

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Considerações sobre o Princípio da Função Social do Contrato à Luz da Análise Econômica do Direito

Renata Guimarães Pompeu¹

Faculdade Pitágoras

Centro Universitário Newton Paiva

RESUMO

O presente artigo é uma investigação inicial acerca do Princípio da Função Social do Contrato e sua compatibilidade com a tradição da Análise Econômica do Direito. A partir da dogmática tradicional, não juseconomista, investiga-se o que se convencionou chamar de funcionalidade social do contrato devidamente articulada com seus tradicionais aspectos estruturais (forma jurídica). Após, é incluída na análise a operação econômica que é inerente a todos os contratos para, parcialmente, incorporar alguns dos ensinamentos juseconomistas. Ao final, se analisa algumas outras regras e princípios dentro desse novo arcabouço.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Função Social; Contrato.

JEL: K12

ABSTRACT

This paper is an initial investigation about the Principle of Social Function of Contracts and its compatibility with the Economic Analysis of Law approach. From a traditional dogmatic perspective of contract law, not juseconomist, the social function of contracts is explained, including its articulation with the traditional elements of contract law (legal form). After that, the economic role that is inherent to all contracts is analyzed to partially incorporate a juseconomist perspective. The paper then concludes by analyzing other rules and principles within this framework.

Key words: Economic Analysis of Law; Social Function; Contract.

R: 23/10/09 **A:** 15/3/10 **P:** 11/6/10

¹Trabalho desenvolvido no curso de Doutorado em Direito Privado na PUC/MG. A Autora agradece o apoio financeiro da CAPES.

1. Introdução

A motivação jurídica ou a hipótese metodológica que mobilizou a redação do presente texto reside na articulação inseparável dos contratos e da Economia². Considerar ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria verdadeira alienação do Direito. O estudo do contrato à luz da Análise Econômica do Direito³ significa trazer ao debate mais uma, dentre tantas, ferramentas hermenêuticas⁴.

Ao contrário do que afirma a doutrina mais desavisada sobre o tema, a Análise Econômica das relações patrimoniais privadas compõe um dos focos do caleidoscópio da interpretação jurídica, e não o único. A Análise Econômica do Direito tem sido equivocadamente compreendida em determinados contextos sugerindo que ela se limitaria a uma hermenêutica meramente utilitária das relações jurídicas.

Quando se pensa em análise econômica do direito imagina-se, por vezes, que se estará no campo do direito econômico ou o do direito comercial, ou ainda naquele em que preponderam os modelos econométricos sobre as regras jurídicas. Nada mais enganoso. (SZTAJN, 1998, p. 9).

A conexão entre Direito e Economia é frutífera para que se possa promover a eficiência ou a adequação das relações jurídicas, as quais não podem negligenciar ou alijar determinados dados reais (que um estudo econômico pode fornecer), sob pena da existência de um Direito prático e outro teórico.

(...) quisiera enfatizar que a todos los que preocupe tomar a la ciência jurídica de manera seria, deben tener presente que el AED (Análise Econômica do Direito) nos es una amenaza contra los principios de validez del derecho; ni mucho menos contra sus postulados epistemológicos esenciales, sino por el contrario, es una herramienta que coadyuva de manera puntual al fortalecimiento del orden legal y, por ende, al desarrollo económico y humano de la sociedad. (VASQUEZ, 2002, p. 217 – parêntesis nossos)

O que se quer dar ênfase no presente texto é que a noção de contrato como realidade jurídica deve sempre considerar a operação econômica⁵ que lhe subjaz, pois assim tornará mais consistente o arcabouço legal do direito dos contratos. É neste contexto que se propõe discutir a existência de um

² Neste mesmo sentido Vincenzo Roppo: “*L'area del contratto è, in parole più empiriche, l'area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): area strategica in ogni organizzazione sociale, e segnatamente nelle società evolute*”. (ROPPO, 2001, p. 3). Igualmente registrou Fernando Araújo: “(...) na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”. (ARAÚJO, 2007, p. 18).

³ Por certo o Direito representa uma ciência autônoma, mas conta também com um contexto de interdisciplinaridade que não pode ser negado. Economia e Direito articulados em nada se afastam dos seus fundamentos nucleares, apenas possibilitam (aqui para o Direito) uma análise mais consistente das inúmeras realidades às quais se deve oferecer tratamento ou regulação.

⁴ “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica (...) fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades”. (ARAÚJO, 2007, p. 14)

⁵ “De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica”. (ROPPO, 1998, p. 8).

conteúdo pertinente ao denominado princípio da função social do contrato, contemporaneamente expresso pelo texto do art. 421 do Código Civil vigente desde 2003.

O contato entre o Direito e a Economia, entre os contratos e a realidade econômica, justifica-se como um subsídio científico para tornar substancial o estudo da funcionalidade social do contrato. O princípio da função social, que conforma a autonomia privada, deve ser considerado como um conjunto de diretrizes ordenadoras da prática negocial.

Para tratar então do tema enfatiza-se que um dos pressupostos a serem considerados reside na conceituação e na explicitação da função do princípio em si mesmo. Antônio Cota Marçal destaca que os princípios como “frutos da atividade teórica do agente racional (...) e não apenas do Direito, são ao mesmo tempo teóricos e práticos e, enquanto tais, não se excluem reciprocamente, na medida em que a faculdade teórica ou transcendental, que os constrói, é eminentemente pragmática”. (MARÇAL, 2007, p. 59)

A noção de princípio que aqui pretende ser firmada quer romper com a tradicional divisão entre aspectos teóricos e práticos. A idéia de princípio deve pressupor uma unidade em que a natureza teórica é essencialmente compreendida como sistematização da prática. O conteúdo de um princípio deve representar a articulação de experiências pretéritas, bem como a necessária abdução para receber realidades futuras.

Parece então obrigatório abandonar o dualismo normalmente verificado entre teoria e prática, que leva, muitas vezes, à negação de uma ou da outra. A recusa da experiência prática, que conduz ao dogmatismo de palavras (aqui princípios) vazias ou retóricas, ou a resistência à elaboração ou sistematização destas experiências através de uma teoria aberta, são duas faces da mesma moeda.

O princípio da função social do contrato não pode assim representar um conteúdo meramente retórico, aplicável de forma arbitrária em desacordo com dados, por exemplo, econômicos da realidade. As reflexões que serão feitas sobre a função social do contrato não podem afastar-se das concepções econômicas que se relacionam com o instituto (mas como já foi dito não o esgotam).

Neste caminho a ser trilhado apresenta-se como recurso bastante esclarecedor, o exemplo da concepção de empresa firmada por Ronald Coase como um complexo ou “feixe” de contratos cujos custos de transação são extremamente relevantes⁶. A empresa representaria um contexto dinâmico de relações e transações econômicas, traduzidas juridicamente pela figura do contrato.

A natureza contratual da empresa é trazida aqui, pois auxilia a reflexão sobre o ajuste contratual de condutas. Ela traduz um contexto de evidente e natural consideração dos aspectos econômicos⁷. A noção de empresa como grupo ou conjunto de contratos contribui para melhor situar e compor o princípio da função social e será debatida ao longo das reflexões.

Enfatiza-se que a investigação da funcionalidade social deve ser feita em constante articulação com os tradicionais aspectos estruturais do contrato (cuja preocupação reside na forma; na licitude, determinação e possibilidade do objeto; capacidade do agente; e principalmente na adequação da manifestação de vontade), com a operação econômica que lhe é inerente (e seus custos), bem como com as regras e demais princípios que o regulam.

⁶ “In my article on ‘The Nature of the Firm’ I argued that, although production could be carried out in a completely decentralized way by means of contracts between individuals, the fact that it costs means something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market”. (COASE, 1988, p. 7).

⁷ “A funcionalização da liberdade de contratar realizada pelo art. 421 do Código Civil exigiu o reconhecimento da ‘teoria da empresa’ como elemento determinante para a unificação das obrigações civis e mercantis”. (BRANCO, 2009, p. 99).

Pressupõe-se que o aspecto social do contrato, acompanhando a propriedade e a empresa, não tenha sido firmado como obstáculo ou empecilho para a liberdade de contratar, mas especialmente para aperfeiçoar o seu exercício.

Constituiria um verdadeiro paradoxo a existência de um princípio em estreita ligação com a boa-fé objetiva, por exemplo, “cujos efeitos perniciosos” reduzissem ou restringissem “o exercício da autonomia privada e, consequentemente,” impactassem “negativamente a organização da empresa (por exemplo), com a redução do bem-estar geral.” (SZTAJN, 2005, p.30).

Essa urdidura de variáveis ilustra a necessidade de se compreender o Direito como uma racionalidade dialogicamente construída. Essa concepção é decisiva para que se trate do tema do contrato, da sua funcionalidade social (que emana da natureza principiológica) e do universo econômico ao qual ele pertence. “A verdadeira racionalidade, aberta por natureza, dialoga com o real que lhe resiste. Opera o ir e vir incessante entre a instância lógica e a instância empírica; (...)”. (MORIN, 2001, p. 23). O início desta dialogia racional exige a explicitação de determinados pressupostos sobre a própria noção de contrato para o Direito Privado. Decompor a realidade do contrato representa um valioso recurso metodológico para o melhor entendimento do seu contexto jurídico (técnico), econômico e normativo.

2. Considerações Gerais sobre o Conceito de Contrato

O contrato como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se auto-regular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do Direito Privado permitem o pleno exercício desta autonomia, pois neles se impõe o heterônomo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva.

Ocorre que um dos espaços mais amplos para o exercício desta liberdade de regulamentar a si mesmo é o contrato. A autonomia negocial (ela deriva da noção de autonomia privada, com designação exclusiva para o *locus* contratual) que promove o que se denominou de ajuste de condutas, possibilitando a troca entre particulares, é o núcleo deste instrumento chamado contrato. Ele então representa um conceito jurídico que recepciona no plano da existência um fato social composto pelas relações entre particulares que ajustam ou combinam seus interesses.

Além de jurídico, o contrato é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar. Essa função não encontra paralelo em qualquer outro instituto jurídico, nem pode ser absorvida por qualquer um deles. Seria possível, sem contratos, promover a regular e segura circulação de bens em uma dada sociedade? Sem contratos, a liberdade para dispor, livremente, dos próprios interesses ficaria prejudicada. (SZTAJN, 2005, p. 29).

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais. E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

2.1.O conceito jurídico

A concepção jurídica de contrato ilustra o reconhecimento pela norma⁸ (com a consequente designação de efeitos) de situações, vínculos e interesses interpessoais, cuja natureza é essencialmente patrimonial, mas igualmente (e por que não?) existencial. O contrato, a partir do enlace de condutas que reconhece como comportamento jurídico, traz ao universo do Direito um complexo contexto de expectativas existenciais e, por certo, econômicas.

A formalização jurídica desse conjunto de realidades fático-sociais, economicamente apreciáveis, constitui a substância do contrato. Como afirma Enzo Roppo os contratos “reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.” (ROPPO, 1988, p. 7).

Essa construção da ciência jurídica insere-se no contexto do direito dos contratos que representa um sistema de normas dos códigos, das leis especiais, dentre outros. Situado nesse universo, produz consequências legais próprias que reconhecem e legitimam direitos e deveres decorrentes ou integrantes de uma operação econômica⁹.

2.2.A operação econômica

Subjacente ao conceito técnico de contrato mencionou-se a presença de uma operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre particulares. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial. A formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas.

A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses¹⁰.

Apesar de aqui serem utilizados conceitos tradicionais de racionalidade, a reflexão que se propõe reside na distinção das noções de maximizar auto-interesse no universo capitalista (em geral, moralmente designado por egoísmo) e de solidarismo (moralmente, denominado altruísmo).

Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

⁸ Sobre a juridicização do fato pela norma explicou Marcos Bernardes de Mello: “A constatação de que há fatos relevantes, a que a norma jurídica imputa efeitos no plano do relacionamento inter-humano, e fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização, permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral – ou mundo fático – um conjunto - o mundo jurídico - formado apenas pelos fatos jurídicos.” (MELLO, 2003, p. 9).

⁹ “(...) aquela formalização jurídica nunca é construída (...) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista, e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir.” (ROPPO, 1988, p. 9).

¹⁰ “Como o comportamento racional é caracterizado na teoria econômica tradicional? É justo dizer que existem dois métodos predominantes de definir racionalidade de comportamento na corrente dominante da teoria econômica. Um deles consiste em conceber a racionalidade como uma consistência interna de escolha; o outro, em identificar racionalidade com maximização do auto-interesse”. (SEN, 1999, p. 28).

A operação econômica recebida no plano da existência do mundo jurídico ilustra as escolhas racionais ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação. Além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada. Fernando Araújo destaca que na disciplina dos contratos os custos de transação estariam representados da seguinte forma:

(...) custos de redação do clausulado (custo de complexidade), custos de disciplina contratual; contingências imprevistas; externalização sobre terceiros; assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional; diferenças de poder negocial e de mercado. (ARAÚJO, 2007, p. 198/199).

O universo dos custos de transação é ponderado e refletido pelos agentes num processo de racionalidade, durante o exercício da autonomia negocial que, como se explicará adiante, não pode corresponder àquela autonomia movida exclusivamente pela vontade como imaginou Kant¹¹ e em outro contexto, a filosofia do Estado Liberal.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente, ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

2.3.O direito dos contratos

O processo de formação do vínculo contratual, sua inserção no mundo jurídico e as ponderações sobre custos de transação são realidades técnicas inseridas no universo do direito dos contratos. Essa terminologia se propõe a ilustrar todo o arcabouço normativo pertinente ao contrato como conceito jurídico que reveste uma operação econômica de base.

A referência aqui é feita às regras pertinentes, por exemplo, aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade de um negócio jurídico. Igualmente são considerados os elementos acidentais que podem alterar a regular irradiação de efeitos do contrato. Além disso, e principalmente, pois o ponto central deste estudo é a função social, o direito dos contratos refere-se aos princípios como sentidos interpretáveis da norma. E, no caso dos contratos, devem orientar a conduta das partes as diretrizes de princípios como a boa-fé objetiva, a relatividade e oponibilidade dos efeitos, a obrigatoriedade do conteúdo, pois todos eles conformam o exercício da autonomia privada.

O direito dos contratos representa uma das dimensões em que se deve projetar o ajuste de condutas, pois contém os comandos legais emanados das regras dedicadas ao negócio jurídico, aos contratos em geral, bem como aqueles tipificados. Ocupa-se, da mesma forma, do conteúdo principiológico destinado à regulação dos vínculos contratuais. E neste ponto que se justifica a necessidade das reflexões sobre a função social do contrato.

¹¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2005.

O princípio previsto como “limitador” da liberdade de contratar, corolário da autonomia privada, não guarda qualquer relação com a idéia de solidarismo que lhe vem sendo sugerida¹². Ou, se guarda nexos com a concepção de solidariedade, ela deve ser bem explicitada para que se evite um paternalismo jurídico tanto no plano da justificação como no plano de aplicação da norma. Falar em solidariedade definitivamente não quer dizer altruísmo (ou solidarismo como querem alguns no campo jurídico) representado pela submissão dos interesses individuais aos coletivos.

Um exemplo do aqui se denomina de paternalismo jurídico, no plano de aplicação da norma, pode ser constatado por meio da decisão proferida nos autos da ação ordinária de nº 1999.001.141054-2, pela Justiça Estadual do Rio de Janeiro¹³. Os autores pleiteavam ressarcimento por danos materiais e morais em razão da perda de 95% do valor por eles aplicado em derivativos.

Os demandantes, habituados a compra no mercado de ações, foram devidamente informados sobre a natureza dos derivativos, sobre a oportunidade de rendimento (que poderia alcançar 112% ao ano), bem como informados sobre os riscos que incluíam a possibilidade de perda significativa do valor investido.

Todavia, mesmo com a simetria de informações, e a possibilidade do exercício da autonomia negocial de forma livre e consciente, o pedido foi julgado procedente para condenar a natureza das ações oferecidas e determinar aos réus a devolução de todo o dinheiro perdido pelos autores, bem como para lhes compensar o dano moral no valor de R\$ 10.000, 00 para cada litigante.

A referida decisão foi também comentada por Rodolpho Sampaio Júnior ao afirmar que “(...) poucos casos exemplificam melhor o paternalismo pretoriano do que eximir aquele que investe no mercado financeiro de qualquer risco, especialmente quando se trata de investimentos agressivos como a aplicação em derivativos.” (SAMPAIO JÚNIOR: 2007, p. 64).

A equivocada solução (ilustrada pelo caso fluminense) em nada rompe com o desequilíbrio, com a má administração e com a injustiça no âmbito dos contratos, mas apenas mantém um pressuposto igualmente equivocado: o caráter absoluto da liberdade exercida por meio da autonomia negocial. Como se comentará, a intervenção estatal que pratica o paternalismo ou solidarismo jurídico ainda crê no caráter absoluto da vontade. E considera que o limita (combate) por meio da função social (diga-se invocada de forma inteiramente inconsistente) para punir uns e “tutelar” outros.

Porém, para se discutir a função social deve-se, desde logo, distinguir o seu pressuposto conceitual, diferenciando-se e completando a noção estrutural clássica do contrato.

3. O Contrato Concebido sob um Prisma Estrutural

O olhar jurídico do Estado Liberal sobre o contrato sugeriu um viés estrutural concentrado na convenção entre as partes. Neste sentido é que parece se destacar uma das pretensões da

¹² Dentre os autores que afirmam a concepção solidarista do contrato destacam-se alguns exemplos: WALD, Arnold. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v. 21, p. 35; THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro, Forense, 2003; MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista de Direito GV, v. 01, p. 41; SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. Revista de Direito Privado, v. 13, p. 99; RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, In MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281; MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. Revista dos tribunais, v. 779, p. 55.

¹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ação de Indenização n.1999.001.141054-2. Autor: Aldo Henrique Ramos e outros. Réu: Fundo de Investimentos Marka Kikko Asset Management S/C Ltda. e outros. Juíza Lecília Ferreira Lemmert, Rio de Janeiro, 31 ago. 2006.

reconstrução dos paradigmas contratuais no contexto do pressuposto Estado Democrático de Direito, que é a concepção funcional do instituto, a qual esboça, dentre outras, a relevância de se dedicar não somente ao consentimento em si, mas ao interesse a ser protegido. Sugere-se a mobilização do ângulo exclusivo da estrutura do acordo de vontades para incluir papéis ou funções a serem desempenhados pelo contrato.

A concepção estrutural do contrato considera, além da verificação dos pressupostos de existência (de maneira a explicitar a presença do agente, forma, objeto e, especialmente, da manifestação de vontade) e dos requisitos de validade (ao indagar sobre a capacidade de fato do agente, sobre a forma prescrita ou não proibida pelo texto legal, sobre a licitude, a possibilidade e a determinação do objeto, bem como sobre a liberdade e consciência da manifestação de vontade do agente mencionado) de qualquer ato jurídico, especialmente, a verificação do acordo de vontades, do consentimento das partes em um negócio jurídico bi ou plurilateral.

A estrutura do contrato é, neste sentido, decisiva para definir o tradicional conceito de parte, visto que somente aqueles que consentem, quando do exercício da autonomia privada, no conteúdo jurídico estipulado é que podem ser considerados como partes contratuais.

A análise do contrato a partir de sua estrutura apresenta um foco dedicado ao consentimento, à convenção formulada e amoldada pelas partes. Só os que puderam consentir, e de forma livre e consciente, é que poderão ser considerados como parte em um contrato.

Não existe negócio jurídico sem agente e, portanto, não existe contrato sem agente. Como o contrato é negócio jurídico de formação bilateral, são necessários ao menos dois agentes para sua formação. Estes, responsáveis pela escolha da categoria, pelo desenho de um objeto, pela expressão social da forma de acordo com certas circunstâncias, são as partes do contrato, como negócio jurídico. As partes do contrato são os agentes declarantes que vão ser responsáveis pela composição dos elementos gerais intrínsecos ou constitutivos do negócio jurídico. (PENTEADO: 2007, p. 41).

Esse denominado aspecto estrutural contribui para uma noção (talvez estanque ou pouco processual) divulgada por alguns doutrinadores sobre os efeitos internos do contrato¹⁴. Se apenas aqueles que consentiram sobre o conteúdo contratual é que serão considerados como partes, é sobre os efeitos pertencentes a esta relação interna do contrato que se deve concentrar o olhar jurídico.

Compreender o contrato apenas sob o seu perfil estrutural implica numa dimensão reducionista da investigação da função social como critério balizador da autonomia negocial. A adequada compreensão de um ato desta natureza deve necessariamente articular o perfil estrutural, que apresenta os pressupostos e requisitos de validade, e a perspectiva funcional que indaga as razões determinantes do vínculo.

4. O Contrato Concebido sob um Prisma Funcional

Para além da noção estrutural da relação obrigacional existente entre as partes contratantes, deve ser primordialmente considerado o seu viés funcional. A concepção funcional de um contrato preocupa-se com aqueles que emitiram o consentimento sobre o conteúdo das obrigações pactuadas, mas igualmente com as funções decorrentes deste vínculo jurídico. Neste sentido, pode-se dizer que o contrato apresentaria funções/razões como a social, econômica, pedagógica e política.

¹⁴ “São internos os efeitos que incidem sobre os contratantes, o que é decorrência natural do princípio da relatividade (res inter alios acta).” (LISBOA: 2007, p. 121).

A idéia da função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando-se de tudo mais. Aceita a idéia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes nos contratos, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse. (AZEVEDO, 1998, p. 116).

Ultrapassar a concepção estrutural de contrato e os seus efeitos internos que atingem apenas as partes que exerceram sua liberdade de contratar significa considerar este vínculo de uma forma mais ampla e complexa.

(...) não há como se negar que o contrato é fato jurídico, por se constituir fenômeno social regulado pelo direito. E como fato, acontecimento ou realidade deve ser levado em conta pelos demais membros da sociedade, para aferição da existência de consequência proveitosa ou prejudicial a outrem. (LISBOA, 2007, p. 114).

Considerar a funcionalidade do contrato é também projetá-lo para além das marcações jurídicas entre as partes diretamente vinculadas sugerindo, por exemplo, que os terceiros, tradicionalmente estranhos à relação jurídica, podem ser por ela prejudicados (merecendo a tutela do ordenamento), bem como não podem interferir nesta de forma ilícita.

Emilio Betti identifica a funcionalidade do contrato com a sua causa ou razão determinante, afirmando que a causa ilícita, irracional ou não legítima deve impedir o regular desenvolvimento do negócio jurídico. (BETTI, 2003, p. 269). Existiriam comportamentos dos contratantes contrários ao Direito e que não seriam dignos de tutela. Porém retorna-se ao ponto já advertido que reside na identificação de critérios para se dizer o que seriam condutas proibidas (contrárias à função social), pois abusivas e aquelas permitidas (mesmo que implicassem em maximização dos próprios interesses).

Ocupar-se da função social representa apenas um dos papéis ou razões do contrato, relacionado à articulação do interesse individual no contexto social. A autonomia privada no âmbito do contrato não é limitada por uma função social, mas sim moldada por finalidades que permitem a coexistência de interesses pessoais com o mundo público no qual o vínculo se realiza.

Caracterizar a autonomia privada representa um recurso obrigatório para tornar consistente a funcionalidade social do contrato apenas como elemento configurador da liberdade de contratar. A autonomia privada será aqui definida sob a égide do próprio conceito de autonomia, bem como em face da diferença conceitual, para alguns, em relação ao que se denominou de autonomia da vontade.

5. Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Heteronomia

Em princípio, convém destacar os fundamentos que sustentaram, por muito tempo, a idéia de autonomia da vontade, em que se identificava uma forte conexão do princípio com o conceito de propriedade e de liberdade, esta compreendida como auto-suficiência.

As influências das idéias liberais no contexto da autonomia da vontade elegeram esta última à condição de dogma, pois a vontade era considerada o núcleo expressivo da liberdade dos indivíduos, devendo ser preservada na sua forma mais natural.

O conceito de autonomia apresenta uma natureza verdadeiramente complexa, sofrendo ascendências culturais em qualquer época. As alterações do princípio da autonomia revelam sua

natureza mutável, especialmente se considerado o impacto dos períodos históricos, bem como a influência das heranças conceituais de cada investigador do tema.

Não se pode entender o conceito de autonomia com uma natureza única ao longo do tempo e através dos teóricos que se dedicaram a reflexões sobre o assunto. A autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo. Apesar das diferenças – às vezes como equivalente de liberdade, outras como de autogoverno ou soberania e ainda outras como de liberdade, vontade individualidade, independência e auto – suficiência –, não resta dúvida que a noção da autonomia tem desempenhado papel importante na filosofia moral aplicada e nas filosofias normativas em geral. (GUSTIN, 1999, p. 34).

Ana Prata, discutindo o conceito de autonomia privada, faz a ressalva de que “(...) pode-se, pois, dizer, em conclusão, que a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável”. (PRATA, 1982, p. 9). Ainda sobre as influências que atuam sobre as concepções do conteúdo da autonomia privada, afirmou Bruno Torquato de Oliveira Naves:

A normatividade principiológica da autonomia privada dá a ela esta plasticidade, permitindo que se amolde mais facilmente ao momento histórico, estando mais presente em alguns momentos e mais restrita em outros. (NAVES, 2003, f. 86).

É forçoso frisar que ambos os conceitos derivam do núcleo comum que é a autonomia o qual parte de um limite necessário que é a própria alteridade.

A idéia de autonomia é paradoxal. Só há autonomia frente a outros seres humanos; sozinho ninguém é autônomo. Autonomia pressupõe socialidade, intersubjetividade. Exige, portanto, perspectiva relacional. (NAVES, 2003, f. 83).

A autonomia, aqui reafirmada como necessidade primordial do homem ocidental contemporâneo, deve ser considerada num sentido interativo e dialógico, por isso, também de natureza social e transcultural, que supera a concepção restrita e individualizante da doutrina liberal do mundo moderno e que rompe com a visão tradicional da tensão irremediável e da disjunção entre as esferas pública e privada. A autonomia reconceituada nesse sentido e obtida através de formas discursivas e auto-reflexivas passa a vislumbrar um privado que se realiza no público, este último construído a partir de uma concepção de cidadania ativa e de sociedade civil que se expande além das fronteiras locais. (GUSTIN, 1999, p. 210).

A preferência pela expressão autonomia privada se dá, pois o princípio pretende ilustrar um novo significado frente ao contexto individualista e patrimonialista que tanto influenciou a autonomia da vontade.

Para muitos sequer se cogitaria da expressão autonomia privada, pois ela refletiria uma nova forma da autonomia da vontade. A autonomia privada transpareceria apenas uma interpretação mais atualizada da autonomia da vontade. Todavia, o presente trabalho pretendeu evitar a noção de auto-suficiência que o dogma da vontade já carregou, optando por empregar o conceito de autonomia privada.

A ligação do conceito de autonomia da vontade com o de propriedade já foi ressaltada por muitos daqueles que o investigaram no contexto do Estado Liberal e de toda a sua política estrutural. Um dos propósitos da sociedade liberal era a efetiva promoção do comércio entre os indivíduos, o

que trouxe também como ascendência sobre o conceito de autonomia a noção de capacidade negocial, posto esta se ligar estreitamente à relação entre proprietários.

O liberalismo econômico e as idéias individualistas influenciaram sobremaneira a concepção de autonomia a qual era compreendida como a possibilidade absoluta de auto-regramento dos interesses particulares, de forma a permitir o livre comércio em toda a sua plenitude. A noção liberalista de autonomia é marcada, desta forma, por uma natureza voluntarista, cujo foco é a vontade compreendida em si mesma, numa manifestação auto-suficiente¹⁵. Classificada como princípio de direito privado, a autonomia da vontade pretendia legitimar uma esfera de liberdade ao indivíduo para que o mesmo pudesse promover atos jurídicos em toda a sua amplitude.

O peso dado à livre manifestação da vontade, compreendida como uma forma de se garantir a liberdade trouxe a orientação de que o indivíduo deveria apenas submeter-se ao fruto do seu próprio querer, pois somente este seria soberano. A linha demarcatória da liberdade e da moralidade residiria nessa orientação e no governo dos indivíduos pela própria vontade.

O Estado Liberal influenciou fundamentalmente essa noção individualista da autonomia da vontade, através de políticas liberais que privilegiavam a menor atuação estatal possível, bem como demarcavam expressa linha divisória entre o âmbito público e o privado.

Apesar das relações sociais necessárias e intrínsecas, as mesmas revelavam-se dicotomicamente compreendidas diante da existência de uma esfera privada de atuação. Esse era o contexto priorizado pela noção de autonomia da vontade e, através desse pensamento liberal, a vontade em si mesma ganha peso especial para possibilitar o pleno desenvolvimento do direito de propriedade. A crença burguesa residia na idéia de que essa igualdade de posições entre aqueles que declaravam livremente a sua vontade, tendo como alicerce o exercício da autonomia, permitiria plena e legítima circulação de riquezas em prol da verdadeira justiça.

A concepção de autonomia de vontade é propriamente uma consequência do Estado Liberal e, por vezes, comparada à filosofia de Immanuel Kant sobre a noção de autonomia moral¹⁶. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* afirma que “Autonomia é (...) o fundamento da dignidade da natureza humana”. (KANT, 2005, p. 79).

A comparação com a reflexão kantiana talvez resida na ênfase dada a um tipo de vontade que se distingue por não estar simplesmente “submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem que ser considerada também como legisladora ela mesma, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela pode olhar como autora)” (KANT, 2005, p. 72).

O descompasso filosófico da autonomia liberal ou, em cotejo, da construção kantiana, reside em considerar como ato autônomo apenas aquele realizado por vontade sem a interferência de qualquer aspecto heterônomo, como tendências, inclinações, expectativas, etc.

Max Scheler se opõe a esta concepção afirmando que a autonomia somente poderá existir articulada à heteronomia. Existem atos que se realizam mais por vontade do que por dever e outros que são praticados mais por obrigação do que por exercício plenamente livre de um poder ou faculdade. Assim como se dá, por exemplo, nos contratos negociais e naqueles denominados de

¹⁵ “À época do voluntarismo jurídico, a noção de autonomia ingressou no direito moderno, influenciando-o decisivamente (...)”. (SAMPAIO JÚNIOR, 2001, p. 82).

¹⁶ “A idéia clássica de autonomia privada deriva da noção kantiana de autonomia moral (...). Entretanto, deve ser observado que a concepção de autonomia tradicionalmente aceita guarda mais do que uma relação de identidade com o ideário liberal sendo, na verdade, fruto do mesmo. Não há que se falar, portanto, na existência de equivalência entre a construção kantiana da idéia de autonomia e o modo pelo qual se estruturou, tradicionalmente, aquilo que chamamos de autonomia privada na ciência do direito. Nota-se, de fato, um grande hiato entre o pensamento kantiano e o da comunidade jurídica da época, embora influenciada esta por uma ‘onda’ voluntarista e individualista.” (FRANCO, 2006, p. 136).

adesão. *Para Scheler, la persona tiene autonomia como soporte y realizador de valores, pero esta autonomia se encentra dentro de una “comunidad de valores”, por lo que es de alguna manera heterónoma.* (MORA, 1994, p. 277).

O exercício da liberdade de contratar como desdobramento da autonomia privada jamais estará livre de constrangimentos ou influências heterônomas, mas apenas representará um ajuste de conduta com as contingências ou riscos inerentes ao processo.

Ocorre que o caráter absoluto da vontade ainda não parece ter sido superado e no Estado Social encontrará uma espécie fronteira através dos direitos sociais defendidos e promovidos na atuação estatal. O que hoje se verifica é uma conduta protetora estatal preocupada em realizar um contexto de igualdade diferente daquele de natureza meramente formal invocado pelo liberalismo.

O Estado Social se propõe a promover uma política transformadora da idéia preconizada pela autonomia da vontade limitando esta com novas previsões legislativas, preocupadas com interação entre a esfera pública e a privada, em que predomine o bem-comum.

Entretanto, o equívoco da concepção social de autonomia privada (nas relações negociais) parece ser a tentativa de revide sobre o individualismo burguês com a promoção do solidarismo.

Classificar de moralmente egoísta o exercício da liberdade de contratar no Estado Liberal levou à prática de uma conduta, em especial no plano de aplicação da norma, que representa apenas a outra face da moeda: uma espécie de altruísmo¹⁷ jurídico. Individualismo e solidarismo são expressões de um mesmo núcleo, pois ambos se afastam da melhor justiça comutativa.

O desafio do Estado Democrático de Direito é romper com o solidarismo hoje praticado, em que se promulga como ilusória providência de redução das desigualdades a prevalência do interesse social (cujo eufemismo ou a sofisticação filosófica é o bem-comum) sobre os interesses particulares. Enzo Roppo, em sua obra sobre contratos, alerta que este também era o lema do Estado Fascista na Itália de 1942, quando do início da vigência do Código Civil naquele país. Já em 1933 se afirmava que:

(...) a loucura do individualismo e do liberalismo de ora em diante não tem mais espaço no direito alemão (Hans Frank), e que a esta deve substituir-se a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autônoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional (a comunidade dos alemães e da raça ariana), e aos seus desígnios de potencia e de domínio. (...) o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do “bem comum” da nação alemã; e aos juízes do Reich era confiada a tarefa de valorar – com amplíssima margem de discricionariedade – se cada contrato era conforme a um tal “bem comum” (...). (ROPPO, 1988, p.55).

¹⁷ Ferrater Mora, apresentando a filosofia do altruísmo elaborada por Comte, destaca a convicção de que o altruísmo era uma espécie de egoísmo *sui generis*, tornando evidente a “solidariedade” filosófica das duas concepções. *“El término (...) altruismo fue introducido por Auguste Comte. En su opinión, el altruismo (...) se opone al egoísmo (...). Debe defenderse y desarrollarse, pues, un régimen altruista en oposición al régimen egoísta.. Hay dos ideas básicas sobre el origen, así como la justificación del altruismo. Según una de ellas, el altruismo está fundado en el interés propio. Su ejercicio es más beneficioso que el del egoísmo. Atender a los intereses de la comunidad es atender a los propios intereses, de modo que ser un altruista es ser un egoísta sui generis. Según la otra concepción, el altruismo no necesita ninguna justificación de carácter individualista. El altruismo tiene su propia razón de ser; nos es necesario, pues, ser un egoísta sui generis, con el fin de ser un altruista. El utilitarismo no constituye la base del altruismo, sino acaso lo inverso. La primera de dichas dos ideas es la que en parte proponía Comte.”* (MORA, 1994, p. 129-130)

Em princípio pode-se parecer excessivo exagero comparar o Estado Social em que hoje se vive com a política fascista de outrora. Porém, deve ser feito o alerta, pois parece cada vez mais presente a interpretação da função social do contrato como suporte para práticas como aquelas descritas pelo autor italiano, conforme se evidencia, por exemplo, por meio da decisão transcrita.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. IMPLANTE DE MARCA-PASSO. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. NECESSIDADE DE RGÊNCIA. CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC.

1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98.
2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte agravada possa efetuar o tratamento cirúrgico, sendo que a necessidade decorreu de indicação médica, diante das condições do recorrido, acometido por doenças cardíacas.
3. Procedimento médico cirúrgico necessário para que o autor tenha qualidade de vida e retome a sua jornada normal de atividades, havendo risco de morte, lesão esta irreparável que deve ser obstada.
4. No caso em exame, estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito do recorrido de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato.
5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana.¹⁸

Aqui o que se constata é a superação da autonomia para negociar, em atendimento a uma suposta violação da dignidade humana, de pessoas que puderam decidir sobre um ajuste de condutas que melhor lhes atendia. Todavia, impôs-se a uma das partes custear tratamento não contratado, sem qualquer alusão às consequências sociais e econômicas de decisões como esta. Por certo o custo (aumento) dos planos de saúde será suportado por todos, para que se possa dar cumprimento a decisões deste tipo, bem como estas podem até mesmo gerar a não operabilidade da atividade.

Em sentido semelhante, especialmente no que toca à ausência de ponderação sobre as consequências sócio-econômicas da decisão, transcreve-se parte de um julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, determinando a redução da multa por inadimplência, em contrato de prestação de serviços educacionais, de 10% para 2%.

Ressalte-se que um dos fundamentos da decisão também foi o princípio da função social do contrato:

CONSUMIDOR. CONTRATO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. MENSALIDADES ESCOLARES. MULTA MORATÓRIA DE 10% LIMITADA EM 2%. ART. 52, § 1º, do CDC. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. EQUIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. É APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS O LIMITE DE 2% PARA A MULTA

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70027998608. Seguros. Plano de saúde. Pedido de autorização para cirurgia. Implante de marca-passo. Deferimento. Presença da verossimilhança das alegações. Necessidade de urgência. Concessão do provimento. Relator: Dês. Jorge Luiz Lopes do Canto, Porto Alegre, 23 mar. 2009.

MORATÓRIA, EM HARMONIA COM O DISPOSTO NO § 1º do art. 52, § 1º, do CDC.

Urge salientar, por último, que a limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato, e se harmoniza até mesmo com o art. 413 do CC/02, que veio a tratar da matéria (...).¹⁹

Arnold Wald, citando palestra proferida pela Ministra Ellen Gracie, quando presidia o Supremo Tribunal Federal, destacou o afastamento da aplicação da norma e da análise econômica do direito. Melhor dizendo, da separação, muitas vezes existente, entre a jurisprudência e a ponderação dos efeitos sócio-econômicos dela decorrentes.

(...) no âmbito do Poder Judiciário, temos, por vezes, a impressão de que a preocupação com resultados também é tomada como questão marginal, à qual não se deve dar relevo excessivo. Por isso, a consideração com a eficácia do serviço é relegada a plano secundário. Eficiência e economicidade não têm sido preocupações daqueles que têm o comando e podem influenciar as decisões políticas de organização do Poder Judiciário. Creio que isso se dá por um motivo muito simples: a nossa formação acadêmica, exclusivamente jurídica, nos afasta e faz com que tangenciemos essas preocupações. (...) Há, realmente, a necessidade de que saibamos exatamente qual será a repercussão econômica de uma determinada decisão judicial. (WALD, 2008, p. 90-91)

Ressalte-se que não se pretende negligenciar a dignidade humana, nem fomentar práticas abusivas, mas sim apontar, por meio dos casos discutidos, uma absurda interpretação que vem sendo conferida à função social do contrato e sugerir as possíveis consequências (prejudiciais) sócio-econômicas (que por certo alcançarão a todos como componentes de um espaço público compartilhado) de uma prática pretoriana como esta.

Mesmo no contexto de um Estado Social deve a autonomia ser considerada e promovida, pois ela jamais perdeu a sua relevância para a ciência jurídica. O ato de soberania individual legitimada pela autonomia privada, facultando a escolha das próprias condutas, é algo realmente fundamental para o Direito.

O que se quer sugerir consiste na concepção e no exercício da autonomia privada num contexto essencialmente dialógico. A autonomia, assim como a própria liberdade são conceitos que residem no núcleo da alteridade para se realizarem. Em que pese o exercício autônomo de escolha das próprias condutas, essa opção somente pode ser feita diante do outro e em consideração ao outro, pois caso contrário, seria inadmissível.

A autonomia privada como poder negocial deve ser exercida com o conhecimento de si mesmo, frente ao outro a quem também se pretende conhecer, para que, então, possa haver uma via de ação soberana e responsável não só perante o próprio autor, mas também na condição de concidadão. "Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, através de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões de ação perante o outro." (GUSTIN, 1999, p. 31).

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rec. Esp. 476649, Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art.52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no §1º do art. 52, § 1º, do CDC. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 25 fev. 2004.

Além da efetiva oposição a alguns dos clássicos valores liberais, reafirma-se a oposição quanto a alguns dos valores do Estado Social²⁰, pois o que aqui se pretende enfatizar é a noção de autonomia negocial, de cooperação, confiança e responsabilidade, evitando abusos, protecionismos ou paternalismos jurídicos.

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência. (SAMPÁIO JÚNIOR: 2007, p. 61).

O tema aqui proposto assenta-se nas noções de risco e oportunidade que pertencem ao contrato como operação econômica que é, bem como na convicção de que o conteúdo desta forma jurídica negocial é obedecido não por se tornar lei entre as partes, mas sim por ter sido por elas escolhido. As reflexões têm suas hipóteses fundamentadas na idéia de Permitido, da autonomia privada como poder, faculdade que impulsiona a formulação do conteúdo do contrato, o qual se torna “obrigatório” por ter sido fruto da opção e da ponderação dentre as possibilidades verificadas. A intervenção, ou atuação, do Estado nos contratos se justificaria apenas em situações marcadas pela influência aguda de elementos heterônomos, pois aí sim existiria menor margem de liberdade, fragilidade do poder negocial ou desequilíbrio contratual.

Reitera-se assim a preferência pelo termo autonomia privada para afastar toda a carga individualista da vontade, e trazer à discussão um conceito de autonomia como forma de exercício da própria concidadania. A autonomia privada que nasceu sob a excelência da vontade, estreitamente vinculada à idéia de propriedade, hoje já não comporta (nem poderia) os valores liberais, nem também se contenta com a perspectiva pretendida pelo Estado Social. O conceito de autonomia privada jamais pode prescindir da auto-reflexão para o seu exercício, mas esta deve ser realizada frente àquele com quem se propõe a comprometer.

6. A Função Social do Contrato no Contexto da Concidadania

A noção de concidadania parece ser um critério nuclear para a consistência da função social do contrato. Se os contratos representam instrumentos de circulação de bens e serviço na sociedade, as condutas daqueles que deles participam devem ilustrar a atuação de concidadãos.

O conceito de concidadania embora possa ser encontrado em radicais de idiomas diferentes, apresenta significações que em muito se aproximam. Concidadão, especialmente na sua fonte grega – *philos* -, implicava amizade – *philia* -e igualmente hospitalidade (*philein*). Mas para além dos sentidos recorrentes das citadas expressões, concidadania herda dessas as implicações de compromisso e reconhecimento mútuo.

A concidadania também contém em suas raízes uma noção familiar de aliança existente entre os cônjuges (aos quais, sem desconsiderar o significado jurídico do termo, prefere-se aqui denominar,

²⁰ “Habermas é incisivo, nesse caso, ao ponderar que o Estado Social, de certo modo, gera um processo de apatia na própria participação política do cidadão o qual, diante da limitação de sua autonomia privada, passa a esperar tudo do Estado e, quando isso acontece, acomoda-se e não mais se interessa pelos destinos políticos da comunidade”. (FERES: 2007, p. 177).

no sentido moderno, de companheiros), traduzindo um “comportamento amistoso entre os parceiros por aliança”. (BENVENISTE, 1995, p. 333).

Ainda, o atuar em concidadania guarda em si o pressuposto de compartilhamento de direitos políticos, projetando aqueles companheiros num espaço público. Esse aspecto ilustra o valor da reciprocidade que é inerente ao transitar dialógico da concidadania.

Entre a antiga relação de “amizade”, [...] a relação mais marcada de “grupo de aliança matrimonial”, que aparece no germânico *heiwa-* e, finalmente, o conceito de “compartilhando direitos políticos”, enunciado no latim *ciuis*, há como que uma progressão em três etapas, desde o grupo restrito até a cidade. (BENVENISTE, 1995, p. 333).

“O sentido autêntico de *ciuis* não é cidadão, conforme supõe uma tradição rotineira, e sim concidadão”. (BENVENISTE, 1995, p. 333). BENVENISTE esclarece que *ciuis* designa originariamente o concidadão (de onde se extrai a conduta de complementaridade, de boa-fé e de transparência entre as partes), e que ele representa (e não a expressão/concepção cidadania – *civis*) o sentido étimo do termo. (BENVENISTE, 1995, p. 291-331)²¹

Todavia, no contexto do direito dos contratos e da função social, ressalta-se que a concidadania pressupõe algo bastante diferente da noção de consenso. No contrato não deve existir consenso, mas sim uma adequada e consistente articulação de condutas, de forma a evitar o desequilíbrio entre as condutas ajustadas.

Como tentativa de distinguir a relação de concidadania do exercício coletivo da cidadania, merece referência o denominado paradoxo de Abilene²², que ilustra situações onde existe uma concordância mal administrada, fruto de uma pseudo-atuação conjunta na tomada de decisões. No paradoxo de Abilene os membros do grupo deixam-se levar por uma determinada preferência, apesar de não estarem de acordo, porque pensam que todos os outros membros concordam.

É este o risco de se afirmar a concidadania como uma atuação coletiva em favor do bem comum: quando se realiza uma comunicação deficiente e a opinião do outro se torna o elemento definidor. Representa situações em que as pessoas não se manifestam por temer serem isoladas, censuradas ou ridicularizadas se declararem a sua opinião. A pessoa decide supondo que o grupo vai agir de certa forma e contraria as suas percepções para obter aceitação ou para não sofrer censura. O paradoxo é que esta mesma situação ocorre com todos do grupo, pois se alguém questionasse a suposição o paradoxo se desfaria.

As decisões no contexto mencionado não têm como suporte a consistência das informações, das experiências e das preferências pessoais, pois naquele exercício conjunto os membros não estão realmente presentes como se espera na relação de concidadania. Na situação do paradoxo, que reflete o que seria o consenso, os participantes no processo decisório não se apresentam verdadeiramente,

²¹ Essa variação histórica que descaracterizou o conceito originário de concidadão é também apresentada pelo verbete civil encontrado no Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa: “lat. *civilis*, e ‘civil, pertencente ao cidadão, de cidade; cível; digno de cidadão, popular, moderado, simples, urbano’; f.divg. culta de cível; f.hist. 1331 *ceuijs*, 1331 *çeuil*, 1352 *çiuyis*, 1370 *cyvel*, sXV *çiuees*”.

²² O paradoxo de Abilene foi enunciado por Jerry B. Harvey, professor da The George Washington University, especialista em dinâmica de grupos e gestão organizacional. O nome do paradoxo deriva de um caso em que todos os membros de uma família decidem ir passear em Abilene, uma cidade no Texas. A viagem termina por ser terrível para todos, apesar de nenhum deles mencionar o fato, pensando que os outros tinham apreciado. Somente quando retornam é que o problema é levantado.

dirigem-se pelo o que acha que o outro acha e não atuam como representantes de um espaço compartilhado por todos.

A relação de concidadania parece essencialmente fundamentada pela dialogia que representa a prática comunicativa negocial e decisória exercida entre homens livres e portadores de autonomia reflexiva.

A relação dialógica é aquela que consente na presença do outro como diverso e rompe a noção de unidade, enquanto coesão entre pessoas, para concebê-la como pluralidade que converge em interesses e objetivos comuns. (GARCIA, 1988, p. 7).

Apesar do contrato sempre articular risco e oportunidades para as partes, estas devem, em nome de um comportamento racional e de compartilhamento de direitos políticos, construir dialogicamente os ajustes econômicos. A resposta das partes aos incentivos que mobilizam a racionalidade comportamental deve ser em atenção à concidadania.

Nem a conduta individualista, nem a conduta solidarista podem promover um atuar concidadão, pois há nelas um equívoco quanto à noção de liberdade de contratar, que não é ilimitada. A autonomia negocial sempre foi e deverá ser conformada por preceitos como boa-fé (e seus deveres anexos: informação, esclarecimento, cuidado e transparência) e a economicidade (custos de transação). Estes aspectos representam as variáveis heterônomas que influenciam a liberdade contratual.

7. A Função Social do Contrato e a Empresa

Por tudo o que já foi dito até aqui, a empresa é trazida ao contexto da função social, pois ilustrara uma rede ou uma urdidura de contratos realizados para a diminuição dos custos de transação, para a promoção de interesses particulares, públicos, e existenciais.

Ao invés de se desenvolverem transações negociais entre os indivíduos em si mesmo considerados, a empresa como atividade negocial possibilita um vínculo menos dispendioso entre eles²³. Perguntar-se sobre a funcionalidade social do contrato e da empresa são investigações científicas recorrentes e imbricadas. Perguntar-se também acerca da origem desta funcionalidade no ordenamento brasileiro é comum, e altamente relevante.

A idéia de função social do contrato, da empresa, ou da propriedade no Brasil teve sua inspiração no Código Civil italiano de 1942, que previa algumas destas situações. Destaca-se que lá não existia qualquer menção à funcionalidade social do contrato. Esta parece ser uma inovação do Direito Privado brasileiro.

Na Itália a função social revelou um princípio ou uma diretriz formulada no contexto do Estado Fascista, fortemente intervencionista nas relações patrimoniais privadas²⁴. Assim, é realmente importante tratar o tema com prudência, pois urge evitar as interpretações protecionistas já explicitadas.

²³ “Não há como haver empresa sem esta gama de transações ou relações jurídicas contratuais. A eficiência, aqui, está em permitir que estas transações se realizem com o menor custo possível. Quanto mais baixos forem os custos de transação, maiores e mais eficientes serão as transações contratuais realizadas pelos empresários com o intuito de organizar os fatores de produção.” (PIMENTA, 2006, p.56).

²⁴ “(...) por conta de uma função social da propriedade (basicamente, da propriedade fundiária) prevista na Constituição do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002 reproduz texto ideado na Itália, à época do fascismo, e que visava a direcionar a liberdade de contratar, uma das liberdades individuais, para que o Estado interviesse nas relações patrimoniais intersubjetivas de forma a estimular (ou impor) a realização de seus interesses”. (SZTAJN, 2005, p. 37).

A empresa (como atividade organizadora dos custos de transação e promotora do desenvolvimento social, bem como dos interesses particulares de seus idealizadores) deve atender a uma funcionalidade social como elemento conformador da liberdade de contratar que não é abusiva, mas autônoma e legítima.

A razão ou finalidade social de um contrato, ainda mais se considerado como um dos componentes de uma complexa existência técnico-jurídica chamada empresa, não pode significar a promoção de ideais solidaristas, nem individualistas. Essa função social deve preocupar-se com o preenchimento de determinadas condutas negociais que diminuam os custos de transação sem violar a boa-fé objetiva ilustrada por seus deveres anexos. “Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social”. (SZTAJN, 2005, p. 48).

8. A Função Social do Contrato e o Mercado

Considerando o contrato e a empresa como uma teia de relações negociais, chega-se, inevitavelmente, à noção de mercado²⁵, que também deve ser considerada para que se compreenda a função social no Direito Privado. O mercado representa o fato social em que se dão as trocas contratuais (cuja organização complexa representa a empresa). A empresa como atividade desenvolve-se no contexto deste fato social denominado mercado e para ele.

A existência da organização do mercado é decisiva para o desenvolvimento das atividades econômicas e para a estruturação destas. As operações econômicas como dimensão do contrato podem se exercidas individualmente ou sob a forma organizada que a empresa ilustra. Empresas e mercados representam realidades em que se aperfeiçoa a circulação dos bens e serviços que circulam na sociedade, com a consequente redução dos custos de transação.

A função social dos contratos, no contexto do mercado, deve então ocupar-se da aferição de transações que promovem estes fins. Ou, na linguagem da Análise Econômica do Direito, a função social representaria uma diretriz contratual para se constatar a eficiência ou não da troca.

O mercado como ilustração das operações econômicas contratuais deve ser regulado pelo Direito. A noção de mercado, como pode ser percebida, também pressupõe a autonomia e a liberdade contratual, exercida ou moldada por parâmetros como a boa-fé e a função social.

A teia de normas sociais que se cria em mercados precisa ser estudada no sentido de se aperfeiçoá-las para que não se tolham as liberdades individuais na decisão. Por isso é que as instituições devem visar à diminuição de riscos de abuso de poder, seja de governo, seja de particulares. (SZTAJN, 2004, P. 41).

O contrato tem sua função social atendida, no universo do mercado, se nesta relação negocial houve simetria de informações, por exemplo. Se no processo foi permitido às partes o esclarecimento necessário para a formação da manifestação de vontade relativa aos custos de transação. E caso isto não ocorra estar-se-á diante de espaços a serem regulados pelo Estado, pois se encontram prejudicados pelos elementos heterônomos que se sobrepõem à autonomia.

Ilustrando a promoção do contexto denominado mercado (mesmo que não tenha sido utilizada esta expressão), o Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a vigência de contrato de

²⁵ “Markets are institutions that exist to facilitate exchange, that is, they exist in order to reduce the cost of carrying out exchange transactions”. (COASE, 1988, p. 7).

fiança, determinou a prevalência da obrigatoriedade do conteúdo contratual, nas situações em que as partes puderam, de forma paritária, exercer o poder negocial.

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA. VALIDADE. CLÁUSULA PREVENDO A RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. EXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo, ainda continua plenamente válido em nosso ordenamento jurídico. Assim, têm os contratantes plena liberdade de pactuar normas a gerarem efeitos entre si, desde que estas não venham a ofender

interesses sociais previstos na Constituição. 2. O fato de o contrato de locação ter sido celebrado sob a vigência da Lei 6.649/79, por si só, não afasta a responsabilidade da fiadora pelos débitos locatícios posteriores ao vencimento do contrato de locação, tendo em vista a existência de cláusula expressa em que concordou em garantir a locação até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado. Precedente da Terceira Seção.

3. Embargos de declaração rejeitados²⁶. Porém, constata-se, pelo teor do julgado, que a função social do contrato ainda é compreendida como um “tempero” do exercício da autonomia privada, e não como um princípio que se direciona à adequação das soluções jurídicas com a realidade.

A liberdade de contratar no mercado corresponde à possibilidade de livre iniciativa econômica (art. 1º da Constituição da República), e esta deve ser desempenhada conforme os contornos recebidos pela autonomia privada de natureza relacional. Esta autonomia se exerce, mesmo nas relações econômicas representadas pelos contratos neste *locus* chamado mercado, de forma dialógica e concidadã, e sem negar a influência dos aspectos heterônomos.

9. Considerações Finais

Como forma de considerações finais das embrionárias razões tecidas ao longo do texto, pode-se sugerir que a função social dos contratos, para que não revele meros dizeres retóricos ou instrumento de apoio para o (absurdo e inconstitucional) solidarismo jurídico, deve sempre considerar a realidade econômica em toda a sua complexidade.

As reflexões aqui esboçadas pretenderam apenas sugerir a insuficiência e o risco de se compreender a função social do contrato como uma diretriz que privilegia o bem comum em detrimento dos interesses e direitos individuais. As noções tratadas de mercado, empresa e autonomia privada, exercida de forma dialógica, parecem fundamentais para que se torne palpável, jurídica e constitucional a aplicação da função social do contrato.

Romper com a mentalidade liberal, cuja vontade era um dogma e a liberdade de contratar compreendida como auto-suficiência, é um dos passos para resignificar o universo contratual. Igualmente, deve ser superada a ideologia de solidarismo do Estado Social, pois esta revelou apenas o

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Edcl. no Resp. 951553. Direito civil. Processual civil. Embargos declaratórios no recurso especial. Omissão, Obscuridade ou contradição. Inexistência. Locação. Prorrogação automática. Fiança. Validade cláusula prevenindo a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves do imóvel. Existência. Embargos rejeitados. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, 20 out. 2008.

equivocado apego ao altruísmo, promovendo decisões inconstitucionais e paternalistas que impedem a emancipação dos concidadãos.

A função social de um contrato se não for considerada e ponderada no contexto das relações econômicas que compõem o ajuste de condutas promovidas no mercado e para o mercado, representará um verdadeiro descompasso sistemático face à principiologia contratual.

O exercício dialógico da autonomia privada, como poder negocial, é expressão da concidadania. Uma visão crítica das relações contratuais considera que a função social somente se legitima no ordenamento brasileiro se articular essa autonomia privada que se realiza no mundo público.

A Análise Econômica do Direito possibilita a construção de um viés consistente para a função social do contrato, pois preserva o desenvolvimento e o crescimento das trocas patrimoniais saudáveis. “Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços.” (TIMM, 2008, p. 96).

10. Referências

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e a desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*. Tradução de Denise Bottmann. Campinas: Unicamp, 1995.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- FERES, Marcos Vinício Chein; DIAS, João Paulo Torres. Teoria geral dos contratos relacionais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 30, p. 171-182, 2007.
- FRANCO, Denis. *O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução*. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.
- GARCIA, Ely Bonini. Da obediência diabólica devida à liberdade dialógica de vida. In: ANJOS, Jorge Luiz; GARCIA, Álvaro Andrade. *Visagens*. Belo Horizonte: Mazza, 1988, p. 7-8.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo horizonte: Del Rey, 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In TAVARES, Fernando Horta (org.). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31-58.

- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 1, p.41-66, jan./jun., 2005.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2001.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada*: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quatier Latin, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Princípios fundamentais de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Poder negocial nas relações de trabalho: limites e perspectivas*. 2001. 125f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle*: os riscos do novo Direito Civil brasileiro. 2007. 214f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v.5, n. 24, jul. 2008.
- STZAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 139, p.29-49, jul-set. 2005.
- STZAJN, Rachel. Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 111, p.9-29, 1998.
- STZAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-96.
- VAZQUEZ, Rodolfo. Comentários sobre algunos supuestos filosóficos del Análisis Económico del Derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía*: una revisión de la literatura. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 201-218.
- WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-102.