

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 168
Outubro/dezembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A função social do contrato

Conceito e critérios de aplicação

Eduardo Tomasevicius Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da função social. 3. Significados de função social. 4. A função social do contrato. 5. A função social do contrato em sentido amplo. 6. A função social do contrato em sentido estrito. 7. A função social do contrato em sentido amplo na jurisprudência paulista. 8. Precauções e critérios para a aplicação da função social do contrato. 9. Conclusão.

1. Introdução

A função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a idéia de socialidade no Código Civil brasileiro de 2002.

A socialidade é, ao lado da eticidade e operabilidade, um dos valores que nortearam a elaboração do novo Código. Segundo Miguel Reale (2003), essa consiste no prelevamento dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem, no entanto, suprimir a idéia de que o ser humano é o valor-fonte da hierarquia dos valores.

No presente texto, serão traçados os significados do termo “função social”, e qual o alcance dos efeitos desse instituto jurídico nas relações privadas.

2. Histórico da função social

A idéia de função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.

Eduardo Tomasevicius Filho é Doutorando em Direito Civil da Universidade de São Paulo.

Essa idéia, no entanto, ganhou força apenas no século 19, devido às profundas alterações econômicas e sociais que ocorreram naquele período. No entanto, como sempre ocorre na história, as idéias filosóficas surgem com bastante antecedência em relação ao período em que as mudanças ocorrem.

Uma das doutrinas filosóficas que fundamentou as mudanças do século 19 foi o racionalismo, concepção segundo a qual a razão era o centro de todas as ações humanas. A expressão “penso, logo existo” ilustra bem essa visão de ser humano.

No campo econômico, a Revolução Industrial caracterizou-se pela liberdade como fundamento da organização econômica, deixando a “mão invisível” do mercado regular o funcionamento da economia no âmbito interno e internacional. (SMITH, 1981). Em conseqüência, surgiram alterações na ordem social, formando-se novas classes sociais: a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores.

Em vista dessas transformações, os institutos jurídicos daquela época foram fortemente marcados por um espírito de liberdade ilimitada.

No direito civil, o pressuposto de que o ser humano tem uma racionalidade ilimitada acarretou a igualdade formal entre as partes contratantes; todos os seres humanos são dotados de razão, sendo plenamente capazes de cuidarem da sua própria vida por meio da deliberação racional. Afinal, ninguém em sã consciência procura o pior para si mesmo.

Contudo, essa liberdade conferida pela pressuposição da racionalidade ilimitada, quando exercida em matéria contratual, revelou-se insuportável para o convívio social, porque muitos abusos foram praticados pelo exercício estrito da mesma. O exemplo mais marcante desse período foi o modo como eram celebrados os contratos de emprego, por meio dos quais se escravizavam os trabalhadores com jornadas enormes a baixíssimos salários e condições insalubres de trabalho.

Pouco tempo depois, reações surgiram a todos esses abusos praticados em conformidade com o direito. O socialismo foi a principal doutrina nesse sentido. Mas como esse era o “fantasma que rondava a Europa”, e propugnava a destruição da classe dominante e apropriação dos meios de produção pelos trabalhadores, buscou-se uma conciliação entre os interesses do capital e do trabalho.

O documento mais conhecido nesse sentido foi a encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, escrita em 1891, na qual estão retratadas as condições de miséria e escravidão em que se encontravam os trabalhadores, devido à exploração que sofriam pelos detentores do capital. A idéia central dessa encíclica é que era conveniente promover melhores condições de trabalho, do que correr-se o risco de a classe trabalhadora instituir o socialismo.

De acordo com Leão XIII, o socialismo insuflava o ódio dos trabalhadores contra os patrões; e, ao pregarem o fim da propriedade privada, iam contra a ordem natural das coisas, pois a propriedade seria um direito natural. O fato de uma pessoa ser patrão e outra, operário devia-se à diferença natural de uma pessoa para outra. Por isso mesmo, Deus não impôs a distribuição dos bens entre as pessoas: que cada um, de acordo com suas habilidades e talentos, obtivesse mais ou menos bens.

No item 16 da Encíclica, Leão XIII propunha o seguinte aos trabalhadores:

“(…) cumprir integral e fielmente o que por própria liberdade e com apoio da justiça se estipulou sobre o trabalho; não causar dano algum ao capital; não ofendam a pessoa de seus patrões; abster-se de toda violência ao defender seus direitos e não promover sedições; não mesclar-se com homens depravados, que alimentam pretensões imoderadas e prometem artificialmente grandes coisas, o que leva consigo arrependimentos estéreis e as conseqüentes perdas de fortuna”.

Para os patrões, propunha-se o seguinte: “(...) não considerar os trabalhadores como escravos; respeitá-los, como é justo, a dignidade da pessoa humana, sobretudo enobrecida pelo que se chama de caráter cristão. (...) Tampouco deve impor-lhes mais trabalho do que podem suportar suas forças, nem de uma classe que não seja condizente com sua idade e sexo”.

A importância da encíclica *Rerum Novarum* não está em falar de função social – afinal nenhuma referência a esse termo é feita – mas, sim, de reclamar melhorias nas condições de vida dos trabalhadores com fundamento na dignidade da pessoa humana: “A ninguém está permitido violar impunemente a dignidade humana, da que Deus mesmo dispõe com grande reverência”.¹

Anos mais tarde, o jurista e político Karl Renner², influenciado pelo marxismo, elaborou o conceito de função social. Com base na idéia de Marx de que a economia era a estrutura da sociedade, e o direito, a superestrutura que garantia o funcionamento da economia, Renner definiu que a função social de um instituto seria o reflexo da função econômica no âmbito econômico (RENNER, 1981, p. 49).

“Qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico.”

Portanto, para Renner, função significa-va finalidade. Ou seja, a função social de um instituto jurídico consistiria na finalidade desse instituto na economia. Contudo, na Constituição da Alemanha de 1919, da qual Karl Renner participou como constituinte, o conceito de função social assumiu outra proporção. O art. 153 da Constituição Alemã de 1919 dispunha o seguinte:

“Art. 153. A Constituição garante a propriedade, cujo conteúdo e limites serão fixados pela lei. (...) A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum.”

Ao falar-se que “a propriedade obriga”, estabeleceu-se ao proprietário a obediência a determinados deveres – no caso, um serviço – em face da sociedade. O direito não pode ser um fim em si mesmo; está a serviço da proteção da dignidade da pessoa humana.

Outro jurista que estudou a função social foi Leon Duguit, expoente do sociologismo jurídico. De acordo com Miguel Reale (1998, p. 441), Duguit encontrava na solidariedade a explicação de todos os fenômenos de convivência. O ser humano não seria auto-suficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deveria harmonizar-se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho.

Duguit sustentava que as transformações pelas quais o direito civil passa, levariam a uma alteração dos conceitos jurídicos tradicionais. O direito subjetivo, por exemplo, seria um conceito metafísico, porque teria por base a vontade humana, a qual não pode ser analisada objetivamente e seria substituído pela idéia de função social.

Influenciado pelo Positivismo de Comte, Duguit afirmava que todo ser humano teria uma função social a desempenhar e deveria desenvolver sua individualidade física, moral e intelectual o máximo possível. No mesmo sentido, ao falar da propriedade, disse que essa não seria um direito absoluto. Ao contrário, a propriedade seria condição indispensável para a prosperidade e grandeza da sociedade e, portanto, a propriedade não seria um direito, mas uma função social:

“Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misi-

ón sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino”. (DUGUIT, 1975, p. 179).

Ele também criticava a forma pela qual o direito protegia a propriedade, extremamente individualista e que não se preocupava com o exercício legítimo desse direito, o que provocava um uso pouco evoluído da propriedade na sociedade, permitindo-se a existência de propriedades meramente usadas para especulação comercial.

Porém, ao definir o conteúdo da função social da propriedade, houve um exagero para o outro extremo da problemática da liberdade: praticamente suprimiu-a. O conceito de propriedade seria transformado em propriedade-função e o direito não protegeria o direito subjetivo de ser proprietário, mas apenas garantiria a liberdade de o proprietário fazer com que sua riqueza cumpra a sua função social, o que levaria a uma socialização da propriedade, tomada no sentido de produção de efeitos para toda a sociedade. (DUGUIT, 1975, p. 240).

Nessa perspectiva, o conteúdo do direito de propriedade, por ser conferido pelo Estado, poderia ficar sujeito à consecução de determinados fins definidos pela ordem jurídica. Por essa razão, é possível exigir do titular desse direito o atendimento a um conjunto de deveres positivos e negativos em face da comunidade. Dessa maneira, “o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assumida pela norma de direito objetivo”. (COSTA, 1997, p. 32).

Porém, surge a dificuldade de determinar o conteúdo dos deveres positivos, decorrentes da função social do instituto jurídico. Porém, como assevera Orlando Gomes

(1975, p. 73), “sob o ponto de vista jurídico, o exercício de acordo com o bem comum é insuficiente para a caracterização da função social”.

O constitucionalista italiano Santi Romano (1975, p. 142-143) desenvolveu o conceito de função a partir da conexão entre poderes, direitos e deveres. Além disso, foi ele quem estabeleceu a idéia de função social como “poder-dever”, que significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que o mesmo não contrarie o interesse público.

3. *Significados de função social*

Podem-se identificar três significados para o termo “função social”.

O primeiro significado de função social, usado em sentido amplo, é o de “finalidade”³, ou “papel”.

Esse significado de função social refere-se à idéia de Karl Renner sobre a função social, como imagem da função econômica de determinado instituto. Nesse sentido, todos os institutos jurídicos têm função social.

A propriedade, por exemplo, tem diversas funções ou papéis. Pode funcionar como um bem destinado à moradia, ou para a subsistência de quem mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica. Também funciona como reserva de valor, como ocorre nos países de tradição ibérica, nos quais as pessoas adquirem “bens de raiz” para investirem suas economias.

O significado de função social como finalidade social está caracterizado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), o qual estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O Código Civil de 2002 estabelece no art. 187 o seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E o art. 1.228, § 1º,

primeira parte, estabelece que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

O segundo significado, usado em sentido estrito, é o de serviço realizado em benefício de outrem. A função indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra. Nesse sentido, o termo “função social” relaciona-se com o seu sentido etimológico, do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), que significa o *direito* ou *dever de agir*, atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão. (SILVA, 1963, p. 722-723). Na tutela, por exemplo, o tutor exerce uma função, que é a de agir no interesse do tutelado. O administrador de uma empresa exerce seu cargo em benefício dos sócios ou dos acionistas. O funcionário público é uma pessoa cuja profissão é prestar um serviço em nome do Estado.

No caso da função social, o “funcionário” é o titular do direito; o beneficiário da relação funcional é a sociedade. Consiste na exigência de que o exercício de seu direito seja também uma prestação de serviço em benefício da sociedade, ou ainda, consiste na imposição de deveres para quem exerce determinado direito; daí falar-se que a função social é um “poder-dever”. De um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma faculdade – em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. De outro lado, o titular do direito subjetivo também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Surge, pois, para o indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício de determinado direito.

Em relação ao direito de propriedade, o proprietário tem o poder de usar, fruir e dispor de um bem, bem como não ser impedido de exercer aqueles direitos. Ou seja, todas

as demais pessoas, que não sejam proprietárias desse bem, devem sujeitar-se a esse fato.

Como aponta Harold Demsetz (p. 354-357), o direito de propriedade existe para que os recursos sejam usados de forma eficiente. Ele dá o exemplo de uma área destinada à agricultura. Uma pessoa prepara a terra, semeia e aguarda por meses o momento da colheita. Se não houvesse direitos de propriedade, qualquer um poderia aparecer na época da colheita e levar embora toda a produção. Em vista disso, o agricultor não tem garantias de que vai encontrar sua lavoura incólume. O risco de usar a terra para a agricultura será alto demais. Desse modo, direitos de propriedade fracos geram ineficiência na utilização de recursos.

Por outro lado, a exclusão de todas as pessoas do acesso aos bens do titular do direito de propriedade pode causar uma situação injusta. Enquanto uma pessoa se beneficia do uso, ainda que não esteja causando dano a outrem, muitas outras pessoas podem estar sendo privadas do acesso aos bens, como alimentação, moradia e vestuário.

O instituto da função social constitui uma “solução de compromisso” entre esses interesses em conflito. Permite-se o exercício de determinado direito, mas pode-se exigir que esse exercício seja socialmente útil. Portanto, nesse sentido, a essência do termo “função social” implica compensação, a qual se dá por meio da realização de deveres de ação ou de abstenção por parte do titular de um direito subjetivo.

O uso de uma propriedade rural, por exemplo, como reserva de valor não atende à função social, enquanto o seu emprego no exercício de atividade econômica, ao produzir alimentos, atende à função social. Por isso, a Constituição Federal tem normas que estabelecem qual o conteúdo da função social da propriedade urbana e rural:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e

graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

O Código Civil, ao tratar da função social da propriedade, exige que o exercício do direito de propriedade seja compatível com a preservação da flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (CC, art. 1228, § 1º).

Em relação à empresa, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa é um valor fundamental da ordem econômica (CF, art. 170), porque seu exercício é socialmente útil, exige-se do empresário o exercício da atividade econômica de forma não nociva à comunidade. Impõem-se limites a esse direito, como o dever de não ferir a dignidade dos trabalhadores, nem prejudicar a concorrência, o consumidor ou o meio ambiente de forma indiscriminada.

Um problema do conceito de função social em sentido estrito está em estabelecer se todos os bens teriam função social – e, como será posteriormente discutido, se todos os contratos têm função social. Isso porque, sobretudo em relação à propriedade, encontram-se dificuldades em visualizar uma função social para com bens de uso pessoal, duráveis ou consumíveis. Por exemplo, é difícil apontar qual a função social do imóvel usado para sua moradia e de sua família, do automóvel, das roupas, dos eletrodomésticos. Tanto que a Constituição Federal de 1988 não foi capaz de dizer qual é a função social da propriedade urbana. O art. 182, § 2º, tem a seguinte redação: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Por isso, Stefano Rodotà (apud ALPA; BESSONE, 1980, 243-244) sustenta que nem todos os bens teriam função social. Ele faz a distinção entre bens de consumo e bens de produção, e que somente estes últimos teriam função social. Assim, objetos de uso pessoal, ou o imóvel destinado à moradia, não teriam função social, enquanto o maquinário de uma indústria teria função social.⁴ O conceito de função social da propriedade fica, pois, absorvido pelo conceito de função social da empresa.

O terceiro significado de função social, usado de maneira imprópria, é o de “responsabilidade social”. Nesse caso, que aparece relacionado à função social da empresa, é o de atribuição de deveres não relacionados com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantis.

4. A função social do contrato

A função social do contrato consiste em uma transposição do instituto da função social da propriedade para o âmbito contratual. A função social do contrato recebeu destaque dentro do título que cuida dos contratos em geral. Está prevista no art. 421 do Código Civil:

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

Parece ser uma criação do direito brasileiro, porque nem os códigos civis europeus nem os códigos civis latino-americanos têm disposição semelhante. O único código civil que tem uma regra cuja estrutura lembra o art. 421 do Código Civil é o Código Civil italiano de 1942, cujo art. 1.322 tem a seguinte redação: “As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei (e das normas corporativistas)”. O controle da liber-

dade contratual é feito apenas pela lei, posto que foram abolidas do direito italiano as normas corporativistas do regime fascista. A função social do contrato, portanto, tem por objeto restringir a liberdade de contratar.

O fundamento da existência da função social do contrato é a dignidade da pessoa humana. No entanto, essa afirmação não passa de mera tautologia, porque é mais que evidente que os institutos jurídicos têm fundamento na dignidade da pessoa humana. Com efeito, a função social do contrato é apenas mais um instrumento de aplicação de justiça ao caso concreto, conforme se verá abaixo.

Assim, para compreender a função social do contrato, é preciso analisar quais são as visões existentes sobre a liberdade de contratar, para, em seguida, compreender de que maneira a função social agirá sobre a mesma.

Existem duas visões sobre a liberdade contratual: a visão realista, e a visão legalista. A visão realista da liberdade contratual é aquela segundo a qual a liberdade de contratar é inerente ao indivíduo. Nessa visão, o indivíduo é capaz de se autodeterminar, no sentido de estabelecer para si mesmo uma conduta determinada e cumpri-la. Foi Kant (2003, p. 79) quem sustentou o fundamento da obrigação da conduta ética ser a autonomia da vontade, a qual, por sua vez, decorria da liberdade humana.

Nessa perspectiva, o direito pode apenas reconhecer que a vontade humana é fonte de direito objetivo. (D'EUFEMIA, 1942, p. 12). Resta ao direito apenas tutelá-la, garantindo-a, como no caso do ato jurídico perfeito, ou então, assegurando exequibilidade à promessa feita por meio da vontade livre. Nessa perspectiva, o direito contratual é o direito que tem por objeto a promessa, garantindo coercitivamente o cumprimento do que foi prometido.

Por sua vez, a visão legalista da liberdade de contratar consiste no fato de que essa somente existe porque o direito a confere.

Essa se torna uma concessão do Estado para o indivíduo. Fala-se em autonomia privada, no sentido de ser uma espécie de “competência legislativa” conferida aos indivíduos para que celebrem negócios jurídicos, no sentido de ato capaz de criar, modificar e extinguir direitos. Por isso, o Estado pode, em tese, não conferir nenhuma autonomia ao indivíduo. Pode ocorrer de o Estado conceder a liberdade de forma controlada, dando ao indivíduo a opção de escolher uma entre várias normas previamente estabelecidas pelo direito. Por exemplo, poder-se-ia estabelecer que somente são válidos os contratos típicos.

Numa concepção ampla da autonomia privada, o Estado pode conferir liberdade de contratar os indivíduos; porém pode impor determinados “encargos” ao exercício dessa liberdade. Nesse caso, o conteúdo da liberdade seria “positivo”. Os Estados que estabeleciam como um de seus fins a solidariedade social optavam por esse tipo de autonomia privada. Na explicação de Giuseppe D'Eufemia (1942, p. 10-11):

“No Estado corporativo, a autonomia privada é portanto conformada de modo que esta se manifeste em função dos interesses nacionais: a iniciativa individual e a capacidade de auto-regramento dos próprios interesses são reconhecidos aos privados, mas ao mesmo tempo são predispostos limites de controle que rendem a autonomia privada um instrumento de consecução de determinados fins do Estado”.

Por fim, o Estado pode conferir aos indivíduos poder para se auto-regrarem, contanto que não estejam em contradição com determinados preceitos estabelecidos pelo próprio direito, ou seja, uma liberdade “negativa”. Nesse sentido, o art. 1.322 do Código Civil italiano e o art. 187 do Código Civil brasileiro.

De acordo com essas perspectivas de liberdade, conclui-se que a função social, no sentido de finalidade social, corresponde à

concepção negativa de liberdade de contratar; se o instituto jurídico for usado da forma como foi criado e produzir os efeitos que dele se espera, sem causar dano a outrem, cumpre-se a função social.

Por sua vez, a função social em sentido estrito corresponde à visão positiva da liberdade de contratar, porque essa impõe a busca de determinados fins. Não basta que o instituto jurídico produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem. Requer-se, além de tudo isso, a consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade.

Assim, na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato.

No direito brasileiro, o art. 421 tem uma redação contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida nos limites (concepção negativa) e em razão (concepção positiva) da função social do contrato.

O art. 421 foi objeto de crítica durante a fase de tramitação do projeto de lei que resultou no Código Civil. O então deputado Tancredo Neves propôs a Emenda nº 371, que sugeria a alteração da redação deste artigo, a seguir: “Ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”. (IMPrensa NACIONAL, 1983, p. 254).

A razão apontada por Tancredo Neves foi a de que, “fora dos limites da função social do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar”. Isso porque “o conceito de função social do contrato é impreciso”, afetando fundamente a liberdade de contratar e causando insegurança aos negócios. A emenda nº 371 foi rejeitada porque o art. 421 seria correspondente à função social da propriedade, prevista no art. 160, III, da então Constituição de 1969, bem como

a redação sugerida não seria capaz de solucionar o problema decorrente da imprecisão do termo. (IMPrensa NACIONAL, 1983, p. 637).⁵

Em junho de 2002, a Câmara dos Deputados organizou o Seminário “Novo Código Civil Brasileiro – O que muda na vida do cidadão”. Nessa ocasião, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo apontou falhas na redação do art. 421, no sentido de ser indesejável estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato. Para ele, a redação atual permite entender que a liberdade será exercida não em razão dos interesses do contratante limitado pela função social, transformando essa liberdade numa espécie de dever de funcionário.

O Conselho da Justiça Federal organizou em setembro de 2002 a I Jornada de Direito Civil, na qual foram proferidos 137 enunciados para a interpretação do Código Civil de 2002. Em relação à função social do contrato, foram proferidos os enunciados nº 21, 22 e 23:

“21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Por meio desses três enunciados, constata-se que ora se entende a função social

como finalidade social, ora como função social em sentido estrito, tal como a função social da propriedade.

É preciso, pois, esclarecer em que casos a função social do contrato manifesta-se como finalidade social, e em que casos ela se manifesta como “poder-dever” do contratante.

5. A função social do contrato em sentido amplo

Como mencionado acima, a função social do contrato como finalidade social relaciona-se com a concepção negativa de liberdade de contratar.

O direito procura assegurar que o uso correto da disciplina da liberdade é necessário por dois motivos. O primeiro deles é que o exercício da liberdade pode ser abusivo, e causar danos aos demais indivíduos, o que é socialmente indesejável. O segundo motivo é que os recursos materiais não estão disponibilizados igualmente para todos, o que requer um equilíbrio de interesses entre quem tem acesso aos bens e quem não tem acesso aos mesmos por meio do contrato.

O contrato é um instituto jurídico cuja função – entendida como finalidade – é a de promover a circulação e distribuição dos direitos de propriedade entre os indivíduos de uma sociedade. Tanto em contratos de interesses contrapostos, como é o caso da compra-e-venda, quanto nos contratos de interesses convergentes, como no contrato de sociedade, ocorrerá a circulação e distribuição de bens de acordo com o estipulado pelos indivíduos ou pelo direito. A razão é que uma eficaz circulação de direitos de propriedade entre as pessoas é socialmente desejável, pois esse fenômeno é que produz as riquezas em uma determinada sociedade. Quando a circulação dos direitos é feita de forma inadequada, o direito fornece “remédios” para que se possa corrigir essa situação.

Os códigos civis estabelecem como requisito de validade do negócio jurídico a exis-

tência de objeto lícito, ou, em determinados códigos, que o objeto também não seja imoral ou ofenda os bons costumes.

O primeiro exemplo de ilicitude do objeto (que também é caso de objeto imoral) é a proibição da venda de sangue e órgãos humanos. O Estado não admite a compra-e-venda; somente a doação. Essa proibição visa evitar que pessoas morram por não terem dinheiro para adquirirem um órgão, o que seria uma afronta à dignidade da pessoa humana. Por isso, caso ocorra uma compra-e-venda de órgãos, a circulação desta não ocorre da forma que se esperava; daí a nulidade do negócio, ou, em outros termos, o direito não atribui a esse negócio os efeitos jurídicos necessários à sua concretização.

Outra forma de controle do contrato por meio do objeto do negócio consiste no uso de normas de ordem pública.

A ordem pública consiste no conjunto de valores necessários à manutenção da sociedade. (FARIA, 1980, p. 11). As normas de ordem pública são aquelas que ora impõem uma conduta por parte do indivíduo, ora impõem uma proibição a esse, conforme o caso, de modo a assegurar a ordem pública. (SANTOS, [19 - -?], p. 247). Por essa característica, não podem ter sua eficácia afastada por disposição das partes.

O contrato de trabalho subordinado, antigamente sujeito às normas do contrato de locação de serviços, tornara-se um instrumento de escravização das pessoas. Com o passar do tempo, inúmeras normas de ordem pública surgiram para a proteção do trabalhador, como o estabelecimento de salário mínimo, oferecimento de condições salubres de trabalho, entre outros. Foram tantas normas nesse sentido, que surgiu um novo ramo do direito: o direito do trabalho.

Outro exemplo é a compra-e-venda. Se alguém vende uma casa para outra pessoa, o único interesse social envolvido nesse negócio é que ocorra uma boa circulação do direito de propriedade. Mas, se uma compra-e-venda de uma casa for entre ascendente e descendente sem a concordância dos demais

descendentes e do cônjuge, aí sim o Estado interfere na relação, por meio do direito, permitindo a anulação do contrato ao descendente que se sentir prejudicado (CC, art. 496). Pois, ao negar-se a possibilidade dos demais descendentes de impedir um negócio que lhes será desfavorável no futuro, impede-se a melhor circulação do direito de propriedade.

A recusa de contratar e a venda casada são exemplos em que uma das partes abusa da liberdade de contratar, seja ao impedir a circulação de bens e serviços, seja ao impor a circulação dos mesmos. Afinal, não se deseja que existam dificuldades de circulação de bens ou serviços, ou que se impeça o acesso a estes; ademais, não se deseja que essa circulação seja feita em sacrifício da vontade da outra parte. As cláusulas abusivas dos contratos são exemplos de violação da função social do contrato, porque consistem em distorções do modo por que circulam os direitos entre as pessoas. Essas cláusulas costumam exigir mais vantagens para uma das partes, em prejuízo da outra, devido à desigualdade de poderes na relação contratual. Pelo fato de que essa vantagem obtida é “anormal”, pois um contrato não é instrumento de enriquecimento sem que tenha sido realizada uma contrapartida. Nesse sentido, o direito brasileiro tem os institutos da lesão (CC, art. 157) e da resolução por onerosidade excessiva (CC, arts. 478-480).

A função social do contrato, entendida como finalidade social, está presente em todos os institutos jurídicos. Existem diversos “remédios” jurídicos que asseguram o cumprimento da função social do contrato. Por isso, a função social do contrato, prevista no art 421 do Código Civil brasileiro, aplica-se de forma residual, nos casos em que não previsto um determinado remédio para o problema de má circulação dos direitos de propriedade entre partes. Aliás, esse é o espírito das cláusulas gerais do Código Civil.

Um exemplo é a concessão de crédito às pessoas de baixa renda por instituições financeiras privadas no Brasil. O acesso ao

crédito por essas pessoas é extremamente oneroso. Diversas estatísticas publicadas demonstram que o índice de inadimplemento entre essas pessoas é muito baixo, ou seja, pagam-se rigorosamente em dia as suas obrigações. No entanto, a taxa de juros cobrada dessas pessoas é muito alta, em torno de 10% a 15% ao mês. A situação normal é que quanto maior o risco, maior o lucro; quando há baixo risco e altos lucros, é indicação de que há anormalidade no contrato. Logo, esses contratos não cumprem sua função social.

6. A função social do contrato em sentido estrito

A função social do contrato em sentido estrito está diretamente relacionada com a produção de externalidades no exercício de determinado direito. A ciência econômica usa o termo “externalidades” para designar as perturbações causadas a terceiros, pela impossibilidade de definir exatamente os limites de um determinado direito, isto é, não é possível impedir que o exercício de um direito interfira no direito das demais pessoas.

Imagine-se um imóvel que tenha no piso térreo uma oficina mecânica, e no primeiro andar, um consultório médico. (COASE, 1960). A oficina produz uma quantidade de ruído que atrapalha a concentração do médico no atendimento aos pacientes. A atividade do mecânico é uma externalidade para o médico, assim como a exigência do médico de obrigar o mecânico não produzir ruído é uma externalidade para este. Ou ainda a poluição gerada por uma indústria nas redondezas. Pode ocorrer de ser impossível a não produção de poluição, de tal modo que o uso máximo dos atributos de um bem causará uma redução das qualidades de outros bens. A solução adotada pelo direito é impor compensações aos prejudicados pelo exercício do direito do causador da externalidade.

Como se pode perceber nos exemplos acima, a provocação de externalidades de-

correntes do exercício de um direito se dá com frequência no caso dos direitos absolutos, exercidos *erga omnes*. No entanto, isso é mais difícil ocorrer com o contrato, porque sua estrutura se desenvolveu para que somente as partes que o celebram obtenham efeitos jurídicos decorrentes do mesmo. Não é um instituto jurídico destinado à produção de efeitos para terceiros. Isso porque o fundamento da liberdade de contratar é a autonomia da vontade, isto é, só é possível a existência de obrigação quando a própria pessoa se impõe esse compromisso, o qual, se não cumprido, pode ser exigido coercitivamente com fundamento em uma norma jurídica a qual estabelece a obrigação de cumprir os compromissos que assumiu perante a outra parte. Dessa forma, quem não participa da relação contratual não se comprometeu a nada, e, por isso, não está sujeito a quaisquer efeitos jurídicos decorrentes dessa relação contratual. A isso se dá o nome de princípio da relatividade das obrigações.

No entanto, há situações em que o exercício de um direito relativo, como o direito de celebrar contratos, pode produzir externalidades à comunidade. No direito brasileiro, o direito concorrencial e o direito agrário têm essa função.

O direito concorrencial, entre outras coisas, zela para que a celebração de determinados contratos entre empresas que afetam a organização dos mercados, tais como a aquisição de uma empresa por outra, *joint ventures*, *franchising* e sociedades cooperativas, não produza externalidades no mercado.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, prevê dois tipos de controle para a preservação da concorrência: o controle de condutas e o controle da organização industrial.

O controle de condutas que constituem infração à ordem econômica é feito em conjunto pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884.

O art. 20 estabelece que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”. O art. 21 discrimina as condutas que configuram infração à ordem econômica, caso produza qualquer dos efeitos tipificados no art. 20 e seus incisos. Algumas dessas condutas previstas no art. 21 visam assegurar a função social do contrato. Isso porque a lei não admite que a liberdade de contratar seja feita em prejuízo da sociedade.

Por exemplo, a formação de acordo para a obtenção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, tal como prevista no inciso II do art. 21, pode ser um meio para a obtenção de melhores resultados econômicos para as partes do mesmo. O *franchising* consiste em uma rede de contratos entre o franqueador e o franqueado, por meio dos quais o franqueador, detentor de uma tecnologia própria para a fabricação de produtos ou prestação de serviços, e de uma marca com boa reputação no mercado, permite ao franqueado beneficiar-se desses bens, mediante remuneração e exclusividade na comercialização dos produtos e serviços relacionados ao objeto do contrato. Dessa maneira, surge uma cooperação entre diversos agentes econômicos. As sociedades cooperativas também podem produzir o mesmo efeito econômico, de ação concertada entre concorrentes. Contudo, quando a ação concertada produzir efeitos prejudiciais à concorrência ou aos consumidores, a Lei veda a continuação desse acordo, ainda que não haja dolo por parte das partes do mesmo.

O exemplo mais interessante é o controle prévio da organização econômica de um determinado mercado. O art. 54 da Lei nº 8.884 impõe, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o julgamen-

to dos “(...) atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

Nesse caso, a aquisição de uma empresa ou por sua concorrente, ou por seu fornecedor ou de quem é fornecedora, ou a formação de uma empresa em que figure como sócios concorrentes em um determinado mercado (p. ex. *joint ventures*) somente poderá ocorrer se as externalidades produzidas no mercado forem aceitáveis nos termos da lei.

Tendo em vista a idéia de função social como “compensação”, o § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884 permite ao CADE autorizar esses atos de concentração previstos no *caput* do art. 54, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. O § 2º do art. 54 permite a aprovação de atos de concentração, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Assim, o direito permite que contratos de aquisição, fusão, *joint ventures*, cooperativas e *franchising* sejam realizados. Mas, por outro lado, quando esses contratos produzem externalidades, exige-se que a sociedade não seja prejudicada, ou, em determinados casos, que a sociedade participe das vantagens da celebração desses contratos, como forma de compensação pelas perdas

que sofrerá por força das externalidades. Nessa perspectiva, a liberdade de contratar será exercida na acepção “positiva” do termo.

O segundo exemplo, lembrado durante os trabalhos do 1º Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado, é o direito agrário brasileiro. Tendo em vista que a exploração de atividade agropecuária pode comprometer a preservação ambiental, a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), e o Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966, impõem a conservação dos recursos naturais como objeto dos contratos agrários:

Lei nº 4.504

“Art. 13 – Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário:

(...)

III – obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo IBRA, que visem à conservação de recursos naturais;”

Decreto nº 59.566

“Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei nº 4.947-66);”

Pode-se concluir que a função social do contrato, tomada em sentido estrito, não está presente em todos os contratos. Somente é possível falar em função social quando a celebração de determinado contrato produzir externalidades à sociedade. A compra-e-venda de um chocolate, ou de um automóvel, não tem função social, porque terceiros não sofrerão efeitos desse contrato, mas a compra-e-venda de uma empresa tem função social, porque isso pode afetar a organização dos mercados, e a vida das pessoas em geral.

7. A função social do contrato em sentido amplo na jurisprudência paulista

Foi visto acima a previsão legal da função social do contrato. Agora resta analisar a aplicação jurisprudencial desse instituto, e será a forma pela qual será dada a concretezude ao art. 421 do Código Civil. A jurisprudência, sobretudo no Estado de São Paulo, vem enfrentando a questão da função social do contrato nos contratos em matéria de planos de saúde. Entre 1998 a 2004, foram proferidos mais de cinquenta acórdãos sobre a mesma matéria. O problema enfrentado pelos tribunais é o seguinte: a pessoa contrata um plano de saúde, que exclui por via contratual a cobertura de tratamento de cirurgias de redução de estômago, displasia mamária e AIDS, entre outros.

Trata-se da contratação⁶ de um plano de seguro-saúde, cujo contrato previa expressamente a exclusão do tratamento de displasia mamária. A esposa do segurado tinha esse problema de saúde e foi operada. A companhia de seguros, sem saber que o motivo da cirurgia era a doença excluída contratualmente, pagou pela mesma. Posteriormente, ingressou com ação contra o segurado, para reaver o dinheiro pago ao hospital. O Tribunal condenou o segurado a restituir à companhia de seguros o valor pago pela cirurgia, com fundamento de que prevalecia a livre autonomia das partes de excluir contratualmente a cobertura de determinadas doenças, posto que, em matéria de seguros, é lícita a exclusão de determinados riscos, por serem tão graves ou extensos, que podem comprometer o equilíbrio da mutualidade do seguro.

Referência expressa à função social do contrato foi feita, mas, mesmo assim, não foi aplicada ao caso concreto:

“A Turma Julgadora não está alheia a doutrina atual que prega uma nova função social do contrato, um tema sedutor e muito bem analisado por Orlando Gomes e Antunes Varela

(‘Direito Econômico’, Saraiva, 1977). A inalterabilidade das convenções (*pacta sunt servanda*) continua como fator de segurança, mas a boa-fé contratual obriga o juiz a buscar o equilíbrio pela finalidade do contrato, com a sua adaptação às necessidades reais do contratante socialmente mais fraco. (...) Rejeitar a exigibilidade da cobrança seria transformar o seguro de natureza privada em assistência social, agindo o Judiciário como interventor nas relações econômicas para colocar empresas particulares no exercício de funções que são próprias do Estado”.

Porém, nos últimos anos, houve uma mudança de entendimento, no sentido de tutelar o contrato com base na função social do contrato.

Nesse caso a ser analisado⁷, que ilustra a mudança de entendimento sobre o tema, a autora da ação tinha obesidade mórbida (seu índice de massa corpórea era superior a 43) e processou o plano de saúde para autorizar a cirurgia de redução de estômago. Essa cirurgia não era cadastrada pela AMB – Associação de Médicos Brasileiros, e o contrato entre a autora e o plano de saúde excluía a cobertura de procedimentos cirúrgicos não classificados nos catálogos médicos. O plano de saúde foi obrigado a autorizar a cirurgia, com base na função social dos contratos de planos de saúde:

“A autora, ora agravada, aderiu ao plano com a agravante quando menor, o que afasta a idéia de estar agindo com má-fé (como hipóteses de doenças pré-existentes ou de procedimentos cirúrgicos de alto custo, como transplante de medula óssea, por exemplo). Sempre pagou as prestações para manter hígido o sistema equilibrado e o regime de custo benefício. Agora, quando a urgência clama pela ‘gastrologia redutora’, uma chance real de combate à obesidade mórbida, a recusa ao financiamento deve ser

preponderante ao fator utilidade médica e social da medida médica que se pretende realizar. Caso contrário, não cumpre o contrato sua função social”.

Ainda em casos de planos de saúde, tem-se proibido a rescisão unilateral de contratos cujo segurado seja pessoa com mais de sessente anos, porque o risco faz parte desses contratos, e a rescisão consiste em violação da função social do contrato:

“O pressuposto ideológico do contrato não é uma matriz vulnerável. Ao contrário: a base da operacionalidade é justamente o cumprimento da assistência médica sem discriminação do conveniado, sem o que o ajuste perde sua função social e passa a ser categorizado como instrumento rentável das entidades que exploram tais segmentos. O risco integra a comutatividade, de sorte que é impossível rescindir o contrato pela presunção de que pessoa velha não oferece lucros, um absurdo que cumpre reprimir com rigor”. (TJSP. Ap. Cível nº82.043-4/0. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. j. 01/02/2000).

Nesse caso, a rescisão unilateral do contrato viola a função social do contrato, pois se o segurado idoso realiza sua contrapartida, pagando as mensalidades do plano de saúde, não há por que interromper o contrato. Permitir a interrupção do contrato implicaria uma má circulação dos serviços de atendimento médico. Por isso, nesse caso, a função social do contrato, aplicada residualmente, pode ser um instrumento útil para corrigir essa situação, tendo em vista que não se pode falar em objeto ilícito, ou ser possível aplicar outros institutos jurídicos. Porém, o aplicador da norma jurídica deve ficar atento à existência de institutos jurídicos já previstos no direito para a solução do caso concreto, e não aplicar o art. 421 em toda e qualquer situação.

8. Precauções e critérios para a aplicação da função social do contrato

Por fim, é preciso refletir sobre o alcance dos efeitos da função social do contrato, a fim de evitar que a aplicação desse instituto possa-se revelar injusta, ainda que bem intencionada.

Constata-se que, na aplicação do conceito de função social do contrato, e em atendimento à solidariedade social, a empresa administradora do seguro-saúde e os demais segurados foram obrigados a socorrer a uma das seguradas, estendendo-se a cobertura do plano para a operação de obesidade mórbida. Em outras palavras, enquanto um dos segurados se beneficiou da cirurgia sem contrapartida financeira, a empresa administradora e os outros segurados (que não tiveram acesso a esse benefício) tiveram que arcar para que apenas um dos segurados tivesse acesso à mesma.

Dessa forma, a aplicação do conceito de função social do contrato sem qualquer critério faz com que esse instituto se converta em responsabilidade social da empresa (e das demais pessoas). É um fato esse que convém ao Estado, pois esse, por meio do uso de um termo carregado de significado (afinal quem é contra a função social do contrato?) poderá deixar de cumprir com suas obrigações, no sentido de não disponibilizar determinados serviços públicos. Se o Estado não existe para servir, então só se pode concluir que este se tornou um fim em si mesmo.

No caso das autorizações para a realização das cirurgias, verifica-se que a empresa de seguro-saúde, ao não cobrir determinadas doenças, não está, dessa forma, obtendo mais vantagens em prejuízo dos segurados. Ao contrário, a concessão dessas cirurgias a um dos segurados representará uma desvantagem para a empresa, e para os demais segurados. Assim, estender a cobertura a apenas um segurado consiste em enriquecimento sem causa, já que os demais segurados da mesma faixa etária esta-

rão financiando um dos segurados, sem que essa possibilidade lhes seja facultada. Ao contrário, ainda que imbuído de boas intenções, pode-se fazer justiça em um caso mediante a provocação de injustiça às demais pessoas na mesma situação. Por isso mesmo, como medida de atendimento às necessidades dos segurados e preservação do equilíbrio contratual, promoveu-se a reestruturação do setor.

É possível, a partir dos exemplos acima, estabelecer um critério para a aplicação da função social do contrato em sentido amplo: quando um dos contratantes obtiver vantagens injustificadas em um contrato, que implicar uma má circulação dos direitos de propriedade, e não houver um instituto jurídico próprio para a correção dessa anomalia, aí sim se aplica a função social do contrato. Do contrário, a aplicação da função social do contrato implicará enriquecimento sem causa para a outra parte.

Nos contratos analisados pelo CADE, verifica-se a imposição de função social, quando o contratante, ao exercer sua liberdade, estiver obtendo uma vantagem desproporcional em prejuízo da sociedade. Por exemplo, a constituição de uma *joint venture* que configure cartel e fixe os preços de determinado produto ou serviço no valor mais alto possível. Fica evidente que haverá um aumento injustificado dos lucros em prejuízo dos consumidores. Por isso, a lei autoriza o CADE aprovar essa *joint venture*, contanto que a sociedade possa-se beneficiar desse contrato, como medida de justiça. Ou, quando isso não for possível, vetar a constituição da mesma.

Logo, o critério para a aplicação da função social do contrato em sentido estrito é o seguinte: a liberdade de contratar deve atender à função social do contrato, somente quando o contratante estiver obtendo vantagens injustificadas, porém lícitas, ou à custa da produção de externalidades. Assim, para compensar a sociedade pelas perdas que sofre, a função social do contrato impõe deveres no exercício dessa liberdade

contratual, a fim de compensar a sociedade dos efeitos que sofre decorrentes do contrato.

Assim, propõe-se um esquema de aplicação do princípio da função social do contrato:

1. O exercício da liberdade de contratar provoca externalidade à sociedade? Se não há, o contrato não tem função social; se sim, impõe-se o dever de compensar a sociedade com fundamento na função social do contrato.

2. Verificar se o contrato está desequilibrado para uma das partes.

3. Verificar se o reequilíbrio da relação contratual implicará sacrifícios não relacionados com o contrato para a outra parte (responsabilidade social da empresa, enriquecimento sem causa). Se causar sacrifícios, o contrato já cumpre sua função social.

4. Verificar se existe instituto jurídico destinado a corrigir o desequilíbrio contratual. Se não houver instituto, aplica-se a função social do contrato.

9. Conclusão

A função social do contrato é um instituto jurídico destinado à realização de justiça ao caso concreto. Trata-se de uma limitação à liberdade de contratar, para que, em sentido amplo, os institutos jurídicos produzam seus efeitos regulares; em sentido estrito, impõe deveres à liberdade de contratar, quando o seu exercício provocar externalidades à sociedade.

Existem diversos institutos jurídicos que asseguram a função social do contrato em sentido amplo, entendida como finalidade social, como a lesão, a resolução por onerosidade excessiva, bem como as normas de ordem pública e a análise do objeto do contrato. Por isso a aplicação do art. 421 do Código Civil é residual.

A função social do contrato em sentido estrito está consagrada no direito concorrencial e no direito agrário, que são ramos do direito que tratam de relações jurídicas cujo objeto é do interesse da coletividade,

como o mercado e a exploração econômica do ambiente. Sua aplicação visa a compensar a sociedade dos efeitos que o contrato pode causar a terceiros. Deve-se atentar para o fato de que a maior partes dos contratos não causa externalidades a terceiros; mas quando isso ocorrer, aí sim se aplica o art. 421 do Código Civil.

Colocada como princípio de direito contratual no Código Civil, deve ser aplicada com cautela, pois a falta de critérios de sua aplicação pode implicar responsabilidade social do indivíduo e das pessoas jurídicas, a qual, do ponto de vista jurídico, compete ao Estado, bem como enriquecimento sem causa para quem da aplicação desse artigo se beneficiar.

Notas

¹ Em 1931, o Papa Pio XI lançou a Encíclica *Quadragesimo Anno*, a qual celebra os quarenta anos da Encíclica *Rerum Novarum*, e na qual se faz uma reinterpretação dessa última, de modo a evidenciar que o Papa Leão XIII já falava em função social.

² Karl Renner (1870-1950) formou-se em direito, mas se tornou bibliotecário do Parlamento Austríaco em 1896, ocasião em que escreveu a obra sobre a função social dos institutos jurídicos. Posteriormente, tornou-se deputado, Chanceler e Ministro das Relações Exteriores da Áustria entre 1918 e 1920. Foi Presidente da Assembléia de Deputados da Áustria em 1933. Com o fim do III Reich Alemão, organizou o governo provisório da Áustria. Novamente foi Chanceler, e em 1945 tornou-se Presidente da Áustria.

³ O Código Civil de 2002 usa uma única vez o termo “função” como finalidade: “Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrendimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Nesse caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos, não haverá direito a indenização suplementar”. (grifos nossos)

⁴ Anos mais tarde, essa distinção entre bens de produção e bens de consumo para a atribuição de função social foi sustentada por Fábio Konder Comparato (1986, p. 71-79).

⁵ Ao contrário da função social da propriedade, cujo conteúdo mínimo dos deveres está indicado

explicitamente na Constituição e no Código Civil, o termo “função social do contrato” não foi especificado. Essa indeterminação de significado decorre do fato de se ter consubstanciado a função social no Código Civil mediante o uso de uma cláusula geral. Essa opção pelo uso de cláusulas gerais é a segunda característica do texto do Código Civil de 2002. (REALE, 2003, p. 17).

⁶ TJSP. Ap. Cível nº 27.433-4/8. 1ª Câmara de Férias. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo J. 06/03/1998, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani.

⁷ TJSP, Ag. Instrumento nº 233.379-4/8. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. Comarca de S. Paulo. J. 26.02.2002.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: [s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/enunciados.asp>>. Acesso em: 2005.

ALEMANHA. *Constituição (1919)*. Weimar Constitution. [S.l.: s.n., 199-?]. Disponível em: <http://inic.utexas.edu/~bennett/_344/ge-Weimar-Const.pdf>. Acesso em: 2005.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet: II storia, funzione sociale, pubblici interventi*. Padova: Cedam, 1980.

AQUINO, Santo Tomás de. Se é justo o homem possuir coisas como suas. In: _____. *Suma theologica*. [S.l.]: B. Bros, 1947. Disponível em: <<http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/SS/SS066.html#SSQ66OUTP1>>. Acesso em: 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. O que muda na vida do cidadão. In: SEMINÁRIO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Brasília, 2002. *Código civil parte I*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/ouvidoria/CodigoCivil1/1partecodigocivil.html>>. Acesso em: 2005.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. *Novo código civil (2002)*: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Estabelece lei de introdução ao código civil brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 jun. 1942. Seção 1, p. 1.

- _____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Estabelece a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 11 jun. 1994. Seção 1, p. 8437.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1986.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997.
- D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942.
- DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 57, p. 347-359, 1967.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: público e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. Lei de ordem pública: verbete. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. In: _____. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1975.
- IMPRESA NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção 1, Supl., 4 set. 1983.
- ITÁLIA. *Codice civile del 1942*. [S.l.]: G. Simone, [200-?]. Disponível em: <<http://www.codicisimone.it/codici/index0.htm>>. Acesso em: 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: M. Claret, 2003.
- KARL Renner. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. [S.n.: s.l., 200-?]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Karl_Renner>. Acesso em: 2005.
- LEAO XIII. *Enciclica rerum novarum on capital and labor*. Roma: Vaticano, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_en.html>. Acesso em: 2005.
- PIO XI. *Enciclica quadragésimo anno on the reconstruction of the social orde...* Roma: Vaticano, 1931. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 2005.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Visão geral do novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, fev. 2003.
- RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. Ordem pública. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsói, [19-?]. v. 35.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Ag. Instrumento n. 233.379-4/8. 3. Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo, 26 fev. 2002.
- _____. Apelação Cível n. 27.433-4/8. 1. Câmara de Férias. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo. J. 6 mar. 1998.
- _____. Apelação Cível n. 82.043-4/0. 3. Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo, 1 fev. 2000.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 2.
- SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações. São Paulo: Hemus, 1981.