

Atualidades

SÉCULO XXI, A ERA DO NÃO-CONTRATO?

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

1. Introdução. 2. Elementos associados aos contratos: 2.1 O consentimento para a formação do contrato, para a formação de seu conteúdo e sua função social. 3. A busca de uma delimitação jurisprudencial do conceito de "função social": 3.1 "Função social" associada a outros princípios – 3.2 "Função social" e a adequação do conteúdo do contrato – 3.3 "Função social" e utilização regular do contrato – 3.4 "Função social" e a imprevisão – 3.5 "Função social" do contrato e da empresa. 4. Contratos educacionais ou não-contrato? 5. Função social e serviço público: a relativização do papel do Estado. 6. Observações finais.

1. Introdução

Basta aludir-se à vida em sociedade para compreender-se que o homem negocia. Busca a satisfação de seus interesses e, se não encontra no estado de Natureza a resposta a esta necessidade, será na necessidade contraposta do outro que estará o caminho para a adequação dos interesses e a satisfação das necessidades.

Dentre as fontes das obrigações, o *contrato* tem sido um instrumento usual de composição dos interesses ou, ao menos para aqueles cujo conteúdo é prefixado, um instrumento de aproximação entre as partes. Usual e eficiente, mas que, sem dúvida, no decorrer dos anos, e acompanhando as modificações da sociedade e da economia, vem alterando suas características, seja para permitir maior agilidade – num contrato de adesão – ou como demonstração de maior habilitação de alguns em detrimento de outros na elaboração de seu conteúdo técnico – contratos-padrão –, ou como resultado de uma maior interferência do Estado e do Direito na definição de seu conteúdo – restrições de ordem administrativa e legal.

Consagrado como símbolo da expressão da vontade dos homens, supostamente enquadrados numa categoria única, livres e autônomos, vê-se chamado a cumprir outras tarefas além de espelhar uma escolha do sujeito de direito. Seu conteúdo perde a mácula de isenção e passa a ser reconhecido como (i) instrumento auxiliar de estabelecimento de equilíbrio entre os contratantes, cujos intérpretes estão autorizados a buscar um sentido que pode não atender à vontade expressa pelas partes, mas a uma demanda de restabelecimento de um equilíbrio que favoreça uma das partes em detrimento de outra; (ii) instrumento auxiliar na implementação de políticas públicas, cujo conteúdo e interpretação estarão condicionados aos valores normativamente consagrados como limites ao poder de escolha dos sujeitos em benefício da harmonia ou qualidade de via em sociedade; (iii) instrumento de transparência quanto ao conteúdo de relação não negociada, quanto aos contratos obrigatórios; (iv) instrumento dotado de função, cujo teor será criado ou recriado pela doutrina e pela jurisprudên-

cia independentemente da existência de parâmetros legais incidentes.

Se o contrato pressupõe vontade, os contratos nos quais as vontades individuais se demonstrem enfraquecidas ou inexistentes configuram uma possibilidade – uma atipicidade –, ou estaríamos diante de uma outra fonte das obrigações, podendo-se concluir pela necessidade de reformulação da Teoria Geral das Obrigações, com as consequências que decorreriam desta constatação?

O presente artigo se propõe a uma análise preambular sobre os novos rumos no conteúdo e interpretação dos contratos na realidade do século que agora acaba de iniciar.

2. Elementos associados aos contratos

Acreditar na palavra, tomá-la por absoluta, expressa a busca pela segurança e estabilidade que possam fazer da existência alguma coisa um pouco mais previsível. No Direito Romano, que chegou aos Canonistas, o apego pela forma parecia responder ao anseio pela estabilização das relações jurídicas. Foi na Idade Média, segundo Nalin, que os Canonistas combateram o fetichismo das formas do Direito Romano, já que a “formalidade refletida pelos contratos solenes era adversa ao meio de divulgação da fé-cristã (palavra dita e não escrita)”, acentuando a prevalência da palavra ao ser cotejada com a forma.¹

Hoje, ao que parece, não só a palavra do sujeito deverá ser autêntica – expressão da vontade individual –, assim como seu interesse também deverá ser considerado autêntico – e compatível com a causa do negócio e – porque não? – com a causa social. A autenticidade, por outro lado, não estará geralmente na forma, mas no conteúdo do contrato e na interpretação que estará vinculada à sua efetivação.

Tradicionalmente, o estudo dos contratos, especialmente de seus requisitos, engloba a análise do consentimento, da capacidade das partes, do objeto e, em alguns sistemas, da causa. Este estudo partirá da análise de tais elementos, especialmente do consentimento, com a finalidade de atingir seus objetivos.

2.1 O consentimento para a formação do contrato, para a formação de seu conteúdo e sua função social

A consagração do consentimento como elemento necessário à formação do contrato decorre da compreensão da liberdade do homem em escolher, ao menos no contrato clássico, pelo contratar ou não (salvo para os contratos obrigatórios), assim como o teor do contrato (o que vem a ser contrariado na negociação em massa). Por outro lado, “consentimento” está associado à vontade, mais precisamente à “manifestação de vontade”, já que – como aponta Jean Carbonnier – “*lês phénomènes psychologiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l’homme*”; assim, “*est-ce la manifestation de volonté du contractant, plus que sa volonté elle-même, qui est l’élément primaire du contrat*”.² Para que se dê vida ao contrato, as vontades não podem estar maculadas por qualquer dos vícios do consentimento.

Já não é nova no estudo dos contratos a inquietação relativamente ao papel do contrato como expressão da autonomia da vontade. É o Estado controlando preços, determinado cláusulas obrigatórias ou im-

2. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, vol. 4, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), p. 54 (“Os fenômenos psicológicos não são perceptíveis diretamente e somente podem ser deduzidos, com alguma segurança, a partir do comportamento exterior do homem”; “É a manifestação de vontade do contratante, mais que a própria vontade, que é elemento primário do contrato”).

1. Paulo R. Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, Curitiba, Juruá, 2001, p. 105.

pondo a obrigação de contratar.³ Mas, para além da existência de normas determinando a conformação da vontade expressa no contrato, outros fatores aparecem e interferem na equação vontade-vontade expressa/efetividade do objeto do contrato.

Um deles é o que vem associado à idéia de *função social*, e que poderá nortear a compreensão que se terá da vontade declarada. Portanto, além da possibilidade de dissociação entre a vontade psicológica e a vontade declarada, também poderá ser identificada a interpretação que será dada à vontade, e que, sob determinadas condições, equivalerá à direta contrariedade do texto expresso no contrato.

Por certo que a exata extensão do que o legislador quis dizer ao utilizar a locução “função social” na Constituição Federal e no Código Civil⁴ – optando-se pela análise somente destes dois diplomas normativos vigentes – não aparece positivada, delegando-se à doutrina e à jurisprudência o papel de identificação do conteúdo de seus termos.

A *função social* do contrato – assegurada no Código Civil e inspirada em igual princípio constitucional – intuitivamente remete a duas idéias: a de interesses externos que poderão interferir no reconhecimento da vontade expressa contratualmente ou, ainda, a relacionada à boa-fé objetiva, qual seja, o resultado habitualmente associado à realização de um determinado contrato, a justa expectativa em relação aos seus efeitos.

Igualmente certo – ao menos no campo contratual – que o reconhecimento do

3. Antônio Junqueira Azevedo, “A liberdade de contrato: contratos típicos e contratos atípicos”, *Revista do Advogado* 8/11, 1982. O autor, já no início dos anos 80 do século passado, afirmava: “A autonomia da vontade é atingida, atualmente, por tal força de compressão das normas cogentes, que em alguns casos parece até mesmo desaparecer. Não somente o Estado fixa preços, determina cláusulas, como chega a impor a obrigação de contratar (por exemplo, no seguro obrigatório de veículos)”.

4. Especialmente nos arts. 5º, XIII, e 170, III, da CF e no art. 421 do CC Brasileiro.

cumprimento, ou não, da função do contrato será diferente a depender da espécie contratual analisada.

No campo negocial, por exemplo, segundo Paula A. Forgioni, elementos como a tutela do crédito, o cotejo entre a segurança e a previsibilidade, a possibilidade do risco, da perda e do lucro sugerem uma interpretação peculiar, pois o princípio da boa-fé, e que se relaciona com a função social do contrato, nas “relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não-comerciantes”.⁵

De toda forma, quando o julgador busca apoio no aspecto funcional do contrato, estará indicando um meio jurídico apto a fazer desaparecer a vontade expressa, substituindo-a pela vontade que *deveria* ter sido expressa.

Haverá, por certo, um juízo de valor – e que não será isento – da doutrina e da jurisprudência ao tentarem identificar qual a vontade potencialmente positiva para a sociedade, que esteja compatibilizada com a noção de *função social* e que, de tão justificada, terá o condão de fazer desaparecer uma vontade que, não fosse seu afastamento, estaria apta a vincular as partes da forma como expressa no contrato.

A tal “vontade potencial” poderá ser considerada como aquela compatível com a ordem jurídica superior, ou seja, a que melhor se compatibilize com a orientação constitucional. Por este caminho, os princípios constitucionais estabelecidos já ao início da Carta seriam os indicadores do caminho a ser seguido, já que “a Constituição não se limita aos seus aspectos positivos, dela fazendo parte uma normativa mais ampla, composta pelos valores e princípios abstratos e concretos que reúne”.⁶

5. Paula A. Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro”, *RDM* 130/31, 2003.

6. Paulo R. Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, cit., p. 89.

Por conseqüência, a vontade do sujeito deve atender aos valores maiores da Constituição Federal e estar orientada em conformidade com os princípios fundamentais nela consagrados, tal qual expreso nos seus arts. 1º e 3º. Por esta linha de pensamento, na hipótese de a vontade expressa não estar compatibilizada com tais valores, o julgador estaria autorizado a fazer substituir tal vontade, a fim de adequar o contrato.

Cláudio L. B. Godoy estabelece uma associação entre *função social* e os princípios da *dignidade da pessoa humana* e do *solidarismo*, concluindo que, se os princípios têm aplicação direta, o mesmo deve ser reconhecido relativamente à *função social*.⁷

Se o autor está usando a “aplicação direta” como sinônimo de “auto-aplicabilidade”, duas questões podem decorrer desta proposta de conduta. A primeira seria: as normas constitucionais que possam estar relacionadas aos contratos são auto-aplicáveis, ou seja, não dependem de lei complementar ao seu conteúdo para enquadrá-las numa hipótese específica e daí produzir efeitos (como, por exemplo, a proteção do consumidor que veio regrada pela Lei 8.078/1990)? A segunda, derivada da primeira: admitir-se a submissão direta das vontades aos princípios constitucionais, de forma indistinta, responderia satisfatoriamente ao conceito mais moderno de “isonomia”, ou significaria uma retomada da concepção da “igualdade formal”, deixando-se de fora a perspectiva das desigualdades reais?

Para as duas indagações, uma proposta de resposta pode ser extraída do reconhecimento de ter havido a necessidade de edição do Código de Defesa do Consumidor não apenas pelo fato de a CF, no inciso XXXIII do art. 5º, determinar que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, mas pela necessidade de de-

finição dos sujeitos da relação jurídica e do conteúdo daquela relação. A definição dos sujeitos significa dizer que nem todo contratante estará enquadrado na definição legal de “consumidor/fornecedor” – e, portanto, não poderá valer-se da especificidade da defesa da relação de consumo. Significa admitir uma desigualdade, um não à igualdade formal (ainda que a Carta diga que “todos são iguais perante a lei”, não significa dizer que todos possam ser considerados iguais perante a vida).

Nesta linha de pensamento, o que poderia levar a concluir que todos estão comprometidos com as propostas constitucionais de dignidade da pessoa humana, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de igual modo?

Seria razoável concluir-se pela adequação da definição legal de situações jurídicas (além daquelas já previstas) a fim de indicar os parâmetros para o reconhecimento da *função social* conforme a natureza da relação jurídica estabelecida.

Ainda com relação aos princípios constitucionais, além do princípio da dignidade da pessoa humana, os demais, igualmente previstos na Constituição Federal, também poderão ser invocados – v.g., princípio da liberdade de iniciativa –, exigindo-se do intérprete que faça uma interpretação que os compatibilize, uma vez que não se poderá concluir pela existência de hierarquia entre os princípios constitucionais.

Outra tentativa de estabelecimento do que seria a *função social*, especialmente com relação à empresa, aparece no pensamento de Calixto Salomão Filho, que destaca que, estendida “à empresa, a idéia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro”, associada à idéia de interesses externos aos envolvidos diretamente na empresa e que são consagrados no direito antitruste, do consumidor e ambiental, de forma a se admitir a limitação da autono-

7. Cláudio Luiz Bueno Godoy, *Função Social do Contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 153.

mia contratual não apenas para a pessoa física, como também com relação à pessoa jurídica, gerando não apenas o dever de abstenção em relação aos danos que possam ser provocados aos interesses externos salvaguardados, como também pela imposição de deveres positivos, numa “concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais”.⁸

O mesmo autor destaca a dificuldade de se identificar até que ponto os interesses externos protegidos como consequência da funcionalização são interesses gerais, e não interesses de determinados grupos. Sendo interesse de determinados grupos, o que justificaria a prevalência dos interesses *deste* grupo, e não de outro? Seria o critério numérico? E, então, como seria fixada a defesa das minorias? Ou seria, como muito tem sido, um critério de poder? Vale dizer, o reflexo prático do que seria alegado como decorrência da *função social* de um instituto pode, na verdade, refletir o interesse ilegítimo de um determinado grupo que, em razão de sua posição privilegiada, ou pelo poder, ou pelo conhecimento, mostra-se mais hábil a fazer valer contra terceiros seus interesses pessoais.

Na hipótese de definição legislativa do conteúdo da expressão, o mesmo vício poderia ser reconhecido.

Pode-se identificar a idéia de *função social* como a de interesse estabelecido pelo Estado, por meio do Direito. Tal derivação pode ser compatibilizada com as concepções constitucionalistas se for permitida uma associação entre *interesse do Estado*, *interesse público* e *interesse da sociedade*. A solução por este caminho pode também não ser fácil, pois, conforme demonstra Marçal Justen Filho, não “é fácil definir *interesse público*, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo”, par-

tindo para uma maior especificação do que é “interesse público” a partir de exclusões que possam delimitar a distinção entre interesse público e interesse do Estado, do aparato administrativo e do agente público.⁹

Ao refutar o critério da quantidade como definidor do interesse público, o mesmo autor aponta a possibilidade de identificação de interesses privados “que poderiam dar origem a um interesse público, na medida em que ocorresse alguma homogeneidade coletiva”, para concluir também pela imprecisão do critério.¹⁰

Trazendo para os contratos, é importante refletir até que ponto a carência de uma perfeita definição do que seja “função social” – como reflexo do interesse social – ou o reconhecimento de que na verdade poderão ser identificadas várias *funções sociais* podem levar a situações abusivas ou, contrariamente, esvaziar de conteúdo prático o recurso à expressão “função social”.

Veja-se a situação de uma cláusula contratual expressa num contrato de adesão, mas em relação à qual o aderente tenha noção, e que vem a ser afastada, por ser considerada contrária à causa do contrato – ou sua função interna. Imagine-se um contrato de transporte aéreo que trabalhe com a perspectiva de confirmação dos vãos a depender da existência de determinadas condições, como, por exemplo, um número mínimo de passageiros, e que, diante da não-implementação de tal condição, o usuário tenha de aguardar um outro voo, o que virá a retardar o momento da realização do transporte convencionado. Que esse mesmo passageiro, em razão da impossibilidade de arcar com o retardamento, adquira um bilhete aéreo de outra companhia e opte por ingressar com uma ação de perdas e danos em relação à primeira companhia. Que recorre ao Poder Judiciário e, com base no Código de Defesa do Consumidor, a cláusula que isentava a primeira companhia de

8. Calixto Salomão Filho, “Função social do contrato: primeiras anotações”, *RDM* 132/8, 2003.

9. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 36-39.

10. Idem, p. 41.

responsabilidade pela eventual possibilidade de atraso no cumprimento do contrato de transporte é declarada nula de pleno direito, e a companhia condenada ao pagamento de uma indenização.

Poder-se-ia concluir que a natureza do contrato de transporte está associada ao cumprimento não só da obrigação de transportar, como do horário definido para tal – e, aí, a condenação seria inafastável.¹¹ Mas, se, na hipótese de repetição de tais eventos – conduta e condenação –, a empresa pudesse tornar-se insolvente, sendo conduzida a situação de encerramento de suas atividades, a série de condenações em salvaguarda da causa (função interna do contrato) poderia provocar uma sucessão de consequências negativas para a sociedade, em decorrência do encerramento da empresa: desemprego, contratos inadimplidos, diminuição da oferta...

Pode-se imaginar que em várias relações de consumo possa surgir este impasse entre a prevalência da *função social* de proteção do consumidor ou de proteção da empresa.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, pensando sobre os rumos do direito do trabalho, aponta para a tendência de flexibilização da lei, pelo fato de os direitos sociais serem considerados custos do processo econômico na era da “globalização”, tendo-se por contrapartida “no direito civil e nas relações de consumo um movimento em sentido oposto: tornam-se essas relações fortemente publicistas, rompendo-se

os elos patrimonialistas privados”, indicando uma “contradição histórica entre as ações liberais de precarização da rede de proteção social e as medidas de preservação dos direitos fundamentais sociais e as medidas de preservação dos direitos fundamentais pela constitucionalização desses direitos”.¹²

Não é incomum em nosso país que medidas efetivas sejam substituídas por um processo de constitucionalização. Afinal, apregoar-se a existência de uma consagração no texto constitucional poderá ter feitos analgésicos quando contrastado com a realidade.¹³ Infelizmente, a simples previsão constitucional não produz a mudança. É certo que pode servir de fio condutor, mas também pode resumir-se a um esforço retórico.

Desta feita, a constitucionalização das relações privadas e a consagração do seu caráter social não podem tomar as atenções de forma a concentrar toda esperança e atuar como principal mecanismo de implementação de políticas públicas que conduzam aos objetivos centrais elencados na Constituição Federal, isentando-se, por exemplo, o Poder Público de sua missão.

Substituir com certa facilidade a vontade expressa pela vontade presumida ideal, prestigiando-se a função social, ou a boa-fé, ou o interesse público, conduz a vários questionamentos. Onde foi parar a vontade, elemento essencial ao estabelecimento do vínculo contratual? Até que ponto é razoável e responde à idéia de “função social” a desconsideração de uma condição pactuada e aceita pelas partes? Se o contratante, na hipótese aventada parágrafos acima, escolheu a companhia ciente da possibilidade do atraso, se o mesmo não foi provocado com a intenção de prejudicá-lo,

11. Na jurisprudência francesa mais recente tem sido destacada pela doutrina daquele país a confirmação de julgados que afastam o tradicionalismo do *pacta sunt servanda* do contrato, considerando não-escrita – e, portanto, não-vinculante – manifestação de vontade expressa por ser considerada contrária à essência do contrato, independentemente da existência de uma disciplina específica de defesa do consumidor naquele país. É o que se depreende da leitura do comentário elaborado por Denis Mazeaud ao julgamento proferido pela *Cour de Cassation Civil* datada de 22.6.2004, Recurso 01-00.444 (*Revue des Contrats* 2005-2/270-272).

12. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, “A dignidade da pessoa: um valor fora do comércio e ínsito ao trabalho”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 40/126, 2004.

13. Basta ter-se como exemplo a previsão da abrangência do salário mínimo no art. 7º, IV, da CF.

mas fruto de uma estratégia empresarial responsável pelo diferencial que mantinha a empresa no mercado, qual o parâmetro para se definir onde deve ser reconhecida a *função social* prevalente?

Calixto Salomão Filho estabelece uma relação entre *função social* do contrato e *interesses institucionais*. Para ele, o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Neste último aspecto, “a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública”.¹⁴

Para o autor, “o princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo Judiciário das garantias institucionais”. E arremata que toda “vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato”, pois “é no destaque por estes proporcionado entre interesse individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual”.¹⁵

Não será possível concluir que a vontade, elemento configurador da existência do contrato, possa ser substituída – ou os efeitos decorrentes da expressão dessa vontade – pelo julgador ou pela doutrina; a não ser quando exista uma vantagem que supere o risco do enfraquecimento do poder vinculante do contrato e da relativização de seu papel indutor da estabilidade das relações sociais.

Assim, a vontade de um grupo, o arrendimento ou outra modificação individual não justificariam a invocação da função social do contrato, pois esta estaria condicionada ao impacto de seus efeitos, somente estando configurada a possibilidade de sua invocação quando o contrato for apto a atingir interesses institucionais. Caso um

dado contrato contrarie interesses institucionais, a avença ou a parte na qual aparece a contrariedade serão considerados ineficazes, nos termos do art. 421 do CC Brasileiro. Estaria entre os interesses institucionais a proteção do mercado de consumo, da concorrência e do meio ambiente.

3. A busca de uma delimitação jurisprudencial do conceito de “função social”

O esforço da doutrina em identificar o sentido da expressão é plenamente justificado. Quando a lei opera com conceitos indeterminados, duas possibilidades desejadas podem configurar-se: a não-utilização do conceito, ante a dificuldade de sua identificação, ou a excessiva utilização de algo indefinido, a ponto de comprometer outros valores que também são caros à sociedade e ao Direito.

Volta-se a frisar que o elastecimento exagerado de sua aplicação pode conduzir à perda da identidade contratual, ao estabelecimento de uma era do não-contrato, conforme renunciado no início deste artigo. E o que viria depois? A era do caos?

A perda da confiabilidade nas instituições pode trazer conseqüências desastrosas em termos de desenvolvimento social – e daí, novamente, uma afronta aos termos da Constituição Federal. Se os contratos não são considerados suficientemente estáveis, os investimentos buscarão território mais estável. Se não existe a fé na palavra dada e na vontade expressa, não há como operar com planejamento.

Numa rápida incursão na jurisprudência, algumas situações merecem ser comentadas.

3.1 “Função social” associada a outros princípios

A expressão aparece relacionada a outros princípios – por exemplo, ao da *boa-fé*, em apreciação do TJMG relacionada a

14. Calixto Salomão Filho, “Função social do contrato: primeiras anotações”, *RDM* 132/17.

15. *Idem*, p. 21.

pagamento de cartela premiada de loteria sobre a qual pairava dúvida quanto à existência de fraude.¹⁶

A decisão concluiu que, ao se desconsiderar os termos do contrato firmado com o adquirente da cartela, estariam comprometidos os princípios da *boa-fé objetiva* e da *função social* do contrato.

A alusão à *função social* do contrato está longe dos parâmetros indicados ao final do item anterior, e – pode-se imaginar – deve indicar uma preocupação do Julgador relativamente à expectativa daquele que contrata, com relação à estabilidade da relação jurídica contratual.

3.2 “Função social” e a adequação do conteúdo do contrato

Já foi invocada para modificação do critério de fixação de índices de remuneração de financiamento em contratos bancários relacionados a mútuos e financiamentos.

Há diversos precedentes nesta área, e aqui a *função social* é invocada para adequar a remuneração do capital da instituição financeira à capacidade de pagamento do devedor, estando atrelada ao reconhecimento da submissão das instituições financeiras às normas de proteção do consumidor.¹⁷

16. “Contrato – Loteria ‘Azulzinha’ – Cartela premiada – Ocorrência de fraude – Não-comprovação – Dever de cumprimento do pacto avençado. Devem as partes cumprir os contratos pactuados, respeitando os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos” (TJMG, Ap. cível 1.0313.02.038348-2/002, rel. Des. Carreira Machado, publ. 21.6.2005).

17. “Apelações cíveis – Ação de revisão de contrato – Mútuo bancário – Sistema Financeiro da Habitação – Contrato – Princípio da boa-fé objetiva – Função social do contrato – Relação de consumo existente – Atualização monetária do saldo devedor – TR – Inaplicabilidade – Anatocismo – Prática comprovada – Inadmissibilidade – Taxa de juros – Adequação à realidade do mercado financeiro – Coeficiente de Equiparação Salarial/CES – Ausência de prejuízo – Repetição de indébito em dobro – Matéria controvertida nos tribunais – Dobra indevida – Honorários advocatícios – Sucumbência parcial –

O estabelecimento de relação entre a modificação do contrato e o Código de Defesa do Consumidor pode estar embasado numa das cláusulas contratuais abusivas consagradas pela lei, ou no pressuposto de

Proporcionalidade obedecida – Sentença parcialmente reformada. 1. O contrato é uma das espécies de negócio jurídico pelo qual os envolvidos, bilateralmente, renunciam à sua natural liberdade, autorregulando seus interesses. Por isto resulta a força obrigatória do contrato, mas desde que não ultrapasse os limites legais ou morais. 2. Na concepção atual do Direito, que orienta o novo Código Civil, o antigo dogma da autonomia da vontade sofre temperamentos pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. 3. O contrato, na relação de consumo, deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade. 4. Consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (art. 2º da Lei n. 8.078, de 1990). Sendo o mutuário o destinatário final do mútuo bancário, está presente a relação de consumo, aplicando-se a Lei n. 8.078, de 1990. 5. A existência de algumas cláusulas abusivas não invalida o negócio jurídico. Somente aquelas são invalidadas, revidendo-se o contrato e assegurando os efeitos do acordo de vontade adequado à lei. 6. A correção do saldo devedor pela aplicação do índice que remunera a caderneta de poupança – TR –, ainda que prevista em contrato, constitui modalidade gravosa que inviabiliza a realização da avença pelo mutuário. 7. Em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, deve ser reconhecido ao mutuário o direito à aplicação do mesmo índice de correção das prestações mensais para o saldo devedor, e que corresponde à variação salarial da categoria profissional a que pertence. 8. Os juros moratórios podem ser capitalizados em periodicidade anual conforme autoriza o art. 4º do Decreto n. 22.626, de 1933. 9. A capitalização em período inferior caracteriza a prática de anatocismo e deve ser decotada o excesso correspondente. 10. A cobrança de juros em taxa fixada no contrato que não contrarie lei em vigor e seja correspondente à realidade econômico-financeira é legítima. 11. A cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial – CES visa a proteger o mutuário da disparidade entre o saldo devedor e o valor das prestações e, afinal, o cumprimento do contrato. Diante da ausência de qualquer prejuízo para o mutuário, é legítima a sua exigência. 12. A repetição do indébito em dobro, prevista no art. 42 da Lei n. 8.078, de 1990, não é exigível se há controvérsia nos tribunais sobre o tema e existe previsão contratual para tanto. 13. Havendo sucumbência recíproca, a verba honorária será arbitrada proporcionalmente. Confirma-se a sentença que, neste aspecto, fez distribuição equânime. 14. Remessa oficial conhecida *ex officio*. 15. Apelações cíveis voluntárias conheci-

assegurar ao contrato o cumprimento de sua *função social*.

Na primeira hipótese a cláusula será afastada porque nula; na segunda a *função social* poderá ser reconhecida se a invocação estiver sustentada na busca da preservação do mercado de consumo, e não apenas na proteção do consumidor diretamente vinculado ao contrato.

3.3 “Função social” e utilização regular do contrato

A locução também já foi utilizada como estando associada à utilização regular do contrato.¹⁸

Neste sentido, “função social” confunde-se com “boa-fé objetiva”, tomada não como a representação do subjetivismo psicológico dos contratantes, mas relacionada ao uso e ao costume da praça.

das. 16. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário e mediante provimento parcial do primeiro recurso voluntário, prejudicado o segundo” (TJMG, Ap. cível 1.0024.02.852045-0/001, rel. Des. Caetano Levi Lopes, publ. 1.4.2005. Também no TJRS: Ap. cível 7000824329, rel. Des. Nereu José Giacomoli, j. 4.8.2004). Extrai-se do texto do acórdão: “O novo Código Civil, orientado pela diretriz da sociabilidade, ou seja, ‘colocação das regras jurídicas num plano de vivência social’, fazendo prevalecer ‘os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana’ (Miguel Reale, *Visão Geral do Projeto do Código Civil*, São Paulo, p. 9), dispõe expressamente acerca da função social do contrato no art. 421, ao dizer que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. Assim, os contratos deverão cumprir não apenas a função de instrumentalizar a circulação de riquezas, mas também a de funcionalizar direitos subjetivos e de atuar como instrumento condicionante do princípio da liberdade contratual”. Também no TJGO: Ap. cível 75.492-1/188, rel. Des. Vítor Barboza Lenza, publ. 21.7.2005.

18. “Quanto à aplicação dos princípios da boa-fé e probidade e ainda da função social do contrato, não se conclui pela sua inobservância, visto que o apelado agiu no modo como lhe permite a lei” (TJMG, Ap. cível 1.0261.03.017492-2/001, rela. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, publ. 26.11.2004).

A boa-fé, ao menos no campo dos negócios, está relacionada ao desenvolvimento do mercado, pois “essa visão faz que a boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exsurto *objetivada*, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça)”, e sua garantia conduzirá à minimização dos riscos, com a conseqüente possibilidade de otimização dos resultados.¹⁹

Em última análise, o adequado reconhecimento da importância da boa-fé objetiva, pelo intérprete do contrato e da lei, mostrar-se-á um importante instrumento de preservação do mercado e da concorrência, sem a qual não existe a própria noção do primeiro, compatibilizando-se com um dos sentidos já comentados de “função social” do contrato.

3.4 “Função social” e a imprevisão

Outros precedentes tratam da *função social* relacionada à *teoria da imprevisão*, quando os contratantes recorrem ao Poder Judiciário na busca da alteração de cláusulas do contrato, ou até mesmo de sua desvinculação, invocando um desequilíbrio na relação jurídica.

Nestas hipóteses – relações jurídicas entre empresários –, as conclusões não podem estar amparadas nos mesmos princípios reconhecidos aos contratos de consumo, especialmente em razão da inexistência da hipossuficiência, que está na idéia primeira de defesa do consumidor.

Nos contratos de compra e venda de soja há julgados que refutam o intento de modificação de cláusulas previamente pactuadas e que se mostram comercialmente desinteressantes em razão da flutuação do preço do produto no mercado,²⁰ e outros

19. Paula A. Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro”, *RDM* 130/28.

20. “Apelação cível – Ação de rescisão contratual c/c antecipação de tutela – Sentença –

que admitem o rompimento do vínculo contratual, desobrigando-se a parte pelo mesmo motivo.²¹

Ausência de fundamentação incorrente – Julgamento antecipado da lide – Possibilidade – Preliminares rejeitadas – Reajuste de preço prefixado em contrato de compra e venda de soja – Onerosidade excessiva – Inocorrência. 1. Somente a sentença não fundamentada é nula. Não é nula a sentença com motivação sucinta ou deficiente. 2. Tratando-se de matéria unicamente de direito e havendo nos autos prova documental suficiente à análise da questão, correto e o julgamento antecipado da lide, pelo quê é de ser rejeitada a preliminar recursal de nulidade da sentença. 3. As modificações normais causadas pela oscilação do preço do produto na bolsa de mercadorias, em razão dos mais diversos fatores, não podem ser havidas como imprevistas por nenhuma das partes. Ao contrário disso, por ser um fato conhecido, que constantemente ocorre no mercado interno e externo, constitui a razão de o produtor contratar, antecipadamente, a venda da colheita futura de soja, estabelecendo margem razoável de lucro, através da prefixação do preço, garantindo-se contra variações abruptas que teriam insegurança à sua atividade produtiva. 4. Não comprovados motivos que ensejassem a teoria da imprevisão, que contrariassem o princípio da boa fé objetiva, que afrontassem o princípio da função social do contrato, que causassem lesão a um dos contratados, e nem a excessiva onerosidade para uma das partes, em detrimento do benefício da outra, é indevida a interferência do Poder Judiciário nas relações contratuais para a fixação de preço em operações de compra e venda de produtos agrícolas. 5. Deve ser mantido o valor arbitrado a título de honorários advocatícios se fixados de conformidade com o que estabelece o art. 20, § 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c', do CPC. Recurso conhecido e improvido" (TJGO, Ap. cível 87.084-0/188, rel. Des. Almeida Branco, publ. 22.7.2005).

Também do TJGO: "Civil – Processual civil – Preliminar – Nulidade de citação – Teoria da aparência – Eiva sanável – Efetivo prejuízo – Ausência – Contrato de compra e venda de soja – Teoria da imprevisão – Inaplicabilidade – Contrato aleatório de risco – Recurso adesivo – Honorários advocatícios – Retificação do *quantum* – Improcedência. 1. A citação recebida por funcionário da empresa que deixa de declarar a sua falta de competência para receber o ato citatório, no momento em que recebera a contrafé, não gera nulidade insanável do feito. *In casu*, presume-se que a pessoa jurídica fora chamada ao feito, aplicando a teoria da aparência, bem como o princípio da instrumentalidade das formas. Ademais, não houve efetivo prejuízo, já que os atos subsequentes (contestação) foram confeccionados a contento. 2. O contrato de compra e venda da produção de soja em grãos é um pacto aleatório, sendo o

A existência de condições fáticas que alterem de forma essencial a situação originária que motivou a contratação pode ensejar a modificação dos efeitos da vontade expressa nos contratos relativamente

risco seu elemento essencial, não prosperando a interpretação que desnature o seu objetivo. 3. A imprevisão consiste no desequilíbrio das prestações recíprocas que se venham a produzir nas convenções, por efeito de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, e que se revelam de tal maneira extraordinários, anormais, pelo quê não seria possível prevê-los. 4. Por outro lado, o risco de lucro ou prejuízo quando da entrega da produção é insito aos contraentes, pois, da mesma forma, se o preço estivesse aquém do estipulado, devido ao excesso de produção nacional ou internacional, o recorrente teria que arcar com a diferença, honrando o preço contratado. 5. Ademais, o contrato em questão cumpre a função social hoje legalmente exigida, consoante as disposições do art. 421 do novo CC, por conseguinte. 6. O recurso adesivo não prospera, porque os honorários advocatícios, no caso concreto, enquadram-se na hipótese descrita no § 4º do art. 20 do CPC, e não no § 3º do referido dispositivo. Demais disso, o critério utilizado na sentença baseou-se em valor equitativo, afastando a incidência do patamar compreendido entre 10 e 20%. Recursos conhecidos para prover o apelo, negando provimento ao pleito adesivo" (Ap. cível 84.603-0/188, rel. Des. Stenka I. Neto, publ. 17.5.2005).

21. "Apelação cível – Revisão de cláusulas contratuais com pedido de antecipação dos efeitos da tutela – Contrato de compra e venda – Soja – Alegação de desequilíbrio entre as partes – Preço preestabelecido – Entrega futura – Substantial elevação do preço – Prejuízo insuportável por parte do devedor – Revisão do reajuste – Possibilidade – *Pacta sunt servanda* – Função social – Boa-fé. 1. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato: os defeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. 2. O princípio *pacta sunt servanda* deve ser interpretado em consonância com a realidade sócio-econômica, de sorte a evitar desequilíbrio econômico entre os contratantes. 3. Em contrato de compra e venda de soja para entrega futura, acontecendo substancial aumento do preço do produto, não pode prevalecer a cláusula contratual entre as partes. 4. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé. Recurso conhecido e parcialmente provido" (TJGO, Ap. cível 77.487/188, rel. Des. Vítor Barboza Lenza, publ. 21.6.2005).

às partes, fato reconhecido e consagrado pela doutrina e jurisprudência por meio da *teoria da imprevisão*. Com relação à *função social do contrato*, pode-se entender que não cabe às partes invocá-la, pela absoluta falta de parâmetro prático que possibilite a opção que venha a ser tomada pelo intérprete para o reconhecimento da *função social* em relação a um indivíduo (o que prometera vender ou comprar) ou a um grupo de indivíduos (a classe dos vendedores ou a classe dos compradores), em detrimento do outro.

3.5 “Função social” do contrato e da empresa

A *função social do contrato* já foi coetizada pela jurisprudência com a *função social da empresa*.²²

Assim como a lógica se altera quando se está diante de um contrato de consumo e de um contrato entre empresas, ao se considerar a peculiaridade da situação do con-

22. “Habilitação de crédito – Falência – Impontualidade – Substituição dos encargos – Comissão de permanência – Taxa deixada ao arbítrio do credor – Caráter flutuante – Função social do contrato – Boa-fé objetiva – Abusividade – Impugnação – Litigiosidade – Honorários advocatícios – Cabimento – Precedentes do STJ. 1. É abusiva a cláusula que prevê, no caso de impontualidade, a substituição dos encargos, majorando-os pela incidência de comissão de permanência, posto onerar em demasia o devedor e promover o desequilíbrio contratual, máxime por deixar a sua fixação ao arbítrio do *accipiens*, pois o *solvens* inadimplente já se sujeita, além da correção originariamente prevista (TR + 2,75% ao mês), aos juros moratórios e multa contratual. A autonomia privada deve conter-se nos limites da função social do contrato, que não pode ser preterida por nenhuma convenção, pois revela preceito de ordem pública, exigindo a realidade o exercício da liberdade contratual com inspiração na probidade e boa-fé objetiva. 2. A litigiosidade operada pela impugnação à habilitação de crédito em processo falimentar, ensejando, inclusive, a realização de perícia contábil, impõe sujeição ao princípio da sucumbência, sendo devidos, em consequência, honorários advocatícios. Precedentes do STJ, entendimento predominante na 2ª Seção” (TJMG, Ap. cível 1002499153752-3/001, rel. Des. Nepomuceno Silva, publ. 19.8.2004).

sumidor frente à do fornecedor, também os contratos entre partes privadas e os empresariais (especialmente os de longa duração) não podem ser equiparados.

As relações não-continuadas – ou seja, as que se resolvem instantaneamente – produzem efeitos que estarão, via de regra, limitados à esfera de direito das partes; e, ainda que possam provocar efeitos também externos (por exemplo, a venda de uma área de preservação ambiental), não haverá uma repetição contínua do negócio. Já, empresas, quando negociam com seus fornecedores, o próprio contrato de constituição da sociedade e as relações com consumidores tendem a se repetir no tempo, alçando uma condição de produção de efeitos diferenciada, que deverá conduzir a uma interpretação também diferenciada.

Havendo um contrato firmado entre as partes que contém uma cláusula que acresce a possibilidade de dano para a continuidade do exercício da atividade da empresa de forma não-fundamentada, pode ser invocada a *função social* do contrato para fazer prevalecer a condição menos desfavorável para a empresa, com fundamento no interesse da coletividade em retardar ou minimizar as perdas que defluem da decretação de falência de uma empresa, ainda que houvesse uma cláusula dispondo em sentido diverso.²³

4. Contratos educacionais ou não-contrato?

Além da indagação quanto aos efeitos da vontade declarada quando do consentimento por ocasião da constituição do contrato, e sua potencial relativização, outro

23. É o que foi decidido no acórdão indicado na nota anterior. De outro precedente do mesmo TJMG extrai-se: “Tratando-se de falência, deve-se, sempre que possível, visar o princípio da conservação da empresa. Logo, o contrato deve ser examinado à luz do princípio mencionado e da sua função social”. Ap. civ. 1002402737740-7/001, rel. des. Caetano Levi Lopes, acórdão publicado dia 10/08/2004.

aspecto que merece atenção é a aceitação da existência de contratos cuja finalidade deixa de ser a compatibilização de interesses e a busca de sua harmonização, para se reconhecer neles apenas o papel auxiliar no estabelecimento de direitos e deveres fixados por apenas uma das partes.

Aqui, podem ser destacadas três categorias de contrato: o *obrigatório*, o de *adesão* cujo vínculo decorre de uma opção do contratante, o *misto*, ao qual adere o contratante mas cujo conteúdo é totalmente estabelecido em lei.

No *contrato obrigatório*, por exemplo, contrato de seguro obrigatório para veículos automotores, não há sequer a assinatura do instrumento contratual. Quando da renovação do licenciamento do veículo o valor é cobrado. As condições de contratação são previstas em lei, não havendo possibilidade, para o proprietário do bem, de escolha de com quem contratar nem das condições que serão estabelecidas no seguro. Observe-se que a existência de efetivação de um outro contrato, particular, não afasta a necessidade de vinculação do proprietário do automóvel a um contrato de seguro compulsório. Na verdade, pelo Seguro Obrigatório – DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres), no caso da ocorrência de acidente com vítima, qualquer pessoa poderá reivindicar o pagamento da cobertura, que abrange danos materiais e reembolso de despesas médicas. Os terceiros são indeterminados, e a seguradora contratada também. Para fazer valer seu direito, o ofendido deverá recorrer, ou seu beneficiário – no caso de morte –, a uma das seguradoras credenciadas.

Em face das peculiaridades, inclusive inexistência das tradicionais figuras do contratante e contratado quando do pagamento do valor, o “contrato” assemelha-se mais ao pagamento de uma taxa que a um contrato – a taxa é paga para se obter a prestação de um serviço de ressarcimento nas condições estabelecidas pela lei.

O *contrato de adesão*, normalmente associado à relação de consumo, é essencialmente disciplinado pela lei própria, porém os direitos e deveres que são nele estabelecidos são fixados pelo fornecedor – tendo-se como limite na fixação de seu conteúdo a disciplina normativa aplicável. Como é sabido, nos contratos de adesão a liberdade na fixação do conteúdo do contrato, entendida como liberdade de contratante e contratado, é parcialmente afastada, pois “não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”. Alguns autores negam ao contrato de adesão “a natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes, a qual apenas se submete às imposições da outra”.²⁴ Mas, ainda que a extensão da vontade de um dos contratantes seja limitada, é comum admitir-se que a mesma se expressa quando da aceitação das condições estabelecidas pelo fornecedor; por outro lado, o conteúdo do vínculo, conforme já mencionado, será estabelecido pelo fornecedor, respaldado na lei aplicável, com margens para sua adaptação ao interesse do fornecedor no intuito de arremeter consumidores.

Ainda, o contrato aqui chamado de *misto*, assim como o de adesão, está submetido a uma aceitação das partes; não decorre, como o seguro, do pagamento de um valor obrigatório, porém os direitos e deveres nele expressos não serão criados pelas partes, mas irão decorrer de lei – neste aspecto, assemelhando-se ao seguro obrigatório. Há um exemplo interessante desta modalidade contratual na literatura francesa, na forma do *PARE/Plan d'Aide au Retour à l'Emploi*, assinado por desempregados e a instituição responsável pelo seguro-desemprego, ASSEDIC.

24. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 72-73.

Judith Rochfeld relata que o interessado no seguro-desemprego e também em contar com os serviços de recolocação oferecidos firma com a ASSEDIC um contrato no qual estão estabelecidas as condições e os deveres de ambas as partes, tudo em conformidade com a legislação de seguro social vigente na França. Uma questão foi levada aos Tribunais Franceses quanto ao caráter contratual, ou não, do documento firmado pelas partes, quando a legislação foi alterada e houve uma tentativa de minoração do prazo de pagamento do seguro-desemprego não apenas para os novos aderentes, mas também para os contratos em andamento. Houve entendimento no sentido de não se tratar exatamente de um contrato comum, mas de um contrato de caráter pedagógico, cuja única finalidade estaria em levar ao conhecimento do aderente as condições de adesão ao programa de seguro-desemprego, e não no estabelecimento de um vínculo de natureza obrigacional, podendo as condições da prestação do seguro ser modificadas posteriormente. No entanto – e este é o entendimento comentado pela autora –, também houve jurisprudência reconhecendo o caráter contratual e não admitindo a modificação das condições nele estabelecidas, conduzindo à conclusão que “sa nécessaire contractualisation pourrait apparaître comme le symptôme de la complexification et de l’affaiblissement du droit, et l’émergence du contrat pédagogique como l’outil par lequel la loi, dont les caracteres d’accessibilité, de lisibilité et de force contraignante auraient diminué, serait traduite en un langage plus compréhensible comme construit sur des vocables d’intérêts privés”, fazendo com que o contrato pudesse estender seu campo, veiculando uma vontade de um tipo novo, que leva em consideração uma situação de troca imediata e já existente.²⁵ Representa

25. Judith Rochfeld, *Revue des Contrats (RDC)* 2005-2/258-261. Tradução livre do texto citado, p. 261: “Sua necessária contratualização poderia aparecer como sintoma de sua complexificação e de enfraquecimento do Direito, e o aparecimento do con-

uma aceitação de um contrato que não pode ser tomado exclusivamente como de caráter pedagógico, mas que ostenta características peculiares, em razão do pré-estabelecimento de seus termos e do fato de a condição de desempregado e direito ao recurso à ASSEDIC serem anteriores à assinatura do contrato.

Historicamente, o contrato também foi utilizado em sistemas que implementaram a economia pública, pois, “não obstante pertencerem ao Estado os órgãos de produção, adotava-se o contrato como fator psicológico e moral”.²⁶

Destaque-se a conclusão da autora francesa: nestes contratos pedagógicos, quanto à sua origem no enfraquecimento do Direito e na complexidade da lei, aceitar que transformar a Lei em contrato pode tornar o conhecimento dos direitos e deveres mais claro para o interessado significa traduzir o Direito por meio da expressão dos interesses privados. Mas transformar a lei em contrato trará consigo também o que melhor caracteriza a utilização do contrato: a busca do estabelecimento de uma situação de estabilidade jurídica – o que se verifica na jurisprudência francesa que manteve as condições do contrato mesmo diante da modificação da regulamentação.

5. Função social e serviço público: a relativização do papel do Estado

É mais corrente encontrar-se menção à função social do contrato adicionada a

trato pedagógico como uma utilidade pela qual a lei, cuja característica de acessibilidade, de clareza e de força coercitiva teria diminuído, seria traduzida numa linguagem mais compreensível ao ser construída a partir de vocábulos de interesses privados”.

26. Caio Mario da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, cit., 11ª ed., p. 11), ao fazer referência à extinta URSS, acrescentando: “Quando a mina de carvão contratava com a usina siderúrgica, e esta com a fábrica de vagões, todas sabiam que tinham de cumprir os itens impostos pela lei que aprovara o plano quinquenal. Mas assim mesmo contratavam, como que para se sentirem diretamente vinculadas, empenhando sua palavra no sentido da realização daqueles objetivos”.

outros conceitos já consagrados pelo Direito (como “boa-fé”), expressamente vinculada a dispositivos legais que conduzem à nulidade ou ineficácia de determinado ato (v.g., contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor), ou associada aos serviços públicos (não-interrupção do fornecimento de energia ou água, planos de saúde ou transporte).

Também aqui, ao que parece, não há um papel especialmente reservado à invocação da função social do contrato, uma vez que a atividade que se pretende realizada e que para tanto motiva a assinatura de um contrato é serviço público – e, portanto, ainda que eventualmente oferecida por empresas privadas, concessionárias de serviço público, é dotada de características peculiares que lhe conferem a condição de serviço público.

Uma atividade ostentar condição de serviço público sem dúvida revela uma opção do legislador, além de responder a demandas que se modificam no tempo e no espaço. A caracterização do serviço público reveste-se de essencialidade e está sujeita ao princípio da continuidade.

Serviço público pode ser conceituado como “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.²⁷

Quando, então, se está fazendo referência a serviço público e situações que podem atingir seu usuário, não há necessidade de se buscar a chave interpretativa na noção de “função social do contrato”, pois a mesma decorre da natureza do objeto da contratação.²⁸

Deslocar o foco das atenções da natureza do objeto do contrato (serviço público) para a função social do contrato (no caso concreto) pode ter por efeito o reconhecimento do afastamento do Estado de suas atribuições, de agente fundamental na busca do estabelecimento da sociedade que se desenha a partir dos princípios constitucionais e que tem no serviço público um meio de ação. Atente-se para o risco de, com base na função social do contrato, inadmitir, por exemplo, a cessação do fornecimento de um dado serviço para o inadimplente, esquecendo-se de que o mesmo direito (de receber o serviço essencial) também poderia ser reconhecido ao que nem ao menos tem acesso ao serviço, ou que a socialização da inadimplência de alguns pode acarretar o aumento de custos para outros, ou, ainda, o retardamento numa política de expansão de oferta.

Tal interpretação mais uma vez aponta para o enfraquecimento não só do papel do Estado como, também, da noção de sujeito de direito, pois quem contrata é o consumidor, é aquele que tem acesso, no mínimo parcial, ao mercado, relegando-se a um completo limbo de proteção o sujeito não-consumidor – o que não tem acesso ao mercado.

Situação semelhante pode ser extraída de uma hipotética recusa de contratar de um fornecedor de seguro com lastro no risco associado a um determinado consumidor – por exemplo, proprietário de veículos automotores mais visados por assaltantes, ou no oferecimento de seguro para usuários de caixas-eletrônicas. Na hipótese da negativa, ainda que a seguradora se veja potencialmente obrigada a oferecer o acesso ao seguro ao proprietário, com base na *função social* do contrato, o problema da segurança urbana não estará nem de longe resolvido. Quanto ao oferecimento de contrato instantâneo de seguro nos caixas-automáticos, a aceitação da proposta e a impossibilidade de recusa do fornecimento da proteção, com base na *função social* do contrato, também em nada contribuem para a segurança pública, dever do Estado.

27. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 478.

28. Em sentido diverso, Cláudio Luiz Bueno Godoy (*Função Social do Contrato*, cit., pp. 161 e 173 e ss.) identifica em contratos relacionados a transporte e saúde interpretações lastreadas no conceito de *função social*.

Portanto, ainda que cômodo e socialmente conveniente, a noção de “função social do contrato” não pode servir à relativização do papel do Estado, e nem ocultar o enfrentamento relacionado à prestação de serviço público.

6. Observações finais

A relativização da força vinculante do contrato, a substituição da vontade expressa pela vontade desejada e a ineficácia fundamentadas no conceito de *função social* devem ser consideradas de forma crítica e restritiva.

Desde quando, bem antes do Código Civil de 2002, já se falava em “função social”, às vezes vista como associada à prática da atividade empresarial, nasce uma inquietação quanto à extensão que se pode dar à locução.²⁹

Já houve quem alertasse para os riscos da transferência dos deveres do Estado para a organização privada, como Comparato, num clássico artigo publicado em 1996, optando por, num primeiro momento, recusar que se atribuísse à empresa o exercício de uma *função social* que fosse além da produção de empregos.³⁰ Ou, ainda, a aceitação da sua caracterização, desde que definida em lei, e não de forma genérica.³¹

Com o Código Civil de 2002 a questão ganha ares renovados, uma vez que a função, no campo das relações obrigacionais, sai da alçada específica das empresas, para buscar sua identidade em todos os contratos.

Relativamente à prática da atividade empresarial, o exercício da *função social*

da empresa encontra um sem-número de justificativas, seja na possibilidade de o empresário lucrar pelo exercício da atividade, e de este lucro dever estar centrado não na mais-valia em relação aos elementos que foram por ele organizados em benefício da atividade produtiva, mas um lucro respaldado no ganho social decorrente da mencionada prática, seja como decorrência da perda social que pode decorrer da utilização dos recursos naturais e sociais.³²

Trazer a noção de “função” para os contratos em geral – ou seja, a funcionalização dos contratos – representa, por um lado, uma socialização das demandas coletivas, uma consagração da solidariedade social, uma busca do estabelecimento de uma sociedade digna, afinando-se, portanto, com discursos mais engajados e politicamente corretos; por outro lado, pode estar acompanhado de sérios riscos.

Vale dizer: substituir-se a manifestação da vontade do particular ou enfraquecê-la com vistas a adequar a vontade das partes à vontade social pode, ao contrário do que parece, trazer mais prejuízos que vantagens para a coletividade, salvo em situações muito específicas. Daí decorrem as seguintes observações:

6.1 Enfraquecimento do contrato – não-contrato. Não se pode acreditar na viabilidade de reconhecer a força vinculante e demais características milenarmente associadas aos contratos como estando à mercê do aplicador ou intérprete da norma. As limitações dos direitos do indivíduo devem ser estabelecidas pelo meio adequado, ou seja, pelo ordenamento jurídico. No campo negocial o também constitucional princípio da liberdade de iniciativa não pode ser aniquilado em nome do cumprimento

29. A Lei das S/A – Lei 6.404/1976 – já definia, entre outros, no art. 116, parágrafo único, a conduta de seu controlador como sendo condicionada ao exercício da função social da empresa.

30. Fábio Konder Comparato, “Estado, empresa e função social”, *RT* 732/38 e ss., outubro/1996.

31. Observar a posição de Francesco Galgano, *Diritto Commerciale: l’Imprenditore*, 5ª ed., Bologna, Zanichelli, 1996, especialmente p. 105.

32. Entre outros trabalhos, v. Fernando N. Boiteux, “A função social da empresa e o novo Código Civil”, *RDM* 125/48-57, e Paulo Roberto Colombo Colombi e Taís Cristina de Camargo Michelin, “Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada”, *RDM* 117/157-162.

de tarefas que não são exclusivamente dos agentes privados e que não estejam definidas pela ordem jurídica. Não se está, evidentemente, negando a conveniência da implementação de princípios como os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, mas fazendo-se notar que há o campo reservado à lei (e daí a proteção do consumidor, o reconhecimento de determinados efeitos para atos nulos, o estabelecimento de limitações à liberdade de contratar relacionada à saúde etc.) e o campo reservado ao contrato. Não se deve utilizar o contrato quando não há contrato (exemplo do contrato de recolocação de mão-de-obra, caso a jurisprudência francesa não reconhecesse sua natureza contratual e o declarasse uma modalidade de contrato educacional), perdendo-se de vista seu poder vinculante e de estabilização das relações jurídicas. O contrato tem a vocação de funcionar como elemento de estabilização das relações, e a ruptura desta lógica somente estará justificada em hipóteses excepcionais, preferencialmente sujeitas a uma normatização específica, não devendo o interprete valer-se da *função social* como elemento pacificador de litígios individuais, invocando uma pretensa *função social* do contrato, no caso concreto, para ocultar um ajuste casuístico da relação jurídica; a menos que o resultado da solução a ser dada ao caso concreto possa contribuir para a preservação de um direito social como a preservação do mercado ou do meio ambiente.³³

6.2 Desaceleração das relações jurídicas. A crise da noção e do papel do contrato pode se fazer acompanhar do estabelecimento de uma lacuna na oferta de meios acolhidos pelo Direito e que sirvam para harmonizar interesses contrapostos decorrentes da oferta e da procura por bens e serviços. Em suma, não há nada melhor que o contrato para motivar o estabelecimento

de vínculos, especialmente aqueles de caráter contínuo e que operem com perspectiva de direitos futuros (v.g., crédito), base da economia contemporânea. Relativizar seu poder vinculante, enfraquecendo os efeitos do consentimento dado, caminhará junto à desaceleração das relações jurídicas. No campo negocial a relação entre risco e lucro não deve ser revista sob a ótica da *função social*, como regra, sob pena de se produzir o indesejável resultado comentado.³⁴

6.3 Substituição do papel do Estado. A funcionalização das relações privadas é casuística demais para servir de substituto à atuação do Estado, ou até mesmo para conduzir ao seu enfraquecimento ou substituição parcial. O sujeito que participa da relação contratual e que pode ostentar também a condição de consumidor é um sujeito patrimonializado em maior ou menor grau. O sujeito que contesta a relação contratual a que se vinculou ou à qual quer se vincular já é um sujeito dotado de prerrogativas especiais: acesso ao conhecimento e acesso ao Judiciário. O reconhecimento da ineficácia da vontade de um dos contratantes, com base na *função social*, não irá colaborar para o desenvolvimento social. O foco das atenções no que se refere ao cumprimento das determinações constitucionais relacionadas aos direitos sociais não pode migrar das funções do Estado para a função social dos institutos privados, que devem servir apenas de instrumentos auxiliares. Em última análise, o sujeito destituído de recursos ou conhecimento não terá a oportunidade de ver para si direcionada uma interpretação lastreada na *função social* do contrato – diante do não-acesso ao contrato ou ao conhecimento –, restando-lhe apenas o apoio estatal no processo de redistribuição de riquezas. Portanto, mais que a declaração da proteção do contratante

33. Na linha desenvolvida por Calixto Salomão Filho, "Função social do contrato: primeiras anotações", cit., *RDM* 132.

34. Na linha desenvolvida por Paula Forgioni, "A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro", cit., *RDM* 130.

te contra o fornecedor que se recusa a contratar (exemplo do seguro) motivada na função social do contrato, v.g., espera-se uma melhoria nas condições de segurança ofertadas pelo Estado.

6.4 Existência de previsão na ordem jurídica – lei, Judiciário e princípios. “Função social” não deve ser invocada quando a ordem jurídica já consagra o efeito pretendido de forma expressa, sob pena de uso fortuito de expressão sem aplicabilidade expressa na situação discutida (v.g., teoria da aparência nas relações negociais; nulidade de cláusulas estabelecidas em leis de defesa do consumidor; teoria da imprevisão). Por outro lado, o Poder Legislativo, como expressão do sistema democrático e da função de representatividade, pode estabelecer aprioristicamente normas e restrições que contribuam para a busca do estabelecimento do equilíbrio nas relações contratuais, quando o equilíbrio não puder decorrer da própria relação jurídica e do mercado. Pelo fato de a lei ser anterior ao fato e da extensão dos seus efeitos, o risco de enfraquecimento da segurança jurídica das relações é minimizado. Já, o Poder Ju-

dicário terá a *função social* como instrumento de interpretação para hipóteses que não encontrem soluções na ordem jurídica, e desde que considere as vantagens e desvantagem do afastamento da força vinculante do contrato, o impacto social de tal decisão, e desde que o interesse a ser preservado seja efetivamente social.

6.5 Limitação no seu conteúdo para que possa ser efetivamente utilizado e útil para a sociedade. Paradoxalmente, o princípio da *função social* do contrato somente irá adquirir uma feição própria, dotando-se de efetividade o art. 421 do CC, quando a doutrina e a jurisprudência se julgarem aptas a delimitar seu conteúdo (doutrina) e utilização (jurisprudência) de forma dissociada a outros princípios ou determinações legislativas e de forma a contribuir com a busca da dignidade da pessoa humana e do solidarismo acessíveis a todo sujeito, e não apenas ao patrimonializado; ou seja, se presente a defesa de interesses externos aos contratantes e suficientemente relevantes a ponto de justificar o enfraquecimento de outros paradigmas do Direito contemporâneo.