

Acerca das funções sociais do contrato

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas*

Vale sempre a pena saber onde está a dificuldade, ainda que seja insuperável; e assinalar os únicos meios pelos quais se pode alcançar a melhor solução, ainda que essa solução não seja tão satisfatória como se deseja.

(*Bentham*)

1. Introdução

É de ampla aceitação a idéia de que o art.421 do CC encerra aquela que talvez seja a mais importante inovação da Lei n 10.406/02¹, ao instituir que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O desafio interpretativo posto pelo dispositivo engendra construções mais ou menos arrojadas, dependendo dos elementos considerados na definição do significado de “função social” para a dinâmica da relação contratual. A organização da forma como o artigo vem sendo compreendido é importante para a definição dos caminhos por onde se pode avançar.

Em linhas gerais, as considerações atuais a respeito da “função social” estão alinhadas a partir das seguintes premissas: a livre iniciativa das partes na relação contratual deve estar submetida à função social²,

* Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio; mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio; doutorando em Direito Civil pela UERJ.

¹ Nesse sentido: João HORA NETO, “O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002”, *in: RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, n° 13/janeiro-março, 2003, p.281.

² Carlos Alberto GOULART FERREIRA, “Contrato: Função Social”, *in: Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre: Notadez, mai. 1998, p.11. Fábio KONDER COMPARATO ressalta a necessidade de superação do entendimento da função social como restrições ao uso de bens impostas pelo legislador. “Estado, Empresa e Função Social”, *in: Revista dos Tribunais*, n° 732/outubro de 1996, 85º Ano, p.41.

restringindo a liberdade de contratar e a liberdade contratual por limites negativos e positivos impostos aos contratantes, no que se chegou a alegar a “morte do contrato”³; tais limitações instituiriam a necessidade de um efetivo equilíbrio entre as partes contratantes, numa postura promocional inscrita no objetivo maior de superação da neutralidade axiológica do direito civil, guiado por uma hierarquia de valores (“tábua axiológica”) constitucionais. Ademais, a relação jurídica deixaria de ser encarada pelo prisma individualista através do qual a vontade das partes seria o elemento fundamental a ser considerado no negócio jurídico. O foco da análise estaria na função a ser desempenhada, tendo o ordenamento o papel de filtro na avaliação da idoneidade da conduta negocial.

De um lado ter-se-ia a efetivação de um equilíbrio, de outro a percepção de que o contrato é uma realidade inscrita numa estrutura maior, que não pode ser afrontada pela realização de interesses menos graduados na supracitada hierarquia constitucional de valores.

Tem-se ainda o entendimento de que o recurso às cláusulas gerais seria o meio próprio pelo qual o direito poderia dar respostas mais efetivas aos desafios da vida social contemporânea, partindo-se do princípio de que uma cláusula aberta (leia-se: uma maior quantidade de conceitos indeterminados e de referências diretas ao arbítrio do juiz), propiciaria uma atividade judicante mais próxima do conjunto de valores constitucionais.

A partir das premissas anteriormente levantadas, o presente trabalho inscreve-se na tentativa de analisar algumas referências importantes para o debate do significado do artigo, tais como: a idéia de neutralidade, de limites impostos pelo legislador, dos deveres positivos e negativos presentes naquilo que seria o conteúdo concreto da função social.

2 – O abandono da neutralidade

O que realmente significa transpor a consideração formal da norma, da neutralidade própria do Direito Civil do liberalismo clássico? Não raro este expediente é compreendido em termos da transposição da figura do juiz como “boca da lei”, tal qual pintada por Montesquieu, para aquela de um juiz que, com maior liberdade para interpretar, efetiva a

³ Como se lê em GRANT GILMORE, *La Morte del Contrato*, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1988.

justiça social com maior agudeza e consonância com os ditames da Constituição. Ocorre que nenhuma das afirmações anteriores é necessariamente verdadeira.

O juiz como “a boca da lei” não é um juiz neutro, alheio às possibilidades próprias da hermenêutica. Ele apenas assumia um limite interpretativo imposto pelo Legislador⁴. O juiz é alguém inserido em seu tempo, que integra uma comunidade de valores que em nenhum momento é neutra porque nenhuma ideologia é, tampouco a liberal, contraposta ao Absolutismo⁵.

A idéia de que o juiz não poderia ir além daquilo que o Legislador instituiu tinha a sua força calcada em um pensamento que se consolidou no poder, e que era então assumido por aqueles que pretendiam concretizá-lo através do direito. O que se pretende defender é que o “trato formal da norma” não é algo nocivo em si mesmo, bastando ressaltar que ninguém entenderia como correto a “interpretação mais alargada” das normas restritivas de liberdades, de regras tributárias, das que instituem incapacidades, e tantas outras hipóteses⁶. A superação da formalidade no tratamento da norma tem o mérito de atuar no sentido

⁴ O próprio Justiniano instituiu o *Codex* nesse sentido. Após a sua edição, foi proibida a referência a qualquer fonte normativa externa a ele. Ver: Tércio Sampaio FERRAZ JR. *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: Atlas, 2002, p.145.

⁵ Deve-se também buscar um olhar menos simplório acerca da dinâmica do poder no Absolutismo. Contrariamente as visões instituídas e abraçadas pela maior parte dos doutrinadores, herdadas das interpretações muitas vezes unilaterais de Tocqueville e Jean Bodin, a historiografia moderna tem lançado luzes sobre a temática, mostrando que o “poder absoluto” nunca foi tão absoluto assim. Na França do séc. XVII, por exemplo, dificilmente o Rei conseguiria aprovar alguma medida sem a concordância efetiva do Parlamento, além de alguns concretos limites a sua atuação, como as “Leis do Reino”, as “Leis das Gentes”, entre outras. Neste sentido, ver: Roland MOUSNIER, *História Geral das Civilizações – Tomo IV – Os Séculos XVI e XVII*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967, pp.118-129. Cf.t.b.: Richard BONNEY, *O Absolutismo*, Portugal (Mira-Sintra): Publicações Europa-América, 1991, *passim*.

⁶ Partindo-se da tipologia ‘agente da dominação’ (Legislador), ‘paciente da dominação’ (jurisdicionados), ‘código forte’ (pelo qual o agente da dominação busca controlar de forma minudente a possibilidade de atuação) e ‘código fraco’ (através do qual o agente da dominação controla os comportamentos legalmente aceitáveis de forma genérica – através das cláusulas gerais e conceitos indeterminados), pode-se perceber que o ‘paciente da dominação’ sempre atua no sentido de ampliar a sua possibilidade de atuação dentro dos ditames legais, o que implica argumentação no sentido do enfraquecimento dos códigos fortes (p.ex. a não evidência de uma hipótese de tributação), bem como o fortalecimento dos códigos fracos (p.ex. a delimitação precisa do significado função social relativamente aos contratos). Para um exame das categorias supracitadas ver: Tércio Sampaio FERRAZ JR. *Introdução à Ciência do Direito*, pp. 220.

do abandono da idéia de que o direito é um saber autárquico, infenso aos valores, o que não implica considerá-lo necessariamente mais justo.

Ademais, com o esfacelamento na crença irrefletida na razão moderna, fala-se na chamada “Pós-Modernidade”, como reflexo de uma fragmentação dos valores, das ideologias que anteriormente pretendiam servir como caminho de construção de uma visão de mundo universal. Sem essa base, a própria instituição de uma hierarquia de valores pode ser contestada.⁷

Pelos motivos anteriormente elencados, entender que o recurso às cláusulas gerais é um expediente idôneo a garantir um tratamento mais responsável das normas por parte do juiz⁸ é altamente discutível, já que não há pré-determinação da interpretação das normas, o que remete à dicotomia subjetivismo/objetivismo.⁹

Entender que o sistema das cláusulas gerais “...atendem sempre às exigências ético-sociais, incorporando valores, princípios e regras de conduta abonadas objetivamente (uniformemente) pela sociedade”, simultaneamente ao reconhecimento de que os padrões de conduta são construídos “...no exercício diário da jurisprudência”, equivale a chancelar uma insegurança jurídica. O tratamento principiológico e valorativo das normas não é garantia de justiça, até porque as regras têm um papel a cumprir.¹⁰

Sem a eleição de critérios para a efetivação de tais medidas, a argumentação principiológica pode muito facilmente reverter a favor daquilo que já se convencionou chamar de “ditadura dos juízes”, ou no “direito dos juízes” porque tudo estaria na dependência do “caso concreto”, tendo a dogmática perdido muito do seu papel social.¹¹

⁷ A questão não pode ser aqui aprofundada sem que haja um desvirtuamento do objeto de estudo mas pode ser melhor visualizada em:

⁸ HORA NETO, “O Princípio da Função Social”, p.283. No mesmo sentido, Paulo NALIN, “A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro”, in: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 12, 2002, p.52.

⁹ É imensa a carga de responsabilidade de um juiz que aos olhos da doutrina “...deverá ser o tradutor dos valores predominantes na sociedade, com descarte de seus valores pessoais, caso não guardem sintonia com os da sociedade.” ARRUDA ALVIM, “A função social dos contratos no novo Código Civil”, in: *Revista Forense*, n. 371. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2004, p. 51-72.

¹⁰ Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Londres: Hutchinson, 1975. Cf.t.b. Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford: Claredon Press, 1991.

¹¹ Nesse sentido: “...o que importa não é saber como o contrato se sustenta dogmaticamente e sim, como melhor estará instrumentalizado para o controle das relações negociais, à vista desses superiores interesses”. Roberto WIDER, “O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade. A Proteção Especial dos Consumidores.”, in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça*

Se não nenhuma ideologia é neutra, se não há mais uma base comum pela qual a compreensão do mundo pode ser realizada (“Pós-Modernidade”), torna-se problemática a instituição de uma hierarquia de valores, já que isso implica em reconhecer a racionalidade do Legislador enquanto “graduador axiológico”. Como consequência, tem-se a percepção da maior parte dos autores, da profunda dificuldade em instituir pautas pelas quais a compreensão do direito possa ser conduzida, justamente por conta da sobredita fragmentação da “Modernidade”. Em tais condições, só o caso a caso poderia dizer “o que seria correto compreender”, cabendo à doutrina, principalmente, relatar.

Outro desafio instituído pelo direito civil constitucionalizado, e que está paradigmaticamente presente no art.421 do CC é a necessidade de compatibilização dos velhos princípios informadores da Teoria dos Contratos com os novos princípios da Boa-fé, do Equilíbrio Contratual e da Função Social, ao qual se privilegia o exame¹². Trata-se da tarefa hercúlea de compatibilizar a livre iniciativa com a função social, que limitaria a liberdade contratual em nome de “valores maiores”, constitucionalmente normatizados, superando o individualismo como expressão do egoísmo, sem aniquilar o indivíduo (que passa a ser entendido como “pessoa”) em uma configuração totalitária da sociedade. O empreendimento depende, por óbvio, da delimitação (rectius, definição) do conteúdo da expressão “função social”.

do Estado do Rio de Janeiro, vol. 54. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p.24. Na mesma linha, diz-se que só “...o tempo, no exercício diário da jurisprudência...” pode compor o conteúdo efetivo de uma cláusula geral, no que se consolida a falência da capacidade de prognose da doutrina. Eduardo SENS DOS SANTOS, “A Função Social do Contrato – Elementos para uma conceituação”, cit., pp.109-110. Na mesma linha: “Por outro lado, por meio das concretas respostas que o direito apresenta (e, em grande medida, a jurisprudência) é que – após a fluência do tempo necessário para uma decantação de idéias – pode-se refletir em que medida nestes casos se desenha ma noção de função social.” Rodrigo XAVIER LEONARDO, “A Teoria das Redes Contratuais e a Função Social dos Contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça”, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.832/fev.2005, ano 94 , p.110.

¹² Para uma análise aprofundada dos novos princípios informadores da Teoria dos Contratos ver: Teresa NEGREIROS, *Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

3 – Liberdade contratual, liberdade de contratar e função social

3.1 – A liberdade antes do Direito?

Tem-se que inicialmente conseguir avançar na delimitação daquilo que se está a entender por liberdade, uma vez que é corrente a idéia de que a função social dos contratos atua em maior ou menor medida em um sentido limitativo, seja da liberdade contratual, seja da liberdade de contratar, sejam ambas.

De forma resumida, a liberdade de contratar pode ser resumida como a possibilidade de realizar ou não a avença, ao passo que a liberdade contratual se constituiria na efetiva capacidade de determinar o conteúdo das cláusulas da avença efetivada. Em tais condições, entende-se que a vida nas chamadas “sociedades de massa”, dentro da “hipercomplexidade” referida por Antonio Junqueira de Azevedo¹³ mitiga ambas as espécies de liberdade. Isso porque os integrantes dessas referidas sociedades não teriam a possibilidade real de, por exemplo, deixar de contratar determinados bens considerados como essenciais, tais como: água, luz, telefonia, gás, etc. Relativamente a estes, o nível de proteção estatal deveria ser mais incisivo, justamente pela situação de fragilidade em que o contratante se encontra.¹⁴

Ademais, no que diz respeito à chamada liberdade contratual – a possibilidade de instituir o conteúdo das cláusulas que estão sendo pactuadas – entende-se que a demasiada amplitude dessa possibilidade confronta com outras expressões da liberdade, afrontando direitos alheios. Assim, o fenômeno da massificação dos contratos, exemplarmente verificáveis no caso dos contratos bancários, nos de seguro etc, restringiria sobremaneira a possibilidade do contratante atuar com a sua vontade na confecção das cláusulas contratuais. Entende-se que a mitigação dessa autonomia aparece no sentido de minimizar as assimetrias existentes. Isso seria benéfico a partir do momento em que Estado teria a possibilidade concreta de regular o conteúdo socialmente pretendido para tais contratos, protegendo os hipossuficientes dos abusos próprios de uma autonomia exercida sem regulamentação apropriada.¹⁵ Em tais

¹³ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual.”, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.750, abril de 1998, p. 120.

¹⁴ NEGREIROS, *Teoria*, p.379.

condições, a função social do contrato surge como um limite negativo ao exercício de direitos potencialmente ilimitados (a chamada “teoria dos limites externos do direito subjetivo”).¹⁶

Sem entrar na discussão relativa à novidade na compreensão da função social como limite da atuação individual, a concepção dos limites negativos ou externos precisa ser compreendida por um viés renovado, que não a encerre na idéia de uma limitação pontual ou excepcional, através da qual o Estado atuaria interesses sociais por regras pret-à-porter que, no limite, só viriam a corroborar a tradicional interpretação da liberdade originalmente ilimitada. Este ponto será então privilegiado.

A autonomia privada não pode ser limitada externamente por regras instituídas pelo Estado. Isto porque ela existe em função e apartir daquilo que o Estado define como possível aos seus jurisdicionados. Entender que a autonomia privada foi “mitigada” pela funcionalização – tanto da propriedade quanto mais especificamente dos contratos (entende-se que a função social do contrato nada mais é que uma depuração da função social da propriedade¹⁷) – é o mesmo que entender que haveria um direito natural de propriedade, uma autonomia privada que existiria antes do Estado.¹⁸ Só aquilo que já existia pode ser limitado, de maneira que a expressão “a autonomia privada foi limitada pela função social do contrato” é equivalente a “a autonomia privada – que já existia antes que o Estado a reconhecesse – foi posteriormente limitada por regras que funcionalizam o contrato a uma perspectiva social”. Falar então de “limites”, tanto “internos” quanto “externos” importa em corroborar o ideário liberal clássico ao qual tanto se busca superar.

Trata-se do direito natural, e é imperioso ressaltar que se parte aqui do princípio de que não existem direitos fora daquilo que é positivamente instituído pelo ente estatal. Porém, isso não significa que as regras não

¹⁵ SENS DOS SANTOS, “A Função Social”, pp. 35-36; Giselda M. Fernandes Novaes HINORAKA, “A Função Social do Contrato”, in: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 45, p.147.

¹⁶ Judith MARTINS-COSTA, “Notas sobre o Princípio da Função Social dos Contratos”, in: *Revista Literária de Direito*, São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, agosto-setembro de 2004, pp.17-18.

¹⁷ Nesse sentido: Miguel REALE, “Função Social do Contrato”, na internet: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm, acesso em 30/05/2005.

¹⁸ Nesse sentido: “Tal como ocorre com a propriedade, a liberdade, inclusive a de contratar, é, entre nós, um direito fundamental do indivíduo, inserido no direito natural”. Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, “A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro”, in: *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2002, p.9.

devam ter a sua interpretação informada por elementos meta-jurídicos, desde que tomados em sua devida consideração.

Se a autonomia privada existe em função e a partir daquilo que o Estado normativamente estabelece como possível, de alguma forma ela já surge integrada a uma estrutura social, uma vez que é decorrente de um direito que tem a missão de gerir a sociedade como um todo, e que pleiteia ares de sistematicidade. Em tais condições, todo e qualquer limite é intrínseco a própria existência do direito, assim como não existe uma pretensa liberdade antes da existência de um direito instituído como tal. Afinal, Robinson Crusoe era livre?

3.2 – Os sentidos da função social

3.2.1 – Um sentido “estrutural” da função social

Se a gênese da função social do contrato pode ser localizada no próprio art.5, XXII e XXIII da Constituição de 1988, pode-se avançar a idéia de que existem múltiplos patamares onde a existência de uma função pode ser identificada. O que efetivamente pode ser entendido por função? Segundo Fábio Konder Comparato:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.¹⁹

Um direito pode ser exercido sem que necessariamente diga respeito a interesses supra-individuais, difusos ou coletivos. Ocorre que a idéia de função aparece, tal qual o pensamento de Comparato, como elemento identificador da dinâmica da relação jurídica. A idéia de funcionalização aparece no sentido de ressaltar que a relação jurídica – e consequentemente o exercício de direitos – não pode estudado sem a referência àquilo a que o direito serve. Ao contrário do paradigma liberal, onde o que ficava em evidência era o fato de que as partes exerciam seus direitos tendo em conta tão somente a própria vontade, o direito civil

¹⁹ Fábio KONDER COMPARATO, *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1990, p.09.

constitucionalizado parte da necessidade de consideração de que os direitos devem, juntamente com o elemento volitivo, cumprir funções socialmente requeridas pelo ordenamento.

Tal requisito já coloca um “limite” interno à própria existência desses direitos, eis que já impede que sejam considerados como absolutos. Isso não significa que o exercício de direitos não tenha em si uma função social, porque ele existe em consonância com outras possibilidades de exercício de direitos, juridicamente reguladas. Mas a idéia de função social historicamente surge como um contraponto ao entendimento clássico. O ordenamento jurídico volta-se agora para a tutela de interesses de pessoas que integram uma coletividade, superando o *homo clausus*, mas sem descurar das exigências e necessidades particulares, cuja existência também é socialmente desejável.²⁰

Em regra, fala-se da funcionalização dos direitos como reflexo da superação daquela que seria a sua análise estrutural, ou seja, o direito civil deixaria de ser visto por seu viés estático, como se somente o preenchimento dos requisitos formais para o exercício de direitos importasse à consideração da sua pertinência.

O fato é que a análise “estática” da relação jurídica – aquela que é feita sem que se leve em conta a função que o ordenamento preconiza é, em verdade, o outro lado da moeda. Trata-se do reconhecimento de que a funcionalização dos direitos não pode ser pensada em um viés que desmereça a importância dos interesses patrimoniais. Desta feita, uma compra e venda possui uma função social – fazer com que os bens possam circular em sociedade – sem que tenha necessariamente um caráter “distributivo” (como normalmente a expressão “social” parece ser compreendida), e sem perder o seu caráter de direito “integrado a um sistema de direitos”, o que impossibilita que seja ele regularmente exercido se em detrimento de outros, sem o cumprimento da sua “função social”.

Assim, pode-se antever uma dimensão “estrutural” dos direitos, no sentido de que, antes do cumprimento de uma função social “propriamente dita” (mais próxima de um sentido “distributivo”, ou “supra-

²⁰ Segundo PERLINGIERI, “...no ordenamento, o interesse é tutelado enquanto antende *não somente* ao interesse do indivíduo, mas também àquele da coletividade”. Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.107. Grifou-se.

individual”), a existência de um direito efetivamente instituído em um molde sistemático já encerra uma função que lhe é inerente, e que não deixa de ser social por estar mais diretamente ligada aos interesses dos contratantes. O fato de o contrato possuir uma função social que é imanente à sua existência concreta, não significa que tenha ele de ser considerado como se existisse no vazio, tal qual o princípio da relatividade dos seus efeitos pretendeu defender.

Corroborando tal raciocínio, tem-se a possibilidade de reconhecer a existência de uma espécie de “função social latente”, mesmo na Constituição de 1967, ou no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64). Após a Constituição de 1988, antes do Código de 2002, onde a função social do contrato pode ser (como a jurisprudência ao longo do tempo confirmou) rastreada seja no art.170 da CF, donde a referência a uma “ordem social harmônica”, seja no próprio art.159 do CC, tal qual o raciocínio de Antonio Junqueira de Azevedo.²¹

Tais exemplos são capazes de sustentar o argumento de que a função social, seja da propriedade, seja do contrato, possui um viés “estrutural” que é uma consequência da existência de um sistema de direitos, democraticamente instituído como tal. Em tais condições, a existência de direitos socialmente regulados implica a harmonização do seu exercício na sociedade como um todo. Não por outro motivo as vozes da doutrina são dissonantes em precisar um fundamento unitário para a idéia de função social.²²

A passagem do L'État Gendarme para o Estado interventivo colocou para o direito a missão de modificar a forma de controle dos comportamentos comparativamente ao Liberalismo. No lugar da garantia das regras do jogo, ou seja, de que as regras seriam cumpridas (*pacta sunt servanda*), passa-se a requerer que as regras sejam cumpridas em um determinado sentido específico, o chamado caráter promocional do

²¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Princípios”, p.116. Giselda HIRONAKA refere-se aos contratos agrários como exemplos de contratos funcionalizados socialmente: “Não parece haver dúvida, hoje, 21 anos passados da promulgação do Estatuto da Terra, que os *contratos agrários* ali regulados estão imbuídos desta funcionalidade, à qual se submetem como decorrência do seu especialíssimo objeto e finalidade: *o uso temporário da terra é a atividade produtiva.*”, HIRONAKA, “A Função Social”, p.147. Grifos da autora.

²² Pedro de OLIVEIRA COSTA, “Apontamentos para uma visão abrangente da Função Social dos Contratos”, in: Gustavo Tepedino (org.). *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, no prelo, nota 44.

direito, onde tanto regras quanto princípios buscam instituir determinados comportamentos socialmente desejáveis em detrimento de outros. Nesse sentido, a modificação ocorre no aumento do controle – e não na instituição inaugural de um controle anteriormente inexistente. A nenhum proprietário liberal ocorria a hipótese de considerar um inadimplemento contratual como reflexo do direito natural do seu devedor à vida, mas sim como uma violação do seu direito natural de propriedade cujo desrespeito deveria ser evitado (leia-se: controlado) pelo Estado. Em tais condições, descabe falar em dirigismo como novidade. A inovação do controle no Estado interventivo está na direção dada, uma vez que a “neutralidade liberal” também era uma forma de posicionamento. É nesse prisma que deve ser realizada a leitura do “perfil intrínseco”²³ e da “eficácia intersubjetiva”²⁴ do contrato.

Se o Estado deve promover um determinado conjunto de comportamentos em detrimento de outros tantos, a imposição de deveres negativos já se dava nessa direção. Não é esse, porém, o sentido mais presente da função social esculpida no art.421 CC²⁵, já que os deveres negativos adquirem sempre a conotação de uma intervenção excepcional. A ênfase na promoção de determinadas condutas socialmente apreciáveis está justamente na determinação de deveres positivos que conformam o exercício do direito. Se não existem direitos fora daquilo que o Estado institui como tal, a delimitação condicionada da liberdade de contratar ou da liberdade contratual, não encerra uma violência a um suposto direito natural.²⁶

²³ A expressão é de NALIN, “A Função Social”, p.56.

²⁴ MARTINS-COSTA, “Notas Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos”, cit., p.19.

²⁵ Relativamente ao direito de propriedade, mas sem prejuízo da argumentação aduzida, tem-se que: “Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos dos proprietários. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo.” KONDER COMPARATO, “Função Social dos Bens de Produção”, in: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 63. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul./set. 1986, p.75.

²⁶ Nesse sentido: “No primeiro grupo [da eficácia intersubjetiva] está a possibilidade da imposição de *deveres positivos* aos contratantes, pois o direito subjetivo de contratar (direito de liberdade) já nasce conformado a certos deveres de prestação”. MARTINS-COSTA, “Notas”, p.19. Grifos da autora.

A delimitação mais precisa ou próxima do exercício do direito de contratar, a existência de uma eficácia intersubjetiva, não retira do instituto a função que lhe é peculiar,²⁷ aquilo em razão do quê o instituto existe. E é justamente essa função própria que pode também requerer a condição de função social, dentro daquilo que se poderia chamar de um “sentido estrutural” da função social. A existência de um direito implica uma limitação estrutural à sua existência sistemática, que se antes já poderia ser identificado na figura do abuso, atualmente encontra-se mais precisamente delimitado pelos deveres positivos intrínsecos ao instituto contratual. A ressalva torna-se necessária quando a argumentação em torno da função social passa a muitas vezes desconsiderar o fato de que a superação do individualismo não é equivalente ao aniquilamento do interesse individual.

3.2.2 – Uma função social “propriamente dita”

A função social pode ainda ser compreendida em um sentido que extravaza a seara propriamente individual da avença, considerando que mesmo esta só existe intrínseca e positivamente delimitada pela norma.²⁸

Em verdade, a dinâmica da vida em sociedade pode ser interpretada como uma “teia das relações humanas”,²⁹ o que coloca exigências para o exercício tanto da autonomia pública quanto privada, no intuito de compatibilizar a livre iniciativa e a socialidade. Para a leitura civil-constitucional dos direitos, a função social do contrato em um “sentido próprio”, surge fundamentalmente no intuito de superar o clássico princípio da relatividade dos contratos, onde ele aparece como um acordo de vontades antagônicas que se encontram em um universo fechado em

²⁷ KONDER COMPARATO fala em “análise institucional do direito”: “usa-se do termo função para designar a finalidade de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas.”. Comparato ressalta ainda o fato de Ascarelli ter, a partir do conceito institucional de função, desenvolvido a teoria do negócio jurídico indireto, aquele pelo qual “...alguém lança mão para alcançar finalidade diversa daquela sancionada pela lei, embora não proibida por esta.” KONDER COMPARATO, “Estado, Empresa”, pp.40-41, nota 08.

²⁸ MARTINS-COSTA fala em “eficácias transubjetivas”: “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condições sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”. MARTINS-COSTA, “Notas”, p.20; NEGREIROS, *Teoria*, p.206.

²⁹ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 320.

torno daqueles que o elaboram por vontade própria. Em uma perspectiva ressaltadamente social, a “eficácia transubjetiva” pode ser vislumbrada nas questões relativas à “tutela externa do crédito”, na “consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados”, e na “extensão da eficácia a terceiros não determinados e a bens de interesse comum”, exemplos trazidos à colação por Judith Martins-Costa³⁰.

De uma forma geral, o objetivo é ressaltar o fato de que, situado em um tempo, espaço e lugar determinados, o contrato não possa mais ser ignorado pelos ditos “terceiros”, que tem o dever de respeitar os direitos dos contratantes. Exige-se a própria revisão do conceito tradicional de “terceiro” muito em função da idéia implícita de “teia das relações humanas”, que na Teoria dos Contratos reflete de maneira direta a idéia de redes contratuais.³¹

O contrato deixa de ser considerado como um “pacto” que se realiza entre dois indivíduos, que vivem em sociedade por opção, pela maior utilidade que tal situação proporciona em função daquilo que cada um egoisticamente entende como correto. Torna-se explícita a sua face de situação social juridicamente regulada, integrada a outras em uma conexão inerente à vida comunitária. Em tais condições, o contrato existe entre outros, e repercute em maior ou menor grau (aqui é que reside a diferença entre o sentido “estrutural” como “estático” e o “social” como “difuso”/“coletivo”) frente a pessoas que não atuaram diretamente para constitui-los em conjunto. Sabe-se hoje, porém, que tais pessoas (antes “terceiros”) podem decisivamente contribuir para a manutenção da sua existência associada, já que a rede atua uma função que é autônoma frente à dos contratos que isoladamente a compõe.³²

A concepção de redes de contratos, coligada a de “causa sistêmica” tem o condão de ressaltar a conexão lógica que existe entre negócios que adquirem a sua qualidade jurídica a partir do mesmo anteparo, o ordenamento jurídico institucionalizado como mecanismo idôneo a controlar as possibilidades de atuação dentro da sociedade.

³⁰ “Notas”, p.21.

³¹ Para uma análise ampla do tema: Carlos Nelson KONDER, *Contratos Conexos*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Civil na UERJ, 2005.

³² XAVIER LEONARDO, “A Teoria”, p.102.

4 – Conclusão

O objetivo do presente estudo foi tão somente ressaltar algumas questões relevantes para a investigação do art.421 do CC/2002, tais como: a superação da idéia de que havia efetivamente uma “neutralidade liberal” agora superada; de que o Estado “inaugura” um dirigismo após a Constituição de 1988 (que efetivamente o aprofunda); conseqüentemente que a imposição de deveres aos integrantes da relação contratual aparece em um sentido residual, excepcional àquilo que seria uma “liberdade natural” dos indivíduos. Junto a tais elementos, a referência ao fato de que a funcionalização dos direitos, – não deve ser confundida com a superação do elemento volitivo e muitas vezes reconhecidamente patrimonial das relações privadas.

Tais elementos põem as bases para o avanço da discussão a respeito do conteúdo do art. 421 do Código Civil de 2002, para além das díades eficácia interna/externa, deveres positivos/negativos, voltando-se para a análise daquilo que garante a idoneidade da avença, conforme os cânones propalados pelo ordenamento.