

## **A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: ENTRE UM SISTEMA ABERTO E UM SISTEMA IMPOSITIVO**

**Rodolpho Barreto Sampaio Júnior\***

### **RESUMO**

O inextinguível embate que se observa entre a liberdade e a igualdade foi reavivado pela adoção, pelo Código Civil de 2002, do modelo técnico-legislativo das cláusulas gerais. Ao reconhecer que a lei não poderia compreender toda a complexa multiplicidade dos fenômenos sociais, conferiu-se ao magistrado o poder de criar, e não simplesmente aplicar, a lei, individualizando a norma de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Instaura-se, pois, um sistema aberto, que abre o direito ao diálogo com os outros ramos do saber. No entanto, reflexo da época da elaboração de seu anteprojeto, o Código Civil de 2002 trouxe um modelo já parcialmente superado pela técnica legislativa, porquanto, atualmente, é o próprio legislador quem apresenta os parâmetros hermenêuticos que deverão guiar o magistrado no preenchimento daquela cláusula geral; assim, limitou-se a extensão das cláusulas gerais com o intuito de restringir a discricionariedade judicial. O primeiro reflexo da adoção dessa técnica parcialmente superada pelo novo Código Civil se verifica na discussão acerca da função social dos contratos. Diante da ausência de critérios interpretativos legalmente estabelecidos, parte da doutrina tem pretendido conferir um sentido funcionalista à expressão função social, interpretando-a não somente como novo exemplo da supremacia do interesse público sobre o privado, mas, essencialmente, como a obrigação do indivíduo contratar não para a satisfação de seus interesses, mas sim visando a satisfação dos interesses da coletividade. Neste contexto, o sistema aberto, representado pelo Código Civil de 2002 e suas cláusulas gerais, converte-se em um sistema impositivo, contrário à própria natureza e finalidade do direito civil.

**PALAVRAS CHAVES:** CLÁUSULA GERAL; FUNÇÃO SOCIAL; SISTEMA ABERTO; LIBERDADE; SISTEMA IMPOSITIVO.

---

\* Doutor em Direito Civil. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

## **ABSTRACT**

The endless debate observed between liberty and equality was revived by the adoption by the Civil Code of 2002 of the technical-legislative model of general clauses. Acknowledging that the law cannot comprehend all the complex multiplicity of social phenomenon, it gave to the magistrate the power of create and not only to apply the law, individualizing the norm according the circumstances of each concrete case. It institutes then an open system, one that opens the Law to the dialogue with other areas of knowledge. However, as a reflection of the era when its preliminary proposal was elaborated, the Civil Code of 2002 brought a model already partially outdated by legislative technique, by which now, the legislators themselves are responsible to present the hermeneutics' parameters that shall guide the magistrate in filling in the general clause. This way, the extension of general clauses was limited with the intention of restricting judicial discretion. The first consequence of adopting this technique partially outdated by the new Civil Code can be identified in the discussion about contract social function. Given the absence of interpretative criteria legally established, part of doctrine has intended to confer a functionalist sense to the expression social function, interpreting it not only as a new example of supremacy of public interest over private, but essentially, as the obligation of individual to contract not only to the satisfaction of their interests, but rather seeking the satisfaction of communal interests. In the context, the open system, represented by the Civil Code of 2002 and general clauses, is converted in an imposing system, contrary to its own nature and the finality of civil law.

**KEYWORDS:** GENERAL CLAUSES; SOCIAL FUNCTION; OPEN SYSTEM; FREEDOM; IMPOSING SYSTEM.

### **1 A cláusula geral da função social do contrato**

A atribuição de uma função social aos contratos é considerada por Miguel Reale a mais cabal demonstração de que o Código Civil de 2002 pautou-se pela socialidade. Tendo em mira as mudanças que se processaram entre o fim do século XIX, quando foi elaborado o Projeto Beviláqua, e o início do século XXI, quando entrou em

vigor a nova lei civil, a sua maior pretensão consistia em “superar o manifesto caráter individualista” do diploma revogado (REALE, 2002).

Polêmica, a função social dos contratos semeou a discórdia entre a doutrina, especialmente pela dificuldade que se verifica em atribuir-se uma definição precisa a esse termo, o que, aliás, deveria ser uma de suas maiores qualidades. Com efeito, uma das características do novo Código Civil é a utilização de cláusulas gerais, isto é, de termos cujo sentido e alcance não foram previamente estabelecidos pela Ciência do Direito e que conferem ao magistrado a possibilidade de, no caso concreto, decidir

[...] à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o art. 720 e seu parágrafo único (REALE, 2002).

A utilização das cláusulas gerais seria característica de um novo sistema legislativo, que não mais pretende os códigos como o repositório de toda a disciplina jurídica de determinado ramo do Direito, como ocorria, segundo Judith Martins Costa, com o Código Civil de 1916:

Sabe-se que os grandes Códigos oitocentistas de que é paradigma o *Code* francês, foram construídos como sistemas fechados, isto é, o mais possível impermeáveis à intervenção da realidade e do poder criador da jurisprudência. Acreditava-se que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado. Em outras palavras, o modelo de Código oitocentista traduzia determinado modelo de sistema, constituindo, como já tive a ocasião de assinalar, verdadeiramente o espelho e metáfora do sistema fechado; aquele que, tributário das concepções iluministas, era dominado pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Surgiram, assim, como um fenômeno típico da modernidade oitocentista, os Códigos totais, totalizadores e totalitários, aqueles que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos

devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura (COSTA, 2002).

A esse sistema fechado contrapõe-se o sistema aberto, no qual o código seria, simplesmente, o eixo central, o referencial legislativo de certo setor da experiência jurídica, e o recurso às cláusulas gerais permitiria ao magistrado a individualização da norma, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. De acordo com Claus-Wilhelm Canaris, a cláusula geral se caracteriza por

[..] ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo (CANARIS, 1996, P .143).

A vantagem das cláusulas gerais repousa sobre a convicção de que o legislador, não tendo o dom da onisciência, seria incapaz de disciplinar todas as múltiplas questões que surgem no seio da sociedade e que demandam a atenção do Direito. Por conseguinte, ao juiz caberia um papel ativo, de construção do Direito, e não apenas de sua aplicação.

Ademais, as cláusulas gerais representam a tentativa de manter o texto legal atualizado em face de alterações sociais, políticas ou econômicas, que poderiam fazer com que ele se divorciasse da nova realidade, fazendo-se necessária a sua atualização. Considerando a demora natural do processo legislativo, que retarda a tão necessária adequação da lei a um novo contexto, o recurso às cláusulas gerais há de ser elogiado.

A análise do art. 2.014 do Código Civil italiano bem evidencia o desgaste que poderia decorrer da aplicação de uma lei sem sintonia com a nova realidade. Referido dispositivo, ao disciplinar a diligência com a qual o empregado deve se haver no desempenho de suas funções, estabelece que ele deverá também se pautar tendo em vista o superior interesse da produção nacional. É claro que o interesse superior da produção nacional é entendido, hoje, de forma diversa daquela época em que editado o Código Civil italiano de 1942, quando a Itália encontrava-se submetida a um regime totalitário, fascista e no auge da Segunda Grande Guerra. O magistrado, portanto, ao apreciar a conduta do empregado hoje, utilizará parâmetros distintos daqueles

porventura utilizados há mais de sessenta anos. Foi com este espírito que as cláusulas gerais se firmaram como um recurso admitido pela técnica legislativa.

## 2 Cláusulas gerais e insegurança jurídica

As vantagens advindas da adoção das cláusulas gerais são, ao menos em parte, contrabalanceadas pela instabilidade e insegurança jurídica que podem introduzir no ordenamento jurídico e no tráfico social. A esse respeito, Claus-Wilhelm Canaris (1996, p. 143) afirmou ser “evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida do que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com previsões normativas firmes”, razão pela qual o desaconselha, dentre outros, no direito cambiário ou sucessório, isto é, “nos âmbitos onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada”.

É certo que a ordem jurídica, no atual contexto, pode relativizar a noção de segurança jurídica, atenuando-a em prol da equidade, em certas esferas e circunstâncias. Como lembrou João Baptista Villela,

Erik Wolf, no prefácio à 4ª edição da *Rechtsphilosophie* de Gustav Radbruch, assinala o ano de 1945 como o tempo a partir do qual o festejado mestre de Heidelberg desloca, da segurança para a justiça, a tônica de seu pensamento (1991).

No campo das relações contratuais, a passagem da segurança para a equidade é facilmente passível de demonstração: a máxima *o contrato sempre é justo* não subsiste em um contexto de produção em massa, que exige a utilização de novos instrumentos para rapidamente disponibilizar ao mercado consumidor os produtos fabricados. A industrialização obrigou os comerciantes a massificarem os seus próprios procedimentos negociais, para darem vazão à produção crescente. Portanto, diante de novas figuras, como os contratos de adesão e as condições gerais de contratação, aumenta-se o poder do magistrado interferir nas relações negociais, controlando-lhes, em certos aspectos, o conteúdo, sempre em busca da equidade contratual:

Justifica-se, assim, de todos os pontos de vista, um controle do conteúdo, que significa a reafirmação mitigada dos critérios e da específica racionalidade do ordenamento, com a

simultânea garantia de realização, no plano individual e coletivo, de interesses essenciais que este modo de contratar tem tendência a deixar desprotegidos (RIBEIRO, 1999, p. 645).

Essa mudança de perspectiva foi sintetizada por Antônio Junqueira de Azevedo, ao demonstrar como se saiu do paradigma da lei (supostamente seguro, mas possivelmente injusto) – para o paradigma do juiz (supostamente inseguro, mas possivelmente indutor da equidade):

O paradigma, até o final do século XIX, era o da lei propriamente. Os nossos pais certamente aprenderam nas faculdades de Direito que, quando há um conflito, algum problema, a solução está na lei. E essa lei era rígida, de certa maneira universal, geral, e não deveria haver distinções de grupos, pois a lei era para todos. Essa lei deveria ter uma *facti species*, uma hipótese legal muito precisa, porque o papel do juiz era justamente o de aplicar a lei de uma maneira automática, silogística. Como dizia um autor antigo, “o juiz tinha um papel passivo”.

Esse paradigma da lei entrou em crise no final do século XIX porque, embora tenha obtido muito sucesso em algumas circunstâncias, especialmente para o comércio jurídico, que é um paradigma da lei que dá uma segurança enorme para a população, nesse jogo dos interesses de ordem econômica e social, favorecia muito um determinado tipo de pessoa – o empreendedor, o comerciante, por exemplo –, mas não favoreceu as classes que se tornaram cada vez mais pobres. Então, houve um problema de ordem social que veio se refletir na primeira metade do século XX. Nessa primeira metade do século XX, os juristas começaram a questionar de uma certa maneira o paradigma da lei; e, então, tivemos uma série de providências que o mundo do Direito foi tomando para quebrar aquele sistema de ordenamentos precisos e rígidos. O intuito era o de dar mais poderes ao juiz. Assim, encontramos nesse período uma inflexão do paradigma da lei para o juiz, o juiz ativo. A maneira de dar poder ao juiz corresponde, com o devido respeito ao Poder Judiciário, a uma visão do Poder Judiciário como Poder, porque é o tempo do Estado todo-poderoso. É claro que nem todos os países entraram no esquema de um Estado totalitário. Mas, mesmo naqueles que mantiveram o Estado Democrático, a interferência do Estado foi muito forte e, para isso, o Estado, inclusive o juiz, como Poder, precisava de instrumentos. [...] Então, o juiz, de uma certa maneira, recebe uma delegação de

poder do Legislativo para integrar a lei com os conceitos jurídicos indeterminados (AZEVEDO, 2002).

Sem dúvida, a Ciência Jurídica já pode, atualmente, em certas circunstâncias, ponderar entre a segurança e a justiça, mas sem jamais esquecer que

[...] entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver (DALLARI, 1980, p. 26).

### **3 As cláusulas gerais e o Código Civil de 2002**

É precisamente em virtude do raciocínio acima expandido que Antônio Junqueira de Azevedo critica o novo Código Civil. Ele não nega a vantagem da adoção das cláusulas gerais, mas condena a forma como foram utilizadas, considerando-a ultrapassada:

[...] verificamos que o grande problema que afinal surgiu depois de se resolver a mudança, saindo daquela rigidez da lei geral e abstrata para todos, e atribuindo poder ao juiz, foi a perda de uma certa segurança jurídica. Aquela espécie de arbitrariedade entregue às autoridades não foi o ideal na vida prática. Então, procurou-se caminhar para dar algum conteúdo àqueles conceitos vagos. [...] No caso do Projeto de Código Civil, infelizmente não há essas diretrizes. O Projeto limita-se a dizer que os contratantes devem comportar-se segundo a boa-fé. Os Códigos modernos trazem as diretrizes (AZEVEDO, 2002).

Quando se observa a Constituição da República de 1988, verifica-se que não se deu conteúdo à função social da propriedade urbana, mas o parágrafo segundo do seu art. 188, ao estabelecer que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, menciona as diretrizes, a serem expressamente elaboradas pelo legislador municipal, que irão orientar o magistrado por ocasião de sua decisão, restringindo a sua discricionariedade.

Esse aperfeiçoamento da técnica legislativa das cláusulas gerais inviabiliza que o julgador aplique, por exemplo, a sua própria noção de função social ao caso concreto. Assim, “não estamos entregues completamente de mãos amarradas, em uma espécie de cheque em branco dado ao juiz, por meio desses conceitos indeterminados, especialmente do bando dos quatro” (AZEVEDO, 2002).

O bando dos quatro, blague de Antônio Junqueira de Azevedo “com aqueles quatro famosos da Revolução Cultural da China, Mao Tsé Tung, a mulher e mais dois chineses, [compreende] os conceitos de ordem pública, função social, interesse público e boa-fé”:

Com esses quatro conceitos, o juiz poderia decidir o que bem entendesse, ou seja, podia declarar: Isso não pode valer, porque vai contra a ordem pública, ou Esse contrato entre “a” e “b” fere a função social. Entretanto, ninguém definia ordem pública, função social, boa-fé, nem interesse público; e este último seria o pior, porque continua a vigorar até hoje com o mesmo caráter vago. Leio muito em petições de advogados, até em artigos de doutrina, que o interesse público prevalece sobre o privado. A frase não diz absolutamente nada, porque não é verdade. Às vezes a dignidade humana, que é interesse privado, tem de prevalecer sobre o interesse público. Então, não é tão simples assim (AZEVEDO, 2002).

Dois julgamentos, relativamente recentes, exemplificam os temores da doutrina com relação à superlativa concessão de poderes ao magistrado, e prenunciam os riscos que daí poderiam resultar.

No primeiro caso, submetido à apreciação da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Peçanha Martins consignou a sua posição acerca da inconstitucionalidade de certo dispositivo legal, com amparo na doutrina de Barbosa Moreira. De seu voto extrai-se o seguinte excerto:

O arbítrio não é regra seguida no Judiciário livre no Estado Democrático de Direito brasileiro. Demais disso, ainda não temos a Súmula vinculante com força obrigatória. O juiz só está obrigado a aplicar a lei consoante os ditames da sua consciência.

Tenho para mim que a nova redação do art. 557 e parágrafos é inconstitucional. Tenho trabalhos publicados sobre o tema e não me convenci do acerto da decisão tomada pela maioria,

tanto mais após conhecer a opinião do eminente processualista brasileiro Barbosa Moreira, em "Temas de Direito Processual", Sétima Série, pág. 83, onde inquina de inconstitucional decisão proferida pelo STF no Ag.Rg. no RE nº 227.030, comentando-a sob o título "Lei nº 9.756: uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz".

Livre para divergir, continuarei na defesa das minhas opiniões pouco importando como pensa ou quer o Leviatã (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2003).

O Ministro Humberto Gomes de Barros, que proferiu o voto vencedor e que foi designado relator para o acórdão, ao sustentar a constitucionalidade do dispositivo legal em comento, deu o mais vivo exemplo da persistência do argumento de autoridade no sistema jurídico brasileiro contemporâneo e, simultaneamente, expôs os riscos de, parafraseando Antônio Junqueira de Azevedo, passar-se um cheque em branco ao Judiciário:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2003).

O que parecia uma justa recusa à dócil sujeição à doutrina, um movimento para se expiar o Bartolismo em pleno século XXI, mostrou-se, ao contrário, arrogância e prepotência. Talvez, o desejo da magistratura, ela própria, ocupar o lugar de Bártolo e

Acúrsio. O notável saber jurídico do ministro decorre não de sua dedicação à Ciência do Direito, mas de disposição constitucional nesse sentido. E, assim, com base nesse dispositivo, rejeita posições doutrinárias não com base em sólidos fundamentos jurídicos, mas com base em sua investidura legal. Esse, de fato, é um risco sobre o qual a sociedade deve se debruçar e pensar se está disposta a o assumir.

O segundo caso exemplifica a instabilidade que a concentração excessiva de poderes nas mãos dos juízes pode imprimir à ordem jurídica. Trata-se de julgamento do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul no qual se entendeu inconstitucional a denúncia imotivada da locação realizada com fulcro na Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, por afronta ao princípio da função social da propriedade. Não se justificaria, após a nova ordem constitucional, que o proprietário tivesse o poder de retirar o locatário do imóvel *ad nutum*, após o término do contrato (RIO GRANDE DO SUL, 1998). Posteriormente, essa tese foi rechaçada, ao fundamento de que compete ao legislativo municipal, e não ao Poder Judiciário, determinar o conteúdo da função social da propriedade urbana, nos termos do art. 182, § 2º, da Constituição da República.

Quando se observa textos legais mais recentes, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Cidade, observa-se que as cláusulas gerais têm, todas elas, parâmetros hermenêuticos, que orientam o julgador. Assim, a Lei 8.069, estabelece no parágrafo único do art. 4º, que a garantia de prioridade mencionada no *caput* compreende:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Também a Lei 10.257, no parágrafo primeiro de seu art. 5º, determina quando o imóvel é considerado legalmente subutilizado:

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

Já se verifica, portanto, a pertinência das críticas de Antônio Junqueira de Azevedo. O autor, em momento algum, insurge-se contra a utilização de cláusulas gerais no novo Código Civil. A sua irresignação, ao revés, é voltada contra a utilização dessas cláusulas segundo um modelo ultrapassado, que deixa totalmente ao critério do juiz a definição do conteúdo da norma jurídica.

A inadequação do novo Código Civil à atual técnica legislativa é patente quando se procede à comparação entre o seu art. 421 e os arts. 3º e 4º do Projeto de Lei de Reforma Universitária, que estabelece normas gerais da educação superior, enviado à Presidência da República em 10 de abril de 2006 e subscrito pelos Ministros de Estado Fernando Haddad, Guido Mantega, Sergio Machado Rezende e Paulo Bernardo Silva (BRASIL, MEC et al). Enquanto o art. 421 do Código Civil de 2002 simplesmente estatui que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”, o aludido Projeto traz critérios que efetivamente orientarão o juiz quando questionado acerca da função social da educação superior:

Art. 3º A educação superior é bem público que cumpre sua função social por meio das atividades de ensino, pesquisa e extensão, assegurada, pelo Poder Público, a sua qualidade.

Parágrafo único. A liberdade de ensino à iniciativa privada será exercida em razão e nos limites da função social da educação superior conforme estabelecidos nas normas gerais da educação nacional e observada a avaliação de qualidade pelo poder público.

Art. 4º A função social do ensino superior será atendida pela instituição mediante a garantia de:

I - democratização do acesso e das condições de trabalho acadêmico;

- II - formação acadêmica e profissional em padrões de qualidade aferidos na forma da lei;
- III - liberdade acadêmica, de forma a garantir a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação;
- IV - atividades curriculares que promovam o respeito aos direitos humanos e o exercício da cidadania;
- V - incorporação de meios educacionais inovadores, especialmente os baseados em tecnologias de informação e comunicação;
- VI - articulação com a educação básica;
- VII - promoção da diversidade cultural, da identidade e da memória dos diferentes segmentos sociais;
- VIII - preservação e difusão do patrimônio histórico-cultural, artístico e ambiental;
- IX - disseminação e transferência de conhecimento e tecnologia visando ao crescimento econômico sustentado e à melhoria de qualidade de vida;
- X - inserção regional ou nacional, por intermédio da interação permanente com a sociedade e o mundo do trabalho, urbano ou rural;
- XI - estímulo à inserção internacional das atividades acadêmicas visando ao desenvolvimento de projetos de pesquisa e intercâmbio de docentes e estudantes com instituições estrangeiras;
- XII - gestão democrática das atividades acadêmicas, com organização colegiada, assegurada a participação dos diversos segmentos da comunidade institucional;
- XIII - liberdade de expressão e associação de docentes, estudantes e pessoal técnico e administrativo; e
- XIV - valorização profissional dos docentes e do pessoal técnico e administrativo, inclusive pelo estímulo à formação continuada e às oportunidades acadêmicas.

As disposições que balizam a função social das instituições de ensino superior, sem prejuízo de eventual oposição que se possa levantar a algumas delas, limitam consideravelmente a interferência do magistrado quando lhe for dada a oportunidade de se manifestar a respeito dessa questão, restringindo o arbítrio judicial e dificultando decisões baseadas na noção pessoal do julgador.

#### **4 A função social no Código Civil de 2002 e o seu possível caráter impositivo**

A lacunar redação do art. 421 do novo Código Civil deu ensejo a acirrada controvérsia a respeito da correta interpretação desse dispositivo legal.

Inquestionavelmente, a sua interpretação meramente gramatical torna admissível entender que a contratação passa a ter um novo requisito de validade, consistente na observância à função social do contrato. Esse elemento se somaria à capacidade do agente, à licitude e determinação do objeto e à observância à forma legalmente prescrita para ser reputado válido pelo ordenamento jurídico.

Nessa ótica, o contrato teria que ser analisado por uma perspectiva funcional. Somente quando celebrado em prol da coletividade é que seria merecedor da tutela jurídica, pois a

[...] limitação qualitativa do direito de propriedade [é] que servirá como novo paradigma para a conformação dos princípios individualistas da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos e da relatividades dos mesmos aos valores sociais inaugurados pela nova ordem constitucional, que busca a primazia dos valores existenciais e solidaristas àqueles de caráter patrimonial e individualista (MULHOLLAND, 2006, p. 281).

A liberdade contratual é compreendida como um poder-dever. O Direito faculta ao indivíduo o poder de contratar, mas impõe-lhe o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. A sua visão deveria ser amparada na “grande cláusula constitucional de solidariedade” (NALIN, 2002), como sustenta Judith Hofmeister Martins Costa:

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *civitas*, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade *situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entrecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária (COSTA, 2006, p 222-223).

É nesse mesmo sentido que se manifesta Maria Celina Bodin de Moraes, ao defender a ponderação entre liberdade e solidariedade, pois somente assim

[...] seus conteúdos se tornam complementares: regulamentar-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um, com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade (2000).

Via de consequência, o raciocínio defendido por essas autoras leva à inequívoca conclusão de que “o contrato não é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; assim, pode ser vedado o contrato que não busca esse fim” (MONTEIRO, 2003, p. 10-11).

Esse raciocínio parte da equivocada premissa de que a relação entre indivíduo e coletividade seria um jogo de soma zero, em que a vantagem de um necessariamente decorrerá de desvantagem imposta à outra parte. Ignora, de fato, que

[...] o princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos e afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz à inversão lógica de contrapormos o indivíduo – representado pela liberdade contratual – e sua comunidade – expresso pela função social -, quando na verdade singular e plural são complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência (MANCIBO, 2005, p. 55).

Deve-se rejeitar a concepção de que o contrato seria destinado à promoção do bem comum, e não um instrumento à disposição das partes para a satisfação de suas necessidades, até mesmo porque a tutela dos interesses individuais também pode ser entendida como uma das formas de se atender ao interesse social:

[...] não se pode interpretar a função social do contrato de modo a exigir dos contraentes um comportamento altruístico, a impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros. Na realidade, a perspectiva funcional

do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação de interesses difusos ou coletivos que estejam eventualmente envolvidos na realização daquele contrato. Na realidade, não raro a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual; por exemplo, o interesse coletivo em promover o acesso à habitação se revela na tutela individual do inquilino (RENTERÍA, 2006, p. 305).

Humberto Theodoro Júnior (2003, p. X-XI), ao discorrer sobre a função social do contrato, adverte que se deve “evitar que essa função seja vista como uma panacéia, sem objeto determinado e sem configuração que lhe dê identidade capaz de distingui-la da função ética (boa-fé) e econômica (equilíbrio da relação contratual)”, combatendo a idéia de que o contrato deveria ter propósitos assistenciais:

Para uns, a função social estaria localizada no propósito de colocar o interesse coletivo acima do interesse individual, o que, no domínio do contrato, implicaria a valorização da solidariedade e cooperação entre os contratantes. A base da função social do contrato estaria no princípio da igualdade, o qual atuaria, *in casu*, para superar o individualismo, de modo a fazer com que a liberdade de cada um dos contratantes ‘seja igual para todos’. Seria a idéia de igualdade na dignidade social ou na liberdade ‘para todos’, que faria com que o contrato, outrora concebido de maneira individualista, possa passar a exercer, na sociedade, uma função social.

[...]

Fazer, porém, incidir a função social do contrato no terreno da promoção da igualdade das partes leva o problema para um dilema ou até mesmo para uma contradição insuperável. Função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado. [...] Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes ‘sejam iguais’. Ora, o contrato jamais terá

semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 42-44).

É ainda Humberto Theodoro Júnior quem lembra que a função dos contratos, por excelência, consiste em possibilitar a circulação da riqueza, e que, ao permiti-lo, ele já está exercendo a sua função social:

O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproxima-los e dar-lhes uma saída negocial [...] As coisas são tão heterogêneas que não chegam a oferecer parâmetro algum para cotejo. Daí a imprestabilidade da tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes. Somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente destinado à função específica de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido (2003a, p. 55).

A idéia, propugnada por considerável parcela da doutrina, de que o contrato não mais representaria a composição de interesses opostos, mas sim um instrumento de cooperação entre as pessoas, dispostas a altruisticamente se beneficiarem mutuamente, representa, na melhor das hipóteses, uma visão bastante romântica e, quiçá, ingênua. Por outro lado, é temerária a abordagem do contrato em um contexto solidarista, pelo qual somente a satisfação de interesses coletivos justificaria a proteção aos interesses dos contratantes, pois essa visão esconde o risco da imposição de deveres e obrigações aos particulares, como já observou Pablo Rentería:

Nesse sentido, é de se tomar com cuidado a proposta daqueles que defendem a *funcionalização* da relação contratual como decorrência do princípio da função social, mas disso inferem que se deva, em nome da função social, imputar às partes deveres positivos que teriam por escopo assegurar que o contrato esteja a efetivar interesses sociais relevantes (meio ambiente, geração de empregos etc.). Além do mais, mostrar-se-ia difícil efetuar o controle quanto à observância desses deveres positivos. Quando muito, é o Estado que estaria

obrigado a prever em seus contratos administrativos esses deveres promocionais, o que reduziria significativamente a pretendida eficácia do princípio da função social (2006, p. 305-306).

Tanto em uma quanto em outra hipótese, o ideário subjacente é nitidamente apaziguador e conformista. Diferentemente do que sustenta a doutrina solidarista, a concepção renovada do *novo Direito Civil* não traz qualquer proveito para a sociedade. Primeiro, porque priva o particular, indevidamente, de sua própria liberdade, atribuindo-lhe deveres que não são de sua responsabilidade. Segundo, porque impede a mobilização política da sociedade, que perde a sua capacidade de exigir mudanças estruturais a serem empreendidas pelo Poder Público.

Quando se determina que os hospitais privados ou as escolas particulares atendam a população carente sem qualquer contraprestação, ao fundamento de que valores existenciais não podem sujeitar-se ao *ímpio e espúrio* lucro dos empresários, a primeira impressão que se tem é de que tal medida seria efetivamente necessária. Afinal, quem poderia deixar o paciente à mingua de tratamento médico ou o aluno sem acesso à educação? Resolve-se, sim, o problema daquele paciente ou aluno, mas às custas dos demais usuários, que arcarão com os serviços não pagos pelo beneficiário, enquanto a sociedade não tem qualquer motivação para exigir que o Estado cumpra as suas obrigações mínimas.

Enfim, uma última consideração se impõe, e se verifica no fato de que ao se transformar a ordem jurídica em uma ordem concreta de valores, aumenta-se o “perigo dos juízos irracionais, porque neste caso os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 1997, p. 321-322). Como lembra Humberto Theodoro Júnior,

[...] o grande risco, neste momento de aplicação do conceito genérico da lei, está na visão sectária do operador, que, por má-formação ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais. Com isto, o valor eleito se torna muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional. Toda a ordem infraconstitucional, graças à superideologização do operador, passa a se alimentar apenas e tão somente de forma sectária,

unilateral e pessoal, muito embora aparentando respaldo em princípio ético prestigiado pela Constituição (2003, p. 114).

Uma das grandes questões filosóficas do Direito reside na discussão acerca dos limites da lei para a imposição de deveres morais<sup>1</sup>. No entanto, Maria Celina Bodin de Moraes não vislumbra maiores empecilhos nessa questão, e ao tratar especificamente da solidariedade, afirma:

[A solidariedade] já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, tendo-se tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um (MORAES, 2003, p. 50).

Ao justificar esse entendimento, assevera que:

[...] o fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades em se exigir, não apenas do Poder Público, mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com o outro. O patrão que dava a seu empregado favorito, além do salário, uma gratificação às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo, julgado bondoso, generoso ou solidário. [...] Em 13.07.1962, a Lei n. 4.090 estendeu o benefício a todos os empregados, constituindo, atualmente, garantia constitucional (art. 7º, VIII). Desse modo criou-se, de uma certa forma, para os empregadores, a “obrigação” de solidariedade por ocasião do Natal, mediante o pagamento da chamada “gratificação natalina” [...] (MORAES, 2003, p. 50).

---

<sup>1</sup> Cf., a propósito, ADAMS, David. *Philosophical problems in the law*. 2. ed. Belmont: Wadsworth, 1996, especialmente o Capítulo II, Liberty and the law, p. 153-244.

O raciocínio expendido é suficientemente claro para que dele se possa extrair a essência das idéias da autora: se os homens não são solidários, então o Direito irá impor certas condutas à sociedade, cominando sanções aos que não as observarem. Aqui, é válida a advertência de Georges Ripert, que ao se pronunciar sobre a afirmação de Savatier de que “todo o dever moral constitui por si próprio uma obrigação civil, e que é preciso uma interdição formal da lei para recusar a sanção civil ao dever de consciência” (SAVATIER, 1916, p. 3), e que “essa constatação revoluciona completamente as idéias geralmente aceitas” (SAVATIER, 1916, p. 3), afirmou, ironicamente, que “só um jovem doutor pode não recear esta constatação” (RIPERT, 2002, p. 203).

É ainda Georges Ripert quem afirma haver, nessa afirmação, “uma visão teórica e inexata das coisas por virtude duma confusão evidente do direito e da moral. Nem todos os deveres de consciência chegam à vida jurídica” (2002, p. 203). Ademais,

[...] *a caritas generis humani* pode, em consciência, obrigar uma pessoa a socorrer os pobres ou doentes, mas como é impossível precisar quais as pessoas para com quem esse dever existe e por que sacrifício se poderá cumprir, o dever não se pode transformar em obrigação (RIPERT, 2002, 268).

## **Conclusão**

Não há dúvidas de que a adoção das cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 representa uma grande vantagem sobre o sistema adotado pelo diploma civil anterior. Infelizmente, também não se pode questionar que o modelo ora adotado não é mais compatível com a evolução da própria técnica legislativa, por conferir excessivo poder ao magistrado. É diante desse quadro que uma importante consideração se impõe: deve-se evitar a interpretação funcionalista da relação contratual. A função social não pode ser entendida como meio de se criar obrigações positivas para um dos contratantes, e tampouco é admissível que, na ordem privada, a solidariedade social seja imposta, salvo em excepcionais hipóteses, como soe ocorrer no direito de família. Entendimento contrário retiraria os méritos do sistema aberto instaurado pelo Código Civil de 2002, e conduziria as relações privadas a um nada desejável sistema impositivo de deveres e obrigações.

## Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro, Cadernos do CEJ, Brasília, v. 20, p. 103-114, 2002.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 970.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 13 de julho de 1990. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 932.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura et al. E.M.I nº 015/MEC/MF/MP/MCT. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2006.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2006.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Processual - Embargos de Divergência - acórdão formado em Agravo Regimental - Cabimento - CPC art. 557. Acórdão que, em Agravo Interno confirmou decisão unipessoal de Relator, julgando Recurso Especial (CPC, art. 557). Tal aresto expõe-se a Embargos de Divergência. Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 319997/SC. Agravante: Fazenda Nacional Agravado: Reni Schweitzer. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 14 de agosto de 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, p. 216, 07 abr. de 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 143.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, p. 211-259, out. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Segurança e Direito: renascer do Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 26.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 321-322.

ITÁLIA. Codice Civile. 16 marzo 1942. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2006.

MANCEBO, Rafael Chagas. A função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 55.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5. p. 10-11.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Princípios do Direito Civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 54, out./dez. 2002.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: Revista de Direito Privado, n. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Princípios do Direito Civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 645.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (14ª Câmara Cível). Ação de despejo. Denúncia vazia. Locação comercial. Inconstitucionalidade da denúncia imotivada, por afronta ao princípio da função social da propriedade. Apelo provido por maioria. Voto vencido. Apelação Cível Nº 198011926. Relator: Juiz Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Porto Alegre, 17 de setembro de 1998. Diário da Justiça do Estado/RS, 17 set. 1998.

SAVATIER, René. Des effets et de la sanctions du devoir moral. 1916, p. 3 apud RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 203.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VILLELA, João Baptista. Efeitos sociais benéficos do risco. Repertório IOB de jurisprudência. n. 22, p. 489-490, 2ª quinzena, nov. 1991.