

Breves Reflexões sobre o Princípio da Função Social

Rodolfo Pamplona Filho¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Algumas Palavras sobre a Função Social da Propriedade. 3. Função Social do Contrato. 3.1. Buscando uma Delimitação Conceitual. 3.2. A Função Social do Contrato no Código Civil de 1916: Análise da Omissão Legislativa. 3.3. Função Social do Contrato no Código de 2002: análise do art. 421. 3.4. A Função Social do Contrato e os Defeitos do Negócio Jurídico. 4. E nossa conversa termina aqui?

1. Introdução

Como decorrência de uma mudança de paradigma para o estudo dos institutos jurídicos, supera-se o modelo tradicional de ensino, aprendizado e conscientização de direitos como estruturas estanques para se buscar a sua contextualização social, em um fenômeno que tem sido identificado como de funcionalização de direitos.

Daí, fala-se na existência de uma função social de institutos jurídicos, consectário natural do princípio da socialidade que MIGUEL REALE elegeu como um dos componentes da tríade principiológica do Código Civil brasileiro de 2002, juntamente com a eticidade e operabilidade.

Mas em que consiste mesmo o tema da função social?

É o que se pretende esclarecer nestas breves linhas.

2. Algumas Palavras sobre a Função Social da Propriedade.

Parece-nos sintomática e emblemático lembrar que, quando se inseriu na Constituição Federal de 1988, a ideia de função social da propriedade, muitas trombetas do apocalipse bradaram afirmando que se tratava de uma rendição dos constitucionalistas ao pensamento comunista.

¹ Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da UNIFACS – Universidade Salvador. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador de Cursos de Especialização da Faculdade Baiana de Direito e de Cursos de Especialização *on-line* da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS Cursos *on-line*. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster en Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro e Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC, do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

“Perdão, Senhor, eles não sabem o que dizem...”

Decorrência da elevação constitucional da função social da propriedade, um novo paradigma de funcionalização de todos os direitos reais e da própria posse fora consagrado em nosso sistema.

Mas no que consiste a função social dos direitos reais?

Parece-nos que a resposta deve ser sempre relacional, no sentido de que todo exercício de um direito real (em verdade, de qualquer direito) não poderá descurar da preocupação com os reflexos potenciais para a sociedade.

É preciso compreender que a expressão “**função social**” implica um conceito evidentemente aberto e indeterminado, o que impossibilita uma delimitação *apriorística*.

De fato, a função social de um instituto jurídico somente pode ser compreendida a partir da relação com a sociedade e o meio em que está inserida.

Observe-se como tal alteridade pode ser manifestar.

Quando alguém se torna proprietário ou possuidor de uma jóia ou de um terreno, este fato, por si só, não permite visualizar a função social.

Todavia, quando se discute o respaldo da tributação correspondente ou a possibilidade de desapropriação de tal bem, a função social salta aos olhos como a fundamentação mais adequada para a atuação no caso concreto.

É claro que, no exercício do mais completo dos direitos reais, que é a propriedade, é mais relevante e visível a função social, até mesmo por seu fundamento histórico.

De fato, historicamente, atribui-se a LEON DUGUIT a maior influência e inspiração da produção doutrinária e legislativa brasileira acerca da teoria da função social da propriedade². Sua concepção de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir, devendo o proprietário se comportar e ser considerado, em relação a seus bens, como alguém que realiza uma função é fundamental para a compreensão do tema. Nessa linha, confira-se o seguinte texto, trazido à tona por ORLANDO GOMES:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a

² Para um aprofundamento sobre o tema, confira-se o belíssimo artigo de MALDANER, Alisson Thiago; e AZEVEDO, Fatima Gabriela Soares de. León Duguit e a Função Social da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro – uma abordagem crítica na perspectiva da História do Direito. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y7512/pwYDAX1whP0Pqf36.pdf>>, acesso em 15.fev.2018.

interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.³

Assim, temos que a funcionalização da propriedade traz conformação e limites ao seu exercício, uma vez que a expressão *função* sobrepõe-se à tradicional ideia de estrutura com que se vislumbrava normalmente os institutos jurídicos.

Ao refletir sobre o tema, aponta GUSTAVO TEPEDINO:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (...) Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.⁴

Na também histórica lição de ORLANDO GOMES:

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito

³ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 3 apud GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. "Contornos Constitucionais da Propriedade Privada" in DIREITO, Carlos Menezes (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321-322.

individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não-proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política das limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis. A concepção finalista apanha a propriedade rural, em primeiro lugar, porque a terra era até poucos tempos atrás o bem de produção por excelência e a empresa, que é o seu objeto na propriedade produtiva da sociedade industrial, bem como, embora sem a mesma eficácia, os valores imobiliários. Não se trata de uma posição apriorística, mas sim de uma posição de rigor lógico com ‘o conceito de função social que polariza a propriedade para a realização de finalidades ou objetivos sociais’. Não me parece, com efeito, como entende Barcelona, que a função social da propriedade se resolva em uma atribuição de competência ao legislador para intervir na relação entre o sujeito e o objeto do direito real e na qualificação das causas que justificam a intervenção. Essa política intervencionista compreende técnicas que encontram apoio na necessidade de defender os chamados interesses difusos, como é o caso da proteção ao ambiente, ou de restringir certas faculdades do domínio até o ponto de desagregá-las, como já aconteceu, em algumas legislações, com o direito de construir. Essas técnicas também são aspectos da modernização do direito de propriedade, mas aspectos distintos de sua concepção finalística, limitações, vínculos, ônus comprimem a propriedade porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres em situação passiva característica.⁵

⁵ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

É preciso entender que tal diretriz encontrou ampla guarida no Direito Brasileiro.

De fato, estabelece a Constituição Federal de 1988 no Título II (“*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”), em seu Capítulo I (“*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”):

“art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”

Da mesma forma, estabelecem os arts. 173, 182 e 184 a 186 da nossa Carta Constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de

prestação de serviços, dispondo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

(...)

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

(...)

CAPÍTULO III DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo

sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Constata-se, portanto, de maneira expressa, a preocupação constitucional com a função social do direito de propriedade, diante do seu inafastável conteúdo político, erigido à condição de direito fundamental na Constituição da República.

De fato, a funcionalização dos direitos é uma tendência inexorável da ciência jurídica da contemporaneidade.

E se há um instituto jurídico em que a função social ganha maior destaque, este é o direito de propriedade.

Com previsão constitucional expressa e específica (art. 5º, XXIII, CF/1988), a ideia de que **“a propriedade atenderá a sua função social”** é uma premissa inarredável do ordenamento jurídico brasileiro.

Se, no passado, havia quem se assustasse com tal menção, atribuindo-lhe uma perspectiva de sucumbência ao “medo do perigo vermelho”, o fato é que a visão atual da propriedade não pode prescindir da concepção social.

E não é de agora.

Historicamente, já observou ORLANDO GOMES:

A margem da consolidação da idéia nesses regimes políticos teve o respaldo da doutrina da Igreja no pensamento de Jacques Maritain, na doutrina personalista de Emmanuel Mounier e em encíclicas que precederam à Mater et Magistra. Qualquer que tenha sido, no campo dessas influências, o impulso para a cristalização jurídica da idéia de função social, sua sobrevivência e difusão nos regimes pluralistas do pós-guerra explicam a sua força e sua “finalidade racional”. Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialístóides levianos ou contrabandistas de idéias.

Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia, pois “mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística”. É que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do fato de poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com maior desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando⁶

Trata-se, portanto, de uma inequívoca característica do sistema capitalista da atualidade o respeito à função social, como forma de legitimação do próprio direito de propriedade.

Assim, socializando-se a propriedade, tornou-se inevitável que outros importantes e matriciais institutos jurídicos experimentassem, em maior ou menor escala, o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não houvesse se dado de forma imediata.

No próximo tópico, falemos sobre a função social do contrato.

3. Função Social do Contrato.

A socialização da idéia de contrato não é idéia nova.

A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a **função social do contrato** ganhou contornos mais específicos.

Registre-se, nesse ponto, a arguta observação da magistral GISELDA HIRONAKA a respeito da intelecção da palavra “social”:

⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126/127.

*“Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada ‘doutrina da função social’”.*⁷

Já vimos, em capítulo anterior⁸, que o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito.

Ora, ao constatar o inafastável conteúdo político da propriedade, erigida à condição de direito fundamental na Carta da República⁹, é forçoso convir que as modificações no seu trato ideológico refletir-se-iam na seara contratual.

A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo *oitocentista* de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual.

Com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não houvesse se dado de forma imediata.

3.1. Buscando uma Delimitação Conceitual

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito Civil - Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pág. 105.

⁸ Cf. Capítulo I (“Introdução à Disciplina Jurídica dos Contratos”).

⁹ Constituição Federal de 1988: “art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”

Devemos, de logo, ressaltar que a **função social do contrato** traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de se delimitar *aprioristicamente*.

HUMBERTO THEODORO JR., citando o competente professor curitibano PAULO NALIN, na busca por delimitar as suas bases de intelecção, lembra-nos, com acerto, que a função social manifestar-se-ia em dois níveis¹⁰:

- a) intrínseco – o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;
- b) extrínseco – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado.

De fato, é perfeitamente adequada a sistematização e o trato ideológico da função social do contrato, segundo a doutrina de NALIN¹¹.

Sem pretender exaurirmos esforços na hercúlea tarefa de definir, a função social do contrato poderá, por outro lado, ser **delimitada** no espaço jurídico de atuação em que se projeta.

Em um primeiro plano, a socialização da idéia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.

Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à clausula de boa-fé objetiva, a ser estudada no próximo capítulo.

E nessa perspectiva, temos que a relação contratual deverá compreender, não apenas os **deveres jurídicos gerais** e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os **deveres anexos ou colaterais** que derivam desse esforço socializante.

Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos *deveres de informação*,

¹⁰ THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 43.

¹¹ Confira-se sua excelente obra: NALIN, Paulo Roberto. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

confidencialidade, assistência, lealdade etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de **proteção da dignidade da pessoa humana**.

Em um segundo plano, o contrato é considerado como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

Isso mesmo: desenvolvimento social.

Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo como que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado.

Por isso, ao concebermos a figura do contrato – quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública – não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Consoante inferimos linhas acima, como cancelar como válido, por exemplo, um negócio que, posto atenda aos seus pressupostos formais de validade, desrespeite leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas?

Na mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre iniciativa.

Nessa mesma linha de intelecção, é o pensamento de EDUARDO SENS DOS SANTOS:

*“...o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo”.*¹²

¹² SANTOS, Eduardo Sens. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*, in Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10. São Paulo: RT, Abril-Junho de 2002, pág. 29.

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da *autonomia da vontade* (ou *autonomia privada*) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.

Como já diziam os antigos, em conhecido ditado, “*nem tanto ao mar, nem tanto à terra*”, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratantes não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para nós, a **função social do contrato** é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

“*A autonomia da vontade*”, pontifica JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “*marca registrada da teoria contratual do século XIX, gera ou é gerada por uma concepção de direito como expressão de faculdades individuais, entre elas a vontade de um soberano, e à noção de poder como capacidade de imposição da própria vontade, vontade que obriga*”.¹³

Essa correção de rumos, portanto, humaniza a idéia de contrato, rendendo ensejo a que se banisse de vez de nosso sistema o péssimo hábito de se encarar o contrato como uma *rede de caça*, em que o forte subjuga o fraco, utilizando, sobretudo, a técnica covarde da imposição de *cláusulas leoninas*.¹⁴

De tudo o que dissemos até aqui, já se pode verificar que o Direito Contratual brasileiro passou, mormente após a edição de nossa Constituição de 1988, por um inegável processo de socialização, ou, por que não dizer, de “democratização jurídica”.

Em verdade, garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 400.

¹⁴ Exemplo de lei que traduz essa nova mentalidade socializante é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078 de 1990).

trabalhistas, à proteção da ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio de **proteção à dignidade da pessoa humana**, remetem-nos à idéia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento, poderão, posteriormente, virem a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior.

Nessa mesma linha, a socialização do contrato, devidamente amparada no sistema constitucional e consagrada expressamente pelo art. 421 do Código Civil não poderia, em nosso entender, sofrer ulterior constrição ou violência por parte de outra lei ordinária, sob pena de flagrante **inconstitucionalidade**.

A essa conclusão chegamos, uma vez que, ao ferir esse princípio, os direitos e as garantias acima mencionados também restariam vulnerados.

Nesse passo, lembramo-nos do que o magistral J. J. GOMES CANOTILHO denominou de **princípio da vedação ao retrocesso ou do não retrocesso social**:

“Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo.”

E mais adiante arremata:

*“O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alcançadas”.*¹⁵

Embora concebido, segundo esse trecho do pensamento do ilustre constitucionalista, para ser aplicado sobretudo em defesa dos direitos sociais, nada impede que transplantemos o **princípio do não retrocesso social** para o âmbito do direito contratual, uma vez que, segundo a perspectiva constitucional pela qual estudamos esse último, a violação da função social do contrato traduzir-se-ia, sem dúvida, em inegável retrocesso em nossa nova ordem jurídica.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 1998, págs. 322 e 323.

3.2. A Função Social do Contrato no Código Civil de 1916: Análise da Omissão Legislativa

Não por simples razão histórica, o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade.

Quando da elaboração do seu projeto (1899) - fruto do empenho de CLÓVIS BEVILÁQUA, com inegável influência do esforço dos juristas que o antecederam, com destaque para TEIXEIRA DE FREITAS – vivia-se em uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém-ingressa na República.¹⁶

Todos esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, por conseqüência, do contrato.

Com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o *crédito e a propriedade*, mantendo ainda, a todo o custo, a *estabilidade da família casamentária*, pouco importando a dignidade do devedor ou o reconhecimento do filho bastardo.

Embora não possamos negar a sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então.

Aliás, se fizermos uma detida análise do pensamento filosófico do grande BEVILÁQUA, elaborador do projeto do Código de 1916, poderemos detectar nítida **vocação positivista**, com acentuados matizes de **materialismo existencial**:

“Resta, pois, por exclusão, a necessidade de acreditarmos numa causa externa para as nossas sensações. E esta causa, se ainda fugirmos à providência, ao espírito soberano (governing spirit), de Berkeley, há de ser forçosamente a matéria”.¹⁷ (grifamos)

¹⁶ Sobre a história da codificação brasileira, confira-se o Capítulo II (“A Codificação do Direito Civil”) do Vol. I (“Parte Geral”) desta coleção.

¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Filosofia Geral*. São Paulo: EDUSP-GRIJALBO, pág. 112. Em pesquisa preparatória de exposição oral no Curso de Mestrado da PUC/SP, na disciplina Filosofia do Direito, dirigida pelo culto Prof. Dr. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, PABLO STOLZE GAGLIANO realizou estudo do pensamento filosófico do grande CLÓVIS BEVILÁQUA, observando, em sua doutrina positivista, acentuados traços cientificistas, senão darwinianos, com inequívoca aversão à metafísica. Alguns trechos do livro estudado

E foi somente a partir do primeiro quarto do século XX, como já vimos, que o Estado Liberal cederia lugar ao Estado Social, refletindo-se esse processo político na ordem jurídica mundial.

No Brasil, entretanto, após vivermos os negros anos da ditadura, esse reflexo só viria a ser sentido mais tarde, com o processo político de redemocratização e a implantação efetiva, no plano constitucional, do Estado de Direito.

Isso mesmo.

Por incrível que possa parecer, a nossa legislação contratual – e civil em geral – somente se aperfeiçoou, alinhando-se aos sistemas mais avançados do mundo ocidental -, após a entrada em vigor da atual Constituição Republicana. Com ela, valores de elevação da pessoa humana, além de princípios norteadores de um planejamento econômico sustentado, fariam com que a nossa legislação ordinária, sob muitos aspectos obsoleta, viesse a ser repensada e reconstruída.

Comprovando esse fato, veja o nosso amigo leitor quantas leis – reputadas avançadas – foram editadas após a Magna Carta de 1988: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), as Leis de Proteção à Ordem Econômica (Leis nº. 8.137/90, 8.176/91 e 8.884/94, entre outras), a Lei Punitiva de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), a Lei de Crimes Ambientais ([Lei nº 9.605/98](#)), a Lei do Bem de Família (Lei n. 8009/90) etc.

Tudo isso a demonstrar a veracidade do que dissemos: a abertura do nosso horizonte ideológico na perspectiva civil deu-se, efetivamente, após a Constituição de 1988.

Entretanto, um ponto deve ser ressaltado.

Se, em nossa sociedade, a *cultura de respeito à Constituição* fosse mais valorizada e incentivada, talvez não precisássemos de tantas leis, medidas provisórias, decretos ou regulamentos, os quais, muitas vezes, explicitam simplesmente o **óbvio**.

merecem referência, como este em que afirma (injustificadamente, em nosso sentir) que nosso povo, pelas próprias condições étnicas, climáticas, geográficas e econômicas, é vocacionado à moleza e à inaptidão científica: “*As condições étnicas fazem com que nós só possamos valer alguma coisa pela pujança de nossa lírica; as condições econômicas mal nos permitem esse respiradouro. Conseqüência – nulidade científica (pág. 36)*”. E adiante, comentando a necessidade de se valorizar a investigação científica, adverte: “*e não é pequeno serviço esse, para um povo a que o clima prodigalizou indolência e moleza (pág. 42)*”. Finalmente, antes que o nosso leitor decepcione-se de vez com o renomado autor, observamos que o mesmo não perdeu de vez a esperança em nossa força, quando profetiza: “*Alicerce para uma grande nação nós possuímos, vê-se, o que nos falta, é energia no povo para arrear de seu caminho os homens que tudo sacrificam a seus interesses pessoais, e ao governo perspicácia para compreender as necessidades do país e seus elementos de vida (pág. 33)*”.

E o óbvio é aquilo que já estava na Magna Carta, embora a miopia intelectual dos aplicadores do direito – alimentada muitas vezes por poderosas forças políticas ou econômicas – negasse a reconhecer.

Vivemos, no Brasil, em larga escala – e aqui tomaremos de empréstimo uma expressão amplamente difundida entre os penalistas¹⁸ – um verdadeiro **Direito Civil Simbólico**.

Para cada questão que se afigure relevante, o Estado apressa-se em aprovar uma lei ou – pior – uma medida provisória, para, simplesmente, “arrefecer” os ânimos sociais acerca de determinada matéria, quando, em verdade, se tivéssemos cuidado de aplicar com **efetividade** a nossa Carta Constitucional, tal preocupação legislferante restaria desnecessária.

Um exemplo do que dissemos é a própria entrada em vigor do novo Código Civil.

Sem minimizarmos o alto quilate intelectual da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil – coordenada pelo culto MIGUEL REALE -, o fato é que, dentro da tendência *descentralizadora* do Direito Civil mundial, mais razoável seria esperar do legislador que cuidasse de modernizar setorialmente o nosso sistema – como tem sido feito na seara processual -, valendo-se dos denominados *microssistemas jurídicos* -, ao invés de editar todo um código – imenso, diga-se de passagem -, cuja formação se deu nos negros anos da ditadura.

Os *microssistemas ou estatutos jurídicos*, por sua vez, mais dinâmicos e funcionais, viabilizariam melhor o debate social das normas, sendo de adaptação mais fácil aos preceitos constitucionais.

Mas, uma vez que o novo Código Civil tornou-se realidade, incumbe-nos, sem perdermos a nossa consciência crítica, extrair da análise de suas normas a interpretação constitucional mais justa possível.

¹⁸ Sobre o tema, há farta doutrina nacional e estrangeira. Para um aprofundamento, sugerimos a leitura dos excelentes trabalhos do penalista baiano Paulo de Souza Queiroz (*Direito Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, e *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001), além das obras essenciais: CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998; ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Luam, 1997; FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SANGUINÉ, Odone. “Função Simbólica da Pena” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, 1995.; e BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1982.

Passado o período da *crítica à oportunidade do código*, passemos à sua *interpretação crítica*, seguindo sempre a diretriz superior da nossa Carta Constitucional.

E é nesse contexto que iremos estudar, a seguir, o tratamento dispensado pelo Código de 2002 à função social do contrato.

3.3. Função Social do Contrato no Código de 2002: análise do art. 421

GUILLERMO BORDA, com acerto, assevera que:

“La experiencia social há puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social”.¹⁹

Nesse contexto, já vimos, durante o decorrer de todo esse capítulo, que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como um instrumento de manifestação privada de vontade, para tomá-lo como elemento socialmente agregador.

A respeito do fundamento constitucional desse princípio, cuja ressonância, sem dúvida, reverbera no **dogma maior do respeito à dignidade da pessoa humana**, PAULO NALIN, citando o culto JUNQUEIRA, complementa:

“Mas a construção do pensamento da função social do contrato envolto aos efeitos que o negócio produz na coletividade já encontra espaço na prática judiciária. Conforme parecer civil de lavra de Junqueira de AZEVEDO, é exatamente esta a noção que se extrai da leitura do multicitado artigo 170, caput, da Constituição da República, sendo preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma ‘ordem social harmônica’”.²⁰

De fato, os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente e, como já observamos, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à **função social do contrato**.

¹⁹ BORDA, Guillermo, ob. Cit., pág. 16.

²⁰ NALIN, Paulo, ob. Cit., pág. 221.

Nesse diapasão, o novo Código Civil, abrindo o capítulo dedicado à teoria geral dos contratos, consagrou esse importante preceito, nos seguintes termos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A interpretação desse dispositivo nos leva a conclusões interessantes.

Ao mencionar que a liberdade de contratar será exercida **em razão** e **nos limites** da função social do contrato, o legislador estabeleceu, de uma só vez, um critério *finalístico ou teleológico* e outro critério *limitativo* para a caracterização desse princípio.

Sob o primeiro enfoque, toda a atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua **função social**. Trata-se, nesse particular, de referência desnecessária, uma vez que não deveria o legislador assumir o papel da doutrina, para tentar apontar “razão ou justificativa” desse ou daquele princípio ou instituto, tarefa desnecessária e perigosa, pois poderá restringir indevidamente as construções pretorianas. Talvez por esse motivo, o Projeto de Reforma do Código Civil (PL n. 6960/02), caso aprovado, pretenda alterar o presente artigo para suprimir a expressão “em razão”, mantendo o restante da norma.

Já sob o segundo aspecto, temos que essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

O banimento das cláusulas leoninas não deve se dar apenas no âmbito trabalhista ou do consumidor, mas sim em todo e qualquer contrato, civil ou empresarial, entre partes economicamente iguais ou não.

Assim deve ser a nova doutrina contratualista, segundo uma perspectiva civil constitucional.

Imagine-se, por exemplo, que se tenha pactuado um contrato de *engineering* (para a instalação de uma fábrica). Mesmo que o negócio pactuado seja formalmente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei etc.), se a legislação ambiental ou de

segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada, tal avença não haverá respeitado a sua função social, não devendo ser chancelada pelo Poder Judiciário. Na mesma linha, se se pretendeu instalar a indústria para fim de lavagem de dinheiro.

Claro está que, em caso de dano, poderá o prejudicado intentar ação indenizatória, sem que descartemos a hipótese de se poder atacar até mesmo a sua validade, pois, se a infringência ao superior princípio houver derivado de **fraude à lei**, hipótese bastante factível, nada impede que se obtenha judicialmente a nulidade do próprio contrato.

Nesse sentido, estabelece o art. 166 do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Vê-se, portanto, que tal regra possibilita, inclusive, que ganhe novos contornos até mesmo a legitimidade para requerer judicialmente a invalidação, pois o próprio Ministério Público poderá, desde que o interesse público assim o justifique, pretender a nulidade do contrato, nos termos acima apontados, como já lhe era reconhecido quanto às relações de consumo²¹, facultando-se-lhe, inclusive, lançar mão da *disregard doctrine* (*doutrina da*

²¹ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA . CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO DE DECRETAR-SE A NULIDADE DE DETERMINADAS

desconsideração da pessoa jurídica), consagrada pelo art. 50 do Código Civil²², para efeito de concretização do comando sentencial.

Discorrendo a respeito desse importante princípio, ARNOLDO WALD notou que:

*“A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social, (art. 5., XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial”.*²³

Diante dessa lúcida colocação, observamos apenas que, ao consagrar expressamente esse princípio, o legislador trouxe mais segurança à atividade jurisprudencial, considerando-se que muitos juízes recalcitavam em reconhecer norma que não estivesse estampada no corpo da lei codificada.

3.4. A Função Social do Contrato e os Defeitos do Negócio Jurídico

CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar nº 2640-RJ.” (STJ, Acórdão RESP 292636 / RJ ; RECURSO ESPECIAL (2000/0132618-0), Fonte DJ DATA:16/09/2002 PG:00190, RSTJ VOL.:00172 PG:00409, Relator Min. BARROS MONTEIRO, Data da Decisão 11/06/2002, Órgão Julgador QUARTA TURMA).

²² Como nosso livro também é pensado para os prezados amigos concursandos de todo o país, registramos que, no XIX Concurso Público para o Cargo de Procurador da República, realizado em 2003, foi exigida, na prova subjetiva, justamente esta nova visão do contrato, inclusive com citação doutrinária de alto quilate, sendo apresentada uma questão com o seguinte teor: *“O contrato que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual. Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, já há muito vem tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe. Dessa forma o contrato se transforma para se adequar às exigências da nova realidade...”* (Alinne Arquete Leite Novais, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, p. 17, Org. Gustavo Tepedino, ed. Renovar) (disserte sobre) *A NOVA TEORIA CONTRATUAL: SEUS PRINCIPAIS PARADIGMAS E DIFERENÇAS COM RELAÇÃO À CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE CONTRATO.*”

²³ WALD, Arnaldo. *O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 21. Ano 6. São Paulo: RT, julho-setembro de 2003, pág. 35.

Nessa mesma linha de intelecção, entremostrando ainda mais a nítida preocupação **socializante** do novo Código, cuidou-se ainda de se disciplinar dois outros defeitos do negócio jurídico, intimamente conectados à idéia de solidarismo social: a lesão e o estado de perigo²⁴, e que também têm reflexo na seara contratual.

De fato, ao prever essas duas espécies de vício, pretendeu-se amparar um dos contratantes da esperteza ou ganância do outro, resguardando-se, assim, o propósito maior de se impedir, a todo custo, o abuso de direito²⁵.

Pode-se conceituar a **lesão** como sendo *o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes*.

Traduz, muitas vezes, o abuso do poder econômico de uma das partes, em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica.

Trata-se de uma figura jurídica com raiz no Direito Romano²⁶, que fez história no Brasil, ontem e hoje.

Na época da imigração italiana, por exemplo, muitos coronéis induziam os lavradores a comprar mantimentos nos armazéns da própria fazenda, a preços e juros absurdos, exorbitantes. Além de atuarem de má fé, o contrato não guardava equilíbrio econômico entre as prestações, caracterizando velada forma de extorsão

Os anos se passaram, mas algumas práticas abusivas persistiram, com novas tonalidades e matizes.

Hoje, não mais os coronéis de outrora, mas grandes indústrias, empresas e instituições financeiras, muitas delas formando cartéis, lançam no mercado produtos e serviços, alguns de primeira necessidade, os quais são adquiridos por consumidores de todas as idades, sem que possam discutir os termos do negócio que celebram, os juros que são estipulados e as garantias que se lhes exigem.

Vivemos a era da contratação em massa, em que o contrato de adesão é o maior veículo de circulação de riquezas, e, paradoxalmente, o mais eficaz instrumento de opressão econômica que o Direito Contratual já criou.

²⁴ Nesse mesmo sentido, o culto WALD, *idem*, pág. 36.

²⁵ Sobre esse tema, conferir os tópicos 2.4 (“Lesão”) e 2.5 (“Estado de Perigo”) do Capítulo XIII do vol. I (“Parte Geral”) desta coleção.

²⁶ Destacava-se a importância da *lesão enorme (laesio enormis)* no Direito Romano. Para a caracterização do vício, bastava que, em um contrato de compra e venda, a desproporção entre as prestações fosse superior à metade do preço justo. A sua fonte histórica, segundo os romanistas, seria o Código de Justiniano.

Todo este processo, agravado pela eclosão das duas grandes guerras mundiais, e, posteriormente, pela própria globalização, levou o Estado a intervir na economia, editando leis que combatessem a usura, a eliminação da concorrência, e a própria lesão nos contratos.

O primeiro diploma brasileiro a tratar da lesão, ainda que sob o aspecto criminal, foi a Lei nº. 1.521 de 26-12-51 (Lei de Economia Popular), que, em seu art. 4º. previa:

“Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

(...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

A despeito de se tratar de norma penal, a doutrina firmou entendimento no sentido de que o comportamento ilícito do agente também repercutiria na seara cível, autorizando a invalidação do contrato.

Quase quarenta anos mais tarde, a Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), combatendo a lesão nos contratos de consumo, em seu art. 6º., V, elencou como direito do consumidor: *“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”*, e, mais adiante, em seu art. 39, V, capitulou como prática abusiva *“exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”*. Além disso, no art. 51, IV, considerou nulas de pleno direito as cláusulas que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”*, complementando, em seu parágrafo primeiro, que se *presume exagerada a vantagem que “III – se mostre excessivamente onerosa*

para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso”.

Note-se que, na sistemática do CDC, a recusa de modificação dos termos do contrato determinará, não a simples anulação, mas a *nulidade absoluta e de pleno direito da cláusula contratual considerada abusiva*, por se reconhecer violação a superiores princípios de ordem pública.

O Código de 1916, a despeito da importância da matéria, não cuidou de indicar, entre os defeitos do negócio jurídico, a lesão.

O Novo Código Civil, contornando a omissão, previu, em seu art. 157 que:

“Art. 157 – Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

Analisando ainda o art. 157, pode-se concluir ter havido uma verdadeira mudança axiológica do novo Código Civil, prevendo este vício de consentimento como uma verdadeira limitação à autonomia individual da vontade, não mais admitindo o chamado “negócio da china”, uma vez que não se aceitará mais passivamente a ocorrência de negócios jurídicos com prestações manifestamente desproporcionais.

Deu-se, pois, nesse particular, atenção **à função social dos negócios jurídicos em geral, especialmente do contrato.**

Já o **estado de perigo**, também consagrado pelo Novo Código Civil, é um defeito do negócio jurídico que guarda características comuns com o *estado de necessidade*, causa de exclusão de ilicitude no direito penal²⁷.

²⁷ CP: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Configura-se *quando o agente, diante de situação de perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvaguardar direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa.*

Identifica-se, no caso, uma especial hipótese de *inexigibilidade de conduta diversa*, ante a iminência de dano por que passa o agente, a quem não resta outra alternativa senão praticar o ato.

Nesse sentido, o art. 156 do Novo Código Civil:

“Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

Pode-se, portanto, concluir, com acerto, que a disciplina desses dois novos defeitos, ensejadores da anulabilidade do contrato celebrado, afina-se com a moderna principiologia do direito contratual, que está não apenas voltado à manifestação volitiva em si, mas, sobretudo, à própria repercussão social do negócio jurídico maculado.

4. E nossa conversa termina aqui?

O fato de haver previsão legal específica sobre a função social da propriedade e do contrato não importa em trazer uma visão restritiva do tema.

Ao contrário, o fenômeno da funcionalização e da socialização dos institutos jurídicos veio para ficar e se assentou na doutrina brasileira.

Assim, o que hoje se vê de forma expressa na posse e no contrato²⁸, já pode ser visualizada em outras áreas.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”

²⁸ A relação **propriedade e contrato** é singularmente interessante. Na medida em que, especialmente por meio dos contratos, a propriedade circula, no meio social, transferindo-se de um sujeito a outro, a socialização da propriedade resultaria na socialização do contrato, por conta desta peculiar dinâmica.

Desta forma, não há como se desprezar uma função social da empresa, por exemplo, na previsão da disciplina da recuperação judicial e no tratamento diferenciado de pequenas e microempresas, que tem respaldo constitucional.

No mesmo diapasão, reconhecer uma função social da família importa admitir a pluralidade de suas entidades, dos deveres de assistência recíproca e solidariedade familiar, entre outros.

Até mesmo no campo da responsabilidade civil, é possível se fundamentar em sua função social, para se propugnar, *verbi gratia*, na função punitiva da reparação de danos, como desestímulo social de condutas.

Trata-se de uma casuística infundável, que respalda o que aqui se propugna: não há mais como se voltar no reconhecimento da função social como um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico da contemporaneidade.