

A OUTRA FACE
DO
PODER JUDICIÁRIO

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Coordenadora

Doutora e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo.
Professora associada ao Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da USP.
Coordenadora da área de Direito Civil da
Escola Paulista de Direito – EPD.
Palestrante e conferencista, no Brasil e no exterior.

A OUTRA FACE DO PODER JUDICIÁRIO

Decisões Inovadoras e Mudança de Paradigmas

DelRey



Figueiredo (Coords.). *Questões controversas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p.270-274.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, v.III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóii, v.2 e 24, 1959.

REVOGAÇÃO. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v.66.

RIZZARDO, Arnaldo. Juros no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Bancário*. São Paulo, n.22, ano 6, p.53-77, out./dez. 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 6.ed. Campinas: Bookseller, 1999, v.1.

A respeito da leitura jurisprudencial da função social do contrato

Cristiano de Sousa Zanetti

7

I. Gênese

O Código Civil brasileiro abre o Título V do Livro do Direito das Obrigações com a função social do contrato, qualificada, nos termos do art. 421, como razão de ser e como limite imposto à liberdade contratual. A letra do dispositivo legal leva a crer que a função social seja a pedra angular do Direito contratual brasileiro, conclusão que parece ser reforçada pelo art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que lhe confere, juntamente com as normas que dela decorrem, o caráter de ordem pública, de modo a vedar sua derrogação pela vontade das partes contratantes.

A positivação da função social como um dos grandes princípios que regem o Direito contratual brasileiro consiste em efetiva inovação levada a cabo pelo Código Civil, com o objetivo de “superar os pressupostos individualistas” que condicionaram a elaboração da legislação revogada, de modo a dotá-lo de “institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada”, segundo as palavras de Armando Falcão, ministro da Justiça que, em 6 de junho de 1975, submeteu o Projeto de Lei n. 634/75 à apreciação do presidente da República.¹

¹ Parece indubitável que a função social do contrato não se insere em uma das outras grandes diretrizes que justificam a edição de um Código Civil, igualmente mencionada pelo ministro Armando Falcão na mensagem de encaminhamento do Projeto de Lei n. 634/75: “Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor Miguel Reale fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por

A mensagem de encaminhamento do Projeto de Lei n. 634/75 encontra claro respaldo na Exposição de Motivos do professor Miguel Reale, que justifica a “necessidade da atualização do Código Civil” em razão “do progresso tecnológico” e “em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social”,² sem, contudo, perder de vista os valores individuais, igualmente credores de proteção em um sistema jurídico que se pretende equilibrado³. A Exposição de Motivos ainda toma o cuidado de esclarecer que os imperativos da chamada Democracia Social não se confundem com qualquer das “formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários”, expressamente repudiadas no texto do professor Miguel Reale.⁴

Mais adiante, ao cuidar da “orientação metodológica” que presidiu a elaboração do Anteprojeto do Código Civil, a Exposição de Motivos informa que a “sociabilidade” e a “concreção” são os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada”, acrescentando que “a insuperável abstração das regras de direito” não poderia ser vencida sem que se deixasse campo à atividade construtiva da jurisprudência, bem como à aplicação da boa-fé e da equidade.⁵ A idéia ganha clareza no tópico atinente à “estrutura e espírito do anteprojeto”, no qual o professor Miguel Reale salienta que os dois princípios basilares da obra, “socialização do direito” e “concretude jurídica”, devem aplicados sem perder de vista a proteção dos valores individuais e gerais:

Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco da tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual*

este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes: (...) i) não dar guarida senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.” *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun., 1975, p.105-106 (destaques no original).

² *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.107.

³ Textualmente, a Exposição de Motivos chama a atenção para a necessária “correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais”. *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.108.

⁴ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.108.

⁵ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.110.

ou concreto se balance e se dinamize com o *serial ou coletivo*, numa unidade superior de sentido ético.⁶

De acordo com a Exposição de Motivos, esse equilíbrio não poderia ser atingido sem que se conferisse margem à doutrina e ao juiz para operar “conceitos integradores da compreensão ética tal como os de boa fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.”, necessários à “permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*”.⁷

A primeira referência específica à função social do contrato aparece, como é natural, no trecho da Exposição de Motivos atinente ao Direito das Obrigações. Nesse ponto, o professor Miguel Reale repisa as diretrizes da socialidade e da concreção, bem como afirma que a função social do contrato foi inserta à semelhança “do que se dá com o direito de propriedade”.⁸ De acordo com a Exposição de Motivos, a “socialidade do direito” seria garantida, por exemplo, pelo regime da onerosidade excessiva,⁹ do contrato de empreitada,¹⁰ da fixação da indenização¹¹ e, principalmente, pela inserção dos princípios da boa-fé e da probidade, ponto em que se insere o trecho que mais de perto justifica a inserção do art. 421:

⁶ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.113 (grifos no original).

⁷ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.113.

⁸ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.116-117.

⁹ “Por outro lado, firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre a resolução dos negócios em virtude de *onerosidade excessiva*, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidades sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento à ‘socialidade’ do direito” *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.117 (grifos no original).

¹⁰ “Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber: (...) i) ‘No capítulo relativo à *empreitada*, estabelecer disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos.’” *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.117-118 (grifo no original).

¹¹ “Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber: (...) z) E, finalmente, para dar mais um exemplo do cunho de ‘socialidade’ ou ‘justiça social’ que presidiu a elaboração do Projeto, em todas as suas fases, destaco a nova redação do preceito que fixa a medida das indenizações: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.117-119.

Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber: (...) c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.¹²

O professor Miguel Reale conclui a Exposição de Motivos enfatizando ter sido objeto de constante preocupação

harmonizar, de maneira concreta e dinâmica, as idéias universais do Direito com as que distinguem e dignificam a cultura nacional; os princípios teóricos com as exigências de ordem prática; a salvaguarda dos valores do indivíduo e da pessoa com os imperativos da solidariedade social; os progressos da ciência e da técnica com os bens que se preservam ao calor da tradição.¹³

A análise da Exposição de Motivos fornece importantes subsídios para que a idéia de função social do contrato seja bem compreendida. Como é lógico, a função social do contrato decorre da *socialidade* do Direito, que, igualmente, inspira o regramento do direito de propriedade. A socialidade, todavia, deve harmonizar-se com a proteção dos valores individuais, na medida em que, como é expressamente afirmado na Exposição de Motivos, não se pretende implantar um Estado coletivista ou totalitário, em que a liberdade de cada um só seja reconhecida na medida em que coincida com os grandes objetivos do poder central. Tal harmonia teria sido alcançada na disciplina relativa à onerosidade excessiva, à possibilidade de redução da indenização e à empreitada e, principalmente, no exposto reconhecimento do princípio da boa-fé e probidade, cuja concreção depende dos aportes da doutrina e da jurisprudência.

O texto do atual art. 421 foi submetido à apreciação da Câmara Federal, tendo o então deputado Tancredo Neves considerado o ditame “disposição de maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da ‘função social’ do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar”, razão pela qual propôs a Emenda n. 371, para que fosse adotada a seguinte redação: “ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”.¹⁴ A modificação foi

¹² *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.117 (grifos no original).

¹³ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.125.

¹⁴ Jones Figueirêdo Alves. *Novo Código Civil comentado*. Ricardo Fiúza (Coord.). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.373-374.

posteriormente rejeitada, com base no parecer do relator geral, deputado Ernani Satyro, segundo o qual “a afirmação da ‘função social do contrato consoante o art. 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o art. 160, III, da Constituição de 1969”.¹⁵ Como se verifica, entre os argumentos lançados na Exposição de Motivos para justificar a inserção da função social do contrato, seu paralelismo com a função social da propriedade possibilitou a redação do art. 421 correspondesse à do Anteprojeto.

A consideração dos debates legislativos que antecederam a entrada em vigor do atual Código Civil é interessante para que se tenham presentes os objetivos norteadores da inclusão da nova regra na parte geral dos contratos. Ao se passarem mais de dois anos da entrada em vigor do novo diploma legal, mostra-se oportuno precisar como os tribunais brasileiros se vêm valendo da função social do contrato, de modo a verificar se a orientação pretendida quando da elaboração do texto legal encontrou eco no momento aplicativo do Direito.

2. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

2.1 Sentido e limite da análise

No curto período de vigência do Código Civil brasileiro, não faltam acórdãos que, em maior ou menor medida, valeram-se da função social do contrato como critério de julgamento.¹⁶ O exame de tais arestos pode ser feito de várias maneiras, conforme o escopo que se tenha em vista. Nesse momento, busca-se apenas estabelecer as grandes linhas de leitura que vêm sendo adotadas pela jurisprudência, sem que se dedique especialmente a valorar-se a solução dada ao caso concreto. Trata-se de uma escolha metodológica bastante consciente, feita com o objetivo de suscitar a reflexão a respeito da possível operatividade da função social do contrato no Direito brasileiro.

Deve-se ainda esclarecer que a análise limita-se aos arestos posteriores à entrada em vigor do atual Código Civil brasileiro, que, como cediço, confere papel privilegiado à função social do contrato. Naturalmente, os julgados proferidos durante a vigência do anterior Código Civil são de grande interesse para os estudos da função social do contrato, notadamente para que seja feita uma análise comparativa entre o modo como essa idéia

¹⁵ Jones Figueirêdo Alves. *Novo Código Civil comentado*, cit., p.374.

¹⁶ O autor torna público seu agradecimento ao acadêmico Fábio Floriano Melo Martins pela realização do levantamento jurisprudencial analisado no presente artigo.

inserir-se na normativa anterior e como o faz na atual.¹⁷ Da mesma forma, seria oportuno levar em conta o fato de que cuidou da função social em matéria de alimentos e que permite cogitar de sua incidência em campos outros que não o dos contratos, mesmo não havendo disposição legal expressa nesse sentido.¹⁸ Tais considerações, todavia, fogem aos limites do presente texto, exclusivamente preocupado em analisar, de modo crítico, como a idéia de função social vem sendo recebida pela jurisprudência brasileira na área dos negócios jurídicos contratuais.

Nesse sentido, foram identificadas algumas linhas mestras que têm sido seguidas pelos tribunais pátrios na aplicação da função social do contrato. Com o intuito de evitar que os grupos fossem demasiadamente extensos e, portanto, sujeitos a uma análise muito superficial, procurou-se classificar os julgados de acordo com o papel principal atribuído à função social no caso concreto. Tal processo revelou-se necessário porque alguns julgados atribuem diversos efeitos à função social do contrato, de modo que poderiam ser insertos em mais de uma categoria. Isso implica que o enquadramento dos julgados não obedece a um esquema rígido, mas sim àquele que, salvo melhor juízo, propicia sua mais profícua consideração. Do material colhido, puderam-se identificar dois grupos de acórdãos, cuja apreciação em separado impõe-se.

2.2 Função social e equilíbrio contratual

No primeiro grupo, a função social foi utilizada com o intuito de promover um regramento contratual mais equilibrado, de modo a bem tutelar os interesses de ambos os contratantes e, em um caso, de terceiro diretamente interessado no cumprimento da avença. Com relação ao modo como o equilíbrio contratual é perseguido, impõe-se diferenciar tais casos, razão

¹⁷ Durante a vigência do Código Civil de 1916, a função social do contrato foi considerada, pelo menos, nos seguintes acórdãos: REsp. n. 85521-PR, relator ministro José Delgado, 1ª Turma, STJ, j. 29/04/96; Ap. Cível n. 027.434/8-SP, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 1ª Câmara de Férias, TJ, j. 06/03/98; Ap. Cível n. 008.543-4/0-SP, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado, TJ, j. 17/03/98; Ap. Cível n. 067.769-4/3-SP, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 2ª Câmara de Direito Privado, TJ, j. 26/01/99; Ap. Cível n. 068.744-4/7-SP, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 2ª Câmara de Direito Privado, TJ, j. 26/01/99; Ap. Cível n. 70005719216-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 15/05/01; e Ap. Cível n. 192.451-4/0-SP, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado, TJ, j. 07/08/01.

¹⁸ Ap. Cível n. 7007212673-RS, relator desembargador Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, TJ, j. 18/12/03.

pela qual se pode falar de três subgrupos. No primeiro e mais extenso, a função social foi manejada como reforço de soluções existentes no ordenamento jurídico que limitam a liberdade contratual a fim de distribuir, de modo justo, as vantagens oriundas do negócio jurídico. Mais precisamente, a função social foi vista como reforço aplicativo das normas que protegem os segurados nos contratos de seguro-saúde,¹⁹ que vedam a resolução do contrato diante do adimplemento substancial²⁰ e que possibilitam a redução da cláusula penal.²¹ De especial relevo é o reclamo à função social como reforço à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos campos da revisão contratual,²² da redução de multa moratória,²³ da declaração de abusividade de cláusula e da interpretação mais favorável ao consumidor,²⁴ inclusive para sustentar uma aplicação extensiva do conceito de relação de consumo, de modo a permitir a revisão de contratos que, em princípio, não seriam submetidos à normativa especial.²⁵ Também podem ser enquadrados nesse subgrupo os julgados nos quais a função social foi usada como reforço aplicativo das normas constitucionais que garantem a isonomia²⁶ e a dignidade da pessoa.²⁷

¹⁹ Ap. Cível n. 296.618-4/0-00-SP, relator desembargador Jacobina Rabelo, 4ª Câmara de Direito Privado, TJ, j. 04/12/03.

²⁰ Ap. Cível n. 149.139-6-PR, relator desembargador Eraclés Messias, 7ª Câmara Cível, TJ, j. 04/05/04.

²¹ Ap. Cível n. 140.828-PR, relator desembargador Abraham Lincoln Calixto, 3ª Câmara Cível, TJ, j. 16/03/04.

²² Emb. Inf. n. 05/02-RJ, relator desembargador Ronald Valladares, 16ª Câmara Cível, TJ, j. 11/03/03; Ap. Cível n. 36.527/03-RJ, relator desembargador Sylvio Capanema de Souza, 10ª Câmara Cível, TJ, j. 16/03/04; Ap. Cível n. 70007761760-MG, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Cível, TJ, j. 14/04/04; Ap. Cível n. 1.0702.00.003650-0/001-RS, relator desembargador Nepumoceno Silva, 5ª Câmara Cível, TJ, j. 14/10/04.

²³ REsp. n. 476.649-SP, relatora ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, STJ, j. 20/09/03.

²⁴ Ap. Cível n. 127.821-5-PR, relator desembargador Accácio Cambi, 7ª Câmara, TJ, j. 16/02/02.

²⁵ Ap. Cível n. 70005708656-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 25/03/04; Ap. Cível n. 70005767009-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 25/03/04; Ap. Cível n. 70005767439-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 25/03/04; Ap. Cível n. 7000684071-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 27/03/03; Ap. Cível n. 70007571532-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 10/12/03.

²⁶ Emb. Decl. n. 70008867467-RS, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 04/08/04.

²⁷ AI n. 153.656-1-PR, relator desembargador Rafael Augusto Cassetari, 8ª Câmara, TJ, j. 27/10/04.

No segundo subgrupo, a função social foi aplicada em conjunto com a boa-fé objetiva, de modo a justificar a alteração do regramento contratual com base na cláusula geral que consagra os valores da lealdade e da confiança. Como é cediço, a boa-fé objetiva é um princípio contratual bastante conhecido nos países filiados à tradição romano-germânica do Direito, de modo que, a rigor, o recurso à função social opera no sentido anteriormente mencionado, qual seja, o de reforçar a aplicação de soluções já aceitas pelo ordenamento jurídico. A classificação em separado justifica-se, todavia, tendo em vista a freqüência com que a função social do contrato é relacionada à boa-fé objetiva, cláusula geral particularmente apta a conduzir o regramento contratual à justa medida. De fato, a jurisprudência brasileira recorreu em diversas oportunidades, ao conceito da função social para reforçar a necessidade de valorar o regramento contratual de acordo com a boa-fé objetiva, especialmente para declarar inválidas certas cláusulas excluem determinada cobertura do plano de saúde,²⁸ impõem multa contratual considerada abusiva,²⁹ permitem a denúncia de plano de saúde coletivo,³⁰ impedem a livre concorrência³¹ e impõem preço que caracterizaria enriquecimento sem causa.³² Além disso, a menção da boa-fé associada à função social serviu como base para justificar a responsabilidade pré-contratual.³³

O *modus operandi* dos dois primeiros subgrupos de acórdãos parece corresponder bastante de perto às razões que justificaram a inserção da função social do contrato no Direito brasileiro. Com efeito, em ambos os subgrupos, a função social do contrato foi vista como um meio de reforçar a aplicação de regras, de construções ou de princípios acolhidos pelo Direito brasileiro que, em maior ou menor medida, servem à tutela do equilíbrio contratual. Há uma clara adequação aos objetivos externados na Exposição de Motivos, cuja leitura evidencia a necessária relação entre a função social e regras protetivas, exemplificadas pela disciplina da onerosidade

²⁸ Ap. Cível n. 2003.001.18758-RJ, relator desembargador Carlos Santos Oliveira, 13ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 10/10/03.

²⁹ Ap. Cível n. 1.0024.99.153752-3/001-MG, relator desembargador Nepumoceno Silva, 5ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 19/08/04.

³⁰ Ap. Cível n. 2003.001.25973-RJ, relator desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 14/10/03.

³¹ Ap. Cível n. 25.333/03-RJ, relator desembargador Luiz Eduardo Rabello, 11ª Câmara Especial Cível, TJ, j. 18/08/04.

³² Ap. Cível n. 22.293/2003-RJ, relatora desembargadora Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, 1ª Câmara Cível, TJ, j. 04/11/03.

³³ Ap. Cível n. 34.607-RJ, relator desembargador Sylvio Capanema de Souza, 10ª Câmara Cível, TJ, j. 02/03/04.

excessiva, da possibilidade de redução da indenização, da empreitada e, em especial, do princípio da boa-fé objetiva.³⁴

Ainda no grupo dos acórdãos que se valeram da função social com o objetivo de equilibrar o regramento contratual, constata-se a existência de um terceiro subgrupo de julgados, composto por um único acórdão, no qual o art. 421 do Código Civil foi aplicado de modo pretensamente autônomo, ou seja, sem que se fizesse expressa menção a qualquer outro fundamento jurídico. Nesse sentido, a idéia de função social foi utilizada para conferir a terceiro a possibilidade de exigir o cumprimento de contrato,³⁵ sem que, naturalmente, fosse possível recorrer ao regramento da estipulação em favor de terceiro, hipótese em que a solução do caso não exigiria maior esforço. A consideração desse acórdão comporta reflexões antagônicas. De um lado, faz notar a amplitude que pode assumir o emprego da função social do contrato. De outro, impede que seja ignorado o perigo de a função social ser manejada de modo indiscriminado, de forma a colocar em constante risco a liberdade negocial ao impor dúvida a respeito da validade dos negócios contratuais até que os mesmos sejam definitivamente apreciados pela autoridade judicial. Esse risco é naturalmente eliminado se a solução fundada na função social do contrato for conforme ao sistema, o que, acredita-se, sempre terá lugar quando for relacionada às idéias de lealdade e confiança, que, historicamente, relacionam-se ao princípio da boa-fé objetiva.

2.3 Função social e preservação do contrato

No segundo grupo de julgados, a idéia de função social foi aplicada para justificar a preservação do regramento contratual, sem que, todavia, tenha sido imposta qualquer mudança ao conteúdo do negócio jurídico. Assim, o art. 421 do Código Civil foi invocado para reforçar o princípio da preservação do negócio jurídico,³⁶ a necessidade de manter o contrato durante o litígio,³⁷ ou mesmo simplesmente para justificar a necessária obser-

³⁴ A respeito da necessária correlação entre a função social do contrato e as regras protetivas, cf. Luiz Guilherme Loureiro, *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002, p.52-58 e Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p.336-337.

³⁵ REsp. n. 444716-BA, relatora ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, STJ, j. 11/05/04

³⁶ Ap. Cível n. 34827/03-RJ, relator desembargador Luiz Zveiter, 6ª Câmara Cível, TJ, j. 27/04/04.

³⁷ AI n. 2003.002.11064-RJ, relator desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Cível, TJ, j. 23/09/03; AI n. 70009005380-RS, relator desem-

vância do regramento contratual convencional³⁸ ou legal.³⁹ A contradição de tais julgados com o primeiro grupo de acórdãos é apenas aparente, pois, como ensina a Exposição de Motivos, os valores da *socialidade* devem coexistir de modo harmônico com os individuais, de modo que a consideração da função social do contrato pode, muitas vezes, impor a manutenção da avença. Isso implica que todo o contrato que observa a função social, isto é, que não viole o comando do art. 421, deve ser protegido, pois a avença é vista como um fator de geração e distribuição de riqueza caro à sociedade brasileira.⁴⁰ Desse modo, o contrato continua a assumir grande importância no Direito brasileiro, e sua preservação é de rigor quando não houver fundadas razões para alterá-lo, ou seja, quando não for possível recorrer a soluções conforme o sistema para moldar o conteúdo do negócio, propensão coerente com a idéia de função social do contrato.

A despeito de sua variedade, os julgados examinados não extraíram conseqüências do paralelo entre a função social do contrato e a função social da propriedade, feito na Exposição de Motivos e mais tarde usado como argumento para que o texto do art. 421 correspondesse ao do Anteprojeto. Da mesma forma, não se ocuparam do fato de o artigo em questão referir-se à função social do contrato não só como limite natural ao poder de disposição das partes, mas também como sua verdadeira razão de ser. Sobre o primeiro ponto, remete-se o leitor a outra sede.⁴¹ Com relação ao segundo, podem ser identificados importantes subsídios no Direito italiano, uma das referências utilizadas na elaboração do anteprojeto do Código Civil brasileiro⁴² e que, nesse particular, muito tem a contribuir para a devida compreensão do regramento nacional. Além disso, o pensamento italiano suscita importantes reflexões a respeito do manejo da função social como meio de promover o equilíbrio contratual, o que reforça o interesse em examiná-lo.

bargador Antonio Corrêa Palmeiro da Fontoura, 6ª Câmara Cível, TJ, j. 01.09.04.

³⁸ Ap. Cível n. 2004.001.19672-RJ, relator desembargador Roberto de Abreu e Silva, 6ª Câmara Cível, TJ, j. 14/09/04.

³⁹ Ap. Cível n. 25.973/2003-RJ, relator desembargador Marcus Faver, 18ª Câmara Cível, TJ, j. 14.10.03; Ap. Cível n. 70007206238-RS, relator desembargador Luís Augusto Coelho Braga, 9ª Câmara Cível, TJ, j. 10/11/04.

⁴⁰ Nesse sentido, a tratar especificamente do contrato de distribuição, cf. Claudineu de Melo. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 65-75.

⁴¹ Cf. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka. A função social do contrato. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n.17, 1987, p.57-73.

⁴² *Dizionario de Contratti*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 24.

3. A EXPERIÊNCIA ITALIANA

3.1 Liberdade contratual e função social

O Código Civil italiano, à diferença do brasileiro, não prevê a função social dos contratos como um dos grandes princípios contratuais. Na Itália, a necessária adequação dos contratos às diretrizes de *socialidade* foi proficuamente estudada no campo dos contratos atípicos, que, segundo a interpretação originalmente dada ao art. 1.322 do Código Civil daquele país,⁴³ somente seriam merecedores de tutela jurídica se a observassem.

Como é notório, o Código Civil italiano foi editado sob a égide do Estado Corporativo, no qual a subordinação dos interesses privados aos públicos mostrava-se com grande evidência. Precisamente nesse sentido, foi inserto o art. 1.322, que, de acordo com sua percepção original, conferia aos particulares o poder de estabelecer relações contratuais não incluídas nos tipos legalmente disciplinados desde que fossem socialmente úteis, e, como tais, merecedoras de tutela jurídica.⁴⁴ Essa leitura do art. 1.322 advém do texto do Relatório ao Código Civil, no qual se verifica que o juízo de merecimento de tutela deveria funcionar como um filtro que impediria a juridicização de convenções lícitas, mas insignificantes ou irrelevantes para o desenvolvimento da vida econômica do Estado.⁴⁵ A autonomia privada encontrava-se, então, subordinada à tutela do interesse social, de que o Estado era considerado intérprete exclusivo.⁴⁶ A tutela dos interesses públicos não se punha como um limite à atividade privada, mas sim como um fim que esta deveria perseguir, segundo a lógica do Estado Corporativo.⁴⁷ A idéia central era impedir a proliferação de interesses de grupos diversos do Estado e de suas diretas emanações.⁴⁸ Naquele contexto, nada existia fora do Estado, de modo que não é difícil perceber porque o contrato não poderia ser considerado válido se não observasse os fins determinados pelo próprio Estado. Do ponto de vista individual,

⁴³ "Art. 1322. Autonomia contrattuale. - Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare (c. 1323, 1987, 2249), purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

⁴⁴ Maria Costanza. *Il contratto atipico*. Milano: Giuffrè, 1981, p.24.

⁴⁵ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.24.

⁴⁶ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.25.

⁴⁷ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.25.

⁴⁸ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.26.

esse intento deveria ser realizado mediante o controle da utilidade social previsto no art. 1.322 do Código Civil, pois o juízo de merecimento de tutela serviria para verificar a coincidência entre as convenções privadas e as finalidades que o Estado propunha-se a alcançar.⁴⁹

De acordo com essa linha de raciocínio, o requisito da utilidade social seria exigido para qualquer contrato, fosse típico, fosse atípico. A única diferença consistiria na modalidade por meio da qual seria realizado o controle. As relações contratuais codificadas teriam sofrido um juízo de controle preventivo no momento de sua inserção no texto legal, o que seria suficiente para garantir sua conformidade aos interesses do Estado. Os demais contratos deveriam sofrer uma valoração a respeito de seu grau de utilidade social e, como conseqüência, de merecimento de tutela jurídica, a cargo do juiz.⁵⁰ De acordo com a ótica do legislador fascista, os parâmetros a ser utilizados para tal fim pelo magistrado não seriam apenas as disposições legais cogentes, mas todas aquelas normas, ainda que não legislativas, por meio das quais o Estado exprimiria seus valores políticos e econômicos, como a *Carta del Lavoro*, as normas corporativas e os regulamentos expedidos pelo Executivo.⁵¹ Como se verifica, o condicionamento da liberdade de celebrar contratos atípicos obedecia a um intuito conservador, pois se tratava de adequar o manejo da liberdade contratual aos ideais do Estado Corporativo, como bem esclarece Maria Costanza:⁵²

⁴⁹ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.26. "Chi aggiunge l'aggettivo 'sociale' in realtà non ne fa un uso così penetrante da richiedere che la manifestazione dell'autonomia contrattuale dei privati si traduca in strumento di attuazione di 'politiche' generali. Questa idea, probabilmente, era nelle vaghe intenzioni (e la relazione al codice fa trasparire tali propositi) del legislatore dell'epoca, ma è un'impostazione vaga e sfuggente, come del resto è presso taluni interpreti dell'epoca postcostituzionale una lettura orientata ad inserire la dimensione 'sociale' degli interessi. Nell'età corporativa, alla stregua di una concezione 'funzionale' dell'autonomia contrattuale, si pretendeva di vedere la meritevolezza degli interessi nella destinazione del contratto individuale atipico a fini di produttività economica, alla luce dell'interesse superiore della produzione nazionale che era concetto, o meglio formula verbale, ricorrente nel codice civile." (Pietro Rescigno. Note sulla atipicità contrattuale. In: *I contratti in generale. I contratti atipici (diretto da Guido Alpa e Mario Bessone)*. Torino: Utet, 1991, v. II, t.1, p.8-9).

⁵⁰ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.26-28.

⁵¹ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.28.

⁵² Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.28.

La regola contenuta nell'art. 1322 non aveva, quindi, uno scopo progressista, ma conservatore e restrittivo. Lo strumento della verifica della utilità sociale dei contratti non tipizzati riduceva la proclamazione del principio di privata autonomia ad una mera affermazione retorica.

O trecho transcrito anteriormente ainda põe em evidência que a funcionalização de interesses então preconizada reduzia a autonomia privada a mera afirmação retórica, pois aos particulares somente seria dado celebrar os tipos de contratos úteis aos objetivos do Estado, o que se asseguraria, no caso dos contratos típicos, por sua positivação, e, nos atípicos, pelo controle da utilidade social a ser levado a efeito pelos magistrados. Assim, não seriam considerados como contratos todos os acordos bizarros ou pouco úteis, ainda que não imorais ou ilegais, bem como os pactos que, em razão de suas características peculiares, interessassem apenas a um grupo pequeno da coletividade social.⁵³ Note-se bem que não se tratava apenas de proibir contratos ilícitos e contrários à ordem pública, papel, aliás, desempenhado pelo art. 1.343 do Código Civil,⁵⁴ mas sim de deixar de conferir tutela a todos os contratos que não coincidissem com os interesses do Estado corporativo. Em um semelhante contexto, não se arriscaria ao qualificar a utilidade social como o verdadeiro fundamento da liberdade contratual.

A mudança do arcabouço institucional e legislativo, todavia, impediu que se adotasse a perspectiva do legislador de 1942 a respeito do juízo de merecimento de tutela, pois caíram todas as normas as quais exprimiam os valores econômicos e políticos que as relações privadas deveriam realizar e que o juiz deveria ter em conta para conferir tutela jurídica a determinado contrato atípico.⁵⁵ A Constituição italiana de 1948 abandonou os princípios do Estado corporativo e reconheceu a liberdade de iniciativa econômica em seu art. 41, cujos termos vale transcrever:

Art. 41. La iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economia pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

A mera leitura do texto legal transcrito anteriormente, ainda em vigor, evidencia a mudança de orientação do Direito italiano. A Constituição de 1948 não mais funda a iniciativa econômica na utilidade social, que, desde então, surge como um limite seu, juntamente com a segurança,

⁵³ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.29.

⁵⁴ "Art. 1343. Causa illecita. - La causa (c. 1325 n. 2) è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (c. 1418)."

⁵⁵ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.30-31.

com a liberdade e com a dignidade humana. A coordenação da atividade privada aos fins sociais, que são essenciais à própria configuração da liberdade contratual no regime do Estado corporativo, somente pode ser exigida nos moldes postos em lei, ou seja, excepcionalmente. Sem abordar a discussão a respeito da relação entre iniciativa econômica e liberdade contratual,⁵⁶ é fato que a alteração do contexto institucional e normativo influenciou diretamente na concepção da doutrina italiana, que passou a reconhecer a juridicidade de contratos mesmo que não imediatamente conformes aos grandes objetivos do Estado, desde que não sejam frutos de mero arbítrio, de puro capricho ou que não sejam destituídos de qualquer importância, como bem sintetiza Antonino Cataudella:⁵⁷

La previsione di una valutazione della funzione alla stregua della sua meritevolezza non sta, però, a significare che l'ordinamento conceda tutela solo a contratti che realizzino finalità tali da trascendere gli interessi dei contraenti e da assumere rilevanza pubblicistica. Se l'autonomia privata incontrasse questi limiti, ne risulterebbe snaturata.

I privati, nell'esercizio del potere di autonomia, non sono strumenti dell'organizzazione statale, non operano né devono operare per la realizzazione di finalità pubbliche: operano a tutela di interessi loro propri.

Pretendere che il contratto, per essere meritevole di tutela, realizzi finalità pubbliche, significherebbe affermare un'esigenza contrastante con la ragione stessa del riconoscimento dell'autonomia privata: l'individuazione di interesse la cui disciplina è priva di rilevanza pubblicistica, sicché viene demandata alle determinazioni dei privati.

La valutazione di meritevolezza ha la finalità, ben diversa, di escludere dalla tutela espressioni di autonomia privada che mirino a risultati palesemente fútili, privi di rilievo.

Particularmente elucidativo nesse sentido é o exemplo de Gino Gorla, referido por Maria Costanza, que esclarece ser um contrato atípico digno de tutela até mesmo aquele que se estipula com um professor de *bridge*, a fim de aperfeiçoar-se naquele *hobby*.⁵⁸ Sinteticamente, pode-se concluir, com Rodolfo Sacco,⁵⁹ que:

La Relazione al Codice, per dare un senso all'infelice art. 1322, identificò il contratto immeritevole con quello diretto a perseguire un risultato futile dal punto di vista economico e sociale. La spiegazione non convince nessuno.

⁵⁶ Cf., a respeito, Vincenzo Ricciuto. Gli obblighi a contrarre. In: *I contratti in generale (a cura di Enrico Gabrielli)*. Torino: Utet, 1999, p.357-367.

⁵⁷ *I contratti*: parte generale. 2.ed. Torino: Giappichelli, 2000, p.187.

⁵⁸ Maria Costanza. *Il contratto atípico*, cit., p.29, nota 77.

⁵⁹ Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova. *Il contratto*. 3.ed. Torino: Utet, 2004, t.I, p.851.

A consideração desse primeiro aspecto da experiência peninsular interessa em grande medida ao estudioso do Direito brasileiro, pois evidencia que, somente em um sistema totalitário, a liberdade contratual pode ancorar-se em uma eventual função social das convenções. A idéia de interesses mercedores de tutela foi, inicialmente, projetada para efetuar um controle de juridicidade dos contratos, com base em sua correspondência com os interesses maiores do Estado corporativo. A liberdade contratual, então encontrava-se fundada na função social das convenções, pois esta era vista como um fator necessário para que das mesmas se ocupasse o aparato judiciário estatal.

Nos Estados democráticos de direito, todavia, semelhante afirmação carece de fundamento, dado que a idéia de liberdade negocial é considerada inerente aos indivíduos. Naturalmente, o exercício da liberdade está condicionado a uma série de limites, o que, todavia, não é o mesmo que o reputar fundado em uma correspondência com determinados interesses da nação. Na Exposição de Motivos, o repúdio externado em relação a concepções totalitaristas e estatelistas do Direito⁶⁰ reforça essa afirmação e, *a fortiori*, permite concluir que a parte do art. 421 do Código Civil que qualifica a função social como razão de ser da liberdade contratual não resiste à consideração sistemática do Direito brasileiro. Nesse sentido, é a justa crítica dos professores titulares da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Antonio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça de Azevedo.⁶¹

3.2 Ainda a função social e o equilíbrio contratual

Superado o período do Estado corporativo, não era mais possível reconhecer que a liberdade contratual fosse fundada em uma sua eventual finalidade social, de modo que a doutrina italiana viu-se forçada a reinterpretar o art. 1.322 do Código Civil. Nesse sentido, a despeito dos mais de 60 anos de vigência do dispositivo, ainda não se chegou a um consenso, pois coexistem várias leituras possíveis, sem que qualquer delas possa ser apontada como predominante. Afirma-se, por exemplo, que, no atual contexto normativo, são vedados os contratos que impeçam o efetivo desenvolvimento da pessoa humana,⁶² conspirem contra a criação

⁶⁰ *Diário do Congresso Nacional*, cit., p.108.

⁶¹ ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado*, cit., p.375.

⁶² LENER, Angelo. Ecologia, persona, solidariedade: un nuovo ruolo del diritto civile. In *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*. Nicolò Lipari (Cur.). Roma: Laterza, 1974, p.339.

responsável de valores produtivos,⁶³ ou, mais genericamente, lesem valores constitucionais.⁶⁴

Entre as diversas linhas de interpretação do art. 1.322 propostas na Itália, vale chamar a atenção para aquela que mais se aproxima da leitura que a jurisprudência brasileira vem fazendo do art. 421 do atual Código Civil, qual seja, a que considera a noção de interesses mercedores de tutela como um meio de promover o equilíbrio contratual. Trata-se de uma corrente de pensamento que estendeu o juízo de merecimento de tutela aos contratos típicos, com o intuito de limitar a autonomia privada, quando são constituídas relações nas quais os termos de troca das prestações não são equilibrados, ou seja, quando proporcionem vantagem iníqua para uma das partes.⁶⁵ Nesse sentido, os interesses somente seriam dignos de proteção quando houvesse correspondência entre os valores trocados.⁶⁶

De acordo com Maria Costanza, entretanto, mesmo que fosse possível atribuir ao art. 1.322 a possibilidade de regular a modalidade por meio da qual é efetivada a troca contratual no caso concreto e ainda que se assumisse o equilíbrio como fator necessário à validade e à eficácia do negócio jurídico, pontos com os quais a estudiosa não concorda, a recondução dos termos da avença à justa medida teria que ser feita por meio de recurso a outros instrumentos previstos no ordenamento jurídico italiano, como a disciplina dos arts. 428,⁶⁷ 1.343, 1.447,⁶⁸ 1.448⁶⁹ e 1.467,⁷⁰ relativos, res-

⁶³ Francesco Lucarelli. *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1970, p.171.

⁶⁴ Maria Costanza. *Il contratto atipico*, cit., p.32-40. Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale. *Contratto e impresa*, Padova, 1987, p. 423-435, p.430.

⁶⁵ Raffaella Lanzillo. Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale. *Contratti e impresa*, cit., 1985, p.309-355, p.333-334. Vincenzo Zeno-Zencovich. Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nel contratto di leasing. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, v.II, p.309-319, 1985.

⁶⁶ Maria Costanza. Meritevolezza..., cit., p.431.

⁶⁷ "Art. 428. Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere. – Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati (c. 1441 ss.) su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore (c. 120, 591 n.3).

"annullamento dei contratti (c. 775) non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente (c. 1425). L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto (c. 1442). Resta salva ogni diversa disposizione di legge (c. 120, 591, 775; att. c. 130)."

pectivamente, aos atos praticados por pessoas incapazes de entender ou de querer, à causa contratual, aos contratos concluídos em estado de perigo e com lesão e à hipótese de onerosidade excessiva superveniente, e, principalmente, à boa-fé e à equidade. Assim, conforme o pensamento de Maria Costanza, o art. 1.322 do Código Civil não seria o instrumento adequado para tutelar o equilíbrio contratual, tarefa confiada pelo ordenamento a outras figuras.⁷¹

Pertanto, se si vuole assumere l'equilibrio come un elemento immanente nel contratto con la conseguenza che la sua mancanza fa venir meno l'idoneità del contratto a creare un vincolo giuridico efficace, si debbono utilizzare sistemi di controllo sull'autonomia privata diversi da quello di meritevolezza.

O fato de a jurisprudência não ter, até hoje, aplicado o art. 1.322 de modo autônomo, como informa Rodolfo Sacco,⁷² parece confirmar a pro-

⁶⁸ "Art. 1447. Contratto concluso in istato di pericolo. – Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (c. 2045), può essere rescisso sulla domanda (c. 2652 n.1) della parte che si è obbligata (c. 1462). Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata."

⁶⁹ "Art. 1448. Azione generale di rescissione per lesione. – Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto (c. 1462). L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (c. 1469). Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (c. 763, 764, 1964, 1970, 2922)."

⁷⁰ "Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. – Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. c. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (c. 767, 1432, 1450, 1623, 1664)."

⁷¹ Maria Costanza. Meritevolezza..., cit., p.432.

⁷² "E infatti gli autori che hanno rivolto la loro attenzione all'art. 1322, salutandolo come un toccasana dalla grande capacità espansiva, destinato a incidere in profondità sull'assetto della nostra economia, non ci hanno mai portato

cedência das observações de Maria Costanza. Isso porque, no que mais de perto interessa ao Direito brasileiro, o ordenamento jurídico italiano dispõe de diversos outros instrumentos mais adequados para que se possa atingir o equilíbrio contratual. Ainda assim, Rodolfo Sacco conclui que a inserção do art. 1.322 é oportuna, pois evidencia a importância da proteção dos interesses subjacentes aos contratos, de modo a reforçar o papel tradicionalmente atribuído à causa, notadamente ao art. 1.344,⁷³ que a reputa ilícita quando objetivar a fraude a norma imperativa. Pela clareza, permite-se fazer uma nova citação do renomado jurista italiano:⁷⁴

Poteva il legislatore risparmiarsi l'art. 1322, e lasciare che l'elusione del divieto fosse repressa tramite l'art. 1344, che previene i contratti conclusi in frode alla legge? Sì, avrebbe potuto risparmiarsi l'articolo. Ma ha fatto bene a lavorare un po' di più, e compitare le poche parole di cui l'articolo consta. Chi ha presente le difficoltà e le restrizioni che si incontrano nell'applicazione della sfuggente formula dell'art. 1344 si rende conto della speditezza che si ottiene attraverso la formula dell'art. 1322, che commina la nullità sulla base della semplice conformità oggettiva fra interesse contrattuale e interesse dequalificato dalla norma.

Mais uma vez, os estudos italianos a respeito do art. 1.322 do Código Civil peninsular interessam diretamente à devida compreensão do art. 421 do Código Civil brasileiro. Especial importância assume o fato de que as diversas correntes que procuravam extrair do art. 1.322 a possibilidade de avaliar um determinado caso considerando-se todo o sistema normativo não encontraram eco na jurisprudência italiana. Isso, como reconhecem os autores italianos contemporâneos, nada tem de surpreendente, pois a análise de todo o ordenamento jurídico é tarefa por demais complexa para que seja executada em uma ação judicial. Naturalmente, portanto, a jurisprudência italiana preferiu valer-se de outros meios conferidos à sua disposição pelo ordenamento jurídico peninsular para tutelar os bens que, segundo a doutrina, seriam protegidos pelo art. 1.322 do Código Civil. De particular interesse é o fato de que o art. 1.322 jamais foi chamado para proporcionar o equilíbrio contratual sem que se tivesse recorrido a outras figuras especialmente adaptadas a tanto.

un esempio, reale o anche solo immaginario, in cui la nullità del contratto dipenda proprio da tale articolo, mentre la giurisprudenza, a sua volta, in mezzo secolo, non ha ancora trovato l'occasione per trovare nullo un contratto ex art. 1322; e, se ha avventurosamente invocato l'articolo, lo ha adoperato come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, o altrimenti viziosi." *Il contratto*, cit., p.850.

⁷³ "Art. 1344. Contratto in frode alla legge. — Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (c. 166-bis, 743, 1418)."

⁷⁴ Rodolfo Sacco. *Il contratto*, cit., p.853.

Nesse ponto, a relação da experiência italiana com a jurisprudência brasileira salta aos olhos, pois, no pouco tempo de vigência do Código Civil, tem-se registrado tendência semelhante, qual seja, a de aplicar a função social em conjunto com outras figuras que servem para proporcionar o equilíbrio contratual. Isso não diminui, entretanto, a importância do reconhecimento da função social do contrato levada a efeito pelo art. 421, na medida que reforça a propensão de o Direito brasileiro proteger os contratos equilibrados e, conseqüentemente, acolher as soluções conformes ao sistema que permitam obter esse desiderato, com especial relevo para a aplicação da boa-fé objetiva. A conclusão de Rodolfo Sacco a respeito do art. 1.322 no Código Civil italiano chama a atenção, pois revela a importância de normas jurídicas que explicitem os grandes valores protegidos por um dado ordenamento, mesmo que sua operatividade como figura autônoma não seja tão vasta como sugere a simples leitura de seu texto.

4. CONCLUSÕES

A liberdade contratual permanece como um dos grandes pilares do Direito brasileiro, pois o negócio jurídico contratual continua sendo um instrumento para a satisfação de interesses particulares, desde que sejam observados os limites decorrentes da função social. Isso não implica, entretanto, que a liberdade contratual funde-se na função social, percepção que era defendida na Itália durante o período do Estado corporativo e que, naturalmente, não sobreviveu a sua derrocada. A se considerar que a própria Exposição de Motivos repudia concepções coletivistas e totalitárias, parece indubitável que semelhante leitura não tem lugar no Direito brasileiro, razão pela qual andaram bem os julgados analisados em não a adotar.

Nesse primeiro momento, imediatamente posterior à entrada em vigor do Código Civil, a função social do contrato tem obedecido ao que pode ser qualificado como seu mote inspirador, qual seja, o de reforçar o equilíbrio nos contratos e de preservar os efeitos das avenças que não reclamem modificação. O Direito brasileiro possui diversos instrumentos tendentes a equilibrar as relações, entre os quais assume especial relevo a boa-fé objetiva, cláusula geral largamente utilizada nos países filiados à tradição romano-germânica, cujas concretizações o Direito brasileiro pode muito bem aproveitar. Já a possibilidade de a função social, por si só, conduzir ao equilíbrio contratual é polêmica. Isso porque se apresenta o risco de soluções arbitrárias diante da falta de critérios legais que permitam ao aplicador do Direito chegar à solução do caso concreto a partir da genérica idéia de função social do contrato, crítica que, no Direito italiano, foi elaborada por Maria Costanza à semelhante leitura do art. 1.322 do Código Civil peninsular, como antes exposto.

Não parece incorreto afirmar que o papel próprio à função social seja o de indicar a tendência do Direito brasileiro a, por um lado, aproveitar soluções fornecidas pelo sistema jurídico para promover o equilíbrio e, por outro, preservar os contratos que observem a sua finalidade social, vista como um valor que interessa a toda a sociedade. Essa interpretação, coerente com os objetivos externados na Exposição de Motivos, não tem escapado aos tribunais brasileiros, que, de modo prudente, têm aplicado a função social justamente nesse sentido.

5. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado. Ricardo Fiúza (Coord.). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CESAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual 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. In: ———. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CATAUDELLA, Antonino. *I contratti: parte generale*. 2.ed. Torino: Giappichelli, 2000.

COSTANZA, Maria. Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale. *Contratto e impresa*. Padova, 1987.

———. *Il contratto atipico*. Milano: Giuffrè, 1981.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n.247, p.9-15, 1998.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista jurídica*, Porto Alegre, n.17, p.57-73, 1987.

LANZILLO, Raffaella. Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale. *Contratti e impresa*. Padova, 1985.

LENER, Angelo. Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile. In: LIPARI, Nicolò (Cur.). *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*. Roma: Laterza, 1974.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

LUCARELLI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1970.

MELO, Claudineu de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.630, p.247-249, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

RESCIGNO, Pietro. Note sulla atipicità contrattuale. In: *I contratti in generale. I contratti atipici* (diretto da Guido Alpa e Mario Bessone). Torino: Utet, 1991, v.II, t.1.

RICCIUTO, Vincenzo. Gli obblighi a contrarre. In: *I contratti in generale (a cura di Enrico Gabrielli)*. Torino: Utet, 1999.

SACCO, RODOLFO; DE NOVA, GIORGIO. *Il contratto*. 3.ed. Torino: Utet, 2004, t.I.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n.91, p.141-159, 1996.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.16, p.142-159, 2002.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nel contratto di leasing. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Padova, II, p.309-319, 1985.

Julgados

Ordenados conforme a proveniência e cronologia. Todos os arestos foram colhidos no sítio eletrônico do respectivo tribunal

Superior Tribunal de Justiça

REsp. n. 85521-PR, relator ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 29/04/96.

REsp. n. 476.649-SP, relatora ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 20/09/03.

REsp. n. 444716-BA, relatora ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 11/05/04.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Ap. Cível n. 1.0024.99.153752-3/001, relator desembargador Nepumoceno Silva, 5ª Câmara Cível, j. 19/08/04.

Ap. Cível n. 1.0702.00.003650-0/001, relator desembargador Nepumoceno Silva, 5ª Câmara Cível, j. 14/10/04.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Ap. Cível n. 127.821-5, relator desembargador Accácio Cambi, 7ª Câmara, j. 16/02/02.

Ap. Cível n. 140.828, relator desembargador Abraham Lincoln Calixto, 3ª Câmara Cível, j. 16/03/04.

Ap. Cível n. 149.139-6, relator desembargador Eraclés Messias, 7ª Câmara Cível, j. 04/05/04.

AI n. 153.656-1, relator desembargador Rafael Augusto Cassetari, 8ª Câmara, j. 27/10/04.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Emb. Infr. n. 05/02, relator desembargador Ronald Valladares, 16ª Câmara Cível, j. 11/03/03.

AI n. 2003.002.11064, relator desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Cível, j. 23/09/03.

Ap. Cível n. 2003.001.18758, relator desembargador Carlos Santos Oliveira, 13ª Câmara Cível, j. 10/10/03.

Ap. Cível n. 22.293/2003, relator desembargador Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, 1ª Câmara Cível, j. 04/11/03.

Ap. Cível n. 2003.001.25973, relator desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Cível, j. 14/10/03.

Ap. Cível n. 25.973/2003, relator desembargador Marcus Faver, 18ª Câmara Cível, j. 14/10/03.

Ap. Cível n. 34.607, relator desembargador Sylvio Capanema de Souza, 10ª Câmara Cível, j. 02/03/04.

Ap. Cível n. 36.527/03, relator desembargador Sylvio Capanema de Souza, 10ª Câmara Cível, j. 16/03/04.

Ap. Cível n. 34827/03, relator desembargador Luiz Zveiter, 6ª Câmara Cível, j. 27/04/04.

Ap. Cível n. 25.333/03, relator desembargador Luiz Eduardo Rabelo, 11ª Câmara Cível, j. 18/08/04.

Ap. Cível n. 2004.001.19672, relator desembargador Roberto de Abreu e Silva, 6ª Câmara Cível, j. 14/09/04.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ap. Cível n. 70005719216, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, j. 15/05/01.

Ap. Cível n. 7000684071, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Cível, j. 27/03/03.

Ap. Cível n. 70007571532, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Cível, j. 10/12/03.

Ap. Cível n. 7007212673, relator desembargador Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, j. 18/12/03.

AI n. 70009005380, relator desembargador Antonio Corrêa Palmeiro da Fontoura, 6ª Câmara Cível, j. 01/09/04.

Ap. Cível n. 70005708656, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, j. 25/03/04.

Ap. Cível n. 70005767009, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, j. 25/03/04.

Ap. Cível n. 70005767439, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 2ª Câmara Especial Cível, j. 25/03/04.

Ap. Cível n. 70007761760, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Cível, j. 14/04/04.

Emb. Decl. n. 70008867467, relator desembargador Nereu José Giacomolli, 9ª Câmara Cível, j. 04/08/04.

Ap. Cível n. 70007206238, relator desembargador Luís Augusto Coelho Braga, 9ª Câmara Cível, j. 10/11/04.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ap. Cível n. 008.543-4/0, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 17/03/98.

Ap. Cível n. 027.434/8, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 1ª Câmara de Férias, j. 06/03/98.

Ap. Cível n. 067.769-4/3, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 26/01/99.

Ap. Cível n. 068.744-4/7, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 26/01/99.

Ap. Cível n. 192.451-4/0, relator desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07/08/01.

Ap. Cível n. 296.618-4/0-00, relator desembargador Jacobina Rabelo, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 04.12.03.