

Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos¹

Judith Martins-Costa

Sumário. Introdução. I) Função social e liberdade de contratar: Uma autonomia solidária. A) Liberdade, autonomia e responsabilidade. B) O enquadramento normativo da liberdade de contratar. II) A Liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato. A) Limites externos ou internos? B) Função social como “limite externo” à liberdade de contratar. III) A liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato. A) Eficácias intersubjetivas da função social; B) Eficácias transubjetivas da função social.

Introdução

O princípio da função social², ora acolhido expressamente no Código Civil (arts. 421 e 1.228, § 1º) constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado³, projetando em

¹Esse texto resulta de palestra apresentada no I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado, realizado pela EDESP-FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, com apoio do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado em São Paulo, junho de 2004. As reflexões aí constantes retomam e dão seguimento, com acréscimos, a estudos realizados no âmbito do Projeto de Pesquisa CNPq - *A Reconstrução do Direito Privado* (que consolida os anteriores projetos: *As Inter-relações entre o Público e o Privado – 1992 a 1999* ; *A Autonomia Privada diante da Concepção Social do Contrato* -1999; e *As inter-relações entre o Direito Público e o Direito Privado: a ação transformadora dos princípios constitucionais no Direito Civil* -2000-2003) bem como na disciplina Teoria Geral dos Contratos da Faculdade de Direito da UFRGS desde 1992, e no Grupo De Estudos em Direito Privado (1998) que resultaram, por ora, no livro *A Reconstrução do Direito Privado. – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. (org MARTINS-COSTA, J.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; e nos artigos: Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis (integrante do livro acima referido, pp.611-661); Notas sobre a Função Social dos Contratos, in *Revista Literária de Direito*. Ano X, n. 53, agosto-setembro de 2004, pp.17-2130; e A Re-significação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa (autora: PARGENDLER, Mariana de Souza ; orient. MARTINS-COSTA, J. - In: *Jovens Pesquisadores – diversidade do fazer científico*.(org.) CRUZ, T. e ROCHA, M. Porto Alegre. UFRGS Editora)., 2003, pp. 91-116; na Tese de Doutorado: *Bases Doutrinárias do Princípio da Função Social do Contrato* (autor: BRANCO, Gerson, orient. MARTINS-COSTA, Judith, UFRGS, Porto Alegre, junho de 2006, e no texto “Sobre o princípio da insolidariedade: os cumes das montanhas e os universos submersos. (MARTINS-COSTA, Judith, no prelo).

²Distingo a idéia de “função social” da idéia de “função econômica” ou “causa-função”(BETTI), não desmerecendo, contudo, a importância dessa última na Teoria dos

seus *corpora* normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, III, *in fine*). Conquanto expresso no Código em tema de propriedade e contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa⁴: conjugando os fatores da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm, indiscutivelmente, *dimensão transindividual* ou *comunitária*. Assim, embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular o Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional⁵ e sistemática⁶.

Contratos, onde atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos "em grupo" ou "em rede". Como se sabe, a idéia de função econômico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada entre nós por Orlando GOMES) considera a causa econômico-social de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo "tipo"). Posteriormente, essa doutrina evoluiu para se alcançar a idéia de "causa concreta". Como afirma Guido ALPA, considera-se causa "*in quanto ragione giustificativa dell'operazione economica, è un elemento logico-strutturale della veste giuridica in cui l'operazione è calata. Essa serve a spiegare le ragioni del vincolo e tante altre cose come i contratti atipici, i contratti misti e complessi, ecc.*" (ALPA, Guido, La causa e il tipo. In: "*I Contratti in Generale*" (org.) GABRIELLI, Enrico, Turim, UTET, 1999, p. 513). Nesse sentido a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supra-contratual. É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o art. 421 terá projeções também no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos "contratos em rede", servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua *unidade finalista*. A noção de "função econômica" tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos reunidos por conexão finalista, como os "grupos de contratos" e os "contratos combinados" e as "redes contratuais".³ Situando a socialidade como uma das "diretrizes teóricas" do novo Código Civil, REALE Miguel, na Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, ora em *O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p.9.

⁴COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, 1983, pp. 57-74; SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 127, pp.7-20. FARAH, Eduardo. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In. *A Reconstrução do Direito Privado*. (org. MARTINS-COSTA, Judith). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.662-713

⁵CF, art. 5º, inciso XXIII; e art. 170, III.

⁶A regulação da atividade empresarial está, na estrutura do Código, na intercalação entre o princípio da função social do contrato e o da propriedade.

