ana Prata, em sentido contrário, afirma que não se pode considerar a autonomia privada como manifestação da liberdade individual, porque isso representa “erigir em ordem natural aquilo que é ordem econômica historicamente referenciada”. PRATA, Ana. Op. cit., p. 78.

O equívoco da afirmação de Ana Prata é a confusão entre o Direito Fundamental da liberdade e um pressuposto Direito Natural à liberdade, que não estão em debate na atualidade, tendo em vista a incontestável natureza histórica dos próprios Direitos Fundamentais.

Sua proposição é a de que a solução constitucional não é de uma “tutela constitucional da autonomia privada”, mas de que a Constituição é restritiva da liberdade negocial, reordenando o seu significado clássico, colocando-a como acessório da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade, (p. 215 e 216) argumento que não resiste a natural e indiscutível proteção da liberdade de contratar posta nas divesas disposições constitucionais, não obstante a autora portuguesa esteja correta no sentido de que a Constituição “reordena” a autonomia privada para afastar o conceito clássico tal qual foi concebido por Savigny. Embora a referência à Constituição referida por Ana Prata seja a portuguesa, nesse aspecto não há notas ou traços que sejam de gritante distinção com a Constituição brasileira.

⁵⁶⁷ A perspectiva de situar o poder de autodeterminação a partir do “livre desenvolvimento da personalidade” é uma outra perspectiva válida de análise, que tem como ponto de partida o sistema de valores postos no texto constitucional, tal como faz RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 22 e ss. Tal análise, embora válida, vincula-se a uma unidade de sentido para compreensão do problema, mas não pode ser vista de maneira genérica como mero instrumento de recondução de todos os problemas da vida privada a uma única referência valorativa. Não se pode fazer com o valor “pessoa” o que os pandectistas fizeram com o direito subjetivo. O autor português, porém, limita a autonomia privada aos atos que tenham caráter preceptivo, negando que se inclua entre os atos da autonomia privada o exercício de direitos subjetivos, p. 45 – 51.

Tanto a liberdade de contratar, compreendida como liberdade de decidir contratar ou não, como a liberdade contratual, compreendida como liberdade de estipulação, e faculdade de escolha do tipo contratual, sofrem os efeitos da função social dos contratos.

Por isso, quando se fala dos limites à liberdade de contratar se está tratando de limites ao exercício dos direitos que decorrem da personalidade, tendo em vista que a autonomia privada é espaço de liberdade de atuação da personalidade⁵⁶⁸. Isso, por sua vez, não provoca qualquer ruptura no sistema de proteção constitucional da pessoa, porque a personalidade como atributo para aquisição de direitos e obrigações é protegida e não sofre limites: o “exercício” dos direitos e poderes que emanam da personalidade não põe em questão o “valor”, o “âmbito de proteção” da pessoa, mas sim o “alcance”, o “âmbito de garantia efetiva” dos direitos que emanam da personalidade⁵⁶⁹.

Os limites impostos pela cláusula geral da função social dos contratos não são meros limites externos, como “muro formado por preocupações solidaristas”, tendo em vista que não há uma antítese entre função social e liberdade de contratar. Os limites são estruturais da própria liberdade e atuam para impedir que o contrato seja desvirtuado em sua “finalidade econômico-social”, reprimindo condutas quando uma das partes exerce uma supremacia injustificada sobre a outra⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia Privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 379: “A autonomia privada, e, em particular a liberdade contratual, para além de ser um princípio fundamental do direito civil, é também objeto de protecção constitucional (...) como um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade geral de acção que é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade”.

⁵⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 346 e ss.

⁵⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004, p. 19.

A fundamentação da liberdade contratual sobre a respectiva função social dos contratos está implicada diretamente sobre o problema da integração de liberdades coexistentes⁵⁷¹. Quando se trata das duas partes de um contrato, está se falando de duas liberdades coexistentes que se limitam reciprocamente: a intervenção realizada no âmbito da liberdade contratual se dá “não pela *inimizade* em relação aos direitos em causa, mas sim pela *amizade* que todos lhe merecem. Como já se observou anteriormente, o legislador *concretizador*, *harmonizador*, *ponderador*, procura concordância, densificação e ponderação *otimizadoras* de direitos, não raro em rotas de colisão uns com os outros”⁵⁷².

Conforme tratado acima, as limitações à liberdade de contratar como limite da pessoa decidir entre celebrar ou não celebrar um contrato não é fato inédito no Direito brasileiro. Vejam-se, por exemplo, as disposições da Lei n. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, combinadas com o artigo 20 do Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966, que por razões óbvias, impõem a obrigação às seguradoras e aos particulares de celebrarem contrato de seguro sobre os automóveis que circulam nas vias públicas. Da mesma maneira a obrigatoriedade do importador e exportador celebrarem contratos de câmbio em prazos pré-determinados pelo Banco Central do Brasil⁵⁷³.

⁵⁷¹ Imbricado com o tema está a problemática da “teoria das esferas”, para a qual “é necessária uma integração as liberdades individuais em sociedade, de forma que os indivíduos possam compartilhar o espaço de convivência pública com equilíbrio, pela possibilidade de manifestação equivalente de direitos fundamentais a todos”. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Op. cit., p. 106. A obra da autora gaúcha analisa a teoria das esferas em capítulo da tese sobre a intimidade e a vida privada no Código Civil, em especial, os reflexos dogmáticos de sua adoção sobre os artigos 21 e 187.

⁵⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 355.

⁵⁷³ Matéria atualmente regulada pela Circular da Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil n. 3.283, de 29.04.2005, com base na competência atribuída pela Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965.

Trata-se de “contratos ditados”, em que não há possibilidade de recusa ao dever de contratar por qualquer das partes, seja o proprietário do veículo automotor, seja a seguradora, seja o banco, seja o exportador⁵⁷⁴.

Evidentemente que tais diplomas legais foram editados em regime constitucional diverso do atual, mas foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Para tomarm-se como exemplo diplomas legislativos posteriores ao advento da Constituição Federal, veja-se o caso do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, que torna obrigatório ao fornecedor a celebração de contrato nos termos da publicidade veiculada, o artigo 34, XII da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto do Advogado), que considera infração disciplinar a recusa do Advogado em prestar assistência jurídica quando nomeado por decisão judicial, etc.

Da mesma maneira o artigo 51 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato) estabelece a renovação obrigatória do contrato de locação. Neste caso, não só o exercício dos Direitos da Personalidade, como também o Direito de Propriedade, ambos com previsão constitucional, são limitados por normas que têm por objetivo preservar a função social dos contratos.

A distinção entre liberdade de contratar e liberdade contratual somente tem sentido na análise da espécie de limitação à autonomia privada. No caso do artigo 421 não há lugar para tal distinção, pois o artigo não menciona a liberdade de estipulação de cláusulas contratuais.

Fosse assim, não haveria sentido nos arts. 423 e 424, que tratam especificamente da liberdade de estipulação, ao fixar preceitos para os “contratos de adesão”⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Sobre o fenômeno dos contratos ditados e seu enquadramento como “contrato” continua atual a análise feita por COUTO e SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 93 – 95. Do mesmo autor, A natureza jurídica dos contratos cogentes e dos incentivos fiscais, RCCGERGS, Porto Alegre, 1972, p. 13 – 28.

A proteção constitucional da personalidade está associada diretamente a proteção da liberdade contratual. Porém, ambas devem estar condicionadas às finalidades sociais ditadas pelo ordenamento. Exemplo maior disso é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, nos casos do artigo 50 do Código Civil, conforme já tratado anteriormente.

Caso se objete com o fato de que a personalidade das pessoas jurídicas é uma ficção e que o mesmo não ocorre com as pessoas naturais, deve-se lembrar que mesmo a personalidade da pessoa natural não pode ser usada para fins reprovados pelo ordenamento jurídico e, por isso, para que tenha sua eficácia específica, deve cumprir a função respectiva.

A possibilidade da desconsideração da personalidade da pessoa natural tem sido comum na jurisprudência, que tanto no âmbito do Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Tributário e Direito do Consumidor tem reprovado a utilização de pessoas interpostas para a realização de negócios jurídicos, os vulgarmente conhecidos *laranjas*. A utilização indevida da personalidade da pessoa natural é reprovada de maneira tão forte pelo Direito, que o legislador tipificou como elemento de crime, como se vê nas disposições das Leis n. 7.492, de 16 de junho de 1986 e 9.613, de 03 de março de 1998.

No âmbito do Direito Empresarial há os casos de imputação da responsabilidade coletiva, afastando a teoria da causalidade adequada nos casos em que há evidências do uso de “laranjas”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ **Artigo 1370. Interpretazione contro l'autore della clausola.** Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1.341) o in moduli o formulari (1.342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

⁵⁷⁶ “(...) 2. Administrador “laranja”. Não merece acolhida a exclusão da responsabilidade do administrador de sociedade sob o argumento de que foi usado, pondo-se na condição de *longa manus*, ou, como diz-se na gíria, testa-de-ferro ou “laranja”. A tendência moderna é no sentido de ampliar as inclusões, e não as exclusões, de responsabilidade do administrador, ainda mais quando, como no caso concreto, há remuneração pelo exercício das funções, aceita normalmente. 3. Não-exercício efetivo das funções. 3.1. Outorga de mandato. O diretor de S.A. que outorga mandato para o mandatário praticar atos ou operações (Lei 6.404/76, artigo 144, parágrafo único), não sendo diferente aos demais tipos societários (CC/2002, artigo 1.018), responde pessoalmente, quando for o caso, pelas ações e omissões do mandatário (CC/1916, arts. 1.309 e 1.313; CC/2002, arts. 675 e 679). 3.2. Responsabilidade coletiva. Todos os administradores, relativamente aos

Mesmo a personalidade da pessoa natural precisa ser usada segundo seus fins, pois o sistema constitucional não tem natureza axiomática, mas axiológica e, portanto, é teleológico e funcional.

A esse respeito, deve-se tomar a posição de Maria Celina Bodin de Moraes que afirma a tutela da personalidade humana como “unidade de valor”: “A personalidade é, conseqüentemente, não um *direito*, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”⁵⁷⁷. Com base nisso, o que se protege é o valor pessoa (ser humano), sem qualquer limitação, salvo naquelas hipóteses em que há o seu próprio interesse ou o interesse de outras pessoas⁵⁷⁸.

O sistema constitucional protege a personalidade e a dignidade humana. Todavia, sempre que a “personalidade” for usada para fins distintos daqueles para os quais a mesma existe, entre eles, o de garantir a dignidade do ser humano, há possibilidade de desconsideração da mesma. Desconsideração, no sentido de

deveres impostos por lei, respondem solidariamente, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos (Lei 6.404/76, artigo 158, § 2º). Assim é para exista mútua vigilância ou controle. A ressalva existente é no que tange aos atos ilícitos (culpa ou dolo), e mesmo assim cabe verificar se o administrador não se solidarizou pelo silêncio com o ilícito do outro (Lei 6.404/76, artigo 158, § 1º). 3.3. Responsabilidade dos administradores. Pode ser subjetiva (culpa ou dolo) nos atos *intra vires*, e objetiva, neste caso por violação do objeto social nos atos *ultra vires* e por violação da lei ou contrato. O não-repasse de ICMS ao Estado caracteriza infração da lei cometida pelo administrador da sociedade (CTN, artigo 135, III). Trata-se de responsabilidade objetiva, e não subjetiva, descabendo, portanto, adentrar na discussão a respeito da existência de culpa ou dolo (CTN, artigo 136). Por outro lado, a expressão pessoalmente responsáveis usada no caput do artigo 135 do CTN não quer dizer responsabilidade subjetiva, e sim que é exclusiva dos administradores, ou seja, não abrange aquele que é apenas sócio”. TJRS, Apelação Cível n. 70007016645, 1ª Câmara Cível, Relator, Desembargador Irineu Mariani, julgado em 19/05/2004.

⁵⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana..., p. 146.

⁵⁷⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 146. O mesmo texto traz entre outros casos difíceis (*hard cases*), a decisão proferida pelo Tribunal de Cassação francês, que acolheu ação de reparação de danos por considerar existente “o direito de não nascer”: “como conseqüência lógica da decisão, decorre que, para a Suprema Corte francesa, a proteção da dignidade humana, neste caso, estaria na sua não existência”. p. 149.

rejeitar a utilização da proteção jurídica ao valor da personalidade humana como mecanismo para perpetuação de violações da dignidade alheia⁵⁷⁹.

O âmbito de proteção da pessoa permanece íntegro, mas o âmbito de garantia efetiva pode sofrer certas medidas de intervenção quando carecerem de justificação e de limites⁵⁸⁰.

O estudo da história da pessoa como sujeito de direitos e sua relação com os contratos demonstra uma relação de funcionalidade. A primeira função atribuída ao negócio jurídico e, portanto, ao contrato, foi a de servir à teoria do sujeito de direito, tendo em vista a abstração que foi realizada para que se alcançasse a igualdade formal do direito.

Galgano considera que essa funcionalização nasceu com a codificação francesa que teve por objetivo realizar um direito igual para todos os cidadãos, sem distinção de classe, “um diritto pensato in funzione di una <unità del soggetto

⁵⁷⁹ Caso exemplar é decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal, em acórdão de Lavra do Desembargador Tourinho Neto, em que há descrição do iter de estelionato praticado através da Internet. Diferentemente do velho conto do bilhete, que continua sendo crime sofisticado sob o ponto de vista da dissimulação, o estelionato atualmente conta com uma sofisticação jurídica que implica utilização de pessoas cuja ação é unicamente a autorização de utilização de sua personalidade: “Processo penal. *Habeas corpus*. Estelionato. Crime praticado pela *internet*. Prisão preventiva. Inexistência dos requisitos. 1. Crime de estelionato praticado pela *internet*, com a participação, segundo o que consta do inquérito, de diversas pessoas, com atuações determinadas — a) o programador (o que cria a página clone, os programas, ex. O trojan ou cavalo de Tróia) — responsável pela captura da senha; é o *racker*, não *hacker*, b) o usuário (o explorador direto do programa), ou seja, o operador do programa; c) o plaqueiro, (de placa), biscoiteiro ou cartãozeiro (responsável pela aquisição dos cartões bancários e pela arrecadação de boletos que serão pagos via *internet*); d) sub-plaqueiro (a pessoa que, apesar de não conhecer os usuários do programa, compra os cartões magnéticos dos laranjas e os vende a plaqueiros que mantêm contato com o usuário; e) o laranja (o que empresta sua conta para receber os créditos espúrios da internet) — com a finalidade de pescar (obter mediante ardil) a senha de correntistas [*pishing* = *password* (senha) + *ishing* (pescaria)] e retirar dinheiro de suas contas bancárias”. TRF 1ª Região, 3ª Turma, HC n. 200401000494035, Rel. Desembargador Tourinho Neto, julgado em 22/11/2004.

⁵⁸⁰ A distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetiva é apresentado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 341 – 359.

giuridico>”, já que para Savigny o negócio jurídico é manifestação da capacidade natural da pessoa de provocar modificações através de um ato de vontade⁵⁸¹.

Deve ser lembrado que a autonomia privada é um princípio fundamental que faz parte da própria ordem privada e, portanto, um princípio que também tem proteção constitucional. Porém, essa circunstância não torna a autonomia privada um princípio absoluto, assim como não é absoluto qualquer dos princípios previstos no texto constitucional. A técnica jurídica há muito já tem se debruçado sobre “referenciais teóricos e metodológicos” para resolver os conflitos “entre os direitos fundamentais e autonomia privada de forma racional e intersubjetivamente controlável”⁵⁸².

Essas considerações apenas ultrapassam o argumento da liberdade de contratar como princípio absoluto, demonstrando a eficácia limitadora da funcionalização do contrato.

É preciso fixar os contornos positivos da liberdade contratual a partir da concepção funcional de contrato em um sistema constitucional baseado na proteção da liberdade das pessoas.

Embora não se possa adotar qualquer fórmula, sob pena de reducionismo, a definição de contornos para a liberdade contratual passa pelo raciocínio de Raiser, segundo o qual é necessário um único requisito para caracterização do contrato: “esso dev’essere creato autonomamente, e non predeterminato o imposto. Compete poi ai singoli diritti positivi, e non allá teoria, stabilire quali requisiti debbano soddisfare lê parti affinché il contratto sia degno di tutela”⁵⁸³.

⁵⁸¹ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 17. “Se il contratto evoca, quanto meno, l’immagine di una duplicità di soggetti e, come suo referente econômico, l’atto di scambio, il negozio giuridico, che è pensabile como l’atto di un solo individuo, realizza nel modo più completo l’unità del soggetto di diritto, ed elimina, con il suo massimo grado di astrattezza, ogni possibile riferimento al rapporto economico”. p. 18.

⁵⁸² STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 196 – 198.

⁵⁸³ RAISER, Ludwig. Op. cit., p. 93.

Em outras palavras, a preservação da liberdade contratual exige a manutenção de espaço para a forma autônoma da criação de regras e que tais regras efetivamente regulem a relação⁵⁸⁴.

No mesmo sentido a afirmação de Joaquim de Sousa Ribeiro apresenta a contraposição entre duas esferas de autodeterminação como processo antecedente à formação do contrato, as quais limitam-se reciprocamente dentro do contexto social e econômico nas quais estão inseridas, cujo resultado, deve preservar, “pelo menos uma via de acção que, não representando, porventura, a mais desejável para si (a que ele escolheria se tal dependesse apenas da sua vontade), nem, sequer, a mais razoável, numa ponderação objectiva, corporiza ainda, todavia, uma manifestação da autonomia decisória da pessoa – não da pessoa concreta, mas da pessoa que a ordem jurídico-negocial pressupõe”⁵⁸⁵.

Evidentemente que a consideração de um “tipo de pessoa” ou de agente pode ser definida como uma objetivação necessária para o âmbito das relações de consumo e, em algumas circunstâncias, para as relações empresariais, mas não pode ser um parâmetro para as relações civis em geral. Essa circunstância limita a concepção de Joaquim de Sousa Ribeiro ao âmbito do exercício da liberdade contratual no plano dos contratos de adesão, tendo em vista que sua concepção funcional de contrato está voltada para as “condições contratuais gerais”.

Apesar disso, é indiscutível a sua contribuição para separar a concepção de sujeito, construída como categoria universal que é baseada na igualdade formal, paradigma que é substituído por uma concepção concreta de pessoa. Concreta porque situada no “domínio das relações da vida econômico-social”, que limitam a possibilidade de livre realização dos seus interesses. Isso é sintetizado na expressão de que “o sujeito da liberdade é também o sujeito de interesses” e, por isso, não há mais um único sujeito, mas o trabalhador, o arrendatário, o

⁵⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 95 e 96.

⁵⁸⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. cit.*, p. 44.

consumidor, que ao contratar enfrentam as limitações decorrentes da realidade econômica e social, transformando a liberdade de um postulado abstrato para uma “possibilidade de escolha entre alternativas de gestão de interesses”⁵⁸⁶.

Nesse plano de análise a ausência de liberdade é caracterizada pela escolha no limite da renúncia à celebração do contrato, quando não há tutela mínima dos interesses e quando as alternativas postas não são exigíveis de um sujeito tipo. Somente é caracterizada a liberdade e a autodeterminação quando os sacrifícios a estas são exigíveis em relação aos fins que se busca pelo contrato⁵⁸⁷. É na relação entre autodeterminação, possibilidade de realização pessoal das partes e proteção constitucional dos valores que estão por detrás da liberdade contratual, que se opera a vinculação entre contrato e personalidade.

2. Liberdade de contratar como liberdade de exercício de atividade econômica regulada pelo artigo 170 da Constituição Federal e função social dos contratos como decorrência lógica da adoção da função social da propriedade.

Conforme já referido, a doutrina interpreta que o reconhecimento da liberdade de contratar está presente em um conjunto de normas que garantem o direito geral de liberdade e o princípio da livre iniciativa, previstos no artigo 5º e 170, os quais afirmam o poder geral de autodeterminação e autovinculação⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Idem, ibidem, p. 95 – 99.

⁵⁸⁷ Idem, ibidem, p. 45.

⁵⁸⁸ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., p. 200: “Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então

Deve-se inicialmente separar o poder geral de autodeterminação da autonomia privada, em razão da diversidade de ângulos de cada um destes poderes privados. Embora possuam relação umbilical, não podem ser confundidos, pois enquanto o poder geral de autodeterminação diz com a liberdade da pessoa em decidir o seu destino, conforme suas preferências, a autonomia privada trata da liberdade de autovinculação, de constituição de relações jurídicas a partir de atos autônomos e não heterônomos⁵⁸⁹. O poder de autovincular-se decorre do poder de autodeterminação, pois não se pode negar que o destino das pessoas também passa pelos contratos que celebram.

A liberdade de contratar diz respeito à autovinculação e, portanto, refere-se à autonomia privada.

No sistema constitucional brasileiro não há uma previsão expressa da liberdade de contratar e, por isso, a doutrina, ciente da sua natureza constitucional, tenta enquadrá-la em algum dos dispositivos do texto constitucional.

Um dos enquadramentos mais recorrentes é situar a liberdade de contratar como decorrência da liberdade de iniciativa econômica prevista no artigo 170 da Constituição Federal.

As vozes contrárias dizem que tal enquadramento é restritivo, pois a autonomia privada não está associada somente ao setor privado e à atividade econômica. A autonomia privada tem uma função social a cumprir e “se a atividade jurídica negocial é instrumental da actividade econômica, ela não a esgota nem se confunde com ela”. Enquanto a atividade negocial é auto-regulação e

a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional”.

⁵⁸⁹ Sobre a problemática dos limites entre autodeterminação e autonomia privada, ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 21 e ss. A diferença marcada pelo autor português pode ser sintetizada na natureza instrumental da conexão entre os dois conceitos: “a autonomia privada relaciona-se com a autodeterminação como um meio para o seu fim (um dos seus fins) (...) a autonomia privada não é uma componente da autodeterminação, mas apenas uma técnica de criação jurídica ajustada à autodeterminação”, p. 30.

autocomposição individualizada, com eficácia limitada e particular, a liberdade de iniciativa econômica diz respeito a uma série de atos e operações orientados para determinado fim, entre os quais estão os atos negociais. Ou seja, a liberdade de iniciativa é mais ampla do que a liberdade contratual, pois compreende uma série de atos que não têm natureza contratual, mas eminentemente econômica⁵⁹⁰.

Francisco Amaral menciona a conexão entre os conceitos, acentuando o caráter instrumental da liberdade contratual em relação à liberdade de iniciativa, bem como sua natureza constitucional. Embora a liberdade de iniciativa econômica esteja umbilicalmente ligada com a liberdade de contratar uma não se esgota na outra, pois a ordem econômica não se realiza somente mediante contratos⁵⁹¹.

A solução desse problema não é difícil, pois não há uma exclusão de argumentos.

O fato de a liberdade de iniciativa não ser realizada somente através de contratos não afasta o argumento de que a liberdade de contratar é decorrente da liberdade de iniciativa econômica, pois boa parte das iniciativas econômicas e as ações que são realizadas no mercado dão-se através de contratos. Mas é evidente que essa liberdade de iniciativa está relacionada com um conceito de liberdade de contratar que contém em si a previsão de que a celebração de contratos produz efeitos econômicos com repercussões sociais.

Veja-se que o próprio texto constitucional condiciona essa liberdade de iniciativa à “valorização do trabalho humano”, da “justiça social”, da “função social

⁵⁹⁰ PRATA, Ana. Op. cit., p. 197-199.

⁵⁹¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 353 -355.

Em sentido contrário ao pensamento de Francisco Amaral, acolhido na tese, Paulo Lôbo afirma que “a ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, p. 107.

da propriedade”, além da defesa do consumidor, meio ambiente, desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e proteção da pequena empresa⁵⁹².

Ou seja, a liberdade de iniciativa de que trata o artigo 170 da Constituição Federal trata dos contratos que realizam o exercício de atividade econômica, que caracteriza a atividade empresarial, o que é evidente do próprio texto constitucional, ao fazer referências a elementos típicos e próprios das atividades empresariais.

Porém, não se pode situar debaixo dessa disposição legal a celebração de um contrato de doação não interessado, pois esse contrato, embora seja utilizado excepcionalmente, não é meio pelo qual são desenvolvidas as atividades econômicas no mercado.

Tal conclusão não afasta o argumento, mas demonstra sua insuficiência para tratar “da liberdade contratual”, como um modelo unitário.

Também deve ser considerada a distinção entre autonomia privada e liberdade de iniciativa apresentada por Perlingieri, segundo o qual não se pode comparar uma compra e venda de mercadorias e o consentimento a um transplante, pois correspondem a uma diversidade de avaliações na hierarquia dos valores reconhecidos constitucionalmente⁵⁹³.

⁵⁹² O princípio da livre iniciativa está previsto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988: “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I soberania nacional; II propriedade privada; III função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

⁵⁹³ Em um sentido distinto, identificando a autonomia privada com a liberdade de contratar, ou pelo menos com liberdade negocial de caráter patrimonial (“designadamente, a sua atividade econômica”), tem-se o pensamento de Ana Prata: “Por um lado a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial”. PRATA, Ana. Op. cit., p. 11-13.

Além disso, o testamento é instrumento típico da autonomia privada, diz com o poder de autovinculação, mas não diz respeito à liberdade de contratar.

Ou seja, poder de autodeterminação, autonomia privada, liberdade de contratar e liberdade de iniciativa econômica estão interligados, mas não se confundem. A liberdade de contratar faz parte da autonomia privada, mas não esgota seu âmbito de atuação. A liberdade de iniciativa manifesta-se, entre outras formas, pela liberdade de contratar, mas não é esgotada por esta, já que existem outras iniciativas que são realizadas por mecanismos não contratuais e há contratos que não são meios para o exercício de atividades econômicas.

Enquanto os atos da autonomia privada de uma maneira geral estão vinculados à norma constitucional que garante a dignidade humana e sua autodeterminação, a liberdade de contratar está vinculada de maneira estreita com o princípio da liberdade econômica, que no direito brasileiro está no artigo 170 da Constituição Federal, definido como liberdade de iniciativa. Já os contratos que não dizem respeito ao exercício de atividades econômicas como é o caso dos contratos gratuitos, entre outros, têm seu fundamento no princípio da autodeterminação e da dignidade humana.

O argumento de Perlingieri não invalida a proposição de que a liberdade de contratar tem como fundamento a liberdade da pessoa e caracteriza-se como emanção da personalidade jurídica. Trata-se do reconhecimento de que a liberdade de contratar tem uma peculiaridade que a distingue de outros atos da autonomia privada.

Embora a liberdade de contratar seja decorrência da “liberdade geral” (poder de autodeterminação) assegurada no artigo 5º da Constituição Federal, também é decorrência do princípio da livre iniciativa e mantém vínculo lógico com o direito de propriedade.

Sendo o direito de propriedade um direito absoluto e como seu conteúdo pressupõe a liberdade de disposição a partir de “atos de vontade”, a liberdade de

contratar também encontra amparo constitucional na previsão do artigo 5º, da Constituição Federal⁵⁹⁴.

Trata-se de dedução que é feita a partir da análise histórica da formação da autonomia privada no processo de transição do feudalismo para o capitalismo, em que a condição de proprietário impõe o reconhecimento da personalidade jurídica e capacidade negocial para proprietários e para os que podem ser proprietários. A livre circulação da propriedade afirma a capacidade negocial e, por consequência, de realização da liberdade econômica⁵⁹⁵.

O raciocínio é desenvolvido com base na afirmação de que o âmbito de atuação da autonomia privada é desenhado sobre o alcance dos mecanismos de expressão da liberdade dos particulares na tutela de seus interesses: o direito subjetivo, tendo a propriedade como paradigma, e a liberdade negocial. Neste sentido a propriedade é expressão da autonomia privada⁵⁹⁶.

Todavia, deve-se examinar se é possível fazer a mesma dedução a respeito da função social dos contratos. Uma das primeiras formas de interpretação do artigo 421 e do princípio da socialidade no novo Código Civil, e talvez, uma das

⁵⁹⁴ “O exercício de livre disposição da propriedade se viabiliza concreta e instrumentalmente pelo contrato. A autonomia privada – aqui, particularizada na liberdade contratual – é princípio fundamental do direito contratual. Logo, se a Constituição tutela a propriedade (seja como direito fundamental, seja como garantia de instituto), então ela também tutela a autonomia privada. Dizendo em enunciação mais concisa, se o exercício do direito de propriedade exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada”. STEINMETZ, Wilson, Op. cit., p. 201.

⁵⁹⁵ “A atribuição de personalidade e capacidade jurídicas constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autónoma e não perturbada de cada fracção da terra e a troca de bens”. PRATA, Ana. Op. cit., p. 08 e ss.

⁵⁹⁶ A propriedade, no essencial, “identifica-se por três características: constituir um atributo humano, pressuposto irremovível da liberdade do homem; possuir, externamente um carácter absoluto, no sentido de ser um poder detido pelo titular no seu exclusivo interesse, comportando, consequentemente, por um lado, o direito de repelir qualquer ingerência alheia perturbadora e, por outro lado, o direito do proprietário a fazer seus os benefícios económicos obtidos pelo exercício do seu direito por outrem, independentemente de esse exercício se ter repercutido negativamente no seu património, isto é, independentemente de um empobrecimento seu; internamente, uma estrutura de poder sobre a coisa, no sentido de que à pessoa é atribuída uam ilimitada liberdade de utilização dessa coisa”. PRATA, Ana. Op. cit., p. 145.

interpretações mais simplistas se considerada isoladamente, é a comparação entre a função social da propriedade e a função social dos contratos.

Para tal exame deve-se inicialmente demarcar a natureza da relação jurídica: as relações contratuais são relativas e as relações no plano do direito das coisas são absolutas.

Situar ambas as relações no mesmo plano tem por conseqüência eliminar a natureza relativa das relações contratuais e torná-las absolutas, eliminando o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, cujo conteúdo impede que o contrato produza efeitos para além das partes.

A conseqüência da função social no direito contratual não é transformar a natureza relativa da relação contratual. As eventuais transformações sofridas pelo princípio da “relatividade dos efeitos dos contratos” não têm uma relação direta e imediata com a função social dos contratos de que trata o artigo 421. Trata-se, mais, do fruto de modificações decorrentes da complexificação das relações sociais e contratuais, que levaram à modificação do conceito de parte, e menos de uma conseqüência direta da função social dos contratos.

Enquanto a função social da propriedade está relacionada diretamente com a necessidade de a propriedade produzir efeitos específicos em favor da coletividade, como a preservação ambiental, respeito às leis trabalhistas, entre outros efeitos mencionados nos arts. 182 e 186 da Constituição Federal, a possibilidade de invocação da função social no âmbito do direito contratual como imposição da produção de efeitos para a coletividade encontra limites na própria natureza relativa do vínculo obrigacional⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, artigo 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” Supremo Tribunal Federal, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04.

A relação entre socialidade e funcionalidade no novo Código Civil é marcante, não só pelas disposições do artigo 421, mas pela técnica de utilização da socialidade que está posta neste e em outros dispositivos legais.

A idéia de socialidade está positivada no novo Código Civil como elemento para construção de um sistema adequado em uma “época em que o desenvolvimento dos meios de informação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade”⁵⁹⁸.

Tanto em relação à disposição do artigo 1228, como do artigo 187 ou do artigo 50 do Código Civil, observa-se que a *função* dos mais diversos modelos jurídicos está relacionada ao princípio da socialidade.

Uma análise de disposições do artigo 1228⁵⁹⁹ do Código Civil demonstra melhor do que no âmbito do direito contratual a relação entre socialidade e funcionalidade no novo Código Civil, assim como a profunda ligação entre o pensamento de Miguel Reale e o texto da lei.

Embora tal disposição esteja relacionada diretamente com a disposição constitucional que determina que a propriedade deve cumprir com sua função social, não pode ser tomado como mera reprodução do texto constitucional a respeito da função social da propriedade, mas um dispositivo que institui um modelo de propriedade estruturalmente diferente.

⁵⁹⁸ REALE, M. Visão geral do Projeto de Código Civil, p.29.

⁵⁹⁹ Artigo 1.227. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua, ou detenha.

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

A estrutura da propriedade na conformação do artigo 1228 do Código Civil, que no § 2º trata dos atos emulativos⁶⁰⁰ e no § 3º da desapropriação por necessidade pública, interesse social ou requisição⁶⁰¹ apresenta traços distintos da propriedade do Código Civil de 1916. O paradigma é outro.

De uma visão liberal-individualista, passou-se para uma concepção social de propriedade, que deixou de ser um direito exclusivo e ilimitado. Embora o exercício do direito de propriedade seja limitado pelas disposições dos §§ 2º e 3º, as disposições do § 1º não tratam somente do exercício, mas do próprio direito, que tem sua existência condicionada à função social e econômica, com relevante destaque para a preservação de valores centrais do ordenamento, ligados à dignidade humana e à preservação do valor ecologia.

A propriedade é conformada por uma nova concepção de Direito Privado, no qual assume um caráter instrumental para realização da dimensão existencial da pessoa. As políticas públicas para conformação do Direito Urbanístico e Direito Agrário voltam-se para a democratização do acesso a propriedade privada, como forma de garantir que esta sirva à pessoa conforme determina o texto constitucional, deixando de ter mero caráter patrimonial⁶⁰².

⁶⁰⁰ § 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁶⁰¹ § 3º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

⁶⁰² VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730 e ss.

No texto VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 783, é apresentada uma das questões centrais da propriedade e sua relação com a função social, mediante a rejeição da concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e Maria Helena Diniz, de que a propriedade pertence mais ao Direito Público que ao privado: "...como se ao princípio da autonomia privada fosse repugnante a categoria da função social, como se a superação da clássica concepção de direito subjetivo (...) não ocorresse precisamente no seio do direito privado". "Sem mencionar a expressão *função social*, o novo Código Civil insere deveres na essência do direito de propriedade, subjetivo que é e continua sendo. Trata-se, enfim, de um poder-dever, que consubstancia, nos termos que acima buscamos precisar, um direito-função", p. 787.

Esses valores centrais são integrantes da idéia de socialidade, tendo em vista que dentro de tal concepção culturalista que está por detrás do novo Código Civil, a natureza é parte integrante da cultura, assim como é um valor relacionado com a socialidade o reconhecimento da dignidade humana.

A relação com a socialidade está na necessidade de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes.

Os dispositivos tentam e buscam “um equilíbrio entre o direito de propriedade, de um lado, e os deveres que o proprietário tem para com o todo social, de outro lado. A propriedade é como Janus bifronte: tem uma face voltada para o indivíduo e uma face voltada para a sociedade”⁶⁰³.

No aspecto em exame funcionou a **dialética de complementaridade**, derivada da “conciliação entre duas diretrizes”⁶⁰⁴ centrais do ordenamento. Os pólos em torno dos quais o direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social, são conciliados mediante o estabelecimento de “um espírito de maior comunhão no sentido de propriedade”⁶⁰⁵.

Tal análise serve para apresentar a dimensão da socialidade e sua indissociável ligação com a *funcionalização* dos modelos jurídicos postos no Código, o que gera uma diretriz central, sem a qual não se pode dimensionar o conteúdo e sentido das normas.

A questão posta aqui não é a função social da propriedade, mas apesar disso, não se pode deixar de fazer a distinção entre o que representa a “função social da propriedade” no regime do direito de propriedade e sua diferença dos “limites do direito de propriedade”.

⁶⁰³ REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil, p. 154 e 155.

⁶⁰⁴ Idem, *ibidem* p. 155.

⁶⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 156.

Embora o direito de propriedade seja limitado pela função social, o elemento diferencial que a função social veio agregar não foi a criação de limites ao direito, sempre reconhecidos pela necessidade de respeito aos regulamentos administrativos e ao direito de vizinhança.

O grande diferencial está na tradicional frase formulada na Constituição de Weimar, segundo a qual “a propriedade obriga”⁶⁰⁶.

Ou seja, a consequência direta e imediata da função social da propriedade foi a modificação desse direito para transformá-lo numa espécie de direito/função, pois além de ser direito subjetivo, a propriedade também cria deveres ao proprietário.

Um processo similar também ocorre com o direito contratual, embora não se possa dizer que essa eficácia da função social seja a principal eficácia ou a marca da função social no âmbito do Direito Privado.

Não se pode negar que, sob determinado ponto de vista, o sentido social de contrato resulta do próprio artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e também “constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como *garantia fundamental* dos indivíduos e da coletividade, que está no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade”⁶⁰⁷.

Calixto Salomão Filho tem razão situar no plano histórico/sociológico a vinculação entre função social da propriedade e função social dos contratos, tendo em vista que a primeira foi desenvolvida como resposta a uma sociedade fortemente agrária, enquanto a função social dos contratos passa a ser

⁶⁰⁶ Artigo 153 da Constituição Alemã de 1919. Sobre a Constituição de Weimar, ver interessante texto de COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Alemã de 1919. www.dhnet.org.br, em 31.07.2005.

⁶⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional, p. 351.

considerada a partir do momento em que a acumulação de capital se funda no comércio e indústria, que caracterizam a atividade empresarial⁶⁰⁸.

As primeiras incursões no direito brasileiro para regular a função social dos contratos teve origem na utilização do argumento de que a nova feição da função social da propriedade era a função social de um dos mais importantes instrumentos econômicos: “a função social da propriedade é exigível, quando o direito se exerce sob a forma de empresa, quando implica, numa palavra, em uma atividade econômica lucrativa”⁶⁰⁹.

Orlando Gomes foi quem introduziu o argumento no direito brasileiro vinculando a função social da propriedade com a atividade empresarial e por consequência com os contratos, pois a atividade empresarial é realizada fundamentalmente através da sua atividade contratual (negocial)⁶¹⁰.

Outra linha argumentativa trata da função social e sua vinculação com a Constituição Federal, que não passa pela linha direta da função social da propriedade, é a da “solidariedade” no âmbito das relações contratuais, segundo a qual a função social dos contratos deve ser analisada a partir da idéia de “constitucionalização” do Direito Privado, sob incidência direta dos objetivos fundamentais da República positivados no artigo 3º da Constituição Federal, entre eles o da solidariedade.

Essa concepção é desenvolvida por Luis Renato Ferreira da Silva, que propõe estudo de natureza diversa do apresentado nesta tese, mas que possui extrema relevância para uma compreensão prospectiva e sistemática da função social dos contratos. Propõe examinar a função social dos contratos e a boa-fé

⁶⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit.: “Do direito de propriedade passa-se a relações jurídicas. Em um primeiro momento aquelas envolvidas pela empresa e, em seguida, pelos contratos em geral”. p. 70.

⁶⁰⁹ GOMES, Orlando. Lineamentos ..., p. 16.

⁶¹⁰ Idem, ibidem, p. 16.

“verdadeiros nortes da teoria contratual, fazendo-o à luz da solidariedade afirmada, constitucionalmente, como objetivo”⁶¹¹.

O autor toma por base as idéias de Judith Martins-Costa⁶¹² e a concepção de Emile Durkheim para sustentar que a solidariedade orgânica proclamada no texto constitucional aditada à limitação infraconstitucional da função social dos contratos, constitui-se em um “limitador ao exercício da liberdade contratual”, cujo efeito é o de “concretizar o elemento solidarista”⁶¹³. Porém, no curso do texto, os principais exemplos apresentados não são propriamente de “eficácia transubjetiva”, mas sim de alargamento do conceito de parte, mediante a análise de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de uma vítima de sinistro cobrar diretamente indenização da seguradora e da eficácia dos contratos de compra e venda de imóveis hipotecados, vinculados ao sistema financeiro habitacional⁶¹⁴.

A consequência prática dessa concepção é similar à apresentada por Jorge Cesa Ferreira da Silva e indicada por Judith Martins Costa: acentuar a eficácia transubjetiva da função social dos contratos⁶¹⁵.

⁶¹¹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129.

⁶¹² É feita citação do texto *O novo Código Civil brasileiro: Em busca da ética da situação*, publicado na obra MARTINS-COSTA, Judith MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶¹³ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 132.

⁶¹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 142 e 143. As decisões são os RESP n. 97.590/RS e RESP n. 187.940/SP. A primeira decisão trata da possibilidade de execução direta da seguradora quando a demanda condenatória e a denúncia à lide forem procedentes, ainda que a ré/denunciante esteja extinta e não tenha bens para pagar serem constritos. A decisão considerou que não houve violação do artigo 75, I, do Código de Processo Civil, que trata das regras sobre a denúncia à lide. A segunda decisão afirma que procedem embargos de terceiros movidos por promitentes compradores de unidade residencial de edifício financiado. A decisão reconhece que o credor somente tem direito sobre as prestações dos adquirentes, mas não sobre imóvel. Ambas as decisões foram proferidas pelo então Ministro Ruy Rosado do Aguiar Júnior.

⁶¹⁵ “Assim, no presente estudo, abordo a idéia de solidariedade impondo uma cooperação entre os contratantes e também dos contratantes para com terceiros e vice-versa”. *Idem*, *ibidem*, p. 133.

3. A função social, eficácia relativa e eficácia transubjetiva do contrato

A eficácia da função social não foi objeto de regulamentação no âmbito do Código Civil. Não há como editar regras específicas sobre a multiplicidade de setores da economia que exigem dos contratantes uma postura ativa como corolário da função social.

Os melhores exemplos dessa eficácia positiva da função social (exigência de postura ativa) no âmbito contratual, estão no Direito do Consumidor e no Direito da Concorrência, duas “disciplinas jurídicas” que se constituem na principal modificação ocorrida no Direito Privado no final do século passado pela definição dos procedimentos, legitimados e métodos de intervenção estatal no mercado. Em outras palavras, o Direito da Concorrência e Direito do Consumidor são duas matérias que serviram para deixar claras as regras do mercado, bem como para definir como e quando o Estado pode intervir.

A análise das disposições do Código de Defesa do Consumidor a respeito da obrigação de contratar, da publicidade, da impossibilidade do fornecedor de produtos e serviços recusar a contratação, ou as obrigações previstas na Lei de Abuso do Poder Econômico que submetem determinados contratos ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica) constituem-se em exemplos a serem tratados⁶¹⁶.

A mesma perspectiva é dada por NEGREIROS, Teresa. Op. Cit, p. 232 e ss. e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”. In: Estudos e pareceres de Direito Privado – Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137 – 148

⁶¹⁶ No mesmo sentido referindo a multiplicidade de formas de intervenção estatal para promoção da função social da empresa, ver SALOMÃO FILHO, Calixto, Op. cit., p. 68.

No caso do Código de Defesa do Consumidor o mecanismo estatal de controle é jurisdicional, pois foi outorgada ao Ministério Público e às associações de proteção aos consumidores a legitimidade para promover ações judiciais para realização do controle prévio e abstrato de cláusulas contratuais em contratos submetidos a condições gerais dos negócios, sem ter como barreira o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Embora a Lei não permita, *em tese*, o controle prévio e abstrato, a jurisprudência tem usado o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com os arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal para outorgar legitimidade ao Ministério Público nas ações coletivas para proibir que Instituições Financeiras, Planos de Saúde, etc., abstenham-se de usar determinados modelos de contratos, obrigando-os a manter cláusulas contratuais com o conteúdo determinado em sentença judicial⁶¹⁷.

Embora a necessidade de preservação do interesse social dependa da intervenção judicial, o mecanismo outorgado pela lei aos legitimados para questionar disposições contratuais que contrariem o interesse social e, portanto, visem a realizar o princípio da socialidade, possui eficácia que se estende para além daqueles que estão envolvidos diretamente na relação processual.

Essa eficácia é decorrente de uma norma geral não escrita segundo a qual aquele que celebra contratos massificados, que potencialmente expõem um

⁶¹⁷ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivo de ver declarada nulidade em cláusula abusiva em contrato bancário. Presença de interesse coletivo e difuso, em razão da potencialidade do consumidor bancário. Relação de consumo, de natureza homogênea, sujeita às regras do CDC, ensejando possibilidade jurídica ao pedido deduzido na ação coletiva. Sentença de mérito que produz efeitos *erga omnes*, caracterizando o interesse público” TJRS, Ap. Civ. n. 70001052729, 18ª C.Civ., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 10.04.2003. Veja-se também decisão do TJRS, Ap. Civ. n. 70008353096, 5ª C.Civ., Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. 16.06.2004.

Embora existam decisões em sentido contrário, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido tal controle, como se pode ver de recente decisão da 3ª Turma: “- A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. — Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão”. RESP n. 509659, 3ª Turma, Ministra Nancy Andriighi, DJ 16.11.2004.

grande número de pessoas tem o dever de não estabelecer cláusulas contratuais que de alguma maneira prejudiquem terceiros ou potenciais contratantes (princípio da socialidade ou solidariedade social).

Aí já se está para além das simples modificações do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos para ingressar no âmbito da “eficácia transubjetiva dos contratos”. Parte da doutrina, com uma visão mais ousada em relação à função social, situa o âmbito de eficácia do artigo 421 justamente nesse plano, atribuindo a esta “a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária”⁶¹⁸.

Essa norma, deduzida dos arts. 2º, parágrafo único e 29 do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica no âmbito das relações paritárias do Direito Civil ou mesmo nas relações empresariais, salvo aqueles casos disciplinados na Lei do abuso do Poder Econômico.

No âmbito da Lei de Abuso do Poder Econômico a opção do legislador foi a de permitir o controle administrativo, prévio e concreto, assim como o papel de fiscalização, realizando verdadeira intervenção no âmbito da relação contratual, tal qual no âmbito do direito de propriedade quando o Estado pratica o ato de desapropriação.

A atuação do CADE é peculiar porque a intervenção estatal se dá por órgãos não jurisdicionais e mediante uma intervenção numa relação concreta, específica. No caso da proteção do consumidor, a legitimidade para propositura da ação civil pública está associada à massificação de tais relações e à repetição de uma situação concreta entre os consumidores, que autoriza determinadas pessoas a postular direito alheio em juízo. O mecanismo de intervenção e de tutela é fundamentalmente processual.

⁶¹⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

Já a intervenção do CADE proibindo determinado contrato de *joint venture*, por exemplo, por caracterizar concentração de mercado é comando dirigido diretamente à relação contratual, proibindo a realização do contrato em razão de que a “eficácia” de tal contrato ultrapassa as partes e atinge a coletividade.

Tal “eficácia” não é jurídica, mas fundamentalmente econômica, pois o contrato somente obriga e gera direitos entre as partes. Porém, a execução do contrato provoca conseqüências econômicas diretas para um grupo extremamente grande de pessoas, sobre o meio ambiente ou sobre a economia, com conseqüências que interessam diretamente à sociedade, havendo a limitação legal em razão do princípio da socialidade.

Nesse aspecto, o princípio da socialidade sobre os contratos é caracterizado de maneira muito similar ao Direito de Propriedade, pois determinados contratos, considerados em concreto possuem uma potencialidade de produção de efeitos sobre terceiros, e, por isso, a lei outorga ao CADE o poder de intervir diretamente sobre a liberdade de contratar, tendo em vista que na contraposição entre os interesses individuais e os interesses sociais, estes prevaleçam sobre aqueles, tal qual ocorre em uma desapropriação⁶¹⁹.

As disposições da Lei de Abuso do Poder Econômico, em especial, possuem uma eficácia similar às disposições que disciplinam a função social da propriedade,

⁶¹⁹ Arts. 30 e ss. da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Uma das decisões mais importantes do CADE nos últimos anos foi a proferida no caso AMBEV, Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, j. 30.03.2000, na qual determinou-se a Companhia AMBEV S.A. que alienasse várias unidades fabris, compartilhasse o sistema de distribuição com o novo adquirente pelo prazo de dois anos, vendesse uma de suas marcas, etc., sob pena de desconstituição da própria Companhia, além da imposição de multas.

Outra decisão de extrema importância, mas em sentido diverso, trata-se do litígio entre DIRECTV e REDE GLOBO de televisão, no qual a primeira pretendia obter decisão do CADE para que obrigasse a segunda a firmar contrato consigo. O resultado do julgamento foi considerar “**justificável** o contrato de exclusividade entre a TV Globo e SKY, bem como **legítima** a recusa de contratar por parte da TV Globo”. Nesse caso cogitou-se da obrigação de contratar pela aplicação da teoria da *essential facility*, que torna obrigatória a celebração de um contrato nos “casos extremos, nos quais a detenção exclusiva de um serviço ou produto por um determinado prestador inviabilizava por completo a existência de um regime de competição, visto que o bem negado não poderia ser duplicado por constituir um monopólio natural”. (sic). Processo Administrativo n. 53500.000359/99, Rel. Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, por maioria, j. 20.06. 2001.

pois tem por efeito o nascimento de deveres com fundamento na necessidade direta de preservação de interesses sociais. O contrato deve ou não ser realizado, ficando limitada a liberdade de contratar, diretamente em razão da necessidade de preservação do interesse social da não formação de monopólios e necessidade de preservação do direito da concorrência.

A mesma razão está na possibilidade de as pessoas descritas no artigo 29 da Lei de Abuso do Poder Econômico e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor de promoverem ações para tutela de interesses difusos, coletivos ou interesses individuais homogêneos. Embora os contratos sejam realizados individualmente, a celebração de um determinado “modelo de contrato” para um grande número de pessoas decorrente do exercício da atividade econômica de massa, exige que as disposições contratuais se submetam ao interesse social. Nesse caso a intervenção estatal somente pode se dar mediante decisão do poder judiciário, por meio da ação civil pública, ou mediante os compromissos de ajustamento de conduta⁶²⁰.

A possibilidade de intervenção administrativa no âmbito do direito do consumidor é extremamente limitada. Embora o Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997 determine sanções para as práticas comerciais abusivas previstas no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, as sanções não atingem diretamente os contratos, mas o infrator pela prática de ato contrário ao “direito” dos consumidores.

No âmbito do Código Civil a função social tem espaço mais estreito, não podendo ser deduzido da cláusula geral uma eficácia similar aos casos em comento, sob pena de subversão de todo o sistema da lei geral que trata das relações econômicas básicas celebradas pelo “homem comum”.

⁶²⁰ A vinculação da função social dos contratos com os interesses difusos e sua problematização processual e a relação entre função social e “garantias institucionais” é desenvolvida por SALOMÃO FILHO, Calixto, Op. cit., p. 77 e ss. Sua proposição é a de que “o princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela de interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei. Toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato”, p. 83.

A eficácia prevista no Código de Defesa do Consumidor e Lei de Abuso do Poder Econômico é decorrente de princípios implícitos de solidariedade social e por isso situa-se em uma mesma tendência de preservação da socialidade, tal qual a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil. Entretanto, o fato de situar-se dentro de uma mesma tendência não pode significar que a intervenção estatal é decorrente desta disposição legal, não servindo como parâmetro para interpretação de tal artigo, tampouco para compreensão da extensão dos efeitos da função social dos contratos no âmbito do novo Código Civil.

Embora também seja inerente ao Direito Contratual o surgimento de deveres que não estão previstos na lei ou no contrato, obrigando ambas as partes, tais deveres não nascem da “função social”, mas como emanações decorrentes da diretriz da eticidade, seja em razão dos princípios da boa-fé e da confiança.

O Código Civil nos termos do que já foi tratado nesta tese deve ser compreendido como um “eixo”, um conjunto de normas que tem aplicação geral, mas não total, na regulação da vida do homem comum.

E, a função social, tal qual está posta, submete-se aos limites do Código Civil, não podendo ser extrapolada para além do texto legal.

Aqui está uma das grandes diferenças entre afirmar o acolhimento do “princípio da socialidade” e a cláusula geral da função social. Enquanto a simples adoção do princípio implícito deixa o juiz livre para sua aplicação conforme as regras gerais do sistema, a cláusula geral condiciona o juiz à disposição legal, nos quadros do sistema onde está inserida.

O fato de o Código Civil ser um eixo do Direito Privado não afasta a obrigatoriedade de obediência à lei, sob pena de violação da Constituição Federal. O Código Civil é eixo sobre o qual circundam as demais leis civis que disciplinam a vida privada. O legislador pode criar, adaptar e construir o Direito, mas precisa respeitar o princípio democrático instituído no texto constitucional. Veja-se que não se trata de separação de funções do Estado, mas de obediência do processo constitucional de criação de regras jurídicas.

Não se nega que o artigo 421 tem por efeito uma modificação no princípio da relatividade dos efeitos dos contratos que há muito tempo já vem sendo objeto de estudo pela doutrina. Tal efeito não é uma novidade, mas a continuação de uma tendência já observada há muito.

Os exemplos recorrentes estão no artigo artigo 12 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato) e no § 1º do artigo 13 do Decreto-lei 58/37, nos quais o legislador por disposição expressa determina o alargamento da eficácia do contrato, de modo a modificar a produção dos efeitos do contrato sobre quem no conceito clássico do contrato era considerado como “terceiro”.

Esse alargamento da eficácia do contrato não suprime e não elimina do âmbito do direito contratual o princípio da eficácia relativa. Ele continua intacto. Contudo, provocou uma modificação no conceito de parte, para que seja considerado como parte não somente aqueles que declarem vontade de contratar, mas também todos aqueles que através de um ato voluntário (artigo 13 do Decreto-lei 58/37) ou não necessariamente voluntário (ex. separação de fato em uma união estável – artigo 12 da Lei 8.245/91), passem a ser considerados como partes em uma relação contratual da qual não participaram da fase de estipulação.

A construção do princípio dos efeitos relativos teve como premissa o dogma da teoria da vontade numa concepção individualista de contrato⁶²¹. A consequência é que as partes podem se obrigar, mas não podem obrigar terceiros, estranhos a sua vontade. Não se é credor ou devedor sem vontade, que é critério para qualificar quem é parte no contrato.

⁶²¹ TEYSSIE, Bernand. Les Goupes de Contrats. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. Revue Trimestrielle de droit civil, n. 2, abril-junho de 1994, p. 275 e ss.

Esse princípio chegou a ser chamado de um “pretense princípio” em razão dos golpes que sofreu desde a sua criação, como mencionou Savatier em artigo escrito no início do século passado⁶²².

No âmbito do Direito Civil, a principal modificação do princípio da relatividade dos efeitos está relacionada com a crescente ampliação da oponibilidade dos contratos perante terceiros e da admissão de mecanismos e instrumentos normativos que modificam a sua configuração. Exemplo disso é a tipificação do contrato com pessoa a declarar, da assunção de dívida, as modificações na cessão de crédito, a desconsideração da personalidade jurídica de que trata o artigo 50, bem como os sistemas ou redes de contratos conexos⁶²³.

Sobre o mesmo tema, é indiscutível a contribuição fornecida por Jaques Ghestin, que em 1992 escreveu artigo jurídico propondo que todas as pessoas ligadas pelo consentimento efetivo, pelos efeitos obrigatórios do contrato devem ser consideradas como parte, ainda que seja o mandatário e aqueles que voluntariamente aderem ao contrato na fase da execução. Pessoas que inicialmente são terceiros, mas que por sucessão universal de natureza convencional (venda de uma universalidade, do estabelecimento empresarial) ou legal (mortis causa) e até mesmo cessão de contrato, passam a ser partes⁶²⁴.

Nesta concepção o critério da qualidade de parte está na vontade de ser obrigado, seja pela conclusão ou pela participação na execução, aderindo-se voluntariamente aos efeitos obrigatórios.

⁶²² Ver Savatier, ‘Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats’. Revue Trimestrielle de droit civil, 1934, p. 525.

⁶²³ A respeito dos contratos conexos e a modificação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos no “sistema contratual do cartão de crédito”, tratamos na obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O sistema contratual do cartão de crédito. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁶²⁴ Ghestin La distinction des parties et des tiers au contrat JCP, 1992.I. 3628. A defesa dessas idéias foi publicada em outro artigo, no ano de 1994, sob o título Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. Revue Trimestrielle de droit civil, n. 4, octobre-décembre 1994, p. 777 e ss.

Contudo, a concepção de Ghestin continua presa ao conceito voluntarístico que formou o princípio, deixando sem explicação situações como a do artigo 13 da Lei 8.245/91, em que a força vinculativa do contrato deriva da ordem positiva, de forma objetiva, impondo ao locatário a sub-rogação do contrato, independentemente de qualquer declaração de vontade.

Partes, então, podem ser definidas como as pessoas submetidas ao efeito obrigatório do contrato por efeito da vontade ou da Lei⁶²⁵.

Interessa a este trabalho a lei como instituidora de eficácia contratual sobre quem tradicionalmente não se considera parte em razão da aplicação da função social do contrato no âmbito do Código Civil.

E, a esse respeito, podem-se identificar três casos regulados no Código Civil: a da desconsideração da personalidade jurídica pelo desvio da finalidade social; a sucessão decorrente da compra e venda do estabelecimento comercial; e a responsabilidade pelos danos provocados por produtos postos em circulação por empresários.

Nos três casos o Código, acolhendo o princípio da socialidade, impõe a extensão da eficácia das obrigações contratuais para quem não é parte, independentemente de qualquer ato voluntário.

No primeiro, já tratado anteriormente, a lei prevê que certas e determinadas relações terão seus efeitos estendidos para pessoa distinta da que contratou, se a pessoa jurídica estiver sendo usada para fins diversos de seus fins sociais. No caso, é o descumprimento da função social da personalidade jurídica que determina a extensão dos efeitos contratuais e não a função social dos contratos.

No segundo, o artigo 1.148 do Código Civil estende os efeitos da compra e venda do estabelecimento para todas as pessoas que mantêm contratos com

⁶²⁵ AUBERT, Jean-Luc. A propôs d'une distinction renouvelée des parties et des tiers. Revue Trimestrielle de Droit Civil, n. 2, junho-setembro de 1993, p. 263 e ss.

pessoa jurídica que até então era titular do estabelecimento empresarial. A sub-rogação legal operada pelo artigo 1.148 também foi determinada pela necessidade de preservação de interesses sociais, quais sejam, os interesses da coletividade determinada ou determinável de pessoas que sofrerão os efeitos econômicos da compra e venda. Na hipótese, importou mais para o legislador a operação econômica e sua eficácia do que a própria personalidade, pois a pessoa jurídica que vende o estabelecimento é afastada da relação contratual, permanecendo somente sua responsabilidade nos termos do próprio artigo. Nesse caso há necessidade de preservação da confiança, assim como da função social dos contratos.

No terceiro caso, a atribuição de responsabilidade pela circulação de produtos comercializados em razão da atividade empresarial prevista no artigo 931 do Código Civil, segue na mesma tendência decorrente do princípio da socialidade impondo deveres aos empresários perante aqueles que forem vítimas de danos causados por produtos, respondendo independentemente de culpa.

Tal responsabilidade não está limitada somente aos contratantes voluntários, representando a extensão dos deveres contratuais para além das partes originalmente concebidas. Sem entrar na análise de todas as faces desse dispositivo, um de seus principais efeitos é o de atribuir o regime eficaz de parte para aqueles que sofrerem danos em razão da aquisição de produtos colocados em circulação através da atividade empresarial.

A eficácia da regra é contida, comparativamente com os regimes do fato do produto, mas representa uma das transformações no regime da responsabilidade civil de maneira emparelhada com as demais transformações provocadas pela concepção culturalista que já foi objeto de análise, para a qual o princípio da socialidade é uma das grandes diretrizes da própria codificação.

No entanto, a extensão dos efeitos para terceiros dependeu de disposição expressa da lei, não podendo deduzir-se comando similar diretamente do artigo 421 do Código Civil.

Judith Martins-Costa indica que a mais inovadora eficácia da função social dos contratos é aquela dirigida a terceiros não determinados e a bens de interesse comum, em matérias que envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência.

Afirma que o mandamento constitucional do artigo 225 tem por efeito que “a atividade contratual não apenas deve ser não lesiva, antes, deve ser *promocional do meio ambiente*”, o que gera obrigações perante toda a cadeia contratual, mas também impõe deveres “positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização”⁶²⁶.

A partir dessa visão, a relatividade dos efeitos dos contratos passa a ser considerada como um princípio autônomo e não mais subordinado exclusivamente ao velho princípio da “autonomia da vontade”, vinculado com a função social dentro da discussão do que chama de “contratos comunitários”⁶²⁷. Afirma que a impossibilidade da eficácia perante terceiros somente se dá a partir de uma concepção “polarizada em torno do princípio da ‘autonomia da vontade’ e seus dois principais consectários: o *pacta sunt servanda (...)* e o *res inter alios acta tertio necque nocet necque prodest (...)*”⁶²⁸.

No seu texto Judith Martins-Costa concorda com Antonio Junqueira de Azevedo que a função social recepiona a teoria da tutela externa do crédito, já adotada no Direito Comparado nos países da *Common Law*. Afirma, porém, que para caracterização da responsabilidade é preciso de um elemento subjetivo, que identifica como “interferência intencional não justificada”, que não chega a caracterizar dolo⁶²⁹.

⁶²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social, p. 21.

⁶²⁷ Na “doutrina do efeito externo” da relação de crédito, o crédito é tutelado enquanto tal perante o devedor e também perante terceiros, podendo estes terceiros ser chamados diretamente pelo credor para responder pela lesão ao seu crédito. Sobre o tema ver, entre outros, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79 – 81.

⁶²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social, p.20.

⁶²⁹ A função social “potencializa e permite *interpretação ampliativa* dos dispositivos legais referentes à promoção da livre concorrência”, afirmando que no âmbito da atividade negocial está correta a

A posição de Antonio Junqueira de Azevedo precisa ser examinada com certo cuidado, tendo em vista que os atos que disciplinam a relação entre os contratantes e terceiros não são preceitos contratuais, mas regras absolutas vinculadas à obrigação de não causar dano a outrem. Embora o direito de contratar seja exercido de maneira “intencional não justificada”, esse é o caso da incidência do artigo 187 do Código Civil e não do artigo 421.

Teresa Negreiros apresenta posição semelhante à de Antonio Junqueira de Azevedo, afirmando que a função social é um princípio decorrente da “solidariedade” presente no texto constitucional, tendo seu âmbito de atuação como contraponto ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Sua proposição é “verificar de que modo se dá a interação entre tal princípio (função social) e o clássico princípio da relatividade, que, em sentido oposto, postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos aos contratantes”⁶³⁰.

A análise de Teresa Negreiros talvez seja o trabalho de maior fôlego a respeito do tema no Direito brasileiro, sendo responsável por uma das questões centrais da função social dos contratos, que é a noção de oponibilidade, cuja tradição de debate tem origem na doutrina francesa⁶³¹.

Ou seja, um dos efeitos da cláusula geral da função social dos contratos é tornar o contrato oponível perante aqueles que não são parte, tendo em vista a

doutrina que indica a *funcionalidade exógena* da função social, em contrapartida à normatividade endógena dos princípios da boa-fé e autonomia privada. Idem, ibidem, p. 21.

⁶³⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002, p. 210.

Para endossar sua tese a autora apresenta decisões judiciais de vários Tribunais a respeito do afastamento do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, quando o “terceiro é prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual” e quando o “credor é prejudicado pelo comportamento do terceiro”.

⁶³¹ Um dos debates mais profícuos realizados no Direito francês a respeito do tema é o apresentado nas notas 621, 622, 623, 624 e 625, infra, entre Jaques Ghestin, Jean-Luc Aubert e Catherine Guelfucci-Thibierge, tendo como pano de fundo artigo de René Savatier.

natureza eminentemente social do fenômeno contratual, no sentido de que terceiros respeitem os direitos de crédito alheios.

Observe-se, porém, que não é possível deduzir certos efeitos da função social tal qual prevista no artigo 421 do Código Civil. Por exemplo, o caso citado por Teresa Negreiros de “terceiro prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual” está vinculado a regras legais em que o legislador de maneira expressa estende tal eficácia nos casos de responsabilidade por vícios do produto para os consumidores equiparados. O Juiz, na aplicação do artigo 421, não pode impor uma obrigação contratual para quem não é parte, sob pena de violar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, que modernamente não pode mais ser visto com o caráter ideológico com o qual foi marcado no século XIX e meados do século XX.

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos tem caráter técnico e está vinculado diretamente à regra do artigo 5º da Constituição Federal, segundo a qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, exceto em virtude de lei⁶³².

Judith Martins-Costa tem razão em afirmar que o contrato não é apenas um acordo jurídico, mas “um fato social” que pode ser danoso. E, nessa condição, não se pode falar de função social dos contratos, mas de ato ilícito. Deve-se compreender que o “ser civil” existe na comunidade, na dimensão supra-individual ou transubjetiva e, o Código Civil, ao consagrar o princípio da boa-fé e ao condicionar a liberdade contratual à função social do contrato está protegendo a vida civil, “vale dizer, a vida civilizada”⁶³³.

⁶³² Nos casos de “credor prejudicado pelo comportamento de terceiro” Teresa Negreiros trata de casos de *exercício abusivo de direitos*, regulados no artigo 187 do Código Civil e não propriamente pelo artigo 421.

⁶³³ MARTINS-COSTA, Judith. Zeca Pagodinho, a razão cínica e o Código Civil brasileiro. www.migalhas.com.br, em 29.03.2004.

Embora o princípio da socialidade possa determinar comandos como o artigo 1.148 do Código Civil ou como as disposições da Lei do Abuso do Poder Econômico, não se pode afirmar que a cláusula geral do artigo 421 provocou uma “socialização dos efeitos” do contrato. Essa hipótese estende em demasia a disposição legal, ignora toda a evolução histórica da discussão a respeito da função social dos contratos e torna difícil o controle do conteúdo das decisões judiciais.

A função social não é “um remédio para todos os males”, não podendo ser aplicada em casos como o indicado por Antonio Junqueira de Azevedo, segundo o qual, o terceiro que vende derivados de petróleo para posto de combustível que mantém com terceiro contrato de exclusividade comete ato ilícito por violar a função social dos contratos. Sua afirmação é de que a função social dos contratos provoca a irradiação de efeitos perante terceiros, para quem o contrato se torna oponível, “já que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse”⁶³⁴.

Tal concepção põe a sociedade dentro do contrato e representa eliminação do caráter relativo da relação contratual, acabando com o princípio da autodeterminação das pessoas e ignorando que o conceito de “justiça contratual” exige a realização dos fins sociais para os quais o contrato existe, mas esta continua tendo caráter comutativo e não distributivo⁶³⁵.

Sobre o tema, deve-se buscar a lição de Raiser, que nega a utilidade de uma “eficácia externa” do contrato. Se há eficácia externa não se está tratando do contrato, que é auto-regulamento e não regulamento heterônomo. Para enquadrar dogmaticamente os efeitos de um pacto para limitar a concorrência não é

⁶³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”. In: Estudos e pareceres de Direito Privado – Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137 – 148.

⁶³⁵ Sobre justiça comutativa e distributiva no plano do Direito Contratual, ver GHESTIN, J. L’utile et le Juste...

necessário recorrer à idéia de efeito externo⁶³⁶. Mário Júlio de Almeida Costa admite a doutrina da eficácia externa do crédito, mas restringe sua possibilidade para o plano das obrigações com fundamento legal, como é o caso da morte do devedor de alimentos e aos casos de abuso do direito. Embora admita uma “eficácia externa”, sua ocorrência é tratada como ato ilícito e não como eficácia do contrato⁶³⁷.

Da mesma maneira situa-se o contrato de distribuição com exclusividade, pois o empresário que se sujeita ao fabricante, para revender somente determinados produtos, sob certos preços e condições, sujeita-se a regras que interessam exclusivamente ao seu comportamento e aos do vendedor. Não há qualquer utilidade na noção de eficácia externa, que se revela “inútil e inadequada”⁶³⁸.

Na mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que não é possível a quebra de bandeira por parte dos postos de combustíveis que vendem com exclusividade. O fundamento das suas decisões não é a função social dos contratos ou a oponibilidade do contrato perante terceiros, mas a violação de disposições legais do Código de Defesa do Consumidor⁶³⁹. O fundamento das decisões do Superior Tribunal de Justiça está

⁶³⁶ RAISER, Ludwig. Op. cit., p. 83.

⁶³⁷ O caso citado por Mário Júlio, do artigo 495, 3, do Código Civil português é equivalente ao artigo 948, II do Código Civil brasileiro, regra nada nova, que corresponde ao artigo 1.537, II do Código Civil de 1916, típico de dano por ricochete. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82 e 83.

⁶³⁸ RAISER, Ludwig. Op. cit., p. 84.

⁶³⁹ “A prática que vem sendo adotada pelas empresas distribuidoras, revelada nestes autos vem, ao reverso do sustentado na sentença, a colaborar com os objetivos das políticas nacionais “para o aproveitamento racional das fontes de energia”, apresentados pela Lei n. 9478/97, à medida que protege os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (artigo 1º, inc. III). Não se pode negar que a chamada 'quebra de bandeira' confunde o consumidor final e torna mais difícil o controle da origem dos combustíveis, favorecendo as empresas que praticam a atividade de distribuição ilegalmente, e que procedem a alterações na composição dos produtos, a comprometer não somente a integridade dos veículos automotores, mas o meio-ambiente e a saúde da coletividade. Superior Tribunal de Justiça, RESP n. 475220/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24.06.2003, www.stj.gov.br.

na seletividade do legislador, que reconheceu os casos em que essa eficácia é possível.

Embora possa ser considerado como ato ilícito o fato de alguém agir em “conluio” para prejudicar terceiro com quem se mantém contrato, isso não tem relação com a função social dos contratos. Trata-se do caso da fraude a credores, que contém previsão legal, ou, de casos como os que estão previstos na Lei de Abuso do Poder Econômico de “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”⁶⁴⁰.

A função social dos contratos não serve para impor deveres absolutos, pois no plano das relações intersubjetivas não contratuais a fonte dos deveres é a lei (arts. 186, 187, etc.) ou princípios como o dos bons costumes, que tem caráter absoluto: trata-se do princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, I, da Constituição Federal, cláusula pétrea e direito fundamental inafastável.

Não se pode aplicar a cláusula geral da função social ou da boa-fé para impor deveres para quem não celebrou contratos, sob pena de violação do princípio

Essa decisão encontra amparo em outra, cujo trecho da ementa é o seguinte: “1 — A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor. 2 — A edição de regras de polícia ostentadas pelos arts. 11 e 18, respectivamente, das Portarias ministeriais nº5 61/95 e 63/95. estão autorizadas pelos principios insculpidos nos artigos 50, XXIX, XXXII e artigo 170, 11eV, da Constituição Federal. 3 — O Código de Proteção ao Consumidor (artigos 4º, inciso 1, III e IV. 6º, IV e 55) dá sustentação jurídica para a edição das Portarias referidas, além do DL n. 395, de 2704.38. da Lei n. 2004, de 03.10.53 e legislação posterior que reestruturou o Ministério das Minas e Energia e fixou as suas atribuições.

4 — A liberdade de ‘bandeira’ para a comercialização de combustível, relação considerada de utilidade pública, não atende aos interesses de se proteger o bem comum e as relações de consumo.” Superior Tribunal de Justiça, MS4138/DF, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 28.08.1996, www.stj.gov.br.

Deve-se observar que tais decisões do Superior Tribunal de Justiça foram proferidas em razão de acórdãos de diversos Estados da Federação considerando inconstitucionais as portarias do Ministério das Minas e Energia por violarem o princípio da livre concorrência e por caracterizarem concorrência desleal.

⁶⁴⁰ Artigo 21, V da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

fundamental do Estado de Direito, já que seria outorgado ao juiz um conjunto de poderes que sequer o legislador possui⁶⁴¹.

O legislador pode proibir determinados comportamentos na esfera privada, mas não pode, sob pena de violar o princípio constitucional da autonomia privada, impor efeitos dos contratos sobre terceiros que não são partes e tampouco participem da execução dos mesmos. Conforme já foi tratado anteriormente o legislador pode impor a obrigação de contratar, como é o caso dos contratos ditados e a limitação do direito de contratar por razões de ordem profissional. A lei pode conformar as condutas no plano das relações privadas. Porém, a lei não pode outorgar para os particulares o poder de fixar deveres que vinculem terceiros, o que equivaleria a delegação legislativa⁶⁴².

Exemplo da inconstitucionalidade por violação do princípio da livre iniciativa é o caso da redação original da Lei Ferrari⁶⁴³, que preservava às concessionárias de veículos automotores o direito de vender para todas as pessoas que tivessem domicílio em sua área de atuação, nos termos dos contratos de exclusividade firmados com as respectivas redes. Embora houvesse previsão legal de tal exclusividade, eram os contratos entre as concessionárias e os fabricantes que determinavam qual era a área de atuação exclusiva.

⁶⁴¹ A afirmação supra tem uma justificativa básica: não se pode confundir prestações positivas decorrentes de princípios jurídicos como a boa-fé e função social, com os casos de incidência de tais princípios. A boa-fé e a função social dos contratos impõem deveres positivos, mas não incidem sobre relações não contratuais. Sem um contrato não há que se falar de função social dos contratos.

⁶⁴² A esse respeito é esclarecedor o artigo 406, 2, do Código Civil português: “Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

⁶⁴³ Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979, modificada pela Lei n. 8.132, de 26 de dezembro de 1990. “Artigo 5º. São inerentes à concessão: I — área demarcada para o exercício das atividades do concessionário, que não poderá operar além dos seus limites; II — distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixados segundo critérios de potencial de mercado. § 1º. A área demarcada poderá conter mais de um concessionário da mesma rede”.

Tal dispositivo de lei foi modificado pela Lei n. 8.132, de 26 de dezembro de 1990, que passou a ter a seguinte redação: “Artigo 5º. São inerentes à concessão: I — área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; II — distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. § 1º. A área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede”.

Tal regra foi modificada no ano de 1990 para preservar o princípio da livre iniciativa e da liberdade de contratar dos consumidores, na linha de diversas decisões judiciais que a consideravam inconstitucional⁶⁴⁴.

Ou seja, permitir uma tutela externa do conteúdo do contrato como fazia a Lei Ferrari implica violação do princípio constitucional da autodeterminação, cuja expressão no âmbito do Direito Privado é a liberdade contratual.

Compreender que a cláusula geral do artigo 421 autoriza o juiz a intervir nos contratos tal qual fez o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Abuso do Poder Econômico tem como risco o aumento da subjetividade da aplicação judicial. Em tal caso estar-se-á trazendo para dentro da relação contratual a própria sociedade, como uma terceira parte que sempre precisa ser protegida.

Retoma-se novamente a lição de Raiser, de que o contrato é instrumento da autonomia privada e que a fixação de limites para aplicação da cláusula geral do artigo 421 é a garantia de sua eficácia e eficiência na solução de conflitos, sem que com isso se perca o controle sobre o conteúdo das decisões judiciais.

A intervenção do Estado na esfera privada não é uma espécie de autonomia pública, mas uma contingência histórica e social, que não é livre de qualquer conteúdo e que precisa da mediação legal e sua conformidade constitucional para que possa ser aplicada⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Sobre o tema com exposição das decisões judiciais referidas ver os textos já indicados na nota 530.

⁶⁴⁵ Ana Prata, com sua visão constitucional de autonomia privada, não admite a “eficácia interprivada” dos chamados direitos sociais. Quando o problema diz respeito a uma prestação positiva, “a sua oponibilidade nas relações interprivadas supõe que a lei determine expressamente que um dado sujeito privado (determinável de acordo com os critérios nela enunciados) é o sujeito passivo da obrigação que constitui a contrapartida do direito. Fora dos casos de previsão legal expressa – ou daqueles em que tal conclusão seja obtida através da interpretação da lei, tendo em consideração o direito social em causa e a forma como ele se acha consagrado – não pode dizer-se que a eficácia interprivada dos direitos sociais se estenda para além do âmbito negativo”. (p. 132). “A intervenção não constitui, pois, uma forma de autonomia pública, no sentido de corresponder a uma pura forma adaptável a qualquer conteúdo; ela foi imposta, historicamente, pela pressão de certas necessidades e é configurada, juridicamente, em cada ordenamento, de forma adequada à satisfação dessas necessidades. Pode-se dizer que a intervenção tem – muito mais evidentemente

O fato de o Estado ter a sua disposição de maneira ampla a possibilidade de atribuição de eficácia sobre os atos privados, já que a vontade privada não gera efeitos diretos e imediatos, mas mediados pela ordem jurídica, não afasta a necessidade de regulação legislativa para determinados graus de intervenção, tal qual é o caso da eficácia transubjetiva dos contratos.

Capítulo VI — Funcionalidade, dimensão social e dimensão singular da liberdade contratual

“Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica* – na qual, aqui, teleológico não é usado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de clara realização de escopos e de valores...”⁶⁴⁶

A funcionalidade do contrato está vinculada diretamente à liberdade contratual. O contrato serve para que os particulares auto-regulem sua vida privada, podendo com ele realizar aquisição e alienação de seus bens em geral, segundo os deveres que foram determinados pelo ato voluntário que lhe dá origem⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático, p. 66 -67.

⁶⁴⁷ BETTI, E., Teoria Geral do Negócio Jurídico: “Ele é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (acto de autonomia privada): acto ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função económico-social que lhe caracteriza o tipo”. p. 108.

Para a consecução desta tese, que é o estudo das origens históricas da função social dos contratos no Direito brasileiro, faz-se necessário identificar o âmbito de incidência da função social dos contratos e desvendar o significado da expressão “função”, pois se trata de pressuposto para compreensão do conteúdo da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.

Isso é necessário tendo em vista certa vulgarização da expressão “função social”, utilizada no Direito Privado há muito tempo, mas com sentido não unívoco.

Por um lado, há concepções extremamente restritivas da função social, pretendendo-se transformá-la num simples limite da autonomia privada, para que seja considerada unicamente como instrumento de controle da liberdade de estipulação.

Como exemplo dessa concepção, os trabalhos de Álvaro Villaça de Azevedo, Giselda Hironaca, Flávio Tartuce e Cíntia Regina Béo, todos endossando proposta de alteração legislativa de iniciativa do já falecido Deputado Ricardo Fiúza, que tramita no Congresso Nacional sob n. 6.960/2002⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, dez/2002, v. 68, p. 07 e ss., HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 68, dez/2002, p. 79 e ss., BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004, p. 40 e ss., JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge. *Cláusulas Gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90. FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76: “Texto proposto: Artigo 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (...) A alteração proposta atendendo a sugestão dos Professores Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, objetiva inicialmente substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”. Os melhores comentários sobre o projeto estão no livro de TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 196 e ss.

O projeto acima mencionado continua tramitando nas diversas Comissões implicadas, tendo sido, especificamente quanto ao art. 421 do Código Civil, objeto de parecer contrário do Relator da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Vicente Arruda, sob o seguinte argumento “**Art. 421** — A mudança proposta não passa de um jogo de palavras que, ainda por cima, piora o texto, pois contrato não tem liberdade, quem tem liberdade é a pessoa, cuja liberdade de contratar está vinculada à função social do contrato, imposta pelo ordenamento jurídico. Pela rejeição.” www.camara.gov.br, em 25.03.2006.

Por outro, há o risco de alargamento da função social, mediante interpretação extensiva que transforma a cláusula geral em uma verdadeira norma em branco, retirando sua peculiaridade dogmática para transformar-se em parte de um discurso jurídico-político pela realização de uma suposta justiça social.

Por tal razão, é preciso um referencial histórico da funcionalização do contrato para construção do sentido da cláusula geral e os limites de sua aplicação.

A. A relação entre função e finalidade

Fica superada, *ab initio*, a discussão apresentada por Norberto Bobbio entre uma visão estruturalista do direito contraposta a uma visão funcionalista, tendo em vista que a própria lei atribui ao jurista a necessidade de perquirir a função da norma jurídica⁶⁴⁹.

É válida, no entanto, a contribuição de Bobbio ao considerar que a amplitude da autonomia privada no Estado Liberal corresponde a uma função promocional da atividade econômica e circulação de bens. A limitação à liberdade contratual é a restrição à esfera do “deixar fazer”: a via da restrição coativa da liberdade de agir está de acordo com a função promocional, pois estimula os particulares a realizar as atividades que continuam não proibidas⁶⁵⁰.

Seguindo a linha do pensamento de Bobbio, o modelo jurídico da *função social dos contratos* é instrumento promocional de ações que estejam de acordo

⁶⁴⁹ Bobbio faz análise da concepção de Kelseniana a respeito da relação entre estrutura e função, acentuando que este relega o exame da função para os sociólogos e filósofos, cabendo ao jurista somente a análise estrutural. BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione. Milão: Edizioni di Comunità, 1977, p. 63 e ss.

⁶⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 80.

com a principiologia do ordenamento e, portanto, com a função coativa de proibir contratos no âmbito da circulação de bens contrários aos interesses sociais, ou de estimular contratos que estejam conforme os interesses sociais. Ou, conforme apresenta Francisco Amaral, a funcionalização significa que o Estado se preocupa com a eficácia social de determinado instituto jurídico, que no caso dos contratos, representa o seu condicionamento à utilidade social que a circulação de bens pode representar⁶⁵¹.

Por isso, o contrato é considerado meio, instrumento, ou até mesmo *processo* para que sejam alcançados determinados fins⁶⁵².

O estudo da função exige a distinção entre “função” do contrato e “finalidade” do ato, tendo em vista a integração sistemática da cláusula geral do artigo 421 e do artigo 187 do Código Civil, evidenciando-se função social no primeiro e finalidade econômica e social do direito no segundo.

Ambas as disposições sofreram a influência da concepção de autonomia privada de Betti, para quem “tal como os direitos subjectivos, também os poderes de autonomia, efectivamente, não devem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados...”⁶⁵³.

A análise da “funcionalidade” e, por conseguinte, da “função” social dos contratos exige que seja efetuada uma contraposição entre as disposições do

⁶⁵¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil..., p. 357.

⁶⁵² Orlando de Carvalho considera que o negócio jurídico é um “processo” para “a livre obtenção de escopos individuais”. O caráter instrumental serve para evitar os excessos da liberdade individual e para funções idôneas sob o ponto de vista coletivo. CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p.32.

Não há um esclarecimento maior sobre o significado do negócio jurídico como processo, mas no conjunto da obra percebe-se a compreensão de que o negócio jurídico é formado por um *iter*, não no sentido de Larenz ou Clóvis do Couto e Silva que a partir das fases do negócio jurídico concluem pela sua totalidade concreta, mas no sentido de um “todo orgânico” que possui “coesão e individualidade” a partir de seus elementos, em especial pelo entrelaçamento da causa e de sua tipicidade.

⁶⁵³ BETTI, E. Teoria Geral do Negócio Jurídico, v. I, p. 334.

artigo 421 e do artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que neste há uma referência à “finalidade econômica e social” dos direitos.

A distinção entre “função” e “finalidade”, quando seguidas da adjetivação social e econômica pode levar a uma verdadeira confusão, que precisa ser esclarecida, já que parece muito similar, senão idêntico afirmar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites de sua finalidade social, assim como de sua função social.

Evidentemente que ao se fazer a análise da função não se pode esquecer a importância do adjetivo “social”, tendo em vista que a cláusula da função social tem por principal objetivo realizar o princípio da socialidade. Apesar disso, a análise da função é indispensável para que se possa dimensionar tecnicamente o âmbito de incidência do artigo 421, com a finalidade de evitar que o “social” seja o abrigo da utilização indiscriminada da cláusula geral⁶⁵⁴.

Sempre que se faz uma análise normativa e se busca a “função” de um determinado instituto, esta é feita através da identificação da sua “teleologia”. Em outras palavras, uma análise funcional busca descobrir “para que coisa o direito serve” e não “como é feito o direito”⁶⁵⁵.

Isso pode ser visto desde as primeiras manifestações da função social, a partir do pensamento de Jhering, Cimbali, Betti, Roppo, etc., que evidenciam a vinculação entre a análise funcional e o estudo da finalidade dos institutos e modelos jurídicos.

⁶⁵⁴ De extrema pertinência a observação feita por MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social, p. 18, segundo a qual “toda função é uma competência dirigida a uma finalidade. Na interpretação da expressão *função social* o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o *social* que qualifica a função?”.

⁶⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 63: “In parole povere, coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati nolto di più sapere <come il diritto sia fatto> che <a che cosa serve>”.

Saber para que uma coisa serve significa buscar saber qual é a sua finalidade e, portanto, a sua função.

Função e finalidade não são sinônimos, mas estão vinculadas a um mesmo fenômeno, que é o estudo dos modelos jurídicos a partir das conseqüências que podem ser produzidas.

Enquanto a noção de função é usada para descrever o caráter instrumental do modelo, que serve para determinados fins, a expressão finalidade, descreve os próprios fins para os quais o instrumento deve ser usado.

Em outras palavras, a diferença entre o estudo da função social e da finalidade econômica e social, está na perspectiva do jurista na análise do fenômeno jurídico em relação aos resultados práticos do ato: o jurista que estuda a função, tem seu foco sobre o instrumento para alcançar determinados fins, verificar se o instrumento está servindo para fins pré-determinados, sua validade e eficácia condicionada pela funcionalidade; o jurista que estuda os fins, tem seu foco sobre os efeitos, não pela contraposição ao instrumento, mas em relação à norma que pré-determina os fins a serem alcançados pelo instrumento.

Tem utilidade estudar a função social dos contratos porque o conteúdo dos direitos e deveres é definido por um ato de autonomia. Tem relevo o controle do cumprimento ou não da função social, para que se possa valorar o preceito nascido a partir da declaração negocial e se identifiquem os efeitos que fazem parte da intenção das partes e os efeitos permitidos pelo ordenamento. Está em discussão a validade do preceito, para que se conheçam os efeitos do ato.

Já o direito subjetivo, quando considerado isoladamente, é instrumento cuja eficácia é determinada diretamente pela lei ou por ato que não é objeto de litígio. Mesmo direitos decorrentes de contratos podem ser exercidos contra a finalidade econômica e social, como é o caso do direito de resolver o contrato. Em tal caso não se questiona do cumprimento da função social do contrato, pois o preceito é válido ou não é objeto de indagação. O problema posto é identificar os casos em que o direito não tem a eficácia prevista no ordenamento em razão de que seu

exercício deu-se contrariamente à finalidade para a qual o direito nasceu. Está em discussão a extensão e as condições para a eficácia de um determinado direito, nascido a partir de um ato válido.

Como foi dito anteriormente, o fenômeno é o mesmo, a diferença é de perspectiva.

Todavia, as cláusulas gerais do artigo 187 e do artigo 421 do Código Civil não incidem sobre os mesmos fatos e nas mesmas circunstâncias, embora sejam disciplinadas pela mesma principiologia: socialidade e funcionalidade.

A diferença entre ambas está no âmbito da incidência, pois a disposição da parte geral é voltada ao exercício abusivo dos direitos, sejam de natureza contratual ou não, enquanto a cláusula do artigo 421 trata sobre o contrato. Ou seja, o artigo 187 incide sobre o exercício dos direitos que são eficácia dos contratos, como é o caso do limite ao exercício do direito de resolver os contratos nos casos de adimplemento substancial, mas não se pode aplicar a função social dos contratos sobre outras áreas, exceto no âmbito do Direito Contratual.

A estruturação do sistema interno do Código determina a diferenciação das disposições legais em razão do âmbito de incidência, não obstante ambas tenham estrutura e conteúdo similar, qual seja, de cláusulas gerais encarregadas de realizar o princípio da socialidade.

A funcionalidade pode ser vista de duas maneiras. Uma afirmativa e outra crítica.

A visão afirmativa tem caráter propositivo, enquanto a visão crítica, embora admita o uso funcional do Direito, apresenta objeções e condicionamento a uma aplicação restritiva da concepção instrumental.

1. Visão afirmativa da função social — Perlingieri, Roppo e Teubner

Uma concepção propositiva da visão funcional do Direito Contratual é encontrada, principalmente, no pensamento dos autores italianos, cujos principais expoentes são Pietro Perlingieri e Enzo Roppo.

A análise de Perlingieri é a de que a funcionalidade é apenas uma das dimensões das relações contratuais, que também tem uma dimensão estrutural.

Enquanto a dimensão estrutural evidencia a relação entre crédito e débito, com um caráter neutro em relação aos sujeitos, a dimensão funcional estabelece uma vinculação entre essa relação e sua origem, a sua causa e, por isso, a partir da função prático-social à qual corresponde, que expressa sua disciplina, há a definição dos direitos, obrigações, poderes do credor⁶⁵⁶.

Perlingieri também define a função do contrato com a sua causa, cujo conteúdo sofre a incidência interna de um determinado e específico “interesse” a ser realizado pelo negócio jurídico, seja diretamente, ou indiretamente quando o interesse incida sobre outro elemento do negócio jurídico, como por exemplo sobre o objeto. Neste último caso o interesse precede ao contrato, como por exemplo os casos em que o objeto do contrato é a obrigação de contratar⁶⁵⁷.

Sempre há uma função juridicamente relevante que compõe e harmoniza as situações objetivas na sua relação com a normatividade. A harmonização é chamada de “contemperamento”. É a normatização que produz o

⁶⁵⁶ A busca da função está relacionada ao ‘aspecto causativo’: “Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individuar e completar uma relação entre situações subjetivas. O credor, segundo seja a causa uma ou outra, tem, ou não, determinados poderes, obrigações...”. PERLINGIERI, Pietro, tradução de Maria Cristina de Cicco. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

⁶⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 287 e 288.

contemperamento das situações subjetivas: “o aspecto normativo conflui naquele funcional”⁶⁵⁸.

Nos casos em que a função é tutelada de maneira direta, a própria lei estabelece qual é o “escopo”, como no caso das regras sobre locação e sobre o contrato de mútuo para financiamento habitacional⁶⁵⁹.

A funcionalização do contrato tem por conseqüência a ampliação da obrigação de contratar e, portanto, a limitação da liberdade de contratar. A função dessa limitação é a exigência social de retirar da “álea do jogo e da procura e da oferta daqueles bens e serviços que, em número sempre crescente, são destinados a satisfazer exigências essenciais dos indivíduos”, ou naqueles casos em que “a recusa se demonstre, nas circunstâncias de cada caso, lesiva à dignidade humana e à efetiva igualdade e liberdade”⁶⁶⁰.

A funcionalização também limita a liberdade de contratar de maneira indireta, através de expressões que não são explícitas, unívocas e taxativas, como são os casos da “natureza do bem, a peculiaridade dos sujeitos, etc.”⁶⁶¹.

Ou seja, a funcionalização pode dar-se de maneira direta, como no caso em que a lei estabelece a finalidade, (lei do inquilinato, estatuto da terra, etc.), ou, se dá através da preservação de bens como a “natureza e o vulto dos investimentos” do artigo 473, em que no caso concreto, o juiz irá moldar os efeitos tendo em vista o aspecto causativo da obrigação.

⁶⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 116.

⁶⁵⁹ No mesmo sentido de associar a concepção de “função” enquanto “finalidade” é a de Luis Renato Ferreira da Silva: “A idéia de função está presente no direito, no plano da compreensão global, quando se pensa em que o conjunto de regras positivas deve ter um tipo de finalidade e buscar alcançar certos objetivos. (...). Ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função”. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.* p. 134.

⁶⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 289.

⁶⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 292.

O legislador não estabeleceu uma disposição geral a respeito da função social dos atos de autonomia privada, pois o artigo 421 está restrito às relações patrimoniais. Isso porque os demais negócios jurídicos são abstratos e não se perquire pela sua finalidade quando de sua constituição. A estrutura formal dos modelos abstratos são suficientes para garantir que sua função seja cumprida. Não há uma exigência direta de funcionalidade para sua eficácia ou validade, o que também está ligado ao princípio da tipicidade vigente em relação aos negócios jurídicos em geral.

Já no direito contratual o princípio vigente é o da atipicidade, razão pela qual assume maior importância uma disposição geral tal qual a do artigo 421.

Deve-se observar, porém, que a funcionalização em relação a outras áreas do Direito civil que não o Direito contratual não se deu pela exigência de que o negócio jurídico cumpra uma determinada função, mas que o exercício do direito obedeça a finalidade social típica, mediante a norma do artigo 187 do Código Civil. Outro aspecto importante dessa relação tipicidade/atipicidade está no artigo 50 do Código Civil, que pressupõe uma função para as pessoas jurídicas. Por isso, o desvio da função econômica e social produz justificadamente a desconsideração da personalidade jurídica para certas e determinadas relações jurídicas.

Embora o requisito da patrimonialidade circunscreva a área de atuação do contrato, o que lhe afasta de outros negócios jurídicos bilaterais como os celebrados no plano do direito das coisas e até mesmo do casamento, essa área não coincide com a esfera dos interesses patrimoniais ou com as finalidades econômicas do indivíduo, como é o caso dos negócios jurídicos plurilaterais com caráter patrimonial⁶⁶².

Por isso Perlingieri afirma que não é possível um discurso unitário sobre a autonomia privada, pois a doutrina da autonomia privada não corresponde

⁶⁶² GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 41.

exatamente à teoria geral do contrato⁶⁶³. Além disso, deve-se lembrar que Perlingieri não enfrenta a funcionalização a partir de um dispositivo como o artigo 421, em que o legislador é expresso ao determinar a funcionalização, mas delega ao juiz o papel de preencher o respectivo conteúdo. Nesse sentido, andou bem o legislador ao afirmar da “liberdade de contratar”.

O papel de “contemperamento” e, portanto, de harmonização normativa de relações intersubjetivas, atribui ao contrato uma função eminentemente jurídico-normativa. No entanto, a análise da funcionalidade da liberdade de contratar revela uma função exterior, de natureza social e econômica. Ou seja, a funcionalização atinge o contrato em dois planos, tanto no jurídico, quanto no social e econômico.

Roppo faz a análise do contrato na linha da tradição da doutrina italiana, mediante a compreensão de que a função relevante do contrato não é propriamente uma função jurídica, mas a sua instrumentalidade exterior, vinculada com a realidade econômica.

O contrato é compreendido como fenômeno econômico responsável pelas relações de troca e também como conceito jurídico. Este é a veste jurídico-formal daquele.

Isso significa que o contrato tem uma dupla dimensão, sendo que a dimensão jurídica é dependente da dimensão econômica, não obstante tenha certa autonomia que pode ser expressa de diversos modos e que está vinculada com o sistema jurídico de Direito Privado.

A função do contrato, no pensamento de Roppo é, por conseguinte, o de ser o instrumento para a circulação econômica.

Isso é um fato.

⁶⁶³ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 277 e 278.

Todavia, ao fato corresponde a norma segundo a qual o contrato deve corresponder à operação econômica, o que é evidenciado pela impossibilidade de dar-se contrato sem operação econômica, embora possa existir operação econômica sem contrato⁶⁶⁴.

Além disso, a funcionalidade contratual não é caracterizada pela simples necessidade de correspondência da veste jurídica à operação econômica, mas pela atuação estatal que através da tipificação legal dos contratos interfere nas relações econômicas para alcançar determinados fins, orientados por razões de política jurídica⁶⁶⁵.

A característica instrumental do contrato como mecanismo para realização de fins políticos exteriores a operação econômica, e também conformador das relações econômicas sob o ponto de vista macroscópico, caracteriza sua autonomia como conceito jurídico e também confere autonomia ao Direito dos contratos.

Pela mesma natureza instrumental o contrato historicamente foi usado como instrumento da ideologia política, com a finalidade de exaltar o liberalismo econômico e político. Essa concepção ideológica está vinculada à força das concepções voluntaristas do contrato, pois além da natureza ética inerente ao *pacta sunt servanda*, o contrato é considerado como condição necessária para a realização do proveito individual no sistema capitalista e também para o funcionamento do conjunto. Porém, esta não é a função do contrato, mas de uma determinada teoria contratual⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ ROPPO, Enzo. O contrato. p. 19.

⁶⁶⁵ Roppo cita como exemplo a intervenção no âmbito dos contratos agrários, lei do inquilinato e leis de proteção do consumidor, concluindo que “o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal *de per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*”. Idem, *ibidem*, p. 23.

⁶⁶⁶ A função ideológica da doutrina da liberdade contratual e da igualdade formal busca dissimular essa injustiça substancial e, por isso, tem uma função ideológica, pois gera certa “falsificação da realidade”. A falsificação decorre da afirmação de que há um interesse geral da sociedade,

Uma das análises mais importantes para esta tese é a realizada por Roppo, a respeito da influência do fascismo sobre o Direito Contratual, que consistiu fundamentalmente na atribuição de discricionariedade aos Juízes para que o contrato não fosse simplesmente um meio para satisfação de interesses particulares, mas um instrumento para realização do *bem comum* da nação, ou da comunidade, em prejuízo da legalidade e da certeza do direito, pontos chaves da civilização jurídica liberal⁶⁶⁷.

Ou seja, o fascismo no Direito Contratual caracterizou-se justamente pela adoção de uma concepção funcionalista, em que houve a subordinação da liberdade contratual à regulamentação corporativa própria da economia organizada, bem como dos princípios da solidariedade corporativa⁶⁶⁸.

Não obstante tal discurso político, o texto do Código Civil italiano não corresponde a tal realidade, exceto em algumas poucas fórmulas específicas, que são “extrínsecas ao real conteúdo normativo dos artigos”. As referências aos princípios da solidariedade corporativa desapareceram com o fim do fascismo, resultando o texto do Código Civil plenamente compatível com o novo regime democrático, inclusive na sua funcionalidade. Apesar das afirmações verbais e apelos do legislador, o fascismo não foi um elemento central do livro dos contratos, cuja complexa estrutura “na realidade se posicionava no sulco deixado pela tradição liberal burguesa”⁶⁶⁹.

enquanto tal interesse é apenas de parte da sociedade, a que assume a posição de “classe dominante por força da sua colocação relativamente ao modo de produção prevalente”. Idem, *ibidem*, p. 39.

⁶⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 55.

⁶⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 57.

⁶⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 59. Apesar das afirmações verbais e apelos do legislador, o fascismo não foi um elemento central do livro dos contratos, cuja complexa estrutura “na realidade se posicionava no sulco deixado pela tradição liberal burguesa”. Ou seja, todas as limitações impostas pela doutrina e pela própria legislação inspiradas em ideais fascistas foram interpretados e aplicados a partir da tradição liberal, mais forte do que a corrente política que governou em determinada época.

A análise de Roppo tem relevância em razão das referências ao Código Civil brasileiro e seu vínculo com idéias fascistas, seja pela forte influência do Código Civil italiano, seja pelo vínculo político de Miguel Reale com o fascismo em sua juventude.

A resposta de Roppo é a de que apesar do discurso ideológico dos fascistas, na realidade o Código Civil italiano somente reproduz os interesses e as exigências da classe capitalista, não mudando substancialmente a linha histórica do Direito contratual. Mesmo no que respeita a unificação do direito das obrigações e dos contratos, o processo foi o de comercializar o Direito Civil, mediante a adoção dos princípios do Código Comercial, que foi concebido como um Código de classe, da classe dos capitalistas, razão pela qual “todo o Direito Privado se tornou *direito do capitalismo*”⁶⁷⁰.

Em síntese, a “absolvição” que Roppo faz da funcionalização do contrato durante o período fascista, é a de que, no final das contas, os fins a que o fascismo servia também são fins do modo de produção capitalista, pois a sua base são os valores da tradição liberal burguesa.

A tradição acabou sendo o mecanismo para controle dos fins, sem afastar a evidência de que o contrato foi servil à ideologia dominante naquele momento histórico⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 63.

Além disso, a afirmação de Ludwig Raiser de vincular a concepção de Emilio Betti com o fascismo também é relevante para a análise do artigo 421 do Código Civil, pois consiste justamente na outorga de poderes ao juiz para que preencha o conteúdo da “função social”.

⁶⁷¹ Em sentido similar é a análise feita por José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar da origem dos limites aos direitos privados, identificando o pensamento de juristas nacional-socialistas que pregavam a proeminência dos “vínculos comunitários” como fundamento para intervenções restritivas aos direitos. O jurista português, da mesma maneira que Roppo, afasta o rótulo (nazista ou fascista) da doutrina dos limites aos direitos (sejam imanentes ou externos), tendo em vista que há muito tempo houve a libertação desse “colete de forças”, para se ancorar na idéia de intencionalidade e materialidade própria do direito. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 343 e 344.

Ou seja, o Direito como fenômeno cultural aproveitou-se das construções puramente ideológicas para o fim de resolver problemas próprios do Estado Democrático de Direito, tal qual é a necessidade de fixação de limites para o exercício de posições jurídicas subjetivas.

O mecanismo de proteção contra uma funcionalização arbitrária é a proposição de Roppo de que os fins sociais a serem perseguidos dependem de disposição legal para seu reconhecimento. Qualquer limitação que não seja justificável em termos de utilidade social é arbitrária e inconstitucional⁶⁷².

Essa observação de Roppo pode trazer outro ângulo para a análise do artigo 421, pois ao invés de representar uma faculdade ao Juiz, consiste, por outro lado, em um limite de sua atuação: o juiz não pode limitar a liberdade contratual, exceto quando houver uma razão vinculada a um interesse social reconhecida legislativamente.

Roppo também contribui para a interpretação da idéia de função social mediante a afirmação de que a proteção da ordem pública não se dá apenas em benefício das relações que se dirigem de maneira indiferenciada a todos os cidadãos, mas se caracteriza pela proteção de determinados grupos ou classes merecedores de tutela especial em razão de sua debilidade, como são os empregados em relação aos empregadores, os locatários em relação aos locadores, consumidores em relação aos fornecedores, etc. Considera que são limitações em razão de “ordens públicas de proteção”⁶⁷³.

Ou seja, a funcionalização do contrato é instrumento de flexibilidade normativa que permite que determinadas relações obtenham proteção diferenciada, tendo em vista uma razão social relevante, reconhecida legislativamente. Assim, a função social dos contratos tem uma eficácia específica nas relações paritárias e outra nas relações em que o direito é chamado a intervir de maneira mais intensa, como é o caso das “ordens públicas de proteção” mencionadas por Roppo.

Embora o objetivo seja tratar sobre as matrizes históricas da função social dos contratos, a análise da funcionalidade exige que se extrapole para examinar

⁶⁷² ROPPO, Enzo. O contrato. p.141.

⁶⁷³ Idem, *ibidem*, p. 183.

uma particular concepção (epistemológica) de contrato, tendo em vista a sua atualidade e indiscutível utilidade para a análise da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil. Seus pontos de contato com as concepções teóricas que justificaram a inserção da cláusula geral do artigo 421 são tantos que não se pode deixar de tratar da concepção de Gunter Teubner⁶⁷⁴.

Veja-se, por exemplo, o problema da relação entre a autonomia privada como realidade “pré-jurídica” e o preceito no plano jurídico, um típico problema intersistêmico que é enfrentado por Teubner, que analisa os atos da autonomia privada no plano da vida social e econômica e sua juridificação. Porém, diferentemente do enfoque tradicional, segundo o qual a função social do contrato é a sua condição de regulamento de atos da vida privada, para Teubner a função relevante é a da diminuição da complexidade da vida social por meio da regulação.

Tal problema está plantado na cláusula geral do artigo 421 do Código Civil e, portanto, torna importante a análise das idéias do autor da teoria autopoietica.

Teubner considera que o contrato “é sempre e simultaneamente uma comunicação de tipo econômico, pois constitui um acto de pagamento que, enquanto obrigação, denuncia outros actos de pagamento; de tipo jurídico, pois não altera uma situação jurídica como origina novas normas jurídicas; e permanece ainda uma comunicação geral de carácter social”⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Neste capítulo não será feita a análise da teoria autopoietica de Teubner, um dos temas mais debatidos nos últimos anos e de extrema importância. O estudo ficará centrado na sua concepção a respeito do contrato. Embora o centro da teoria de Teubner, e um dos seus pontos mais polémicos, seja a capacidade de auto-regulação do Direito como meio de regulação da própria sociedade, a questão do conflito “intersistêmico” que decorre da “recepção” dos atos da autonomia privada como um plano pré-jurídico para o âmbito jurídico, exige seu enfrentamento.

A esse respeito é relevante a crítica de RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 118 – 124, sobre o direito reflexivo de Teubner, ao qual adjectiva de tese conceptualizante, com natureza prospectiva e sem vínculo com a realidade.

⁶⁷⁵ TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 184.

O que é considerado como problema na crítica feita por Natalino Irti ao pensamento de Emílio Betti⁶⁷⁶ a respeito da incongruência entre a preservação do conceito lógico de negócio jurídico com a juridificação da realidade, é considerado por Teubner como a especificidade do contrato. A sua essencial característica não está na visão tradicional de autonomia privada como liberdade de contratar, mas na sua função de “articulação estrutural das autonomias próprias do sistema jurídico e do sistema econômico”⁶⁷⁷.

A regulamentação contratual a partir da técnica das cláusulas gerais, com suas características de abertura e indeterminação, cumpre a função de “materialização do Direito Privado”, cuja significação é a de “assegurar a dependência das estruturas de expectativas contratuais de mecanismos regulatórios não consensuais extremamente variados”⁶⁷⁸.

Em outras palavras, Teubner afirma que as cláusulas gerais têm o papel de regulação das expectativas contratuais que são formadas de maneira **não voluntária**, entre elas as expectativas que são formadas a partir de atuações sociais baseadas na confiança⁶⁷⁹. Trata-se de esforço do próprio Estado para o

⁶⁷⁶ BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico*. Novíssimo Digesto Italiano, p. 209 e ss.

⁶⁷⁷ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 185.

⁶⁷⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 232.

⁶⁷⁹ A forma de utilização das cláusulas gerais para regular expectativas contratuais não voluntárias se dá pela modificação dos efeitos dos contratos. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, utilizou-se do princípio da confiança para atenuar os efeitos da maxidesvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999. Veja-se algumas de suas decisões: TJRJ, Apelação Cível n. 2000.001.13932, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Mariano, j. 13.03.2001: “Apelação Cível. Revisão Contratual. Arrendamento Mercantil. Leasing. Veículo automotor. Operação regida pelas normas do CODECON. Variação das prestações atreladas ao dólar. Desvalorização inesperada da moeda brasileira. Desproporcionalidade entre as prestações. Ofensa ao princípio da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva. Rompimento da base do negócio jurídico”. TJRJ, apelação Cível n. 2000.001.05203, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Ronald Valladares, j. 13.02.2001: “...as contratações, nos tempos atuais, perderam o caráter individualista de que se revestiam no passado e se impregnaram da indispensável idéia de função social, transformando-se em verdadeiros instrumentos de realização do bem-estarem-estar de todas a sociedade. Hoje, nos pactos, são preponderantes as cláusulas gerais pertinentes a segurança, a confiança e a boa-fé. A modificação do contrato, substituindo-se a indexação dolarizada pelo INPC há de vigorar, contudo, a partir do vencimento da prestação não recebida pelo credor da maneira como proposta na ação que

enfrentamento do problema derivado do alto grau de diferenciação social, que não pode ser coordenado pelo modelo legal lógico-subsuntivo, com a finalidade de promover a “harmonização e coordenação das exigências sociais contraditórias manifestadas no seio da relação contratual”⁶⁸⁰.

Essa concepção é extremamente funcionalista, pois tira do contrato as características estruturais que lhe dão autonomia, pois o processo de normatização narrado por Teubner, como derivado das cláusulas gerais, transformam-no em “uma relação social juridificada”, ordenada e unificada, com características sistemáticas significativas⁶⁸¹.

O contrato contém uma espécie de delegação do poder legislativo pela possibilidade de produção do Direito a partir de um ato de vontade. Contudo essa delegação é somente parcial, tendo em vista os elementos não contratuais do contrato, derivados de regras imperativas, tipos legais, imposição legal da obrigação de contratar e até mesmo pela disciplina das cláusulas gerais⁶⁸².

Segundo o próprio Teubner, a sua concepção não é absolutamente nova, pois o contrato também é considerado como um sistema de normas integrado no sistema jurídico por vários outros autores, mencionando especificamente a concepção de Ludwig Raiser (instituição derivada de relação de normas jurídicas e estruturas sociais), de Siber (contrato como organismo), de Karl Larenz (contrato como organismo e processo), de Josef Esser (contrato com caráter programático, em detrimento de sua natureza sinalagmática),⁶⁸³ às

precisou ser ajuizada”. No mesmo sentido as apelações cíveis ns. 2000.001.13342, 1999.001.19776, entre outros.

⁶⁸⁰ TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 231.

⁶⁸¹ Idem, ibidem, p. 232. Neste sentido, pode-se incluir a visão de Roppo, para quem o contrato é a veste jurídica das operações econômicas. Idem, ibidem, p. 05 e ss.

⁶⁸² TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 185.

⁶⁸³ Idem, ibidem, p. 232.

quais se pode acrescentar o conceito de contrato que deriva da tese da obrigação como processo de Clóvis do Couto e Silva⁶⁸⁴.

No Direito brasileiro uma das primeiras manifestações sobre a matéria foi Claudia Lima Marques,⁶⁸⁵ que apresentou posição similar à de Teubner na parte relativa à contribuição de Köndgen sobre os limites da autonomia da vontade na definição do contrato e as discussões a respeito do contrato relacional, com a sua idéia de sistema. O contrato relacional “sublinha a interação e cooperação entre os participantes, a emergência de valores e necessidades específicas, a processualização das relações contratuais, a incidência marginal do direito contratual formal na *praxis* negocial, e a ambivalência da juridificação do contrato originada na seqüência de numerosas intervenções estatais”⁶⁸⁶.

Esse modelo contratual não depende somente do consenso, mas fundamentalmente das exigências sociais, já que não existe contrato fora de uma dada “matriz social”⁶⁸⁷. Os exemplos tratados pela doutrina que adota o conceito de contrato relacional põe sua utilidade sobre a necessidade de visualização unitária dos contratos bancários, com negociações, novações, renegociações, tal qual foi a operação econômica,⁶⁸⁸ e sobre os contratos de previdência privada. Enquanto Cláudia Lima Marques se preocupa com a

⁶⁸⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. A Obrigação Como Processo. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976.

⁶⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2006, p. 95 e ss. A primeira edição desta obra é de 1992, já contendo referências aos contratos relacionais. A obra que atualmente é considerada como de maior importância sobre a matéria, no Direito brasileiro, é a de MACEDO JR., Ronaldo Porto, Op. cit., publicada somente no ano de 1998.

⁶⁸⁶ TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 233. “Köndgen descreveu este pensamento relacional do direito dos contratos como um *afastamento do dogma da validade última quase-codificada do consenso contratual*, o que implica *uma análise microscópica às expectativas particulares e percepções de reciprocidade das partes contratantes e uma avaliação macroscópicas das mutações dos nossos níveis de expectativa no moderno estado social*”.

⁶⁸⁷ MACEDO JR. Ronaldo Porto, Op. cit., p. 152.

⁶⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. Revista Direito do Consumidor, v. 25, p. 19 e ss.

necessidade de correspondência do vínculo jurídico com a relação econômica subjacente, Ronaldo Porto Macedo Jr. acentua as implicações de poder existentes entre as partes, necessidade de atendimento das expectativas criadas na complexa relação estabelecida entre os participantes e divisão de riscos⁶⁸⁹.

O contrato relacional é conceituado “como *sistema social aberto ao meio envolvente*, como algo que não exprime apenas o consenso entre as partes, mas que é portador de problemas funcionais próprios que devem ser resolvidos em interação com o respectivo meio sem, no entanto, violar as suas próprias fronteiras”⁶⁹⁰. A crítica de Teubner a esse conceito é a de que o mesmo está dependente de um sistema aberto, e é espécie de *teoria da contingência do contrato*⁶⁹¹, propondo que tal teoria precisa de uma *radicalização autopoietica*, que elimine a dependência e permita que a regulação contratual possa ser estruturada comunicativamente entre os contratantes⁶⁹².

Teubner trata o contrato sob o ponto de vista funcional no contexto de um direito funcional. Inclusive, define a transformação do contrato clássico para o atual contrato como uma “mutação funcional fundamental”⁶⁹³.

⁶⁸⁹ MACEDO JR, Ronaldo Porto, Op. cit., p. 303 – 357.

⁶⁹⁰ Conceito de TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 234.

A obra que de maior fôlego no Direito brasileiro é a de MACEDO JR., Ronaldo Porto, Op. cit., no qual é feita a análise do pensamento de Ian Macneil, principal autor sobre a matéria.

A biografia de Macneil, textos analisando sua obra e os principais artigos sobre o tema estão no livro MACNEIL, Ian, edited by CAMPBELL, David. The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil. London, Sweet & Maxwell, 2001.

⁶⁹¹ TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 235.

⁶⁹² Idem, ibidem, p. 239. Serve a cláusula geral como instrumento para eliminação da indeterminação derivada do conflito assim como “as normas contratuais formalizadas no acordo negocial necessitam ser complementadas por um feixe de expectativas informais, cuja origem não pode decerto encontrar-se nas explícitas declarações de vontade das partes”, mas também não pode derivar diretamente da interpretação *ex lege*.

⁶⁹³ Idem, ibidem, p. 231.

Na aplicação das regras contratuais e nos casos de diminuição do grau de incerteza das relações contratuais, a função auto-regulatória do contrato precisa ser analisada no caso concreto, para que o Juiz decida em que medida pode recorrer à aplicação de “normas sociais ou à formulação de exigências jurídicas compensatórias”⁶⁹⁴.

Isso significa que o Juiz na resolução de problemas concretos deve buscar os “fins contratuais” (caso da função social), ou “deveres de conduta objetivos” (caso da boa-fé objetiva)⁶⁹⁵.

Nos casos em que as declarações de vontade e a lei não oferecem explicitamente soluções para os conflitos entre as partes, Teubner sugere que há normas sociais que surgem no contexto de relações bilaterais, as quais nascem como normas informais de conduta vinculadas às expectativas recíprocas das partes, que são recepcionadas através da análise dos fins contratuais ou dos deveres objetivos de conduta, conseguindo, com isso, a redução da indeterminação.

Em outras palavras, há normas com eficácia jurídica que surgem dos usos e costumes, dos comportamentos sociais típicos, a serem apreendidos pelo Juiz na aplicação das cláusulas gerais, tal qual propõe a ética da situação.

Na mesma linha é o pensamento de Joaquim de Souza Ribeiro, que põe a autodeterminação e a funcionalidade como elementos inerentes à autonomia privada. Embora a autodeterminação tenha um caráter intencional, há situações em que são criados deveres de maneira paralela à vontade das partes, seja por problemas no processo de formação do contrato, pela preservação da confiança, ou por outros princípios jurídicos. Nesta hipótese o ordenamento não acolhe integralmente a vontade, operando-se vetores funcionais em razão das

⁶⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 238.

⁶⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 238.

exigências de regulamentação das relações econômicas. O aspecto funcional deixa sua latência em razão da necessidade de uma “ordenação social equilibrada”⁶⁹⁶.

Os padrões sociais de moralidade do tráfico econômico transformam-se em normas jurídicas pela formulação de regras para o caso concreto a partir da aplicação de cláusulas gerais. A oportunidade para tal atividade judicial segundo Teubner é a “falha de mercado” decorrente das insuficiências regulatórias das relações econômicas. Nesses casos, ao invés de normas particulares ditadas pelo legislador, o juiz utilizará “novos conceitos dogmáticos, tais como fim contratual, função e organização, que regulam a definição substantiva dos pressupostos da conduta”. Teubner chega a afirmar que a partir desses elementos o juiz pode decidir em razão das “exigências funcionais” contra o próprio consenso das partes⁶⁹⁷.

Além disso, a disciplina do contrato através de cláusulas gerais promove uma “socialização” e uma “factualidade social” do Direito Contratual⁶⁹⁸.

Em razão dos graus de diferenciação social entre as diversas esferas ocorre a formação de sistemas e subsistemas. No caso o contrato é um sistema auto-referencial que mantém uma relação de interdependência com a política, economia, família, cultura e religião.

Segundo Teubner, a função dos contratos é a de estabilizar a interdependência sistêmica e determinação normativa de riscos futuros.

Independentemente da crítica de Teubner ao contrato relacional e de seu apego extremo à idéia de sistema autopoiético, as suas afirmações são

⁶⁹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 46 e 47.

⁶⁹⁷ TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 241.

⁶⁹⁸ Idem, ibidem, p. 237.

importantes para que se evidencie a relação entre a criação jurisprudencial e respectiva dependência de elementos sociológicos, também valorizados por Luhmann, a partir das quais deduz-se que no contrato existem expectativas recíprocas e complementares que influenciam na definição jurídica das obrigações contratuais⁶⁹⁹.

As expectativas recíprocas e complementares consistem justamente na confiança que cada uma das partes de um contrato tem em relação ao comportamento da outra, razão determinante da incidência do princípio da confiança.

Esse novo fenômeno contratual tem razão de ser na atual época, não porque foi inventado agora, mas pelas exigências econômicas e tecnológicas que somente se apresentaram contemporaneamente⁷⁰⁰. No início do século XX uma pessoa que celebrasse um contrato de transporte tinha uma substancial consciência das conseqüências fáticas de tal contrato. Provavelmente

⁶⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 240. “Complementaridade e reciprocidade das expectativas e consistência das condutas são os mecanismos essenciais da formação de normas que influenciam a definição jurídica das obrigações contratuais”.

⁷⁰⁰ A jurisprudência tem recepcionado essa concepção de contrato, reconhecendo as transformações sociais em algumas decisões. Exemplo disso é a decisão cuja ementa é a seguir transcrita: TJRS, Emb. Infringentes, n. 599178050, 9º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior, j. 17.09.1999. “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária. Autorização de faturamento do veículo em nome da concessionária. Não recebimento do bem pela consorciada. Responsabilidade solidária da administradora do plano consórcio. Código de Defesa do Consumidor. 1 — a pretensão de direito material enquadra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a administradora, prestadora do serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2 — A obrigação imposta a consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se o princípio da boa-fé a garantia do exercício do direito. Aplicação dos artigos 30 e 54 do Código de Defesa do Consumidor. 3 — A responsabilidade solidária da administradora configura-se no fato de a concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor. 4 — Hipótese concreta em que a relação jurídica consórcio reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de *pós-moderna*, reflexiva a globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação a prestação contratual, ou mesmo a resolução do contrato. 5 — Embargos infringentes providos, por maioria”.

examinaria o cavalo, a carroça, carruagem ou outro veículo que iria transportá-la e poderia dimensionar os riscos e as condições de tal transporte.

O mesmo não acontece quando o homem contemporâneo entra em um avião. O passageiro só tem uma alternativa: confiar que todo o sistema tecnológico e as pessoas que estão trabalhando vão agir conforme o previsto. Não há condições mínimas de dimensionamento dos riscos do transporte: confia-se no projetista do avião, na montagem, na revisão, na precisão do piloto, etc.

Tal confiança não representa somente acreditar em pessoas determinadas, mas acreditar no próprio sistema, que é extremamente complexo e ao mesmo tempo anônimo, pois o consumidor celebra os contratos por meio de pessoas que embora sejam amáveis, possuem rostos anônimos e não são responsáveis pessoalmente pelo cumprimento do contrato⁷⁰¹.

A concepção de Teubner, como se vê, não apresenta elementos para o preenchimento do conteúdo da cláusula geral da função social. Apresenta uma explicação sistemática para a existência de tal cláusula e, principalmente, esclarece um problema central da matéria que é o processo de passagem do contrato do mundo dos fatos para o mundo jurídico.

Enquanto doutrinadores como Natalino Irti e Galgano fazem críticas às concepções que tratam da circulação desse modelo em duas realidades, como problema teórico de construção, Teubner acentua que essa é a característica essencial do contrato e sua função: servir como elo de conexão entre os sistemas social e econômico com o sistema jurídico, para garantir estabilidade e previsibilidade em relação aos riscos futuros nas relações intersubjetivas, o que é

⁷⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza. Revista Direito do Consumidor, n. 35, p. 11.

muito bem sintetizado na expressão de que o contrato atua como “ilhas de estabilidade num mar de turbulências”⁷⁰².

2. Visão crítica do funcionalismo – Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser

A visão crítica à concepção funcional que é apresentada não diz com concepções que rejeitam a funcionalização, o que seria inútil no contexto de um sistema jurídico que de maneira expressa, através da lei, determina ao contrato uma função social.

A visão crítica da função social dos contratos que é apresentada baseia-se no pensamento de dois autores que tratam sobre os limites da aplicação funcional, que são Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser, ambos preocupados com o problema do controle do conteúdo das decisões judiciais e com a natureza da função que o contrato é chamado a cumprir.

Menezes Cordeiro apresenta diversas concepções de funcionalismo e ao explicitá-las afirma que a visão funcional dos contratos não é uma panacéia para a resolução de todos os problemas do Direito Contratual⁷⁰³.

⁷⁰² TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 242.

⁷⁰³ O funcionalismo normativo “traduz-se na conhecida consideração teleológica das normas, ou, de modo mais incisivo, de todo o sistema de princípios e do conceitos dele formados”. A funcionalidade institucional que pode coexistir com a funcionalidade normativa, define os institutos a partir da função que desempenham, partindo dos institutos aplicados em razão de sua função que possibilita reagrupamentos, para posterior aplicação de suas normas. A funcionalidade sociológica está associada à chamada “teoria dos papéis”, segundo a qual tem como ponto de partida “o sujeito actuante na sociedade: a cada posição jurídica corresponde um papel, um desempenho, complexo de actuações sociais. O conhecimento dos diversos papéis permite elucidar as figuras de direito em jogo, precisando os seus contornos”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1126.

A perspectiva funcional normativa e institucional são concretizadas mediante a interpretação e aplicação teleológica das normas jurídicas, enquanto operações incidíveis. Trata-se de uma perspectiva que não visa em si à “justeza” da solução, mas a busca de uma solução a partir do conhecimento das conseqüências. MENEZES CORDEIRO, A. Op. cit., p. 1126.

A funcionalização serve para evitar a tendência de conceitualizações puras e para “garantir as dimensões teleológicas de base, naquelas situações particulares em que não é possível ligar, de modo directo, os institutos a quaisquer normas”⁷⁰⁴.

Porém, a sua aplicação indiscriminada sem cuidado para os respectivos limites dogmáticos implica riscos para o próprio sistema, pois ao mesmo tempo em que a análise funcional pode proteger contra o excesso de abstrações generalizantes, pode resultar no seu oposto, que é um pragmatismo sem freios.

Menezes Cordeiro adverte que a “mera ponderação dos institutos, ainda que nas suas funções, descamba, com riscos, no empirismo”, com possibilidade de provocar distorções na sua redução dogmática e dificuldade no controle das decisões judiciais⁷⁰⁵. E, mais, lembra que a funcionalização teve papel prático importante no período em que era predominante uma interpretação liberal do Direito Civil, como forma de combater abusos manifestos da aplicação exegética do direito, numa época em que uma interpretação sistemática era incipiente⁷⁰⁶.

Uma aplicação direta dessa crítica ao Direito brasileiro leva ao questionamento sobre qual é o verdadeiro limite dos Juízes na aplicação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil. A aplicação do princípio da socialidade através de uma cláusula geral traz mais segurança do que a aplicação direta do princípio jurídico, sem mediação da lei, pois o sistema de uniformização das decisões dos Tribunais e o controle da legalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça pode ser um meio de balizar o conteúdo da cláusula geral.

Ou seja, é possível a interposição de recurso especial com fundamento no artigo 105, III da Constituição Federal contra decisões que sejam arbitrárias no preenchimento da cláusula geral.

⁷⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 1127.

⁷⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 1127.

⁷⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 1231.

Mas, mesmo assim, a crítica de Menezes Cordeiro precisa ser levada em conta, tendo em vista o óbice da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, que impedirá a admissão de recursos em que a análise da matéria fática seja determinante para a decisão.

Ou seja, a única garantia que se tem contra o preenchimento arbitrário do conteúdo da cláusula geral é o sistema geral de controle da legalidade das decisões judiciais.

A esse respeito é importante o resgate das idéias de Miguel Reale, que na estruturação do Código Civil afirma que “se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial”⁷⁰⁷.

Isso é relevante como instrumento de controle das decisões judiciais pela necessidade de obediência do juiz ao sistema do Código Civil.

Nesse aspecto, o julgador deve prender-se ao método de concreção que foi posto no Código Civil, e que exige “que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético”⁷⁰⁸.

A estruturação normativa dos “modelos” situam a concepção do Código Civil dentro da perspectiva da “funcionalidade institucional” indicada por Menezes Cordeiro, com o objetivo de fugir das concepções conceitualistas e para que o Direito sempre tome em consideração as conseqüências, os efeitos dos contratos.

Na consideração dos efeitos, deve-se levar em conta a natureza operacional e “dinâmica” do Código. A dinâmica é resultado da flexibilidade conceitual que permite a adaptação dos modelos jurídicos às transformações sociais, mediante incorporação do trabalho da hermenêutica. Contudo a atividade hermenêutica

⁷⁰⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., p. 116.

⁷⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 118.

precisa preservar o equilíbrio entre o princípio da socialidade e o da liberdade contratual para que a lei não seja ferida.

O juiz precisa preencher a cláusula geral a partir da “estrutura normativa concreta” que é fornecida pelas regras da própria autonomia privada no plano da vida social e econômica, das regras do mercado, segundo os usos e costumes, da ética que governa as relações intersubjetivas, segundo as características sociais, econômicas e culturais das partes⁷⁰⁹.

Apesar da plasticidade que a concepção de “funcionalidade” permite na “adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais”, deve-se enfrentar a crítica à funcionalização, em especial a de que transformar linhas funcionais de aplicação do direito em ações vinculativas implica possibilidade de “supressão radical das liberdades pessoais”⁷¹⁰.

Em razão disso, quando se trata da função social e econômica no Direito Privado não se está “funcionalizando” estritamente todas as condutas e comportamentos, mas sim reconhecendo que nos espaços de liberdade, de livre arbítrio, “a referência a uma função social e econômica exprime a idéia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica”⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Em outras palavras, a “estrutura normativa concreta” do Código Civil não se vincula a “valores formais abstratos”, mas a valores que são identificados pelo Juiz por detrás da boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc., num processo “de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*”. Idem, *ibidem*, p. 119.

⁷¹⁰ MENEZES CORDEIRO, A. Op. cit., p. 1231.

⁷¹¹ Idem, *ibidem*, p. 1231.

A menção a uma função social não permite determinações em abstrato, mas somente caso a caso, tendo em vista a apuração do espaço de liberdade concedido pelo ordenamento⁷¹².

O mesmo autor sustenta que não existe “uma” “função” social e econômica, embora possa tal expressão ser utilizada como técnica legislativa por exigências de solidariedade social, para que o intérprete na ponderação de situações singulares leve em “conta os efeitos dos exercícios individuais, nas suas projecções sociais e econômicas”⁷¹³.

Importante observar que todas essas considerações de Menezes Cordeiro são feitas à luz do artigo 334º do Código Civil português⁷¹⁴, cuja redação é praticamente idêntica ao artigo 187 do Código Civil brasileiro: este baseado naquele⁷¹⁵.

Crítica mais contundente à função social e econômica dos contratos é feita por Ludwig Raiser, cujo contributo é essencial para uma aplicação dogmática do 421 do Código Civil.

A função dos contratos para Raiser é regulamentar as relações patrimoniais entre as pessoas em razão da autodeterminação individual, fora da imposição determinada por uma autoridade⁷¹⁶.

⁷¹² Idem, ibidem, p. 1231.

⁷¹³ Idem, ibidem, p. 1232.

⁷¹⁴ “Artigo 334º. (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. PORTUGAL, Código Civil – Assentos e diplomas complementares. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1998, p. 116.

⁷¹⁵ Embora o texto seja praticamente idêntico, isto não afasta o alerta de que não há identidade de contexto, tendo em vista a estrutura distinta entre os dois Códigos.

⁷¹⁶ Raiser identifica a origem de seu pensamento em Husserl, Burchardt, v. Hippel, e Manigk. RAISER, Ludwig. Op. cit., p. 76 e 288, nota 11.

Mesmo com a intervenção do Estado na autonomia privada, a função e o papel de instrumento criativo do contrato continua existindo, pois permanece a livre possibilidade de escolha da parte contrária, bem como há liberdade sobre o momento em que se estipula o contrato e é fixado o conteúdo do acordo, não obstante seja o contrato sujeito ao controle da justiça estatal⁷¹⁷.

Exceções são as típicas do período do nacional-socialismo alemão, em que o contrato foi convertido em “instrumento do ordenamento nacional”. Além de servir aos particulares, era um elemento da vida comunitária, que deveria contribuir para repartir adequadamente os bens e para um melhor prestar. Para tal fim as partes deveriam colaborar associando-se no contrato.⁷¹⁸

Tal concepção derivava da limitação constante do Estado sobre a autonomia privada e ao dirigismo estatal, que reduziu o contrato a um apêndice do ordenamento, com a finalidade de concretizar as normas do ordenamento nas relações entre os particulares. A liberdade das pessoas passa a ser simples aparência, pois os particulares devem realizar os objetivos comuns. Os contratantes transformam-se em funcionários do ordenamento jurídico geral⁷¹⁹.

A marca da concepção nacional-socialista é a de que a função do contrato deve ser considerada sob o ponto de vista econômico-social e não jurídico. Por isso, “em razão de sua indispensável função econômico-social, o contrato será reconhecido e tutelado quando tiver um conteúdo economicamente relevante”⁷²⁰.

⁷¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 59.

Essa observação de Raiser ignora e/ou exclui do âmbito do Direito Contratual os contratos ditados, já examinados no primeiro capítulo.

⁷¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 87.

⁷¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 87 e 291. Raiser cita como autores que sustentam tal concepção Kaufmann, Heller e Husserl.

⁷²⁰ Idem, *ibidem*, p. 90.

Vinculado a esse ponto pela análise da possibilidade de funcionalização do contrato sem que com isso seja ferido o princípio do estado democrático de Direito, Raiser reconhece a utilidade técnica da concepção assinalada, que é a identificação da causa dos contratos atípicos. Porém, afirma que a possibilidade de o juiz valorar se um contrato é economicamente ou socialmente relevante, contraria o princípio do Estado de direito⁷²¹, fazendo referência expressa ao pensamento de Betti como um dos defensores dessa concepção⁷²².

Raiser afirma que para que um ato seja considerado como contrato é necessário um único requisito, que é a criação voluntária e autônoma, jamais predeterminado ou imposto⁷²³.

Isso torna irrelevante, por exemplo, a discussão posta por Günter Haupt, a respeito das relações contratuais fáticas, pois a análise funcional do contrato considera como relevante a forma autônoma da criação de regras, não obstante possa o contrato ter nascido por vias distintas da tradicional declaração negocial.

Em síntese, Raiser afirma que o contrato somente pode ter funções jurídicas a serem cumpridas, sob pena de eliminação de sua característica essencial, que é a criação autônoma das regras. A função jurídica, por sua vez, é classificada em quatro grupos, que são a obrigacional, dispositiva, organizativa e normativa.

As duas primeiras funções do contrato distinguem-se pela função dos contratos obrigacionais e dos contratos dispositivos. Enquanto os primeiros são caracterizados pela liberdade de conteúdo, liberdade de tipo e baseados na liberdade de forma, os contratos dispositivos são típicos e concernentes a um direito real.

⁷²¹ Idem, *ibidem*, p. 90.

⁷²² Idem, *ibidem*, p. 292.

⁷²³ “...esso dev’essere creato autonomamente, e non predeterminato o imposto. Compete poi ai singoli diritti positivi, e non allá teoria, stabilire quali requisiti debbano soddisfare lè parti affinché il contratto sia degno di tutela”. Idem, *ibidem*, p. 93.

A terceira função apresentada por Raiser é a de constituição de uma estrutura organizativa, seja através de associações ou sociedades⁷²⁴. A quarta função do contrato é a dos acordos normativos, ou contratos normativos, que são aqueles em que se estabelecem normas destinadas a regular uma série de contratos em matéria obrigacional. São exemplos o acordo coletivo de trabalho e o contrato quadro, sendo exemplo deste último o contrato entre o particular e um banco, que regulam futuros contratos.

Embora tenha elencado quatro classes de funções do contrato, essas não exaurem o quadro, pois podem ser combinadas e gerar outras, bem como podem existir outras funções particulares.

A gratuidade não se enquadra em nenhuma dessas funções pois não faz parte da vida econômica, não podendo ser valorada sob um critério de justiça⁷²⁵.

Em uma economia de mercado a intervenção estatal tem por objetivo garantir a paridade jurídica e econômica dos contratantes, para proteger os mais débeis economicamente⁷²⁶.

Indica que a simples disciplina das condições gerais não é suficiente e que talvez o mecanismo de controle seja pela tutela da concorrência e da economia de mercado. As leis de tal natureza não podem ser consideradas como mecanismo de controle estatal, mas meios para “o fim de permitir à economia de mercado conseguir seu máximo rendimento econômico”. Para proteção da liberdade e justiça em matéria contratual deve-se ter regras que tornam nulos ou ineficazes os

⁷²⁴ Afirma que é equivocado distinguir o negócio jurídico plurilateral de um contrato baseado em vontades contrapostas. Essa análise é irrelevante para os fins de uma análise funcional, pois o ato associativo tem uma unidade funcional autônoma, diferente dos negócios dispositivos e dos obrigatórios. *Idem*, *ibidem*, p. 81.

⁷²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 98.

⁷²⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 101.

acordos para limitar a concorrência e medidas para prevenir o abuso de posição do poder econômico⁷²⁷.

Apesar da crítica à análise da função econômica e social do contrato, Raiser propugna pela intervenção estatal quando o contrato é usado por uma das partes contra a outra como instrumento de poder. Em tal caso a função de proteção da liberdade contratual passa para um segundo plano, tendo primazia a justiça, para readequar a liberdade contratual com os valores que são protegidos⁷²⁸.

A afirmação de Raiser oferece um importante critério para solução do problema proposto por Menezes Cordeiro, de que a funcionalização pode ser meio de supressão radical das liberdades.

O fato de o contrato ter um caráter instrumental e de o princípio da socialidade incidir sobre as relações contratuais não transforma o contrato em um servo dos interesses sociais exteriores à liberdade de contratar, tal qual ocorreu nas experiências totalitárias do século XX (interesses da comunidade). O contrato não serve como instrumento de distribuição de renda, de realização de justiça social ou de promoção de fins típicos do Estado. O contrato é instrumento da autonomia privada, condicionado ao cumprimento dos fins sociais da liberdade de contratar.

O caráter instrumental deriva de sua concepção “institucional” que preserva naturalmente espaço de livre iniciativa e criatividade pessoal para os contratantes, pois o fim institucional da liberdade contratual pressupõe a possibilidade de intervenção judicial nos casos em que ocorre a utilização disfuncional, produzindo

⁷²⁷ “Il contratto, la libertà contrattuale e la libertà di concorrenza dovranno essere concepiti come istituti funzionalmente connessi in un’economia di mercato che há ricevuto una costituzione giuridica. Le parti non potranno dunque più pretendere di essere tutelate qualora facciano un uso di questi istituti che trasgredisca uno qualsiasi dei principi fondamentali di questa costituzione. L’abuso della libertà contrattuale pertanto diviene causa di nullità del contratto; in molti casi si risparmia così ai giudici il ricorso non del tutto tranquillizzante all’ultima *ratio* della contrarietà al buon costume”. Idem, *ibidem*, p. 101 e 102.

⁷²⁸ Idem, *ibidem*, p. 56.

situações que contrariam o seu próprio fundamento: nesse sentido, “a liberdade contratual tem, pois, que ser protegida contra a liberdade contratual, ou, dito de outro modo: a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada”⁷²⁹.

Para Raiser a liberdade contratual precisa respeitar seu sentido funcional que institucionalmente lhe é próprio, o que cria limites imanes tanto à liberdade contratual, como também à possibilidade de intervenção judicial como instrumento de controle, pois deve-se sempre preservar a teleologia imanente do instituto, considerada como fator de liberdade individual, de mobilidade e adaptabilidade do sistema das relações privadas⁷³⁰.

Evidentemente que a proposição desta tese é a de que a concepção de autonomia privada que foi adotada no artigo 421 do Código Civil é a propugnada por Emílio Betti, com a circunstância de que a função que o contrato é chamado a cumprir é uma função social e econômica.

Tal proposição não torna inválida a observação de Raiser, de que a funcionalização não pode transformar a sociedade em parte. Em outras palavras, a intervenção na autonomia privada com fundamento na função do contrato somente pode ser realizada naqueles casos em que o contrato é usado por uma das partes contra a outra como instrumento de opressão econômica ou de poder, caso em que está presente a razão para intervenção judicial, com o fito de proteger os valores sociais para os quais o contrato existe.

Trata-se de crítica cuja relevância precisa ser considerada para que a funcionalização não seja um meio para permitir arbitrariedades, pois os fins não podem justificar quaisquer meios.

Ou seja, o juiz não pode justificar sua decisão com base nos fins sociais sem respeitar a característica individual dos atos da autonomia privada, bem como o

⁷²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 500-504.

⁷³⁰ Idem, ibidem, p. 502.

fato de que o contrato é instrumento para o exercício da liberdade contratual e não um meio programático de atuação de interesses sociais exteriores ao contrato.

A crítica precisa ser tomada em consideração a partir da análise da expressão “em razão” posta no texto do artigo 421: a expressão não subordina a liberdade de contratar à socialidade, apenas condiciona uma à outra, partindo-se da relação dialética cuja tensão interna entre liberdade e preservação dos interesses sociais para os quais foi instituída, formam um todo que é o modelo de contrato, com suas essenciais características.

A lei não fez como não poderia fazer um elenco de todas as funções do contrato, sendo a “função social” expressão do reconhecimento de uma “multifuncionalidade” típica dos modelos jurídicos, que na expressão de Joaquim de Sousa Ribeiro realiza simultaneamente todas as funções, em vários níveis, “sem esquecer a de prossecução da autonomia pessoal”⁷³¹.

B. Dimensão singular e social, função econômica e função social

Conforme já tratado anteriormente, a única proposição durante o processo legislativo para alteração da proposição que se transformou no artigo 421 do Código Civil, foi emenda proposta por Tancredo Neves para limitar a função social

⁷³¹ Idem, ibidem, p. 14: “No que – por nossa parte, pelo menos – não vai implícita uma posição funcionalista, no sentido da vinculação do exercício dos poderes subjectivos de conformação a objectivos e interesses estranhos à pessoa do seu titular. Esta posição resolve os problemas de compatibilização das exigências funcionais das dimensões individual e coletiva do contrato eliminando do campo de valoração, pura e simplesmente, as finalidades específicas daquele plano”.

a um cânone hermenêutico do Direito Contratual. A recusa da limitação é significativa e endossa a afirmação de que no Código Civil foi adotada uma concepção de contrato, que tem por pressuposto uma determinada “função social”.

Embora a idéia de “função social” faça uma remissão constante à “dimensão social” que pode sugerir uma superação ou até mesmo uma contradição com a “dimensão individual ou singular” do contrato, a idéia de socialidade não conduz necessariamente à exclusão de uma dimensão pela outra. Em texto do início da década de 90, Maria Celina Bodin de Moraes alertava que a principal transformação que o Direito Civil sofreu não foi a sua “publicização”, mas uma transformação interna decorrente de vários fatores, entre eles da “influência de grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social”, que não tem por principal marca a “invasão da esfera pública sobre a privada”, mas de mudança do conceito de Direito Civil, que passou a abrigar a tutela das atividades e os interesses das pessoas, bem como a utilizar “instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de Direito Privado”⁷³². Essa característica continua sendo uma das marcas do movimento de constitucionalização do Direito Privado, como se pode ver pelo excelente trabalho publicado recentemente por Eugênio Facchini Neto, a respeito da evolução histórica da constitucionalização do Direito Privado⁷³³.

A função social deve ser realizada na “dimensão singular” do contrato, pois continua em vigor o princípio da eficácia relativa das convenções, apesar da

⁷³² BODIN DE MORAIS, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, v. 25, p. 23 e 24. (Este é o atual nome da autora. Na publicação consta o nome Maria Celina B. M. Tepedino). No mesmo sentido VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 731, que é enfática ao distinguir o reconhecimento constitucional da publicização: “Absolutismo porque confunde previsão constitucional com direito público, reduzindo, assim, todos os institutos à dita seara do direito público, e conseqüentemente empobrecendo o conteúdo do direito privado...”

⁷³³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13 – 62.

possibilidade da eficácia transubjetiva naqueles casos em que a lei expressamente permite tal eficácia.

A sociedade não é parte da relação contratual e o “interesse social” presente em todos os contratos não pode ser confundido com o “interesse público”, que excepcionalmente pode estar presente, mas que não tem vínculo direto com a função social do contrato⁷³⁴.

O controle da autonomia contratual não visa à proteção de um interesse público específico, mas do que comumente se chama de interesse social, que é a asseguaração das melhores condições para as atividades privadas, que de maneira imediata surge como proteção do contratante contra os riscos de atos caprichosos e imponderados e, principalmente, para proteção do mais fraco. Esse controle tem um sentido negativo de imposição de limites, mas também um sentido positivo de composição dos interesses das partes, desde que sejam dignos de tutela⁷³⁵.

A composição dos interesses dignos de tutela provoca uma modificação na idéia de que basta a liberdade para garantir a otimização dos interesses das

⁷³⁴ No Direito brasileiro tem sido feita a distinção entre interesse público e interesse social com base na afirmação de que no primeiro estão em jogo os interesses da administração pública para consecução de seus fins, enquanto no segundo, trata-se dos interesses não específicos da “sociedade”, considerada como a massa indeterminada de indivíduos que integram determinada Nação. Tal distinção tem origem na distinção entre “desapropriação por interesse público” e “desapropriação por interesse social”.

Importante a observação de Paulo Lobo, de que a Constitucionalização do Direito Civil não representou uma “publicização” do mesmo, mas de regulação de matérias típicas de Direito Privado, que continuam afeitas a esse ramo do Direito, com regulação cogente de determinadas matérias: “É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público quanto no Direito Privado”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, p. 100.

Sobre o mesmo problema, mas com a ótica voltada para o direito de propriedade, ver VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730 e ss. e VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 763 e ss.

⁷³⁵ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato..., p. 102 e 103.

partes, pois é uma exigência do ordenamento que o contrato cumpra essa finalidade que é a otimização dos interesses privados. Como diz Ana Prata: “E assim, este conceito, parecendo o mesmo, é, no entanto diverso: a sua característica diferenciadora deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos”⁷³⁶.

A mesma autora afirma que na concepção liberal de autonomia da vontade o “interesse público” não é contraditório com os interesses privados, “ao contrário, consiste e esgota-se no assegurar das melhores condições de exercício daqueles interesses privados”⁷³⁷.

Apesar de a liberdade não ser suficiente para garantir a otimização do interesse das partes, não se pode rejeitar a concepção adjetivada por Ana Prata como liberal, de que não há contradição entre interesse público ou social e o privado.

Isso porque a funcionalização implica intervenção no regime dos efeitos para proteção do interesse social, que não representa a “sociedade” corporificada em um “interesse” concreto eventualmente oposto ao interesse das partes, mas a uma atribuição normativa para o contrato considerado como modelo jurídico, que pode estar presente na realização dos interesses individuais dos contratantes, sem qualquer limitação por parte da coletividade.

O “interesse” somente adquire a adjetivação “social” se o contrato for observado sob o ponto de vista macroeconômico e normativo, inserido no sistema de Direito Privado, pois sob o ponto de vista singular, a consequência direta da função social dos contratos é a proteção de um interesse econômico particular de

⁷³⁶ PRATA, Ana. Op. cit., p. 23. “Autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada, mas, diferentemente do que antes acontecia, não são um meio e um instrumento deixados na exclusiva disponibilidade das partes. Ao Estado incumbem deveres que ele há-de prosseguir (também) através deste meio e deste instrumento”. p. 23 e 24.

⁷³⁷ PRATA, Ana. Op. cit., p. 28.

um dos contratantes. Em outras palavras, a finalidade imediata a ser alcançada é de natureza econômica e particular e a finalidade mediata é de natureza social⁷³⁸.

Se a análise for feita a partir do ângulo dos interesses e não propriamente das finalidades, pode-se dizer que não são toleráveis os custos sociais à custa de um aproveitamento individual injustificado.

Essa característica está vinculada à impossibilidade de análise estanque de qualquer das perspectivas conceituais do contrato, pois não há uma função puramente econômica, puramente jurídico-institucional ou tampouco puramente social⁷³⁹.

Utilizando-se novamente do exemplo supra citado do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, pode-se ver que o objetivo da disposição legal é a preservação da “economia do contrato”, o equilíbrio das atribuições patrimoniais, com a finalidade de evitar o enriquecimento ilícito e preservar a comutatividade contratual, respeitada a “natureza” da operação econômica da qual o contrato é a “veste jurídica”⁷⁴⁰.

A tutela desse direito individual, com severa limitação à liberdade de contratar realiza uma “função econômica”, que somente pode ser compreendida como “função social” se analisada a função do contrato como instrumento que o Estado põe à disposição dos particulares para que estes regulamentem as suas relações intersubjetivas.

⁷³⁸ A referência a uma finalidade imediata e outra mediata no âmbito da autonomia privada é apresentada sob o ângulo do interesse por Ana Prata, a partir de reflexão de Salvatore Pugliatti, PRATA, Ana. Op. cit., p. 20: “Um direito subjectivo privado, seja qual for, tem como fonte a norma que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a realização daquele interesse público (finalidade mediata) que se encontra na base da própria protecção, e é a razão última pela qual a protecção é concedida”.

⁷³⁹ Sobre as diferentes perspectivas conceituais do contrato e sua ligação com a liberdade contratual ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 11 e ss.

⁷⁴⁰ Expressão de Enzo Roppo, na obra já citada, O Contrato.

Embora a afirmação possa parecer “patrimonialista” em contraposição com uma posição “personalista” de contrato, deve-se lembrar que o artigo 421 não trata de todo e qualquer ato da “autonomia privada”, mas da autonomia privada no âmbito do Direito Contratual, que é a “liberdade de contratar”. O artigo 421 não incide sobre os demais atos da autonomia privada.

Faz parte do interesse social a preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade.

Tratando sobre o negócio jurídico, Emilio Betti afirma que este se caracteriza pela liberdade que agentes possuem de poder determinar o conteúdo dos deveres que irão reger a futura relação jurídica. Trata-se de instrumento de que os particulares dispõem para regular sua vida privada, podendo com ele realizar aquisição e alienação de seus bens em geral⁷⁴¹.

Natalino Irti⁷⁴² atribui a Betti a manutenção de uma “natureza social” que é antecedente ao direito e que se conserva no plano jurídico, dentro de uma nova posição, tal qual ocorre com o artigo 421. Ou seja, o fato social “autonomia” não perde essa natureza ao ser juridificado, embora lhe seja agregada uma eficácia jurídica cuja “função” é justamente a de realizar a finalidade social do ato de autonomia.

A característica de transposição do fato social como fonte de deveres jurídicos pela sua inserção no sistema através da autorização legislativa não está presente no sistema do Código Civil somente através da função social, mas também pela força atribuída aos usos e costumes e para as cláusulas de estilo, que na condição de modelos dogmáticos criam normas de eficácia geral. Embora

⁷⁴¹BETTI, E., Teoria Geral do Negócio Jurídico: “Ele é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (acto de autonomia privada): acto ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função económico-social que lhe caracteriza o tipo”. p. 108.

⁷⁴² IRTI, Natalino. Lecture bettiane, p. 48.

não haja tradicionalmente vinculação entre função social e usos e costumes, a dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito e, nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos (artigos 113, 429⁷⁴³, 432⁷⁴⁴), aos costumes ou costumes do lugar (artigos 596⁷⁴⁵, 615⁷⁴⁶, 695⁷⁴⁷, 701⁷⁴⁸, 872⁷⁴⁹) são reveladores dessa dimensão.

No mesmo sentido, o tratamento igualitário entre cônjuges, a unificação das obrigações civis e mercantis constituem-se também em dimensão da socialidade do Código Civil, transformando em norma legal o que a força da tradição incorporada aos costumes sociais (**poder social**) já instituiu como valores gerais e como realidade social.

⁷⁴³ “Artigo 428. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

⁷⁴⁴ “Artigo 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, se a recusa não chegar a tempo”. Uma comparação da redação do artigo 432 do Código Civil com a do artigo 1084 do Código Civil de 1916, revela que a diferença está justamente na redação da referência ao costume. No artigo 1084 reputa-se celebrado o contrato nos casos “em que se não costuma a aceitação expressa”. Casos “em que não se costuma” diferencia-se de casos em que “não haja o costume” da aceitação expressa. O conceito de costume tem significação mais aberta em relação às condições objetivas que o mercado estabelece sobre determinada circunstância, sem vinculação estrita com uma relação objetiva em que “se costuma a aceitação expressa”.

⁷⁴⁵ “Artigo 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

⁷⁴⁶ “Artigo 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la; poderá rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas de trabalhos de tal natureza”.

⁷⁴⁷ “Artigo 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos”.

⁷⁴⁸ “Artigo 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar”.

⁷⁴⁹ “Artigo 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”.

O conflito entre interesses sociais e interesses particulares pode ser estudado a partir da afirmação de Betti, de que os contratos possuem tipicidade legislativa e tipicidade social. Os primeiros têm disciplina legislativa e os segundos não têm, mas o Direito lhes concede tutela em virtude da função social típica a que correspondem⁷⁵⁰.

Essa afirmação afasta a concepção de que os “direitos”, objeto dos contratos, ou os próprios contratos precisam, sempre, realizar interesses exteriores à finalidade social típica do contrato ou do direito.

A liberdade de contratar precisa ser realizada segundo a sua função social e, por isso, a tipicidade social dos contratos é essencial para o controle dos efeitos jurídicos. Um contrato entre um vendedor e um comprador, cujo objetivo seja o de efetivamente transferir o direito de propriedade de um determinado bem, por si só, cumpre com sua função social, pois além de corresponder a tipicidade legal, também corresponde a uma tipicidade social.

Repete-se o que já foi dito neste capítulo: o contrato serve à liberdade contratual e o grande desafio a ser enfrentado na aplicação da cláusula geral do artigo 421 é a de coadunar o contrato como instrumento para realização dos interesses das partes e ao mesmo tempo respeitar os valores determinados por imperativos sociais⁷⁵¹.

A tipicidade social tem relevância para determinar os casos em que a liberdade contratual é extrapolada. O contrato que não corresponde ao tipo social pode ser fruto da criatividade empresarial ou criatividade negocial dos agentes

⁷⁵⁰ BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 68.

⁷⁵¹ Uma perspectiva similar a esta é posta por RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. cit., p. 12, para quem “sendo a liberdade contratual o princípio rector da ordem dos contratos, o desafio que se lhe coloca é o de dar satisfação às exigências normativas próprias de cada um daqueles planos contratuais, a saber, servir de instrumento à auto-realização pessoal dos contraentes – na específica forma em que ela é possível no âmbito dos contratos – e juridificar convenientemente as relações de troca e de cooperação no mercado, respeitando ao mesmo tempo, em medida suficiente, os outros valores próprios do ordenamento”.

privados. Em tal caso transformar-se-á em contrato socialmente típico ou, então, será rejeitado pelo ordenamento em razão da falta de correspondência entre sua função social típica e o preceito decorrente da estipulação entre as partes.

CONCLUSÃO

A consagração da cláusula geral da função social dos contratos implanta de vez a exigência de que o contrato deve ser útil e justo. Contudo, ao fazê-lo, não eliminou a necessidade de que o valor liberdade também seja preservado. Por isso, faz parte desta conclusão a expressão de Joaquim de Sousa Ribeiro, de que uma concepção funcional do contrato serve como meio de autodeterminação e de regulação dos processos sociais de cooperação e troca, competindo-lhe realizar de maneira simultânea “o livre, o útil e o justo”⁷⁵².

O livre, por sua vez, não representa ato egoísta, mas compreendido na sua indissociável socialidade, como ato de cooperação e de realização do fim regulatório e ordenador do Direito.

Tal conclusão deve-se à idéia de dialética de complementaridade, pois tal concepção elimina a contradição entre liberdade de contratar enquanto símbolo do individualismo e a respectiva função social, derivada do princípio da socialidade. Liberdade de contratar e socialidade são compreendidas como estrutura complementar de bens culturais, afastando a idéia de que o social limita e se contrapõe ao individual.

⁷⁵² Idem, *ibidem*, p. 637.

A dialética da complementaridade condiciona os dois fatores “liberdade individual” e “socialidade” numa relação permanente e progressiva que impede a compreensão de um sem o outro, pois formam uma unidade concreta da relação que constituem. A complementaridade desdobra-se numa perspectiva de coimplicação e de funcionalidade, que garante uma totalidade de sentido ao contrato como elemento integrante do mundo cultural, econômico e social, também chamado de “vida de relação”.

Confirmam-se as hipóteses apresentadas no início.

Primeira. A função social é uma das dimensões do contrato e, portanto, a função é elemento constitutivo e não mero limite externo do contrato.

Segunda. A cláusula geral da *função social* dos contratos tem múltipla função: a) cânone hermenêutico e norma de sistematização do Direito Contratual; b) norma de integração entre a teoria geral dos contratos e o regime geral das obrigações disciplinados no Código Civil com as leis especiais;⁷⁵³ c) sistematização e regulação do tratamento unitário das obrigações civis e mercantis, tendo em vista que o contrato é o instrumento de concretização das atividades econômicas organizadas sobre o plano funcional da unidade de fim, que caracterizam a atividade empresarial; d) controle do conteúdo das condições gerais dos negócios e contratos de adesão; e) controle a ser realizado pelo Juiz da necessária correspondência entre o interesse privado e o interesse social que tipicamente é realizado por meio do contrato celebrado pelas partes.

Terceira. O artigo 421 é cláusula geral que serve como veículo para a realização do princípio da socialidade no Direito Contratual, exigindo para sua aplicação a compreensão da ética da situação, como mecanismo de

⁷⁵³ Conforme tratado na Primeira Parte, no tópico: A técnica da “legislação aditiva” e a eficácia do 421 sobre o Direito Contratual, p. 153 e ss.

reconhecimento das condições objetivas de sua incidência e de reconhecimento da realidade vinculada às partes e às suas condições sociais, culturais e econômicas.

Quarto. A concepção de autonomia privada adotada no artigo 421 do Código Civil segue a concepção formada no Direito italiano, com traços que identificam, principalmente, o acolhimento das idéias da Doutrina Italiana desenvolvida no final do século XIX a meados do século XX, em especial do pensamento de Emílio Betti, para quem o contrato deve corresponder a funções típicas de cooperação socialmente úteis entre os membros de uma comunidade.

Partindo das mesmas hipóteses, percorrendo-se o plano de execução da tese, também chegou-se às conclusões a seguir apresentadas.

§ 1º

1. O que caracterizou o modelo de contrato no Código Civil de 1916 foi a ausência de limites substanciais à liberdade de contratar e de estipular o seu conteúdo. Somente os vícios da vontade, os vícios sociais reconhecidos em lei e as disposições legais de ordem pública invalidavam os contratos. Isso decorria de sua função: eficácia equivalente à da lei, tão obrigatório quanto ela, em um espaço reservado aos atos de vontade, para que os “sujeitos de direito”, todos iguais, exercitassem sua liberdade, realizando o bem social através da persecução de objetivos exclusivamente individuais, sem preocupação com os efeitos sociais do contrato.

A função do contrato era pressuposta e automática na sua própria estrutura: *quem diz contratual, diz justo*.

2. A revogação do Código Civil de 1916 foi o último ato dentre um conjunto de leis, decisões e obras jurídicas, que pôs fim à supremacia do contrato sob o manto dos ideais liberais individualistas reinantes no início do século XX.

As Leis do Inquilinato, o Decreto-Lei 58/37, a Lei da Usura, o Estatuto da Terra, o Código de Defesa do Consumidor, entre outras, já consagravam um novo modelo contratual, no qual o contrato devia cumprir uma função social.

Todavia, em tais Leis, a função social a ser cumprida é ditada diretamente pelo legislador, sem usar a referência a função social para outorga de poderes aos Juízes para que digam o que é a função social e como preenchê-la. Embora as cláusulas gerais abundem em tais diplomas, nenhuma se refere à função social dos contratos.

A funcionalização do contrato e seu condicionamento social não é uma novidade, mas fruto da superação do modelo residual do Código Civil de 1916, por um modelo cuja afirmação foi resultado da lenta e constante transformação ocorrida no curso do século XX, capitaneada pela doutrina que nem sempre foi majoritária, mas que foi acolhida no Código Civil vigente.

3. A tradição, compreendida como conjunto de ferramentas históricas e culturais, dentre as quais a doutrina, tem papel fundamental e é elemento indispensável para a aplicação das cláusulas gerais. A falta de referência à tradição ou às idéias subjacentes à cláusula geral da função social dos contratos afasta a possibilidade concreta de controle na aplicação da regra legal, com grave risco de subjetivismo das decisões judiciais.

4. A doutrina brasileira teve expoentes que souberam reconhecer a funcionalidade do contrato orientada para valores sociais. Entre estes, destacam-se a obra de Orlando Gomes e de Miguel Reale, juristas cujo pensamento foi indispensável para a construção do atual modelo de função social dos contratos, tendo em vista a aderência de seu pensamento aos problemas sociais e a uma visão integral do Direito.

Porém, mesmo estes autores não possuem uma concepção acabada de função social, que é reconstruída a partir de elementos fornecidos principalmente pelo Direito italiano, com destaque para a obra de Enrico Cimbali e Emílio Betti.

5. A origem da função social na doutrina remonta a Jhering, cuja contribuição está na descoberta da dimensão social do Direito, ao retorno de uma “ética material”, ligada a dados sociais objetivos, que são os interesses decorrentes das relações e forças sociais. Embora o interesse que move os contratos ainda tenha um caráter meramente individual, Jhering contribuiu para a interpretação teleológica na dogmática jurídica, com reflexos sobre a interpretação dos contratos e sua inserção na vida social.

Leon Duguit acrescenta à teoria da função social uma característica não percebida por Jhering, de que o fim para o qual o contrato serve não é puramente individual, mas de solidariedade social, cujo resultado é a moderação do poder da vontade como critério único para definição do conteúdo do direito.

Cimbali vai além de uma problematização social do contrato, para estudar a dimensão social inerente ao próprio contrato. Além de inseri-lo no contexto histórico e afirmar sua indissociável historicidade, propõe a compreensão do contrato em sua dimensão individual e social, vinculando-o com sua causa. Cimbali é o primeiro jurista que usa a expressão “função social do contrato”, atribuindo um caráter instrumental de “reconciliação e reintegração” do individual com o social. O homem celebra o contrato para realizar de maneira direta interesses individuais (prover sua subsistência) e de maneira indireta para realizar interesses sociais (subsistência da agregação social da qual participa). Essas duas finalidades mantêm-se em equilíbrio entre tendências individuais e tendências sociais.

A síntese de seu pensamento é revelada pela sentença segundo a qual o contrato tem uma face voltada para o indivíduo e outra para a sociedade.

A contribuição de Karl Renner para a interpretação da função social dos contratos está na autonomia entre os fatos econômicos e jurídicos. Embora haja dependência entre processos econômicos e jurídicos, com uma recíproca determinação, não há coincidência, pois a produção não é um negócio jurídico. Por isso, cada momento histórico determina uma certa função para o contrato. A função social é a soma de todas as funções, pois cada função particular se funda numa única função social.

6. A doutrina de Emílio Betti concebeu uma teoria geral do negócio jurídico que tem seu centro no reconhecimento da autonomia privada como fato social. Esse fato social é recepcionado pelo ordenamento sob a forma de um preceito, cuja função é reconhecer o poder que os particulares têm de regulamentar um determinado setor de sua vida, que é a vida de relação.

A função social do contrato é a sua causa e está associada com a idéia de “função social típica” dos negócios da vida privada. A ligação entre os planos econômico e jurídico tem natureza dialética de recíproca determinação: o ato de vontade determina o conteúdo do preceito, mas este somente produz efeitos se o seu conteúdo for coincidente com o substrato econômico e social que lhe é subjacente. Portanto, há uma relação recíproca de “dever-ser” entre o plano jurídico e o plano da vida de relação.

A função social é a causa do contrato, instrumento de controle do conteúdo e da adequação valorativa das declarações de vontade, pois o aspecto objetivo da causa, que é a função social típica, precisa estar em consonância com o seu reflexo subjetivo, que é a vontade individual dirigida para um interesse concreto.

A contribuição concreta de Betti está na reprodução da relação entre liberdade contratual e função social na disposição do artigo 421 do Código Civil, tal qual é apresentada no pensamento do jurista italiano.

A inserção da função social como razão e limite da liberdade de contratar forma um modelo jurídico cuja base dogmática tem muito do pensamento do jurista italiano, naquilo que lhe é mais característico: reconhecimento da liberdade de contratar como fato social e atribuição de eficácia ao preceito criado a partir da vontade das partes na medida em que ele realiza os valores sociais reconhecidos pelo ordenamento jurídico como relevantes de proteção.

Por fim, a contribuição de Betti é relevante por não ser somente um “plano de ação”, uma “posição principiológica” de preocupação com o social, mas por não afastar a natureza eminentemente privada do contrato, e, ao mesmo tempo, por

fornecer elementos concretos para o controle judicial de seu conteúdo, através da noção de tipicidade social e de função social típica.

§ 2º

7. Ao pensamento de Jhering, Cimbali e Betti, como principais autores da função social dos contratos deve-se inserir o “culturalismo” de Miguel Reale.

O culturalismo de Miguel Reale ficou impresso na estrutura do Código Civil, em razão de sua concepção ter sido acolhida pela Comissão Elaboradora do projeto e pelos relatores e sub-relatores nas duas casas legislativas do Congresso Nacional.

As conseqüências do acolhimento do culturalismo de Miguel Reale são as seguintes:

a) estruturação dos artigos da lei, inclusive o artigo 421 do Código Civil, de maneira aberta e flexível, cláusula geral cuja função sistemática é múltipla;

b) funcionalização de modelos jurídicos que são orientados por valores: a cláusula geral da função social dos contratos põe o contrato a serviço da realização do princípio da socialidade;

c) o princípio da socialidade é reitor dos principais modelos jurídicos conexos ao contrato: personalidade jurídica; empresa e propriedade;

d) acolhimento da ética da situação, como mecanismo de aplicação das cláusulas gerais e do critério para aplicação judicial do direito, mediante a reiterada referência a “usos do lugar”, “natureza da operação econômica”, etc.;

e) estruturação da cláusula geral da função social dos contratos a partir da concepção da dialética de complementaridade, que permite a convivência entre

“função social do contrato” e “liberdade de contratar” em um mesmo dispositivo legal como uma síntese valorativa de sentido; e,

f) integração da função social dos contratos com a atividade empresarial, pois o empresário é pessoa que tem por profissão celebrar contratos, já que a “atividade” que caracteriza a empresa é instrumentalizada, principalmente, pela contratação de maneira profissional e habitual.

§ 3º

8. A expressão “função” não corresponde à qualificação “princípio”⁷⁵⁴.

A idéia de “função” exprime a necessidade de uma correlação entre o ato praticado pelos particulares e a finalidade para a qual o modelo jurídico contrato foi criado, regra dirigida ao Juiz para o controle do conteúdo do preceito.

A função social dos contratos não cria “deveres anexos ou laterais”, tampouco pode ser interpretada como comando dirigido aos particulares para que realizem “interesses” que não sejam os interesses privados.

Os princípios jurídicos consistem em estruturas normativas que estabelecem comandos diretamente às partes, como por exemplo, o princípio da socialidade, segundo o qual as partes ao contratar devem realizar seus interesses privados sem ferir os valores sociais dominantes, ou como a boa-fé, pelo qual as partes, ao contratar, devem preservar as regras éticas do meio onde vivem.

⁷⁵⁴ Assim como não teria qualquer lógica falar do “princípio da função boa-fé”, não se pode falar no “princípio da função social”. Além de juridicamente significarem categorias distintas, há uma incompatibilidade semântica entre “princípio” e “função”.

A função social tal qual posta na cláusula geral do artigo 421 tem relação pelo menos com estes quatro princípios: autonomia privada; socialidade; eticidade; e funcionalidade.

Embora possa ser mais fácil enquadrar como princípios categorias novas que não são fáceis de classificar, não é adequado sob o ponto de vista da ética que deve reger a técnica jurídica adulterar o Direito e a linguagem.

A escolha legislativa do Código Civil foi a de inserir o princípio da socialidade em uma cláusula geral, fixando parâmetros legais para sua aplicação. O principal parâmetro legal desse princípio deu-se através de uma regra que condiciona a liberdade de contratar pelo controle da finalidade: adequação entre os fins visados pelas partes e aqueles reconhecidos pelo ordenamento como socialmente relevantes.

Tanto o princípio da autonomia privada como o princípio da socialidade foram representados por expressões concretas, dirigidas à aplicação judicial da norma: o fato valoroso liberdade de contratar; e, a “função social dos contratos”.

A síntese do acolhimento dos dois princípios resulta numa totalidade de sentido, que é o próprio contrato.

Embora o propósito não seja “classificar” ou “categorizar” a função social dos contratos dentro da teoria geral dos contratos, a execução de tal tarefa resulta em elementos para a interpretação do contrato.

O Código Civil ao acolher a função social dos contratos em uma cláusula geral que disciplina a liberdade de contratar alargou o conceito de contrato: inseriu como elemento indispensável de recepção e juridificação dos atos de vontade que o preceito resultante esteja conformado com os interesses sociais para os quais o contrato foi concebido, como condição de sua validade e eficácia.

Em outras palavras, o contrato não pode mais ser visto e definido somente a partir de sua estrutura. É necessário que qualquer definição de contrato inclua sua

dimensão funcional. O legislador não ordenou diretamente aos particulares que celebrem contratos conforme o princípio da socialidade, tal qual fez com a boa-fé.

O legislador determina que o juiz, ao executar ou interpretar um contrato, somente reconheça os efeitos da declaração negocial que estejam conforme a função social dos contratos.

9. A principal função do contrato é servir de instrumento de autocomposição e auto-regulação das relações privadas. Por isso, a função social dos contratos não é incompatível com a autodeterminação e a liberdade de exercício das atividades econômicas.

A cláusula geral do artigo 421 somente atua no plano do Direito Contratual, não servindo para regulação de relações jurídicas absolutas. A eficácia do contrato continua vinculada ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, razão pela qual não se pode atribuir à cláusula geral do artigo 421 o papel de fazer com que o contrato irradie efeitos sobre terceiros, ou, considerar terceiros como parte do contrato.

A “eficácia externa” dos contratos não tem natureza contratual, pois o contrato para terceiros é um fato social (nos casos em que há oponibilidade de efeitos), ou é ato ilícito.

Assim, um contrato celebrado para concentrar mercado e impedir a concorrência não pode ter seus efeitos limitados com fundamento na cláusula geral do artigo 421 em litígios que envolvam terceiros. Os terceiros não são parte e, portanto, não se aplica a eles tal regra, não tendo legitimidade para discutir cláusulas contratuais, mas somente para coibir atos ilícitos.

É em razão da função social dos contratos que foi editada a Lei do Abuso do Poder Econômico, assim como a Lei do Inquilinato, ou o Código de Defesa do

Consumidor⁷⁵⁵. A eficácia das referidas leis deve ser interpretada em consonância com a cláusula geral do artigo 421, mas esse dispositivo não pode ser usado para regular relações absolutas.

O contrato é um auto-regulamento e não um regulamento heterônomo. A condição da chamada “eficácia externa” caracteriza ato ilícito e não “efeito do contrato”. A interferência indevida na esfera alheia é ato ilícito e como tal deve ser tratada.

Portanto, aquele terceiro, que de alguma maneira for prejudicado por disposição contratual da qual não é parte, pode demandar para cessar os efeitos do ato ilícito, usando como fundamento as regras de responsabilidade da lei de abuso de poder econômico, o artigo 186 ou 187, mas jamais poderá invocar o artigo 421 do Código Civil, cuja eficácia está adstrita às partes.

10. O contrato é multifuncional. Além de uma função social enunciada pela lei, sua principal função é a de “instrumento da autonomia privada”, razão pela qual a fixação de limites para a aplicação da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil é garantia de sua eficácia e eficiência na solução dos conflitos, sem que se perca o controle sobre o conteúdo das decisões judiciais.

Por isso, o “mandato” outorgado pelo legislador ao Juiz para preenchimento do conteúdo da cláusula geral contém limites e obrigação de “prestação de contas”.

A construção do limite passa por diversas considerações não exaustivas do problema:

⁷⁵⁵ Sobre a função social dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, ver MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor., p. 210 e ss., sendo que a relação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor é analisada nas p. 663 – 702, mediante o enfrentamento do que chama de “diálogo das fontes”. Também trata da matéria TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2005.

a) a proteção contra uma funcionalização arbitrária depende do reconhecimento e identificação dos fins sociais que estão sendo perseguidos: qualquer limitação da autonomia privada que não seja justificável em termos de utilidade social é arbitrária e inconstitucional;

b) a cláusula geral do artigo 421 não é uma faculdade concedida ao Juiz, mas um limite de sua atuação, pois a liberdade contratual para ser limitada exige fundamentação, apresentação de uma razão vinculada a um interesse social reconhecido pelo sistema jurídico;

c) a análise funcional do contrato evita o excesso de abstrações generalizantes e a falta de conexão das soluções jurídicas com a realidade. Todavia, a falta de limites dogmáticos para a funcionalização gera um pragmatismo particularizante, com risco de subjetivismo e empirismo nas decisões judiciais;

d) os limites dogmáticos da cláusula geral do artigo 421 somente podem ser dados pela união de dois elementos: compreensão da função social dos contratos a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial; e, pelo dispositivo constitucional que outorga ao Superior Tribunal de Justiça a função de uniformização das decisões judiciais dos tribunais do País;

e) o principal âmbito de incidência da função social está na disciplina da atividade empresarial e na disciplina da unificação das obrigações civis e mercantis: o juiz deve ter maior cautela ao aplicar a regra do 421 fora desse âmbito, tendo em vista a possibilidade concreta de contratos paritários que caracterizam o clássico contrato de Direito Civil, tais como os contratos personalíssimos não onerosos;

f) não é possível estender a eficácia geral da função social a partir do artigo 421. As regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Abuso do Poder Econômico não servem para definir a função social dos contratos de maneira geral.

§ 4º

11. O artigo 187 foi concebido na mesma linha de pensamento do artigo 421 do Código Civil: ambos levam em consideração a funcionalização do Direito Privado e a necessidade de obediência ao princípio da socialidade.

A diferença está no âmbito de incidência: enquanto o artigo 187 incide sobre todo e qualquer exercício de direito, seja de natureza contratual ou não contratual, limitando a extensão e as condições para a eficácia de um determinado direito, nascido a partir de um ato válido, o artigo 421 é instrumento de controle que permite a valoração do preceito nascido a partir da declaração negocial, a fim de que se identifiquem os efeitos objetivados pelas partes que podem ser produzidos: em resumo, o artigo 421 controla a validade do preceito, limitando a eficácia do contrato ou de suas cláusulas.

12. O legislador não estabeleceu uma disposição geral a respeito da função social dos atos de autonomia privada, pois o artigo 421 está restrito às relações contratuais.

Ficam excluídos do âmbito de incidência os negócios jurídicos abstratos e os unilaterais cuja estrita tipicidade legal e estrutura formal é suficiente para garantir que sua função seja cumprida. Não há uma exigência direta de funcionalidade para sua eficácia ou validade, o que também está ligado ao princípio da tipicidade vigente em relação aos negócios jurídicos em geral.

Além disso, a função social dos contratos tem eficácia limitada sobre os contratos gratuitos não interessados (fora do Direito Empresarial), tendo em vista que a sua função primordial é a de instrumentar a realização da “vontade” dos contratantes, da maneira mais segura e eficaz possível.

§ 5º

13. A vinculação e a passagem entre o ato econômico, a declaração de vontade, o fato que faz nascer o contrato (em um suposto plano pré-jurídico) e o próprio contrato, com sua característica normativa (jurídico-preceptiva) é indissociável do contrato como instrumento da autonomia privada.

O jurista não pode ignorar a especificidade de que o contrato é ao mesmo tempo fato social e fato jurídico, não perdendo a socialidade ao adquirir juridicidade: o contrato, portanto, assume a função de articulação estrutural de duas esferas da vida social, que são o sistema econômico e o sistema jurídico, orientado para a realização dos valores segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e comutatividade e equilíbrio econômico.

14. O fato de o contrato ter um caráter instrumental e de o princípio da socialidade incidir sobre as relações contratuais não transforma o contrato em um servo dos interesses sociais exteriores à liberdade de contratar, ou em um meio programático de atuação de interesses sociais exteriores.

A expressão “em razão” do artigo 421 não subordina hierarquicamente, mas condiciona liberdade de contratar e socialidade, partindo-se da relação dialética cuja tensão interna entre liberdade e preservação dos interesses sociais para os quais foi instituída, formam um todo que é o modelo de contrato, com suas essenciais características.

A multifuncionalidade do contrato preserva a função de prossecução da autonomia pessoal.

§ 6º

15. A funcionalização de que trata a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil implica limitação no regime dos efeitos em razão da proteção do “interesse social” presente em todo e qualquer contrato.

O “interesse” social não é oposto ao interesse das partes, mas uma atribuição do ordenamento sob a perspectiva macroscópica e normativa. Sob o ponto de vista singular, a consequência direta da função social dos contratos é a proteção do interesse particular de um dos contratantes: a finalidade imediata a ser alcançada pela função social dos contratos é de natureza econômica e particular e a finalidade mediata é de natureza social e geral.

16. Faz parte do interesse social a preservação do mercado e da própria integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento por excelência para a promoção da circulação de bens e serviços com segurança jurídica e previsibilidade.

O controle da “tipicidade social dos contratos” e dos “esquemas típicos de burla da função social” são o melhor mecanismo para o controle do cumprimento da função social dos contratos.

A tipicidade social tem relevância para determinar os casos em que a liberdade contratual é extrapolada. O contrato que não corresponde ao tipo social pode ser fruto da criatividade empresarial ou criatividade negocial dos agentes privados. Em tal caso transformar-se-á em contrato socialmente típico ou, então, será rejeitado pelo ordenamento em razão da falta de correspondência entre sua função social típica e o preceito decorrente da estipulação entre as partes.

BIBLIOGRAFIA

- ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora. Brasília: Ministério da Justiça, 1984.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do. Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, n. 775, maio de 2000, ano 89, p. 18 – 31.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 9 ed.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. Revista de Direito Civil, n. 46, 1988, p. 07 – 26.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Da codificação. Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997.

- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoietico. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Observações quanto à responsabilidade dos administradores na sociedade anônima. Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 96, 12/2004, p. 93 – 116.
- ARNAUD, André-Jean. Les origines doctrinales du Code Civil Français. Paris: L.G.D.J., 1969.
- ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1947.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”. In: Estudos e pareceres de Direito Privado – Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico – Existência, validade e eficácia. 3 ed.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BERTOLO, Rozangela Motiska. A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 10, jul. 1994, p. 28 – 38.
- BESSONE, Darcy. Do Contrato. 4 ed.^a ed. SP: Saraiva, 1997.
- BESSONE, Mário e ROPPO, Enzo. La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione), In: ALPA, Guido e BESSONE, Mário. Causa e consideration. Padova: Cedam, 1984.
- BETTI, Emilio. Istituzioni di Diritto Romano. Volume secondo, parte prima. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962.
- BETTI, Emilio. Negozio Giuridico. Novissimo Digesto Italiano, p. 209 e ss.

- BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo I. Madrid: Editorial de Derecho Privado.
- BETTI, Emílio. Teoria General de las Obligaciones – Tomo II. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 67.
- BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, v. 25, p. 21 - -30.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107 – 149.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 12, 2002, p. 169 – 225.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A intimidade e a vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.
- CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CALASSO, Francesco. Il negozio giuridico – lezioni di storia del Diritto italiano. 2. ed.^a ed. Milano: Giuffrè, 1967.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. O problema da causa no Código Civil brasileiro. São Paulo: Max Limonad, s/d.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 3 ed.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

- CARNEIRO, Levi. Prefácio do esboço. Estudo crítico biográfico. Rio de Janeiro: Ed. Ministério da Justiça, 1952.
- CARVALHO, Orlando. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p. 8 e ss.
- CHALHUB, Melhim Namem. Negócio fiduciário. São Paulo: Renovar, 2006.
- CIMBALI, Enrico. La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria. Archivio Giuridico, n. 33, fasc. I e II, 1884, p. 187-217, In: CIMBALI, Enrico. Opere complete, v. III. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1900.
- CLAVERO, Bartolomé. História, ciencia, politica del Derecho. Milão: Quaderni Fiorentini per la storia Del pensiero giuridico moderno, n. 08, 1979.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 30.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios. In: Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica. Curitiba: Ed. Juruá, 1988.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e Direito Processual Civil. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVIII, 1982.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. A natureza jurídica dos contratos cogentes e dos incentivos fiscais, RCCGERGS, Porto Alegre, 1972, p. 13 – 28.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação Como Processo. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. Miguel Reale, civilista, In: Direito, Política, Filosofia, Poesia. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1992.

- COUTO e SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 40.
- DE CUPIS, Adriano. Postilla sul problema del Negozio Giuridico. Rivista del diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni, Milano, n. 3-4, 1976, p. 85.
- DÉFOSSEZ, Michel. Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations. Revue Trimestrielle de Droit Civil, p.537, Paris: Sirey, 1985.
- DERIU, Luciano. Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, março 1964, v. 1, p. 421.
- DINIZ, Raymundo. Relatório Especial do Direito das Obrigações da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983.
- ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6 ed.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. A luta de Clovis Bevilacqua, em defesa do seu projeto, durante a elaboração do Código Civil brasileiro, e a tentativa de reforma deste último. Revista O Direito, v. XX, São Paulo: Freitas Bastos, 1943, p. 95 – 112.
- ESSER, Josef. Principio y norma em la elaboracion jurisprudencial de derecho privado. Barcelona: Bosch, 1961.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13 – 62.
- FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo, org. e Outros. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89 – 106.

- FERNANDES NETO, Guilherme. O Abuso de Direito no Projeto 634-B. Revista de Informação legislativa, Brasília, n. 106, 1990.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99 - -125.
- FERREIRA, Waldemar. História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro - — São Paulo: Freitas Bastos, 1951.
- FERREIRA, Waldemar. *O “trust” anglo-americano e o “fideicomiso” latino-americano*, Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 1956, v. II, p 182 e ss.
- FIUZA, Ricardo. O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, Teixeira de. Carta ao Ministro Martim Francisco Ribeiro de Andrada, de 20 de setembro de 1867. In: VALADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas. Jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n. 76, dez 1960, p. 348 e ss.
- FREITAS, Teixeira de. Carta ao Ministro Nabuco de Araújo de 10 de junho de 1854. In: MEIRA, Sílvio. Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império. Brasília: Cegraf, 1983, p. 92.
- FRISON-ROCHE, Marie-Ane. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement em droit des contrats. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1995, n. 03, p. 573 e ss.
- GABRIELLI, Enrico. Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Colletivi. Rivista del Diritto e Procedura Civile, outubro-dezembro de 1984, n. 4, p. 974.
- GALGANO, Francesco. Autonomia Privata, Creazione Del Diritto e Conceito di Política. Rivista di Diritto Civile, 1959, Padova: Cedam.

- GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. 2 ed.^a ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.
- GHESTIN, Jacques. L'utile et le Juste dans les Contrats. Archivs de Philosophie du Droit, Paris, 1981, tomo 26, p. 36.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOMES, Orlando. Código Civil. – Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GOMES, Orlando. Contratos. 18 ed.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GOMES, Orlando. Exposição de motivos. In: MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do anteprojeto de reforma do Código Civil. Revista Forense, v. 206, 1964.
- GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. 2 ed.^a ed. São Paulo: RT, 1980.
- GROSSI, Paolo. Pensiero Giuridico — Appunti per una «voce» enciclopedica. Separata da Revista Quaderni Fiorentini, n. 17, 1988.
- GROSSI, Paolo. Scienza giuridica italiana – Un profilo storico 1860 – 1950. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- GROSSI, Paulo. El punto y la línea. História del derecho y derecho positivo em la formación del jurista de nuestro tiempo. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, n. 06, 2000.

- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. Revue Trimestrielle de droit civil, n. 2, abril-junho de 1994, p. 275 e ss.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.
- HART, Herbert. O Conceito de Direito. 2 ed.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Código y complejidad. Disponível www.hespanha.net, acesso em 25.12.2003.
- HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Lisboa: Europa-América, 1997.
- HIRONAKA, Giselda M Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil, São Paulo, RT, v. 45, p. 141.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, v. 68, dez/2002.
- IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, n.02, marzo-aprile, p. 185 e ss.
- IRTI, Natalino. Introduzione allo studio del Diritto Privato. Padova: Casa Editrice Cedam, 1990.
- IRTI, Natalino. L'età della decodificazione – vent'anni dopo. 4 ed.^a ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999.
- IRTI, Natalino. Lecture bettiane sul negozio giuridico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

- JHERING, Rudolf von. A finalidade do Direito. Edição histórica. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- JHERING, Rudolf von. Do lucro nos contratos e da suposta necessidade do valor patrimonial das prestações obrigatórias. In: Questões e Estudos de Direito. Campinas: LZN Editora, 2003.
- JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge. Cláusulas Gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. 5ª ed. SP: Martins Fontes, 1996, Tradução do original *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Viena, 1960.
- KRAEMER, Eduardo. *Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 199 – 214.
- LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru'). Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha. 6 ed.^a ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar. 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza. Revista Direito do Consumidor, n. 35, p. 9 – 38.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionias e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- MACHADO, Sylvio Marcondes. Professor Waldemar Ferreira. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, volume LX, 1965, p. 47 – 67.

- MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator e da Comissão Especial Sobre o novo Código Civil no Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 1987.
- MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith e ORLANDINI, Lourenço Floriani. A Doutrina Italiana e a Socialização do Direito Civil: a Formação de uma Nova Mentalidade. Relatório de projeto de pesquisa apresentado na UFRGS, em junho de 2004
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A compreensão da história em Miguel Reale. In: Anais do Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, João Pessoa, 1990.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista de Informação legislativa, n. 112, p. 13 – 32.
- MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, novembro/2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Literária de Direito, agosto/setembro de 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (org.). Questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos. São Paulo: Método, 2005.

- MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 657, julho de 1990, p. 37 e ss.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista DireitoGV, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005, p. 41 – 67.
- MARTINS-COSTA, Judith. Zeca Pagodinho, a razão cínica e o Código Civil brasileiro. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 29.03.2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 16 ed.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MEIRA, Sílvio. Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império. Brasília: Cegraf, 1983.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A contribuição do antigo Direito português ao Código Civil brasileiro. In: CAETANO, Marcelo, MOREIRA ALVES, José Carlos, COUTO e SILVA, Clóvis do ; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Estudos de Direito Civil brasileiro e português (I Jornada luso-brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do Direito Civil Brasileiro: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.
- NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002.
- NEVES, Castanheira. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967.

- NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 304. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983.
- NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 359. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983.
- NOVAIS, Jorge Reis. - Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. - Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. A codificação de Teixeira de Freitas. Revista Forense, v. 76 e 77, 1939.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no Direito Civil brasileiro. Revista Forense, v. 281, p.107 – 132.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – III. 10 ed.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Projeto de Código de Obrigações. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965.
- PERLINGIERI, Pietro, tradução de Maria Cristina de Cicco. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. Revue Trimestrielle de droit civil, 1998, v. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado — v. I, IV e XXII. 4^a ed. São Paulo, Ed. RT, 1974.
- PORTO, Sérgio José. O projeto de Código Civil e o Direito das Coisas. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 794, dezembro de 2001.
- PORTUGAL, Código Civil – Assentos e diplomas complementares. 4 ed.^a ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1998.

- POTHIER, Robert Joseph. Tratado das Obrigações. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas dias Ferreira, Campinas: Servanda, 2001.
- PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAISER, Ludwig. Il compito del diritto Privato. Milano: Giuffrè Editore, 1990.
- RÁO, Vicente. Ato Jurídico. 2 ed.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REALE, Miguel e outros. Anteprojeto de Código Civil. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos, 1972.
- REALE, Miguel. A Doutrina de Kant no Brasil (notas à margem de um estudo de Clóvis Beviláqua). Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. XLII, 1947, p. 69.
- REALE, Miguel. A função social. Disponível em www.miguelreale.com.br, acessado em 22.01.2004.
- REALE, Miguel. Código Civil. Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, s/d.
- REALE, Miguel. Experiência e cultura. 2 ed.^a ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- REALE, Miguel. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Su8plemento, 14.09.1983.
- REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. 3 ed.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 174.
- REALE, Miguel. Hugo Grocio e sua posição na escola do Direito Natural. In: Horizontes do Direito e da História. 3 ed.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000

- REALE, Miguel. Invariantes axiológicas, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, 1992.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- REALE, Miguel. Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990.
- REALE, Miguel. O Direito Como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1968.
- REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. 2 ed.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. Paradigmas da Cultura Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. Questões de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REALE, Miguel. Verdade e conjetura. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.
- REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, v. 752, jun. 1998.
- REALE, Miguel. Teoria e Prática do Direito. São Paulo: Saraiva, 1984.
- RIEG, André. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle. Archives de Philosophie du droit, (le rôle de la volonté dans le droit), Paris: ed. Sirey, p. 125 e 126.
- RIPERT, Georges. A regra moral das obrigações civis. Campinas: Bookseller, Tradução da 3 edição francesa por Osório de Oliveira, 2002.
- ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. Revista de Informação Legislativa, n. 85, 1985.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*. V. 823, maio de 2004, p. 67 – 86.
- SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil - v. III e IV. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991 e 1993.
- SILVA, Clóvis do Couto e. Negócios Jurídicos e Negócios Jurídicos de Disposição. Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto, UFRGS, 1958, p. 29-39.
- TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2005.
- TAVARES, José de Farias. Projeto de Código Civil inviável. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 115.
- VALADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas. Jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n. 76, dez 1960.
- VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e Outros. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VEIGA, Didimo Agapito da. O amigo e Conselheiro dos Comerciantes. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1873.

VILEY, Michel. Prefácio. In: ARNAUD, André-Jean. Les origines doctrinales du Code Civil Français. Paris: L.G.D.J., 1969.

VILLANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2ª ed. SP: Saraiva, 1989.

WALD, Arnaldo. Estudos e Pareceres de Direito Comercial. (Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, 2000.

ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005.