Doutrina

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DIREITO DE EMPRESA

RACHEL SZTAJN

1. Introdução. 2. Função social. Considerações gerais. 3. Contrato e autonomia privada. 4. Contrato e direito constitucional econômico. 5. Função social do contrato. A opinião dos juristas. 6. Função social. Opinião de economista. 7. À guisa de conclusão.

1. Introdução

"Contratos" – diz Eve Truillé-Marengo¹ – são, ao lado da moeda, a outra força que impulsiona as economias; instrumento fundamental para dar segurança nas trocas econômicas e, no que tange ao comércio, indispensáveis. Vincenzo Roppo explica que: "L'area del contratto è, in parole più empiriche, l'area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): area strategica di ogni organizzazione sociale, e segnatamente nelle società evolute".²

Portanto, além de jurídico, o contrato é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar. Essa função não encontra paralelo em qualquer outro instituto jurídico, nem pode ser absorvida por qualquer deles. Seria possível, sem contratos, promover a regular e segura circulação de bens em uma dada sociedade? Sem contra-

tos, a liberdade para dispor, livremente, dos próprios interesses ficaria prejudicada.

Não estranha, pois, que os ordenamentos jurídicos contenham regras – o suporte normativo – imprescindíveis para que a troca econômica, em qualquer das suas modalidades – seja o do ut des, o do ut facias ou o facio ut des –, apareça; regras, essas, que servem à organização social quando bens são atribuídos a um sujeito.

Só isso bastaria para afirmar-se ter o instituto "contrato" relevante e insubstituível função social. Contudo, dada a norma predisposta no art. 421 do CC Brasileiro (Lei 10.406/2002) – cujo teor é: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" –, surge dúvida quanto ao sentido ou conteúdo da expressão "função social do contrato". Em que medida poderá servir como limitante da autonomia privada, já que a liberdade de contratar será parametrizada por tal função?

Se a lei não deve conter palavras inúteis, interessa desenhar como esse novel parâmetro, agora ligado à esfera das decisões individuais, aparecerá quando o contrato decorrer do exercício de atividades econômicas, precipuamente da empresa. É que, nesse campo, a previsibilidade e a se-

Eve Truillé-Marengo, "Towards a european law of contracts", European Law Journal 10-4/463-478.

^{2.} Vincenzo Roppo, "Il contratto", in *Trattato* di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), Milão, Giuffrè Editore, 2001, p. 3.

gurança dos efeitos das operações, que nem sempre são repetidas ou tendencialmente uniformes, são fatores que pesam na aferição do risco.

Mas, como no exercício da empresa a inovação na modelagem de contratos está associada às necessidades do tráfico mercantil, que, ademais, tem na especulação – compra-se determinado bem na crença de que ao revendê-lo se obterá preço maior –, estimulando-se, com isso, a alocação mais eficiente dos recursos escassos, não resta dúvida de que risco e incerteza estão intrinsecamente ligados ao exercício da empresa. De outro lado, a empresa é forma de organização destinada a reduzir custos de transação; portanto, também ela tem função social.

Segundo Ronald H. Coase, as empresas são feixes de contratos. Logo, a organização empresarial, ausentes os contratos, tampouco existiria. Dessa forma, ao prescrever a função social como limite para a liberdade de contratar, estará o legislador desdenhando o fato de que fazer a riqueza circular, de forma estável e previsível, pode ser causa de perda de bem-estar social? Ou que, se a limitação à liberdade de contratar impuser que se afastem as alocações de bens pelo critério paretiano, pode-se inclusive não atingir o modelo de distribuição de Kaldor-Hicks?

Será que a função social do contrato, como parâmetro para a liberdade de contratar, resultará em elevar custos de transação no exercício da empresa, por favorecer comportamentos oportunistas? A mera suspeita de que tal hipótese se concretize leva à formulação de complexas estratégias defensivas – com o quê, novamente o resultado será o aumento dos custos de transação, evidenciando-se que o legislador deixou escapar alguns fatores ou instituições sociais ao condicionar a liberdade de contratar à observância de uma função social.

Em resumo, escopo desta breve indagação é levantar as opiniões de pensadores sobre "função social", associá-las à empresa e a contratos celebrados no exercício da empresa e pensar que efeitos e em que direção – oportunismo, tomada de reféns, ou indiferentes – aparecerão. Trata-se de tentativa de encontrar inteligência prestável para a função social do contrato, que pode até ser considerada, afinal, figura de retórica, vazia de conteúdo, neutra no que concerne ao exercício da empresa, ou, inversamente, criação cujos efeitos perniciosos reduzem ou restringem o exercício da autonomia privada e, conseqüentemente, impactam negativamente a organização da empresa, com redução do bem-estar geral.

2. Função social. Considerações gerais

A idéia de "função" como "utilidade", "serventia", "valor", "proveito", implica seja tomado um conjunto de medidas cuja execução se destina a atingir um fim de interesse de alguém. "Função" é o papel de um elemento lingüístico na construção da frase; gramaticalmente, o papel que a palavra desempenha na frase em relação às demais; conceitualmente, indica a existência de uma relação biunívoca entre dois elementos — por exemplo, no caso presente, vinculação e liberdade.

Em Matemática se diz que uma variável é função de outra quando se associa a cada valor da segunda um e um só valor da primeira; ou seja, há uma associação entre duas variáveis, uma delas independente, enquanto a outra fica a esta vinculada.

"Social" é o concernente à sociedade, ao conjunto de cidadãos de um país, assim como é, também, o conveniente para a sociedade ou o que dela é próprio, que é público; ou, ainda, o que se refere ao bemestar das pessoas menos favorecidas em uma dada sociedade.

A associação dos termos "função" e "social", a função social, ao menos no campo das Ciências Sociais, em especial em Sociologia, é concepção que se à idéia de funcionalismo, de análise funcional; função social serve para dizer que se pretende explicar instituições sociais como formas coletivas de atender a necessidades biológi-

cas individuais: ou, mais recentemente, alterando-se o foco, indica o pensar a maneira pela qual as instituições sociais garantiriam a estabilidade social. Essa teoria é associada a Émile Durkheim, que analisou a forma pela qual a organização social se manifestava nos vários tipos de sociedade, sobretudo aquilo que distinguia as organizações tradicionais das modernas. Nas primeiras, dizia, a consciência coletiva subsume a individual, as normas sociais são fortes e o comportamento social é bem regrado. Já, nas sociedades modernas a complexidade geraria solidariedade, uma vez que os diversos e distintos atores sociais dependeriam uns dos outros para satisfazerem suas necessidades. Durkheim associava essa solidariedade a um dado sistema jurídico explicando que nas sociedades primitivas o sistema jurídico tendia a ser repressivo, enquanto nas sociedades em que a solidariedade é orgânica o sistema seria restitutivo, não visaria a punir, mas sim a disciplinar a atividade normal de uma sociedade complexa.

Para Niklas Luhman os sistemas sociais são meios de comunicação, de relação entre o individual e o social – relação, essa, que se dá por intermédio do sentido, do Sinn. Supondo o sistema como uma relação entre diferentes ambientes separados de um exterior caótico, entende que reduzem a complexidade, em especial na sociedade atual, que é mundial.

Alguns pensadores, críticos dessa visão, dizem que se poderia considerar a noção de "função social" limitando-a descrever as instituições em face dos efeitos constatados, sem aprofundar as causas. Outros consideram que as explicações funcionalistas são condicionadas pela história das ações humanas e suas conseqüências.

Nota-se que no plano sociológico não há consenso quanto ao sentido próprio da expressão "função social"; apenas indícios de que se visa a desenhar fatos, modelos, características do ambiente social subjacentes a determinadas instituições.

Talvez a expressão mais forte do funcionalismo, ao menos no plano político, tenha aparecido na Rússia-czarista quando os artistas, a *intelligentsia*, buscando apoio nos estratos mais baixos da sociedade da época, propunham uma utilidade social para a arte que serviria de eixo de desenvolvimento social.

31

Não se pretende, aqui, descartar a importâncias das discussões filosófico-sócio-antropológicas que estejam subjacentes e representem valores ou instituições sociais. Mas, quando o legislador, em norma de direito positivo, emprega a expressão "função social", os fundamentos acima não bastam – até porque variam – para que se definam o alcance e o objetivo na indução ou na criação de incentivos para que agentes econômicos racionais atuem de modo a satisfazer interesses alheios aos seus. A noção de "função social" no plano jurídico não pode ser a mesma que se lhe dá nos planos filosófico ou sociológico.

Será que um código de direito privado - mesmo que seja visto como a constituição do homem comum, na dicção de Miguel Reale - deve conter dispositivos que induzam as pessoas a agirem tendo em vista interesses de terceiros, a distribuir benesses ou agir de conformidade com interesses do Poder Público? Esse o sentido que se dava à expressão "função social" no ordenamento italiano à época do fascismo. Prever função social para a empresa, assim como para a propriedade, nada mais era que meio para facilitar a intervenção ou controle do Estado sobre a atividade econômica ou a propriedade fundiária, de vez que a titularidade sobre esses bens era reconhecida na medida em que satisfizessem o interesse nacional. Contudo, os italianos, assim como os alemães, não se atreveram a impor função social aos contratos! Foram contidos por algum sentido de prudência.

Retrospecto histórico permite constatar que recorrer à "função social" é característica de regimes não-democráticos, fazendo com que os interesses nacionais (do governo) se sobrepusessem aos individuais. Outro argumento recorrente para justificar a função social é a perseguição de equilíbrio entre classes sociais, entre o dito poder econômico e os trabalhadores, por exemplo, ou entre aquele e os menos favorecidos. Há ainda quem considere a função social como instrumento para promover a solidariedade entre membros da comunidade, visando ao maior bem-estar geral.

Associada à liberdade de contratar, a função social poderia ser entendida como exigência para que os contratos, a par de harmonizarem os interesses das partes, perseguissem interesses externos, numa espécie de distribuição de benefícios sem os correspectivos riscos.

O legislador de 2002 tenta compatibilizar, nas ações individuais, interesses coletivos – o que, no limite, implica desenhar novo modelo de responsabilidade individual, em que será dever de cada um cuidar para que suas ações gerem efeitos favoráveis a terceiros. Abandonou-se o princípio de que o contrato produz efeitos entre contratantes, facilitando-se o controle social externo sobre os negócios entre particulares.

Não se trata da questão estudada pelos economistas e relacionada à produção de externalidades, isto é, efeitos que afetam terceiros estranhos à relação, derivados de ações ou contratos. Quando se trata de externalidades negativas, mister sejam internalizadas, isto é, os efeitos negativos externos devem ser suportados (impedidos ou indenizados) por quem lhes dê causa. As positivas, que trazem benefícios aos terceiros, de seu lado, não geram direito a qualquer pretensão dos produtores em face de quaisquer terceiros que delas aufiram benefícios.

Atenção a esse tipo de discussão serve para compreender que, se fora esse o caso, o comando legal referente à função social seria desnecessário, pois outras formas de defesa existem para vincular as externalidades negativas aos seus causadores, exigindo que suportem os custos produzidos. Quanto aos beneficiários de externa-

lidades positivas, ficam isentos de pretensão por parte de quem as tenha produzido.

3. Contrato e autonomia privada

Comum aos ensinamentos de Vincenzo Roppo, Eve Truillé-Marengo, Iudica e Zatti,3 quanto ao contrato, é sua indispensabilidade para o exercício da atividade econômica. Iudica e Zatti destacam, também, o fato de o pacto preceder à moderna distinção entre esfera pessoal e econômica, que o transforma no instrumento das relações de troca e que, em processo de adaptação às necessidades humanas, facilita a organização do mercado de bens. A ligação entre contrato e mercados é direta: sem contratos não há mercados, estes construto jurídico em que as relações entre agentes são uniformes e despersonalizadas. Liberdade de mercado e liberdade de contratar são as duas faces da moeda. Contratos-dizse - são a mais bem-arrematada expressão da liberdade individual, representando a faculdade que cada um tem para, voluntariamente, se vincular.

No que tange à função dos contratos, Iudica e Zatti explicam que são o instrumento mediante o qual se perfaz a autoregulação de interesses patrimoniais, e que a fórmula pela qual essa função é desempenhada depende da variedade de emprego dos instrumentos negociais, de como se organiza a produção de bens, da forma pela qual circulam, de como são formatadas as relações empresariais, de trabalho, de fornecimento ou de consumo, por exemplo.⁴

Consideram que a função do contrato, no plano do Direito, se extrai de duas normas: as dos arts. 1.321 e 1.272 do *codice*

^{3.} Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Linguaggio e Regole del Diritto Privato, Pádua, CEDAM, 2002 – os quais afirmam que: "Il contratto, prima che un concetto giuridico, è un'antica esperienza umana ed uno strumento ineliminabile dell'attività economica" (p. 267).

^{4.} Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Linguaggio e Regole del Diritto Privato, cit. p. 269.

civile: a primeira definidora do contrato cuja função é criar, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais; e a outra que atribui ao contrato força vinculativa (força de lei) entre partes contratantes; daí dizer-se que liberdade de contratar é ato de autonomia, faculdade que o ordenamento dá aos particulares para dar-se regras, dispor sobre seus interesses.

Para Roppo, a redação do art. 1.321 do codice civile destaca o "acordo" como o elemento mais característico do contrato, elemento que precisa ser associado aos demais presentes na definição - o que passa pelo escopo, intencionalidade, vontade. "Acordo" é vontade comum das partes, diz o autor, para quem o princípio do acordo exprime dois valores primários. Inicialmente indica a existência de uma esfera de liberdade dos particulares diante do Poder Público e da lei, o segundo valor do acordo especifica o primeiro, pois que o princípio do acordo protege a autonomia e a liberdade dos sujeitos contra ataques provindos de outros sujeitos.6

Referindo-se a "promessas", Roppo explica serem atos voluntários pelos quais o autor assume uma obrigação em face do sujeito ao qual são endereçadas. Dois são os tipos de promessas: as unilaterais e as contratuais – sendo estas a maioria, explica. As unilaterais, porque excepcionam a regra geral, sendo, via de regra, taxativamente previstas no ordenamento, até como forma de tutela do promitente, mas sobretudo, entende Roppo, para "salvaguardare l'applicazione della disciplina del contratto, come disciplina equa e razionale delle operazioni economiche e delle corrispondente relazioni fra i protagonisti di queste".7

Em suma, trata-se de determinar os limites de exercício da autonomia privada

5. Idem, ibidem.

admitidos pelo sistema jurídico. Para Luca Nivarra, Vincenzo Ricciuto e Claudio Scognamiglio, "autonomia privada" compreende uma série de prerrogativas conferidas aos particulares; Roppo a vê, a autonomia, como o poder de dar-se regras; e Iudica e Zatti, no ser "senhor", ter poder sobre os próprios interesses, dentro dos limites fixados em lei.

33

Para Iudica e Zatti o princípio da autonomia implica que, se cada um tem poder para decidir sobre seus interesses, ninguém pode dispor dos interesses de outra pessoa; há na noção um aspecto negativo, que é a defesa individual quanto a imposições de terceiros, que é visão especular (empregado o termo no sentido de espelhar) do disposto no art. 1.372 do *codice civile*, aquele que limita os efeitos do contrato às partes. ¹⁰

No que concerne à liberdade de contratar, Roppo aponta tendência na evolução do direito dos contratos que se manifesta nas restrições à liberdade de contratar, que, segundo o autor, espelham a passagem do Estado Liberal para o Social. Naquele, o princípio da plena liberdade econômica tinha como corolário o princípio da liberdade contratual; neste, a idéia é que o Poder Público atue para assegurar aos cidadãos liberdade e igualdade, tanto formal quanto material, no contratar, do que resulta aumento de normas especiais, dirigidas para setores do mercado e das relações econômico-sociais que se caracterizam

9. Vincenzo Roppo, "Il contratto", cit., in Trattato di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), p. 24.

10. ludica e Zatti, Linguaggio e Regole del Diritto Privato, cit. p. 275.

^{6.} Vincenzo Roppo, "Il contratto", cit., in Trattato di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), pp. 23-25.

^{7.} Idem, pp. 30-31.

^{8.} Luca Nivarra, Vincenzo Ricciuto e Claudio Sconamiglio, *Istituzioni di Diritto Privato*, Turim, G. Giapichelli Editore, 2004, p.140: "L'autonomia privata si estrinseca in una serie di *prerrogative* (libertà di concludere o non concludere il contratto, libertà di determinare il contenuto del contratto, libertà di contrarre, di stipulare contratti atipici) ciascuna delle quali va incontro a taluni *limiti*, funzionali alla tutela di interessi superiori e che rappresentano la cornice all'interno della quale essa può effettivamente esplicarsi" (grifos do orginal).

por serem essencialmente restritivas da liberdade contratual. Neste contexto ganha relevância a inclusão das pessoas em determinadas categorias ou classes sócio-econômicas, como é o caso, por exemplo, dos consumidores.¹¹

Também caberia aqui a questão de preservação do meio ambiente e o exercício da empresa, que pode estar subjacente à noção de "função social da empresa", mas que melhor enquadramento receberia se concebida como forma de "responsabilidade social".

Analisando o art. 1.321 do codice civile, Roppo afirma que, embora o acordo seja o primeiro dos elementos constitutivos do contrato, ele exprime dois valores primários: reconhece uma esfera de liberdade dos sujeitos perante o Poder Público e a lei, pelo quê as posições jurídicas patrimoniais das pessoas dependem da sua escolha voluntária e livre, e não de fatores externos que se sobreponham à sua liberdade e vontade - ou seja, representa expressão de autonomia, poder de dar-se regras. 12 Oue esse princípio pode ser um limite, porque a liberdade de conformar, como quiser, sua esfera jurídica tem limite no fato de não o poder fazer sem a concordância do outro sujeito, a outra parte contratante. Isso garante que ninguém terá a própria esfera jurídica invadida sem sua concordância ou consentimento - este o segundo valor do acordo, que é especificação do primeiro: é o princípio que protege a autonomia e a liberdade dos sujeitos contra ataques provindos de outros, ou contra a intromissão de estranhos em sua esfera jurídica.¹³

Ouanto aos efeitos do contrato, comentando a regra de que este não produz efeitos em relação a terceiros, Roppo entende que a noção decorre da projeção do princípio do acordo, que, de sua parte, deriva do valor da autonomia. 14 A vinculação entre partes não pode ser estendida a terceiros estranhos ao negócio, que, entretanto, podem ser alcançados por efeitos fáticos os quais, por vezes, são relevantes. Exemplo de efeito prejudicial, danoso, que oferece é o de uma sociedade que adote política de vendas agressiva tendo como efeito a redução de vendas e, por via de consequência, dos lucros de seus concorrentes, sem que isso viole o princípio da relatividade dos contratos.

Referindo-se à tutela da confiança, Roppo dá às relações econômicas maior expressão no quadro da disciplina dos contratos que adotam a teoria da declaração, abandonando a da vontade, a qual, por força da concepção subjetiva, gerava incertezas que inibiam iniciativas econômicas em razão da insegurança sobre a validade e eficácia dos contratos. ¹⁵ Não quer dizer que a vontade não interesse embora fique em segundo plano porque, a objetivação das relações contratuais pela teoria da declaração, realça a projeção social externa, a forma pela qual a vontade é percebida pela parte dela destinatária em relação à interna.

As pessoas contratam se e quando o desejarem fazer, exercendo sua autonomia;

^{11.} Vincenzo Roppo, "Il contratto", cit., in Trattato di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), pp. 46-48.

^{12.} Vincenzo Roppo, "Il contratto", cit., in Trattato di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), pp. 23-24: "Il principio dell'accordo esprime due valori primary. In primo luogo, indica l'esistenza di una sfere di libertà dei soggetti di fronte al Potere Pubblico e alla legge: significa che c'è un ambitto entro cui la sorte delle posizioni giuridiche patrimoniali dei soggetti dipende dale scelte volontarie e libere degli stessei soggetti interessati, e non da fattori esterni che si sovrappongano alla loro volontà e libertá".

^{13.} Idem, p. 24: "Il secondo valore dell'accordo è una specificazione del primo: il principio dell'accordo protege l'autonomia e la libertà dei soggetti contro gli attacchi proveniente da altri soggetti; ovvero contro le intrusioni di estranei nella loro sfere giuridica".

^{14. &}quot;Autonomia" (auto + nomos), expressão da liberdade individual, é a possibilidade de dar-se regras.

^{15.} Vincenzo Roppo, "Il contratto", cit., in Trattato di Diritto Privato (a Cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti), p. 30.

dizer "autonomia contratual" equivale a dizer "exercer liberdade contratual". Elemento positivo da autonomia privada – e este é o que ora interessa – é a liberdade de contratar, que se manifesta nas liberdades para contratar, ou não, para dispor sobre o conteúdo do contrato e, finalmente, para celebrar contratos atípicos. A faculdade ou poder de livre vinculação entre pessoas e a legitimidade de circulação de bens na economia formam a base do direito dos contratos, e por isso sua importância quando se agrega à liberdade de contratar outro fator de validade: a função social.

Para Guido Alpa16 a evolução da elaboração teórica da disciplina normativa dos contratos e da sua prática não aparece apenas na criação de novos modelos relacionados à circulação de bens, à prestação de servicos ou a propostas de investimentos. nem mesmo nas novas técnicas de formação dos contratos; mas se manifesta, sobretudo, na uniformidade, nas tendências comuns, que se explicam pela organização e funcionamento de mercados, em particular em face do processo de globalização da economia. Essa tendência assemelha-se, parece-me, ao processo que deu origem ao direito comercial, no que diz respeito à uniformidade de regras para dar maior segurança aos mercadores.

16. Guido Alpa, "Lineamenti di diritto contratuale", in Diritto Privato Comparato - Istituti e Problemi, Editori Laterza, 2004, p. 147: "Per contro, in materia di contratti, ciò che connota l'evoluzione dell'elaborazione teorica, della disciplina normativa e delle prasso non è solo la creazione di nuove figure contrattuali relative alla circolazione di beni, all'offerta di servizi, alla proposta di investimenti, e neppure soltanto la regolamentazione di nuove tecniche di contratto negoziale e di formazione del contratto, con riguardo specialmente all'impiego di mass media, di visite domiciliari, di tecnologie informatiche e telematiche. Ciò che più stupisce è la sostanziale uniformità dei trends evolutive nelle esperienze straniere di maggior riferimento, nei progetti di codificazione uniforme e nelle regole del commercio internazionale: una uniformità che si risolve nel ripensamento della stessa categoria logica e pratica di 'contratto', e nel dissolvimento del modello tradizonale di contratto".

Em relação ao modelo italiano (e, creio, este é o que interessa, dada a similitude – embora não identidade – das normas), Alpa¹⁷ explica que a doutrina peninsular partia da disciplina geral (arts. 1.321-1.469) do *codice civile*, afirmando que as regras especiais seriam aplicáveis apenas de forma supletiva ou residual. Recentemente – diz o doutrinador –, o raciocínio foi invertido: aplicam-se primeiro as normas especiais aos contratos especiais, e apenas no caso de lacunas se recorre às regras gerais, o que, salvo quanto aos contratos atípicos, parece-me, afasta a subsunção a modelos adrede predispostos.

35

Sobre o Direito Inglês, Alpa explica que a noção de "contrato" corresponde, de forma marginal, à do direito continental europeu, como o acordo que cria direitos e obrigações para as partes, sendo a declaração instrumento de autonomia. 18 Mas, dada a pluralidade de posições doutrinárias, atendo-se a Treitel, o qual diz que, no sistema inglês, o contrato é "agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law", com o quê fica mais fácil estremar o contrato de outros institutos que produzem efeitos similares naquele sistema. 19 De se reconhecer, porém, que outros autores, ingleses e norte-americanos, assentam a definição de "contrato" nas promessas, havendo quem entenda que o cerne do contrato é a bargain, a negociação, a troca, a operação econômica subjacente à roupagem jurídica.

Quanto à função de um direito dos contratos e da promessa, pode-se considerar que o contrato resulta de uma troca de promessas que criam direitos e obrigações, e, portanto – diz Alpa –, a função imediata do direito dos contratos no sistema da common law é dar legitimidade às expec-

^{17.} Guido Alpa, "Lineamenti di diritto contratuale", cit., in *Diritto Privato Comparato – Istituti e Problemi*, pp. 162 e ss.

^{18.} Idem, p. 171.

^{19.} Guido Alpa, "Lineamenti di diritto contratuale", cit., in *Diritto Privato Comparato – Istituti e Problemi*, p. 173.

tativas das partes geradas pelas promessas.²⁰

Em seguida, o autor avança no que diz respeito a princípios gerais para discutirlhes a noção, função e efeitos quando aplicados aos contratos; Alpa se refere especialmente aos arts. 1.321,1.322, 1.372, 1 e
2, 1.366 e 1.375 do codice civile – no que
não se distancia de Roppo e Iudica e Zatti. O
primeiro define o instituto jurídico "contrato", o segundo permite contratos atípicos,
o seguinte dispõe sobre a eficácia do contrato, o último sobre a boa-fé na sua execução, enquanto o art. 1.366 determina que a
interpretação do negócio atenda ao requisito da boa-fé.

Tomando o contrato como operação econômica, há, para Alpa, valor comum, que é o consenso, a vontade de contratar, a liberdade para contratar, a que se soma a exigência de preservar a operação econômica. Mesmo quando se ressalta o valor da pessoa incidindo na apreciação da validade do contrato, o reconhecimento dos possíveis objetos ou conteúdo do contrato revela valores e limites de cada ordenamento.²¹

Parece claro que, nada obstante peculiaridades de cada ordenamento jurídico, a tendência uniformizadora em matéria de contratos vem ligada às necessidades do tráfico econômico, e é esse substrato econômico que Guido Alpa designa "il tessuto connettivo di questi processi; è la concezione del contratto come 'veste giuridica' dell'operazione economica quella che accomuna i testi predisposti per il raggiungimento di una lengua comune, una autentica koiné terminologica, concetuale e normativa". 22

Em face de um quadro que extrapola os limites das fronteiras do Estado Nacional, da tendência à uniformização das estruturas e normas disciplinadoras de operações negociais, a função social do contrato padece de todas as dificuldades de se lidar com um conceito vago, ambíguo, que dá margem a variadas e nem sempre homogêneas interpretações e que, em certa medida, constitui entrave à liberdade econômica das pessoas.

Que o contrato tem função social, e que ela é importante para a coordenação de interesses, aparece no fato de ser a roupagem jurídica de uma operação econômica livremente acordada entre pessoas. Sem tutelar a confiança entre agentes, sem estimular a boa-fé, o que se faz mediante a imputação de responsabilidade a quem atue de forma desviante do padrão ético escolhido pela comunidade, perde-se eficiência e bem-estar.

Cabe aqui o problema da relação das normas sociais, do reconhecimento de sua importância, na harmonização das relações humanas em cada comunidade. Convenções sociais são produto de necessidades sociais, das quais a coordenação entre pessoas é apenas uma; outra é o interesse em criar práticas socialmente desejáveis ou penalizar as indesejáveis, explicando-se seu surgimento para a resolução de problemas complexos envolvendo relevantes interesses sociais. Há quem as considere normas primárias, sendo as dotadas de força obrigatória, com a previsão de sanções aplicáveis por autoridade reconhecida, normas jurídicas.

Que problema de coordenação, insolúvel mediante convenção social, explica, justifica, o legislador brasileiro de 2002 a positivar um conceito impreciso? Possível intenção de conformar as relações privadas de forma a garantir que as ações, individuais ou coletivas, sejam balizadas por interesses de governo, o denominado "interesse nacional"?

Fato é que as regras convencionais são, na maioria, arbitrárias, em geral há alternativa(s) para atingir o mesmo resultado ou efeito mediante outra convenção. Portanto, trata-se, no caso, de opção de política

^{20.} Idem, p. 183.

^{21.} Guido Alpa, "Lineamenti di diritto contratuale", cit., in *Diritto Privato Comparato – Istituti e Problemi*, p. 150.

^{22.} Idem, p. 151.

37

legislativa, uma vez que, por serem arbitrárias, as normas convencionais, quando não seguidas, não respeitadas, tendem a desaparecer. Quando se limita a autonomia privada, no que parece um viés intervencionista ou controlador do legislador, será que as instituições sociais estão adequadamente refletidas na norma, ou esta será mais uma daquelas regras que "não pegam", não são respeitadas? Que interesses socialmente relevantes estão contemplados nessa formulação? Que instituições sociais consolidadas dependem da função social (no sentido de mecanismo de intervenção) do contrato para balizar interesses individuais?

Quando se modifica norma vigente que atende aos interesses das pessoas mediante outra que não é a que a maioria deseja, a escolha do legislador estará socialmente legitimada? Há razões para valorizar as normas jurídicas, normas de direito positivo, dentre as quais ressalta-se resolver conflitos sociais, criar bens públicos (o Direito é um bem público), equacionar problemas de ação coletiva, entre outros.

Talvez o legislador brasileiro, em 2002, não tenha dado atenção maior ao fato de que a mudança de paradigma do individualismo para a socialidade não era prioridade para a sociedade, que a globalização era fato absorvido pela sociedade brasileira, que muitas normas constitucionais haviam, já, alterado a aplicação de dispositivos do Código Civil de 1916, de forma a privilegiar certos comportamentos e tutelar os mais vulneráveis na sociedade, atendendo, com isso, a eventuais reclamos sociais.

Contudo, por conta de uma função social da propriedade (basicamente, da propriedade fundiária) prevista na Constituição do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002 reproduz texto ideado na Itália, à época do fascismo, e que visava a direcionar a liberdade de contratar, uma das liberdades individuais, para que o Estado interviesse nas relações patrimoniais intersubjetivas de forma a estimular (ou impor) a realização de seus interesses.

Um dos argumentos para justificar a regra do art. 421 do CC de 2002 baseia-se no princípio da socialidade, segundo o qual a ênfase da disciplina jurídica recai sobre o social, deixando o individual em segundo plano, abandonando o personalismo que caracterizara o Código Civil de 1916. Porém, sendo o sistema jurídico do tipo aberto, influi sobre e é influenciado pela sociedade sobre a qual incide; se o princípio da socialidade existir, reconhecido e prezado pela comunidade, não se faz mister norma de direito positivo. A norma positivada serve - entende Ronald H. Coase - quando inexistem normas sociais e o custo imposto para harmonizar interesses conflitantes é elevado. Se a pretensão do legislador de 2002 se destina a alterar paradigmas sociais, avaliar o custo imposto às pessoas é relevante

Mais ainda, a dinâmica do mundo globalizado, a par de induzir a uma uniformização dos modelos negociais, é também profícua na criação de novos esquemas ou estruturas, seja mediante a inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos, seja mediante a combinação de tipos, seja na produção de novos tipos socialmente desejáveis. Importa é que com isso se atenda a necessidades do tráfico. Ora, no que diz respeito à teoria dos contratos - afirma Alpa -, a doutrina abalizada vai no sentido de que a aplicação das regras especiais precede a das gerais quando disciplinam o modelo ou tipo negocial. Resultado é que a função social do contrato atingiria diretamente as inovações e os negócios indiretos em que se parte de um modelo típico visando a resultado diferente, mas que interessa às partes.

Assim, a função social, balizadora da autonomia privada, não incidirá sobre os contratos típicos, mas atingirá diretamente os atípicos. Ora, se o negócio é atípico, novo, como avaliar a medida de sua função na e para a sociedade? A busca de soluções inovadoras, talvez até mais eficientes que as conhecidas, poderá ser tolhida.

No que diz respeito ao exercício de atividades econômicas, parece-me pouco convincente o argumento invocado, a socialidade ao invés do individualismo. para justificar a função social do contrato: embora o contrato seja produto da liberdade individual, da autonomia dos agentes, escapar da dinâmica econômica numa dada sociedade, para estimular as manifestações de autonomia coletiva, pode desestimular agentes a investir e especular, temerosos de serem acoimados de anti-sociais. Se há contratos que operam em dimensão coletiva e despersonalizada, sobretudo como forma de reação ao poder contratual de uma das partes, as regras especiais destinam-se a reforçar a posição daquela vulnerável²³ ou débil em face da outra, nunca a coibir operações negociais. De reconhecer, porém, que nem todos os contratos devem satisfazer essa autonomia coletiva; que alguns, destinados a reger interesses individuais, devem ficar contidos nessa esfera, desde que não produzam externalidades negativas.

"Contratos" – e não há divergência entre os estudiosos –, antes de instituto jurídico, são instituição social que se destina a resolver problemas de coordenação na circulação de bens e na distribuição de riscos entre contratantes. A percepção vai ainda no sentido de que, sem contratos, a alocação eficiente dos recursos econômicos escassos encontraria dificuldades, os custos de transação aumentariam, e talvez os mercados concorrenciais não produzissem os desejados excedentes de consumo, isto é, bem-estar social.

Retomando o discurso de Guido Alpa, reproduzido de forma sumária atrás, entende-se que a disciplina jurídica do contrato deve tutelar uma forma de liberdade individual, a econômica, o poder de dispor sobre os próprios interesses para satisfazer necessidades pessoais. A economicidade do negócio "contrato" estrutura sua utilidade

23. Guido Alpa, "Lineamenti di diritto contratuale", cit., in *Diritto Privato Comparato – Istituti* e *Problemi*, p. 45.

social e preenche sua função nas sociedades modernas. Liberdade de contratar, com todos os seus consectários, pode bem ser considerada instrumento de valorização da pessoa, por lhe permitir alcançar objetivos econômicos e sociais, de forma livre.

Limites para a liberdade de contratar existem e aparecem na medida das necessidades de promover a convivência entre agentes em sociedade. A ilicitude do contrato, quando invocável, funda-se no fato de que as partes perseguem objetivos contrários aos valores essenciais do ordenamento – valores, esses, determinados pelos princípios, pelas normas imperativas ou cogentes, pela ordem pública e também por valores sociais que se ajustam aos anseios da comunidade a cada momento.

A nulidade ou anulabilidade de contratos celebrados para prejudicar terceiros deriva de violação de outros princípios, como a ordem pública ou bons costumes; a inobservância do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos nada tem que ver com a ilicitude dos fins visados.

4. Contrato e direito constitucional econômico

A produção e circulação da riqueza são um dos eixos da disciplina constitucional econômica conformados pelos bons costumes e o respeito à dignidade da pessoa humana, tanto que não apenas no art. 1º, IV, toma-se a livre iniciativa como fundamento, e no art. 170, Título VII, da Lei Fundamental a livre iniciativa está no *caput*, antecedendo o respeito à dignidade das pessoas e a justiça social.

A opção política dos constituintes em 1988 pelo modelo capitalista de organização do sistema econômico é clara, sendo este o parâmetro primeiro a ser observado pelo legislador infraconstitucional para legitimar as normas de direito positivo.

Lembrando ensinamento de Kelsen – para quem o sistema de direito positivo é erigido a partir de uma norma fundamen-

tal, embora esta não deva ser, necessariamente, a Constituição nacional; deve ser, ao revés, a norma que legitima o poder, a que impõe a obediência ao sistema – ou, ainda, a posição de H. Hart – que vê na aceitação da regra por convenção social a fonte de força ao comando, ao dever que a norma impõe –, permite-se entrever, nas duas posições, suporte para o argumento que aqui se desenvolve – a importância das normas, ainda quando não positivadas, que estimulam comportamentos ou práticas sociais respeitadas, fruto de decisões que visam à cooperação entre as pessoas.

Sendo a aceitação pela comunidade o que dá força a um dado comando normativo, porque solve um problema de coordenação de interesses, crê-se que, recorrendo à terminologia contida no ensinamento de Ronald Coase, a escolha recairá sobre a norma mais eficiente, a que produz menores custos de transação; assim não fora, e sua aceitação seria rapidamente questionada, e outra alternativa buscada, porque, sabe-se, em geral os problemas de coordenação podem ser equacionados mediante outras opções socialmente viáveis.

Contudo, se coordenar interesses é problema relativamente fácil quando se trata de grupos pequenos, porque o acordo interno é mais simples, quando se está diante de interesses de grupos grandes e dispersos a solução tende a aparecer em torno de uma convenção social, uma alternativa que permite desenhar um acordo necessário para solver recorrentes problemas de coordenação. Nesses casos, de grupos grandes e dispersos, as consultas individuais são difíceis até para indicar a direção de algum consenso majoritário. A opção do legislador, ainda que objeto de aprovação congressual e posterior sanção, nem sempre basta para legitimar uma norma jurídica, particularmente quando seja pouco aderente às instituições sociais existentes à época.

Assim é que o regime capitalista, de mercado, mesmo com as restrições – dignidade da pessoa humana e justiça social –,

não implica abandono da livre iniciativa no plano econômico, da assunção de riscos e da apropriação privada dos benefícios produzidos.

O funcionamento dos mercados requer regras que estimulem a disputa (concorrência), ao mesmo tempo em que se precisa de segurança e previsibilidade para tomar decisões cujos efeitos se manifestam no médio ou longo prazo. Dizer "liberdade de iniciativa" significa que deve existir a possibilidade para entrar, permanecer ou sair do mercado, de participar da disputa se e quando interessar. Para isso, a segurança e a certeza de que compromissos serão honrados; entrar e sair é simples, mas permanecer no mercado fica difícil. Uma questão tem que ver com o retorno de investimentos, que se esgarça quando o risco aumenta; outra tem que ver com a estabilidade da oferta sem o que o consumidor possa ser prejudicado.

A função social do contrato tem de conviver com a dinâmica dos mercados; objetivo das normas de direito positivo, e também das sociais, seria diminuir riscos e estimular o cumprimento das promessas como forma de facilitar a continuidade da atividade econômica. Por isso é que se pensa em regramento flexível, que estimule a confiança na acordada distribuição dos riscos inerentes às operações de longo prazo e de execução continuada que aparecem no lado da oferta, sem o quê a probabilidade de elevação dos custos de transação e, no limite, de desestímulo a operações é não-desprezível.

A plasticidade do sistema de normas implica serem poucas as imperativas em relação com as facultativas ou supletivas, com o quê se facilitam releituras e acomodações entre agentes desde que haja entre eles confiança, que se contrói ao longo do tempo. Não basta boa-fé: é preciso mais, é preciso que o diálogo seja permanente, em ambiente de respeito às idiossincrasias de certos investimentos.

Nos contratos de longo prazo, de execução continuada ou diferida, outro proble-

ma se apresenta, e tem que ver com a análise, por terceiro estranho à operação, do contrato. É que a assimetria de informações existente na maior parte dos casos, quando de eventual revisão do conteúdo contratual por terceiro, mesmo que, no mais das vezes, feita em via judicial, tende a produzir efeitos de segunda ordem que vão além dos limites do caso concreto. E. pior, muitas vezes a intervenção judicial acaba por facilitar ou favorecer comportamentos oportunistas. Exemplo é a discussão dos contratos de leasing, nos quais a correção por variação cambial foi questionada em face da mudança abrupta, mas não inesperada, da paridade da moeda nacional em relação ao Dólar norte-americano, no início de 1999.

Sem atentar para o fato de que o risco de eventual variação extraordinária do câmbio fora aceito pelos consumidores em troca de uma taxa de juros menor que as praticadas no mercado quando os contratos era ajustados em moeda corrente, as decisões judiciais favoráveis aos demandantes consumidores foram causa do desaparecimento do *leasing* no país, com o quê, no médio prazo, a sociedade perdeu bem-estar.

Outros exemplos de decisões judiciais há que revelam efeitos de segunda ordem que se abatem sobre certos mercados, sem que o Judiciário se dê conta do fato. Um dos mais recentes, provocado pelo art. 421 do CC, prende-se a contratos de venda de soja por agricultores à indústria. A variação para mais no preço da soja e derivados, que não foi dividida com os produtores, e a invocação da "função social do contrato" deram causa a sentenças que resolveram operações contratadas antes do evento variação de preço. E, como efeito de segunda ordem, o fato de que a quebra da relação de confiança entre produtores e indústria fez cessar práticas como a antecipação, por conta do preço a ser pago ao final, de fornecimento pela indústria, aos agricultores, de sementes, adubo, defensivos ou outros insumos. Resultado foi o endividamento frente ao sistema financeiro, com o quê o risco, que antes era dividido entre industrial e produtor, recaiu inteiramente sobre o último.

O legislador não pretendia tal efeito. Mas, como não há normas que possam afastar a incidência desse art. 421 das operações interempresariais, assumiu o risco dos efeitos de uma regra mal-projetada e pior aplicada.

Pensando uma linguagem comum que facilite operações celebradas por agentes suieitos a diferentes ordenamentos nacionais, a discussão da teoria dos contratos, dada a tendência de uniformização de modelos – até porque o contrato é a roupagem de uma operação econômica -, a norma que limita o exercício da autonomia privada, exigindo a observância de uma função social desconhecida em outros ordenamentos. parece ser a "jabuticaba" do sistema, aquela fruta que existe no Brasil, que é exótica, mas sem a qual as pessoas vivem bem. Há que coordenar, na redação da norma, interesses da população ou grupo sobre o qual incide, mas também as relações externas das pessoas que integram o grupo e das que não o integram.

A livre iniciativa, faculdade para entrar, permanecer ou sair de mercados, para organizar a empresa, que, segundo Ronald Coase, é um feixe de contratos que, ao organizarem a atividade econômica, reduzem custos de transação, bastaria para explicar uma função social do instituto "contrato", sem que a liberdade de contratar fosse atrofiada pelo vezo controlador de terceiros. A organização e o exercício da empresa situam o contrato como um daqueles institutos que têm inerente função social.

Em face da discussão acima, será que caberia ao legislador de 2002, dentro dos limites de sua competência, pensar uma nova dimensão à função social do contrato além daquela que as comunidades a ele reservaram, servir de roupagem para operações econômicas, garantir que o espírito

inovador encontre espaço para se manifestar no dispor e disciplinar os próprios interesses, coordenar suas ações, criar bens e serviços para oferecer em mercados? O Direito deve oferecer instrumentos que favoreçam a previsibilidade dos efeitos das decisões das pessoas, gerem segurança de que as "promessas" serão cumpridas voluntariamente e, se não no forem, que instrumentos legais imporão o adimplemento, pois a segurança de cumprimento das promessas é que estimula operações cuja execução se dará em momento futuro.

Economistas que se debruçaram sobre estruturas contratuais de execução continuada e de longa duração entendem que os contratos são, em geral, incompletos - uma vez que é usual a falta de previsão para todos e quaisquer eventos futuros, tanto os certos quanto os incertos ou imprevisíveis - e que mecanismos para recompor a relação negocial, que efeitos derivados de tal incompletude que venham a alterar a distribuição de riscos entre as partes, demandam fórmulas consistentes de estímulo à confianca, sem o quê comportamentos oportunistas aparecerão. Entendem ser importante pensar mecanismos que desestimulem comportamentos favorecedores de inadimplemento; e, nesse sentido, a função social pode ser insuficiente. No que diz respeito à alocação de riscos entre os contratantes, regras que disponham sobre a repartição dos benefícios e dos ônus deveriam ser consideradas, e também aqui não há segurança de que o art. 421 do CC servirá para suprir eventuais lacunas (econômicas ou jurídicas) que se apresentem nos contratos de longo prazo ou, mesmo, naqueles empresariais.

Em comentário a trabalho de Stephen Waddams, denominado Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Legal Reasoning, Robert A. Hillman afirma que a combinação de princípios e teorias a respeito do contrato o leva a concluir que "as várias normas de direito dos contratos refletem a maioria das instituições, das forças sociais e econômicas de uma

sociedade pluralista".²⁴ Essa a visão que se esperaria de um diploma legal para o século XXI.

Ao discutir a procedural unconscionability, o agir alguém sem escrúpulos, fora de padrão de razoabilidade, Hillman diz que se trata de um ilícito que aparece sob diferentes formas ou maneiras, uma das quais seria a redação de um documento em que se ocultam termos ou com o emprego de palavras que a outra parte não entende; outras envolvem o que denomina a "qualidade do consentimento" de parte. Se o contrato serve a um propósito razoável no contexto em que foi pactuado - diz -, os tribunais de common law aceitam o que as partes decidiram, em virtude do reconhecimento da liberdade de contratar pelos juízes daquele sistema, levando em conta, ainda, em que medida a decisão inibirá novos comportamentos semelhantes ou apenas eliminará o infrator do mercado às expensas daqueles que desejam contratar.

Mas, sobretudo, Hillman afirma que a lei deve ser clara, definida e previsível, para que as pessoas possam planejar seus negócios. Que a lei deve ser objetiva e resistir a manipulações que favoreçam um ou outro grupo, ou que criem vias para que os juízes usurpem a função legislativa.

Portanto, se o direito dos contratos pode facilitar a coordenação de interesses individuais pelos particulares, vital é que haja meios para garantir o cumprimento das obrigações assumidas. Ora, o exercício da empresa implica aceitar riscos, um dos quais é a não-manutenção da atividade se não atender a padrões de eficiência e economicidade. Não se faz necessário amplificar esse risco mediante a redação de normas de direito positivo vagas, vazias de conteúdo. Cláusulas abertas, imprecisas, típicas normas em branco, tal como arcas vazias, podem ser preenchidas segundo critérios individuais de cada intérprete ou apli-

^{24.} Robert A. Hillman, "The many dimensions of private law", Cornell Law School, *Research Paper* n. 04-013.

cador da lei, e, no caso concreto, podem até fazer sentido, mas, por força de efeitos de segunda ordem, se ou quando reproduzidas, geram insegurança social, com a conseqüente adoção de medidas defensivas que aumentam custos de transação, portanto reduzem o bem-estar. É que, no exercício da empresa, a tendência de repetir experiências bem-sucedidas, reproduzir modelos contratuais que deram certo, é regra, porque são estratégias eficazes e testadas.

Admite-se, e é desejável, a aproximação do Direito codificado a esquemas típicos da common law, mas cláusulas abertas, que esgarçam a certeza e segurança da norma de direito positivo, nem sempre atenderão ao bom funcionamento dos mercados. Daí o temor dos efeitos de uma norma que associa "liberdade de contratar" a "função social do contrato". Note-se que a opinião de dois juristas, Miguel Reale e Calixto Salomão Filho, é oposta, entendem que há que louvar a norma do art. 421 do CC.

5. Função social do contrato. A opinião dos juristas

5.1 Miguel Reale25 argumenta que o art. 421 do CC é um de seus pontos altos, porque: (a) "na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá major relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a 'socialização dos contratos'; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas". Conclui afirmando ter sido a última a opção do legislador de 2002. Portanto, o art. 421 do CC deve ser interpretado sob tal enfoque, o da combinação do público com o particular, restando saber qual deles há de predominar em cada caso concreto.

A justificativa que se segue tem fundamento na Constituição da República no concernente à função social da propriedade, e essa função social requer, para sua realização, a extensão do princípio ao direito dos contratos, "cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade". A afirmativa – de que contratos interessam a toda a coletividade, como extensão do princípio da função social da propriedade – indica tendência a fazer prevalecer o interesse coletivo sobre o individual, como se as pessoas, ao contratar, tivessem, sempre, que deixar seus interesses em segundo plano.

Referido argumento está assentado sobre os incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição da República de 1988, que tratam do direito de propriedade e sua função social, transpondo de forma ampliada – como faz o Código Civil – a função social da propriedade para o plano dos contratos, a pretexto de que, se estes garantem a regular circulação daquela, nada mais adequado do que ambos ficarem sujeitos às mesmas regras.

Se a função social da propriedade é gerar riqueza, bem-estar, e por isso pode ser desapropriada se e quando seu titular deixar de lhe dar tal destinação ou permitir que figue ociosa, ou quando não produza riqueza, bem-estar, no que diz respeito aos contratos a função social assemelha-se mais a mecanismo que permite interferir sobre atos de autonomia individual, determinando-se devam ser produtivos de efeitos que beneficiem terceiros (que outro entendimento haverá para associar "função social" a "contratos"?). Resultado possível, quase previsível, será impor, determinar, contratações que nem sempre resultarão em alocação eficiente dos bens em mercados, causando perda ou dissipação de bem-estar, fugindo, talvez, ao modelo Kaldor-Hicks de compensação. O estímulo derivado de tal procedimento é socialmente desejável?

^{25.} Miguel Reale, in O Estado de S. Paulo ed. 22.11.2003, p. A2.

Por que - indaga-se - decisões individuais visando a disciplinar os próprios interesses deveriam ser fonte (compulsoriamente) de bem-estar de terceiros estranhos à relação? Ouando são produzidas externalidades negativas, deve-se, sim, promover sua internalização, acompanhada, se possível, de indenizações aos que sofreram os efeitos do negócio. Entretanto, imaginese a seguinte hipótese: "A" é proprietário de um imóvel residencial que pretende locar. Dentre vários interessados, um deles tem major interesse no local, e, portanto, está disposto a pagar mais pelo direito de uso do imóvel. Outro tem família mais numerosa e trabalha nas cercanias do imóvel. além do fato de que seus filhos frequentam estabelecimento de ensino igualmente próximo. Aplicado o princípio da função social como modelo distributivo, o imóvel deveria ser locado ao segundo interessado, ainda que por valor inferior. Que estímulo será criado para edificar unidades habitacionais para locação?

Aos que temem que o comando legal reduza a garantia (segurança, pergunta-se) dos contratos, Reale afirma que tal receio não procede, vez que não há conflito entre o adimplemento dos contratos e a nova regra. A idéia do pacta sunt servanda não desaparece; ao revés, o art. 422 vem reforçá-la, ao positivar e ampliar o alcance do princípio da boa-fé, que deve ser observado não apenas antes e na conclusão do contrato, mas ao depois, na sua execução. O acréscimo do princípio da boa-fé à funcão social do contrato denotaria o temor de que esta, cláusula aberta, é vazia e que precisa ser preenchida? Comportamento ético, o princípio da boa-fé, seguer deveria ser positivado, uma vez que, instituição social, sua observância deveria ser regra geral de interpretação de qualquer conduta negocial.

Insiste em que não há razão para sustentar que o contrato deve atender apenas aos interesses das partes, uma vez que, inerente ao poder negocial, exerce ele função social, correspondendo à livre iniciativa constitucionalmente garantida. Portanto, é "natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público".

O raciocínio parece tortuoso, porque, conforme explica Natalini Irti, mercado, locus artificialis, é configurado pela lei que o constitui, governa, orienta e controla. ²⁶ De sua lado, "livre iniciativa", tal como prevista no art. 170 da Constituição da República, é poder conferido a cada qual para entrar, permanecer ou se retirar do mercado, estrutura normativa que torna a troca econômica eficiente, impessoal, sendo as relações nele encontradas massivas e idênticas.

Ora, quando se afirma haver contratos cuia conclusão interessa não apenas às partes é porque seus efeitos se espraiam sobre terceiros que suportam ônus ou danos deles decorrentes e cujos direitos e interesses devem ser respeitados. Está-se no campo das externalidades derivadas da contratação, ou seja, efeitos que recaem sobre terceiros, seja de forma negativa, seja de forma positiva. De supor que as externalidades positivas, desejáveis, satisfariam a "função social" atribuída ao contrato, enquanto as negativas deixariam de cumpri-la. É que, segundo Reale: "Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão-somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social incrente ao poder negocial, que é uma das fontes do Direito, ao lado da legal, da jurisprudência e da consuetudinária".

A função social incrente ao poder negocial das partes não será produto da liberdade, da autonomia individual? Afinal, se as pessoas não tiverem poder negocial, faculdade de, livremente, dispor sobre seus interesses, que liberdade de ação lhes está assegurada? Claro que quem causa dano a outrem deve responder, e para tanto há no sistema norma expressa; diferente da situa-

^{26.} Natalini Irti, L'Ordine Giuridico del Mercato, Editori Laterza, 2003, p. 112.

ção em que alguém, ao contratar, beneficiando outrem que não a contraparte, possa ser ressarcido de parte das despesas em que incorreu. Por isso as externalidades positivas são admitidas, e quanto às negativas buscam-se meios de internalizá-las. Nada a ver com função social limitativa da liberdade de contratar, mas simples alocação ou realocação de ônus.

Conclui-se, ante as explicações acima resumidas, que a afirmativa sobre atribuir-se ao contrato uma função social em nada "colide com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia" — o que, entendo, ainda deixa obscuras várias questões.

Retomando o discurso baseado na Constituição de 1988, Reale reporta-se, agora, ao art. 173, que trata de abuso de poder econômico visando à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Como essas seriam hipóteses extremas, aduz que, dada a criatividade dos agentes, a possibilidade de serem desenhados negócios que privilegiem os contratantes, ou um só deles, é grande, e por isso é que se deve socializar sua função. Os argumentos orientamse no sentido de explicar a restrição ao poder negocial, sendo - creio - disso que se trata, pois, com base em hipotéticas ilicitudes que violam valores sociais quando o contrato puder causar danos à coletividade, se insiste em "função social". Afirma Reale que, em face do princípio da socialidade, combinado com o da eticidade, não referir o "valor social do contrato implicaria esquecimento do papel da boa-fé na origem e execução dos negócios jurídicos, impedindose que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação das obrigações previstas na Constituição e na lei civil".

A associação da função social à boafé, instrumentos para análise de eventual fraude à lei, é necessária? Não havia no sistema de direito privado formas outras de avaliação da prática de fraudes? A busca de soluções equitativas e concretas mediante o recurso a normas ou cláusulas abertas escolhida pelo legislador, frente às várias alternativas possíveis, combinando interesses individuais e coletivos, pode colidir com a liberdade de iniciativa econômica requerida pela sociedade contemporânea?

Para Reale a interpretação do art. 421 do CC assegura-lhe, ao revés, efetiva validade e eficácia. A conclusão, se baseada no ditado de que "a liberdade de cada um vai até onde começa a liberdade do outro", está correta; porém, no plano da liberdade de mercado, de iniciativa econômica, a conformação de mercados não pode ser argumento para tolher a criatividade dos agentes.

E como tratar a idéia de incompletude contratual a que fazem referência estudos de economistas quando tratam da imprevisibilidade relativamente a eventos futuros que possam afetar contratos de execução continuada ou diferida (imprevisibilidade voluntária, ou não) e que torna mais aflitiva a existência desse tipo de norma aberta, que defere ao magistrado a integração dos interesses das partes? Será que o magistrado pode, sempre, substituir-se à parte no interpretar o que queria e como se dispunha a obter o desejado?

Em face de externalidades negativas como emissão de poluentes, exercício de poder em mercado, exercício de poder contratual em relações de massa, coibir tais práticas é salutar, dado seu poder de propagação. Fora dessas situações, casos quase patológicos nas relações interindividuais, será que privilegiar a intromissão do Judiciário no seio da operação negocial não favorecerá comportamentos oportunistas? E, se isso ocorrer, quais os efeitos sobre a sociedade?

5.2 Calixto Salomão Filho²⁷ (cujos argumentos não divergem dos de Miguel

^{27.} Calixto Salomão Filho, "Função social do contrato: primeiras anotações", RDM 132/7-24, Ano XLII (Nova Série), São Paulo, Malheiros Editores, outubro-dezembro/2002.

Reale) parte do art. 153 da Constituição de Weimar, para dele extrair a regra de que a propriedade obriga. A propriedade, naquele período, era a fundiária, sinal de riqueza e poder, o que veio a ser posto em dúvida com a Revolução Industrial.

A partir daí, Salomão Filho amplia o quadro geral, para abranger coisas móveis, segundo um critério que parte da valoração da riqueza abrangendo bens destinados ao exercício da empresa. A Revolução Industrial promove o deslocamento da valoração dos bens, antes centrada na propriedade fundiária, para as máquinas e equipamentos, insere a indústria e o comércio no espaço de interesse do Estado, dando-lhes papel de atores principais, e não mais coadjuvantes.

A ligação, tal como faz Miguel Reale, que tem base na noção de função social da propriedade, estende-se ao contrato com fundamento, agora, no art. 170, III, da CF de 1988. Esse artigo, que inicia o capítulo da ordem econômica, em que o legislador dispõe sobre a livre iniciativa – portanto, o exercício da empresa –, não se restringe a esta.

Para Salomão Filho a função social da empresa norteia a regulamentação externa dos interesses envolvidos pela grande empresa, notadamente nos direitos concorrencial, ambiental e do consumidor. Ao destacar a grande empresa e a produção de externalidades, reconhece o poder que pode ser exercido por esses agentes econômicos.

Reconhece que a concepção social é intervencionista, mas que, por estar voltada para o reequilíbrio das relações sociais, e tendo presente o interesse do Estado em matéria de exercício de atividades econômicas, considera que é possível alargar o âmbito de aplicação da função social da empresa, tornando-a "função social de toda e qualquer relação da vida civil".

Qualquer relação da vida civil implica a extensão de função social a outras relações, como, por exemplo, de amizade, que são, por natureza, personalíssimas. Quão distante estaremos da aplicação da função social aos proprietários de obras de arte, bens de fruição, produtivos de prazer, para que se determine devam ser expostos em locais aos quais a população tenha fácil acesso?

Nota-se a trilha seguida por certos teóricos para os quais a falência do Estado no garantir igualdade material a todos, independentemente de qualquer critério de mérito, transfere aos particulares deveres que, da ótica protestante, não se justificam. Por que esforçar-se para ter acesso a bens e serviços, se alguém os fornecerá por determinação de normas cogentes? Perigoso o caminho apontado por tal leitura da função social do contrato, mesmo porque o argumento é construído sobre a noção de grande empresa, portanto tendo como elemento subjacente possível exercício de poder, faltando, pois, motivo para que se o aplique a todas e quaisquer atividades econômicas, empresárias ou não.

Afasta-se do argumento de Reale, o qual, ao transpor a idéia de função social da propriedade para o plano dos contratos, parte do art. 5º da CF de 1988, fincando as raízes do seu raciocínio no art. 170 da Carta Magna. Assenta o argumento sobre os incisos II e III do referido artigo, que, respectivamente, dispõem sobre a propriedade privada e sua função social.

Explica "função social" dizendo que "sua essência decorre da evolução de sua utilização na realidade histórica". Discorre sobre o alargamento da noção de "função social", transportada da propriedade imobiliária para a empresa (conquanto veja nesta uma forma de propriedade, a dos bens de produção) e daí para o contrato, quando afirma que "à grande liberdade organizadora e estruturadora das relações jurídicas por ela envolvidas corresponde uma obrigação muito mais abrangente em relação à sociedade, que envolve a responsabilidade por todos os efeitos sociais dessas relações livremente organizadas". Ou seja, que a função social da empresa, na verdade, se traduz na idéia de responsabilidade

social. "Responsabilidade social" significa agir de conformidade com a *mores* social, com a ética exigida pela sociedade.²⁸

Continua, e afirma que a definição de "função social" tem a ver com interesses de terceiros e a tutela institucional que merecem – idéia, essa, desenvolvida no Direito Alemão no que diz respeito às *Schutzgesetze* que fundamentariam a tutela de interesses individuais ou individuais homogêneos, gerando a *Verbandsklage*, que se refere a interesses difusos, imbricados com interesses institucionais.

Fundado em Mario Cappelletti, busca conciliar interesses público e privado, aquilo que interessa à coletividade e a cada um dos membros; para tanto se alicerça sobre o direito do consumo (arts. 81 e 103), que é logo abandonado, para enveredar por matéria concorrencial. Sua hipótese de trabalho é a formação de cartel, pelo quê conclui ser preciso considerar não o interesse individual, mas sim o objeto do acordo, entendido como interesse institucional. Em realidade, o cartel é uma espécie de acordo que distorce a concorrência, altera a estrutura de mercado, produz externalidades negativas.

Após tratar da legitimidade para a propositura de demandas, afirma Calixto Salomão Filho haver relação entre as garantias institucionais e a função social do contrato, o que permite que o Judiciário faça a tutela das garantias institucionais. Assim, vê com bons olhos a limitação da liberdade de contratar, e entende que apenas a ligação aos interesses institucionais dará concretude à expressão "função social do contrato", que não se identifica com os interesses individuais das partes ou os de grupos es-

28. Natalini Irti (L'Ordine Giuridico del Mercato, cit., pp. 111 e ss.) entende que liberdade de mercado deve ser mensurada tendo como padrão a solidariedade, que no Direito Italiano tem no art. 41 da Constituição seu núcleo. Mas, explica, se a solidariedade se tornar ato devido, então, a liberdade perde sua função, até porque a solidariedade é situação pessoal.

pecíficos, porque isso dificultaria as operações comerciais e a vida econômica.

Oue, por ser cláusula geral, à função social do contrato deve-se atribuir flexibilidade, de forma a adaptar o contrato às novas realidades sociais; que o equilíbrio entre segurança jurídica e flexibilidade depende de serem respeitados interesses institucionais externos aos das partes, o que levaria a recorrer à aplicação de outra cláusula geral, a da boa-fé e a rebus sic stantibus. A conclusão é que há um novo contrato, instrumentalizado para os interesses da sociedade, cujos limites são as garantias institucionais, tornando-se "poderoso canal de proteção da sociedade civil e controle social da atividade empresarial e civil".

Para Calixto Salomão Filho, ainda que a expressão seja vazia de conteúdo, seu preenchimento deverá ter no interesse público o vetor determinante. E, nesse caso, o interesse público, o do Estado, predominará no desenho do conteúdo contratual – o que, em última análise, restringe a inovação.

Veja-se aí reconhecimento expresso de que se trata de permitir intervenções nas relações entre particulares de forma mais ampla que as existentes até a vigência do Código Civil de 1916.

6. Função social. Opinião de economista

Sergio Werlang, economista, em matéria de função social do contrato, manifesta-se, em artigo publicado no jornal *Valor Econômico* de 17.4.2004, questionando a prestabilidade da regra do art. 421 do CC. Afirma que os contratos existem porque "acordos podem permitir que as pessoas envolvidas estejam numa situação mais vantajosa do que no caso de não poderem fazê-los"; que, quando duas partes optam por, voluntariamente, contratar, ambas preferem essa alternativa à outra que é não contratar, porque, contratando, ambas ficarão melhor do que estavam antes de se vincularem, ou o contrato não será celebrado.

Conclusão: a liberdade de contratar é fundamental para aumentar o bem-estar de todos. Essa a função social do contrato, criar bem-estar.

Embora admita que o contrato poderá restringir liberdades de escolha futuras, o economista entende que interferência externa que venha a modificar os termos negociados geraria dois efeitos: uma das partes recusar-se a contratar ou integrar ao "preço" o custo do risco da interferência, o que introduz ineficiências no sistema, em virtude do temor de alteração forçada no pactuado, ineficiências que destroem valor – o que deve ser evitado.

Assim, segundo Werlang, o art. 421 do CC é redundante, uma vez que "função social do contrato é justamente dar mais alternativas aos cidadãos, permitindo que haja maior nível de bem-estar na coletividade", sendo este papel mais eficiente quanto menos interferência houver. Aduz, ainda: "Se a interpretação jurídica deste artigo for de acordo com os conceitos aqui vistos, ou seja, que o contrato cumpre sua função social quanto menos alteração forçada dos termos originais houver, então, é autoevidente".

Por outro lado, uma interpretação errônea pode levar ao entendimento de que os contratos devem submeter-se a algum outro desígnio extracontratual, que seja denominado "social". Neste caso, o artigo é extremamente danoso, e poderá causar uma generalizada desconfiança nos procedimentos contratuais, com os conseqüentes problemas daí decorrentes. Dessa forma, a interpretação deste artigo pode dar margem a um grave problema de eficiência econômica, podendo levar até mesmo a um questionamento da propriedade privada.

Segue-se, dessa visão, que o art. 421 do CC deve ser revogado, pois – na melhor das hipóteses – é redundante.

7. À guisa de conclusão

A pergunta que permanece sem resposta é: o que será a tal "função social do

contrato", que aparece como fundamento e limite para o exercício da liberdade de contratar?

A tentativa de resposta parte da relação entre Direito e Economia, seja porque é opção de quem escreve, seja porque o instituto "contrato" está exatamente numa das interfaces entre as duas áreas. Sem privilegiar uma delas em detrimento da outra, o que se procura é a natural sinergia entre ambas, e que começa com o reconhecimento de que o contrato é uma instituição social, tal como o percebem os economistas, antes de ser instituto jurídico. Que o instituto jurídico "contrato" - como, demais disso, outros que extraídos de instituições sociais - resulta da apreensão de certos elementos comuns a várias operações negociais escolhidos pelo legislador (e não se trata meramente de opção de política legislativa, mas de abstração do alguns elementos), de sorte a espelhar aquilo que é comum e fundamental para estremar esse instituto de outros. Por isso que os argumentos que se estribam na Dogmática, dissociados, embora, da realidade social, infundem temor.

Miguel Reale, coordenador do grupo de juristas que elaborou o Projeto do Código Civil, e Calixto Salomão Filho estão acordes no sentido de que a atribuição de uma função social aos contratos representa avanço do sistema jurídico pátrio e que não há motivo para temer os efeitos que possam daí derivar. Ambos consideram que o Código facilita o controle judicial das relações intersubjetivas, mas nenhum deles avança nos efeitos sobre o plano econômico que a norma pode gerar; como também não se manifestam sobre os efeitos que a função social do contrato terá em face do exercício da empresa (salvo para questionar operações de concentração em mercados), nem sobre como a função social se projetará nas discussões de contratos de execução continuada. Mais ainda, em que medida o dinamismo dos mercados será afetado, ou não, se a função social deixar de estimular a confiança entre agentes. As declarações de ambos não cuidam do crescimento potencial da insegurança, típica de relações contratuais de longo prazo, se a função social do contrato for entendida como dever de contratar para produzir bem-estar para terceiros. O que fazer da regra de que o contrato só deve afetar a esfera jurídica das partes, e que estas não deverão ser atingidas por decisões de terceiros?

Será que a função social do contrato, derivada de uma função social da propriedade, encontra amparo na Constituição de República ou, ao revés, faz letra morta da liberdade de iniciativa econômica, esta uma utilidade social? Em que medida a dignidade do ser humano, um dos parâmetros previstos em 1988, admite exista dever de solidariedade econômica absoluto entre as pessoas? Se esse dever inibir o funcionamento dos mercados, todos ficarão pior que antes.

Associar "função social de propriedade", que é um instituto jurídico e que tem que ver com o poder de apropriação de bens, para dar uma "função social do contrato", outro instituto – aquele, estático; este, dinâmico –, poderá, ao restringir a liberdade do proprietário de se desfazer de seus bens na forma que lhe convenha, ser expressivo fator de insegurança, que, no limite, pode se aproximar da tragédia dos comuns, do esgotamento dos recursos econômicos em face da inexistência de estímulos para preservá-los.

Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social. Mas não se supõe sirva para comprometer a continuação e a estabilidade que a atividade requer e que devem dominar sua preservação. Aqui, a função social do contrato, sobreposta à da empresa, pode ser extremamente perversa, pois sem respeito a regras de economicidade e eficiência, que a organização da empresa terá, os efeitos externos que recairão sobre a coletividade são imprevisíveis.

Se a liberdade de contratar for limitada por uma função social, que não se sabe qual seja efetivamente, competindo com as instituições sociais, será que um dos efeitos da norma não é o de estimular oportunismos, como se viu com os agricultores? Onde a segurança jurídica desejada? O art. 421 do CC de 2002 não preenche os requisitos propostos por Hillman, porque é a previsibilidade que se demanda no planejamento dos negócios empresariais, como, demais disso, de qualquer operação de longo prazo.

As declarações de ambos, Reale e Salomão Filho, permitem entrever que a insegurança, típica de relações contratuais de longo prazo, poderá ser amplificada pela função social do contrato, e isso independentemente de vício do consentimento ou de intenção de causar danos a terceiros.

No que concerne ao exercício da empresa, os valores são internos e externos, e estes recaem sobre a comunidade, visto que a empresa atua em e para mercados, tem como alvo ou destinatário de sua ação o consumidor ou o adquirente intermediário, se pensada em termos de sociedades, daquilo que seja produzido. Fundamento e princípio constitucional, a livre iniciativa é a base para a especulação, porque estimula a circulação da riqueza, com o quê se cria nova riqueza e, principalmente, bem-estar.

O art. 421 do CC pode, conforme a interpretação que se lhe dê, ser entendido como inconstitucional. Lembrem-se a recente experiência no setor do agronegócio, a que se fez referência, e o caso do leasing de veículos automotores, em que, com fundamento em normas positivadas tutelares - a exacerbação de uma pretensa vulnerabilidade no segundo caso e da nova regra no primeiro -, chegou-se a situações socialmente indesejáveis, que trouxeram mais danos que benefícios, em virtude dos efeitos de segunda ordem. No caso do leasing de veículos automotores o contrato desapareceu do mercado; os produtores de soja, de seu lado, perderam o financiamento da indústria, tendo que recorrer ao sistema fi-

nanceiro, o que deve representar maior desembolso.

Indubitável que o art. 421 do CC de 2002 inova no direito dos contratos. Mas o faz na direção correta, desejável? E a uniformização a que se refere Alpa, as novas técnicas de interpretação e aplicação das normas, serão aceitas pela doutrina brasileira rapidamente? Se forem, o art. 421 do CC poderá ter o destino preconizado por Werlang. Se não forem, como serão tratados os contratos atípicos? E as cláusulas atípicas presentes em contratos tipificados? E a criação de novos instrumentos que disciplinem interesses patrimoniais, como será afetada se a aplicação das regras gerais for prioritária? Restringirá a criatividade dos empresários, ou aumentará custos de transação, ou ambos os efeitos estarão presentes? A sociedade pagará o preco dessa novidade.

Por isso, quem escreve, entendendo que a empresa é organização econômica que

serve ao desenvolvimento nacional, teme que a aplicação da regra do art. 421 do CC aos contratos empresariais – na maior parte dos casos representados por operações de longa duração e execução continuada, contratos incompletos dos economistas, e cujas lacunas deveriam ser preenchidas para que a distribuição de riscos *ex post* seja adequada – venha, por força de intervenção de magistrados, os quais, de regra, não têm informação completa sobre a operação, dar origem a efeitos de segunda ordem. Essa preocupação é real, concreta, e tem fundamento empírico suficiente para tirar a tranqüilidade.

Normas jurídicas de expresso viés ideológico ou político-ideológico e regimes democráticos capitalistas combinam mal; elas atendem melhor aos interesses do Poder nos regimes ditatoriais, em que o governo, confundido com o Estado, crê saber melhor que qualquer cidadão o que convém a todos e a cada um.