

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, Calisto. 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.

Porém, se é bem verdade que o princípio da função social, como expressão da “diretriz da socialidade” indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório, também é certo que a expressão se estende sobre um território tão vasto quanto acidentado. É preciso remover antigos preconceitos⁷, percorrer trilhas recobertas por incertezas e ensaiar novas respostas para velhas dúvidas, pois tão inútil quanto apenas proclamar a importância do princípio é repetir sonoras platitudes. Por isso, como o viajante que ao seguir a trilha ignota busca o *panorama* onde situar-se – para só então se ocupar dos marcos indicativos das possíveis direções – também assim, em relação ao art. 421, devemos, primeiramente, *olhar em volta*.

A primeira constatação, a que salta aos olhos, é de *ordem estrutural*. A noção de estrutura como “um todo de significações” tem imensa importância na compreensão do Código Civil de 2002, pois está no centro da obra filosófica de Miguel Reale, o presidente da Comissão Codificadora⁸. Coligada à noção de *estrutura* está a de *sistema* e, por fim, a de *função*, pois o conceito de estrutura importa o de *função* cujo papel crucial é o de fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas⁹.

Seguindo a perspectiva estrutural e funcional constataremos de imediato que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar,

⁷Um deles consistindo em identificar o “social” com o “estatal”, como se apenas a função estatal pudesse assegurar a função social.

⁸Reale considera a noção de “estrutura” segundo a acepção que, na Sociologia, foi evidenciada por Talcott PARSONS (*Structure of Social Action*, Harvard University, 1949, cap. XIV-XVII), privilegiando, contudo, os seus aspectos dinâmicos e não estáticos (isto é, como *Gestalt*, e não como *Struktur*). REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999 (2ª edição, 2ª tiragem, Ensaios III e VII).

⁹REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999 2ª edição, 2ª tiragem, p. 152.

inaugurando a regulação, em *caráter geral*, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como *limite* da liberdade de contratar; e, c) situa a função social como *fundamento* da mesma liberdade.

Essas três sendas conformam a estrutura desse trabalho constituindo, ao mesmo tempo, o seu continente e seu conteúdo.

l) Função social e liberdade de contratar: Uma “Autonomia Solidária”

O Direito contratual na atualidade, diz Teresa Negreiros, tem como característica estar situado num “quadro de referências principiológicas”¹⁰. Inaugurar com a principiologia o Livro dos contratos evidencia o valor simbólico, operativo, performático¹¹ e prospectivo que advém da fixação, na lei, de princípios que já foram apontados pela doutrina e expressos pela jurisprudência. Enquanto no Código de Bevilacqua a principiologia vinha implícita – cabendo ao intérprete deduzir os princípios a partir da racionalidade do sistema – no Código de 2002 os princípios vêm explícitos, inaugurando a própria disciplina contratual.

A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916, era uma *ausência eloqüente*: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção, interpretação e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou

¹⁰NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 205.

¹¹Neologismo que vem do inglês *performer*, figura que, diferentemente do ator que, no teatro, interpreta a personagem que lhe é atribuída, cria o próprio papel. Atos performativos são aqueles em que a mera enunciação das palavras nas circunstâncias adequadas pelas pessoas competentes, têm como efeito a produção dos efeitos jurídicos correspondentes ao seu significado, como explica FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 26-27

argumentativo, sendo chamados a atuar no caso de lacunas ou para confirmar a razão de ser de determinada regra.

Já agora o panorama é diverso. Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de *normas produtoras de normas*.

Pois bem: o primeiro princípio a aparecer no texto do art. 421 é o *princípio da liberdade de contratar*. Seria esse princípio mera decorrência da “autonomia da vontade”? poderia ser visto por si só? ou teria ligação estrutural e funcional com o princípio da função social do contrato?

A) Liberdade, autonomia, responsabilidade

A liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana¹² a quem se reconhece, pré-

¹²Assim o declarou, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 28 de outubro de 1997, Processo nº 462/97, 1ª seção, *in verbis*: “O princípio da autonomia privada consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem jurídica. Este princípio liga-se ao valor da autodeterminação da pessoa e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como ‘direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio’”. (*Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, nº 470, novembro de 1997 p.597). Na doutrina a idéia é corrente, v.g: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. *Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set/dez 1999, n.9, p.25-30. Entre os portugueses, SOUZA RIBEIRO, J. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra, Almedina, 1999, pp. 23 et seq. Na doutrina italiana: SACCO, R., e DI NOVA, G.: *Il Contratto*. Tomo II. Roma, UTET, 1996; p. 8; BENEDETTI, Giuseppe. Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar 1998, a.LII, n.1, p.24;

juridicamente, a *autodeterminação*. Acreditou-se, primeiramente, na “dádiva de Prometeu” – que teria dado aos homens a plenitude do pensamento “que pode se impor àquilo que é” – mas houve, em seguida, a descoberta de Sófocles: o homem ensinou a si mesmo a palavra e o pensamento. Então se percebeu que “a essência do homem (*to deinon*) é a sua própria autocriação”¹³.

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles¹⁴ concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *civitas*, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade.

Não se trata, ao meu ver, nem de uma “liberdade consentida”¹⁵, nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já

PELLICANI, Luciano. La riscoperta dell'autonomia privata. *Rivista di Diritto Civile*, 1980, p. 27-31.

¹³As referências ao Prometeu Acorrentado (v.443-444) e à Antígona (v.332-375) estão em CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. In: *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p.17-46.

¹⁴A proposição terá validade apenas se acreditarmos, como os gregos do séc. V a.C “que os homens nada tomaram aos deuses e nenhum deus lhes deu o que quer que fosse”, o que sintetiza, na opinião de Castoriadis, o espírito do glorioso século V. (CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. In: *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p.34).

¹⁵Não se confunda, porém, a recusa à idéia de ser a *liberdade* objeto de um “consentimento” heterônomo com a extensão, desta mesma idéia, à *autonomia privada*: ao diferenciar-se a liberdade (conceito político e filosófico) da autonomia privada (conceito técnico-jurídico) percebe-se que esta corresponde a um espaço de *liberdade jurídica*, portanto, atribuída, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”. (MENEZES CORDEIRO, A *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.217. Nesse sentido desdobra-se em uma perspectiva formal, correspondente “à impossibilidade em que se encontra o Direito de prever *todos* os efeitos concretos”, e em uma perspectiva material, essa sim correspondente a setores de liberdades econômicas, como a de trabalho e a de empresa. (idem, p. 218-219).

estava em Sófocles, acima lembrado¹⁶ Daí a imediata referência, logo após à liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária.

É que, como “liberdade situada”, a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da *autonomia privada*, compreendida como “o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam¹⁷”. Entenda-se “autonomia privada” como poder ou competência para a *nomogênese*¹⁸, como *especificação*, no Direito (e, muito especialmente, no Direito das Obrigações) da *autodeterminação*, que é noção da filosofia e “princípio constitutivo do político¹⁹”.

¹⁶Por isso, diz Castoriadis, o tema real da tragédia não é nem a luta entre Antígona e Creonte, nem a contradição entre moral e razão do Estado, muito menos a oposição do indivíduo ao Estado (interpretações modernas, plenas de anacronismos), mas a razão pela qual tanto Antígona quanto Creonte se tornaram *apolis*. Não pode haver cidade (*polis*, comunidade) sem leis próprias, nem a comunidade pode ser reduzida ao *nomos phronein*. No confronto entre um e outro está, pois, “o problema último do homem autônomo: a autolimitação do indivíduo e da comunidade política” (CASTORIADIS, C. *Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles*. In: *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p.p.36-38)

¹⁷Assim expressa, nos quadros de uma linhagem que remonta, na doutrina do séc. XX, à obra fundamental de Emilio BETTI, Joaquim de SOUZA RIBEIRO. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra. Almedina, 1999, p. 21.

¹⁸ Destacando a autonomia como poder e como fonte, REALE, M. *Fontes e Modelos no Direito. Para um novo Paradigma Hermenêutico*. São Paulo, 1994, p.73. Na doutrina portuguesa, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Vol. I. Coimbra; Almedina, 1992, p. 8.

¹⁹SOUZA RIBEIRO, Joaquim. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra. Almedina, 1999, p. 24, nota 27, anotando: “No domínio da esfera pessoal (...) e da esfera familiar (...) a autodeterminação só nos nossos dias se vem afirmando, contra enormes resistências, como um valor, constituindo ainda, em muitos ordenamentos, por um ideal por cumprir. Como princípio constitutivo do político, ela só tardiamente alcança uma (frequentemente ameaçada) consagração, sob a roupagem do princípio democrático”.

E não se entenda “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente; a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”²⁰; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados²¹.

Desconectada do voluntarismo que tanto a perturbou²², a autonomia privada (locução que tem seu peso forte no primeiro termo do sintagma²³) encontra *necessária conexão funcional*

²⁰IZORCHE, Marie-Laure, *La liberté contractuelle*, in “*Droits et Libertés Fondamentaux*”, Paris, Dalloz, 1997, p. 503, traduzi. Veja-se a precisa análise de SOUZA RIBEIRO acerca dos “deslizamentos” da concepção moral autônoma ao conceito técnico-jurídico, perdendo a locução, ao longo dos séculos XIX e XX, “toda a ressonância kantiana”, firmando-se pelo princípio voluntarístico e afirmando-se, tecnicamente, pela ligação da vontade aos efeitos. (In: *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra, Almedina, 1999, pp.24 e ss, em especial nota 28).

²¹V. IRTI, Natalino. Il negozio giuridico come categoria storiografica. *Quaderni Fiorentini – per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.19, 1990, p. 574.

²²O voluntarismo estava na base da estruturação do Direito obrigacional moderno, servindo para explicar tanto o contrato quanto a responsabilidade civil, justificando o primeiro como manifestação da “autonomia da vontade” e o dever de indenizar como consequência de um agir culposo, uma vez que a culpa era, nesse modelo bipolar, subsumida na imputabilidade a uma vontade livre e consciente que poderia ter movido a ação a um agir não-culposo. Vejam-se os surpreendentes resultados da pesquisa de Mariana Pargendler na jurisprudência do STJ e do TJRS buscando averiguar o que os juízes compreendiam pelos sintagmas “autonomia da vontade” e “autonomia privada. (In: PARGENDLER, Mariana de Souza. A Re-significação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa (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).

²³Assim observei em: Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis (integrante do livro acima referido, pp.611-661). Registra Francisco Amaral que, conquanto “por muitos

no alargamento da idéia de responsabilidade, a tal ponto de, recentemente, um filósofo preocupado com os riscos da imputação ilimitada, afirmar que os cidadãos devem estar atentos, de maneira reflexiva, para o conceito de responsabilidade – “conceito-chave de nossa época” – assumindo a *responsabilidade por sua responsabilização*²⁴.

Tanto a responsabilidade vem sendo alargada que uma das muitas fórmulas que pretendem sintetizar o diagnóstico da época vem revelada, justamente, pela expressão “princípio da responsabilidade”²⁵. Não por acaso, pois, na estrutura do Código a responsabilidade civil ganhou autonomia, como “obrigação de indenizar”, merecendo Título próprio e não mais sendo tratada como mero apêndice, misturadamente às “conseqüências da inexecução das obrigações”, como no Código de 1916. Além do mais, concorrem com o antigo modelo da imputação subjetiva (art. 927, *caput*, c/c art. 186) outros diversos modelos de

considerado como sinônimo de *autonomia da vontade*” o princípio da autonomia privada” com ela não se confunde, pois a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder dos particulares de regular juridicamente as suas relações, conferindo-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. *Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set/dez 1999, n.9, p.26.) Porém, conquanto a distinção seja de uso mais ou menos corrente na doutrina, não no é na jurisprudência, como demonstrou a pesquisa referida na nota *supra*.

²⁴GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na Sociedade Civil*. Tradução de Flavia P. Püschel. In: *Novos Estudos-CEBRAP*. Vol. 63. São Paulo, julho de 2002, pp. 105-118. Os vários fenômenos agrupados sob a rubrica “sociedade do risco”(U. BECK) e a “assustadora situação de uma irresponsabilidade organizada” fizeram da responsabilidade “um tema público”, diz o autor, sendo então oposto o “princípio da responsabilidade (H. JONAS) que atribui à geração presente o dever de zelar pela sobrevivência das gerações seguintes. Como conseqüência, desenvolveu-se, a partir daí, “um amplo movimento de juridicização com o fim último de determinar quem é responsável pelo controle dos riscos e a quem e como são imputados os prejuízos”. (p. 106)

²⁵A referência é a Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt a. M, 1984. O filósofo voltou ao tema in: *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzip Verantwortung*, 1985, tradução espanhola (*Técnica, medicina y ética – sobre la práctica del principio de responsabilidad*). Barcelona, Paidós, 1997).

imputação objetiva. Exemplificativamente, a responsabilidade pelos danos causados em virtude do exercício inadmissível de uma posição jurídica²⁶ (art. 927, *caput*, c/c art. 187, que versa hipótese de ilicitude objetiva); a derivada da quebra de dever de segurança (art. 931); prevê-se a responsabilidade pela confiança, como modalidade da Teoria da Aparência (art. 861-862) e cria-se, no parágrafo único do art. 927, verdadeira cláusula geral de responsabilidade derivada de estruturas sociais causadoras de risco²⁷.

Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, *pari passu*, a re-significação da autonomia privada como poder jurígeno. Uma tal re-significação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das *pessoas concretas* ao abstrato *sujeito sempre-igual*. O ponto que mais agudamente marca essa re-significação, contudo, é, ao meu juízo, aquele marcado pela

²⁶Seja-me consentido reenviar para o que escrevi em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito*.(org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

²⁷Como explicou recentemente Miguel Reale, a teoria do risco, geralmente invocada para a conceituação da responsabilidade objetiva, foi combinada com a idéia de estrutura, proporcionando uma síntese dinâmica que ultrapassa a rígida opção entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pois, na realidade, "as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam (in *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67). Por esta razão, conquanto o nexo de imputação de responsabilidade seja, no comum dos casos, informado pelo critério subjetivo, ainda assim poderá haver que, atendendo à estrutura dos negócios, o critério objetivo do risco informe o nexo de imputação. Tendo presente essa noção, poderá a jurisprudência," toda a vez que houver uma estrutura sócio-econômica que ponha em risco, por sua natureza, os direitos e interesses de terceiros, daqueles com os quais essa estrutura entra em contato – às vezes sem nem sequer ter qualquer benefício direto ou indireto da sua operabilidade (REALE, Miguel, *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 11) reconhecer a responsabilidade objetiva causadora do risco, e do dano dele derivado, com todas as consequências que daí advém.

diversidade dos nexos de imputação, notadamente aquelas formas que guardam direta relação com o *fato* da vivência comunitária. A diversificação desses nexos (antes subsumidos quase que exclusivamente na imputação subjetiva, ou pela culpa) está a demonstrar, com toda a eloquência, duas realidades conexas: a diversificação dos sujeitos e dos papéis sociais (não mais escondida no mito do “sujeito sempre-igual”); e a *racionalidade complexa e substantiva* - e não meramente técnica, instrumental ou monológica²⁸ -, que passa a informar a ordem jurídica²⁹.

Essa ordem responde, por sua vez, com institutos e instituições a essa nova racionalidade, própria da sociedade transversalizada, complexa, assimétrica, massificada, despersonalizada: basta pensar na responsabilização pela confiança e na responsabilização de terceiro por lesão do direito de crédito para concluir que a “liberdade de contratar” referida no art. 421 é uma liberdade ligada estrutural e substancialmente – entretecida – com a *polis*.

B) O enquadramento normativo da liberdade de contratar

Se a liberdade de contratar referida no art. 421 é uma *liberdade situada* forçoso é buscar situá-la, averiguando qual é o seu entorno, o meio-ambiente na qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota.

O ambiente da liberdade de contratar é a comunidade. Toda a comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente

²⁸ROUANNET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo* 7ª reimpressão. São Paulo. Companhia das Letras, 2000, p. 15.

²⁹É a racionalidade substantiva que leva a considerar, por exemplo, que o princípio da autotutela não mais tem lugar perante as fundas assimetrias informativas: que numa sociedade impessoalizada, as ações pessoais aparecem como fatos, gerando expectativas: que o risco não é, muitas vezes, uma externalidade, mas tornou-se parte da natureza.

instituída e permanentemente criativa de significados³⁰. Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes. Por isso mesmo, para chegar a um significado *pensável* ao princípio da função social do contrato devemos examiná-lo no quadro dos valores nos quais vem o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio-ambiente ou “quadro normativo”.

Numa perspectiva constitucional, a liberdade de contratar vem, por vezes, confundida ou co-relacionada exclusivamente com o princípio constitucional da livre iniciativa. Esse é, concomitantemente, princípio fundamental da República (CF, art. 1º, inciso IV) e princípio geral da atividade econômica (art. 170), em relação à qual o papel do Estado é o de agente normativo e fiscalizador (art. 174³¹). Por isto é a todos assegurado “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei³²”.

Em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é *instrumental*, isto é: para assegurar-se o exercício de atividade econômica, asseguram-se os meios necessários àquele exercício. Como todo o meio, a liberdade de contratar não existe “em si”, mas “para algo”, isto é: está permanentemente polarizada e conformada para *os fins a que se destina*. Esses fins não são apenas o de concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes do art. 1º, as diretrizes

³⁰ BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privato e società moderna*. Nápoles. Jovene, 1996, p. 15, lembrando que a produção de significados está na esfera da dimensão normativa.

³¹ CF, art. 174, *in verbis*: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

³² CF, art. 170, parágrafo único.

ou “normas objetivo³³” traçadas no art. 3º e no art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5º e 7º, todos da Constituição. Nessas normas (e ainda em outras que a Constituição produz) estão desenhados *modelos* de caráter conformador para o Estado e a sociedade como, aliás, já delineou o Supremo Tribunal Federal, que, ao examinar a Lei nº 8.039, de 30 de maio de 1990³⁴, decidiu:

“em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.”³⁵

Digna de nota é a menção, no voto do Ministro Relator, ao entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual

“...a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar

³³ A expressão é de GRAU, Eros Roberto. Grau, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 183.

³⁴ A Lei nº 8.039/90 dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. Foi revogada pela Lei nº 8.170, de 17.01.1991.

³⁵ ASIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 319-DF. Cf Ementa, Rel. Min. Moreira Alves, In: RTJ 149/666.

*coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”*³⁶

Estabelecido esse cunho instrumental da liberdade de contratar perceberemos que o seu perfil será traçado num quadro amplo e flexível, mas cuidadosamente delineado por certos pontos que dão fisionomia e identidade à ordem econômica numa ordem jurídico-social que valoriza, antes de mais, a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Os pontos identitários de uma ordem econômica normativamente considerada³⁷ são constituídos por valores, diretrizes (ou escopos), garantias e direitos, alguns deles limitáveis a uma dimensão interindividual, outros apenas pensáveis na dimensão transindividual. Assim, exemplificativamente, os *valores* da cidadania, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa; as *diretrizes* da liberdade social, justiça; existência digna, solidariedade; desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação; as *garantias* à pequena propriedade rural, à defesa do consumidor e à liberdade de concorrência, bem como a garantia da responsabilização por danos causados à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; pelos *direitos* à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros.

³⁶ Excerto do voto do Ministro Moreira Alves, RTJ 149/ 676

³⁷ Acerca das concepções normativa e naturalista do mercado escrevi em Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis, em: *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 pp.611-661.

Situada essa perspectiva podemos concluir que a autonomia privada (fonte da liberdade de contratar), re-significada, afastada da perspectiva atomista e voluntarista, assenta-se no *postulado* (concomitantemente *fático e normativo*) da socialidade, é dizer: que todo o indivíduo é social e que o *telos* da individuação só pode ser alcançado socialmente³⁸. Daí a razão pela qual pode afirmar, com integral pertinência, um civilista português:

“embora o projeto do novo Código tenha sido elaborado e apresentado no início dos anos setenta, não deixa de ser interessante notar que o sentido implicado pela referida “função social” se aproxima irresistivelmente da intencionalidade pressuposta por uma recente tendência europeia, que pretende fazer do pensamento da solidariedade contratual a nuclear força estruturante de uma “nova” dogmática do contrato³⁹”.

Creio que essa “força estruturante de uma nova dogmática contratual” indica justamente o que tenho designado por “autonomia privada solidária”. Essa noção decorre justamente da conjugação ou entrelaçamento entre as idéias-chave do art. 421, a de liberdade de contratar e a de função social do contrato, somadas à expansão das imputações de responsabilidade.

Já discernido o sentido da primeira expressão, devemos, agora, tentar compreender o que pode significar a função social que apresenta, no texto do art. 421, dois distintos níveis de compreensão semântica, quais sejam, o que situa a função social como limite ao exercício da liberdade de contratar (II) e como razão de ser do exercício dessa mesma liberdade (III).

³⁸ ROUANNET, Sergio Paulo. Iluminismo ou Barbárie. In: *Mal Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 16.

³⁹ SÁ, Almeno. Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e O Novo Código Civil Brasileiro (palestra pronunciada na EMERJ, Rio de Janeiro, dezembro de 2002, inédito).

II) A liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato

Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade. Na interpretação da expressão “função social” o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o “social” que qualifica a função?

Observei que, no texto do art. 421 é o primeiro princípio – o da liberdade de contratar – que dá a regência para que se possa discernir o sentido adequado do “social” que qualifica a “função”. É que dizendo respeito a um *direito subjetivo* (a liberdade de contratar), o “social” - que adjetiva a “função” - pode ser conotado ou à *expansão intersubjetiva da liberdade*, ou à *expansão trans-subjetiva da liberdade*⁴⁰.

A) Limite interno ou externo?

A liberdade de contratar indica o exercício de um *direito subjetivo*, cuja dogmática foi inaugurada por Savigny. O direito subjetivo seria o poder da vontade como expressão da liberdade humana. O significado da “fórmula de Savigny”, percebe Menezes Cordeiro⁴¹, não é casual, nem isolado: todo o *Sistema de Direito Civil* assentava na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de diversos institutos jurídicos.

⁴⁰ Não vejo, portanto, como subsumir na expressão “função social” alusões à “função estatal” ou à “função coletiva”, a não ser mediatamente, na medida em que haverá por intermédio de uma ou de todas as “funções estatais” (função judicante, função legislativa e função executiva) o *dever de assegurar*, nos seus respectivos âmbitos de competência, a função social dos contratos.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000, p.149.

Aí está expressa uma *arché*, no sentido aristotélico⁴², um *logos*, no sentido estóico: algo que explica o porquê da totalidade das coisas num determinado setor da vida. Na fórmula de Savigny essa “autoridade explicativa” era a vontade humana. No campo dos contratos foi, em consequência, dada uma resposta congruente a esse *logos*: a liberdade humana expressava-se pela vontade; a vontade jurisdicizada expressava-se em “manifestações de vontade”; duas manifestações concordes entre si geravam um contrato. Daí que a resposta congruente à “fórmula de Savigny” tenha cumprido a notável função de incluir, na própria definição de contrato como acordo de vontades livres, “a explicação dos misteriosos efeitos contratuais”⁴³.

O início do séc. XX veio traçar uma nova trilha, agora em direção à funcionalização do direito subjetivo. São formuladas teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, substituindo-o por outras figuras. Entre as mais relevantes estão as de Léon Duguit que, fundado na pretensão cientificista da imparcialidade⁴⁴ quis afastar todo o traço de subjetividade, substituindo a idéia de direito subjetivo pela da existência de *posições vantajosas* para certas pessoas porque garantidas pelo poder estatal, na medida em que desempenham funções dignas dessa garantia⁴⁵; e de Otto

⁴² MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no Direito Privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 21, Porto Alegre, março de 2002, pp.101-112.

⁴³ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 25.

⁴⁴ DUGUIT, Léon. Derecho subjetivo y la función social”, in *Las transformaciones del Derecho (público y privado)* in: *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Trad. Carlos Posada. Buenos Aires, Heliasta, 1975, p.18, in verbis: “personalmente no admito dogma de ninguna especie; hago ciencia y sólo ciencia, fundada sobre la observación imparcial de los hechos”.

⁴⁵ DUGUIT, Léon. Derecho subjetivo y la función social”, in *Las transformaciones del Derecho (público y privado)* in: *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Trad. Carlos Posada. Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 178 e ss.

Von Gierke, sustentando a existência de “limites imanentes” aos direitos, decorrentes da impossibilidade da existência de direitos sem deveres⁴⁶. Desde então⁴⁷, toda a teoria do direito subjetivo está polarizada entre duas teses: a dos *limites externos* ao direito, e a dos *limites internos*. Ambas foram assim sintetizadas:

1. *Teoria interna*: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito.

2. *Teoria externa*: os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção⁴⁸.

A teoria externa crê na possibilidade de existirem, (em tese ou em potência), direitos sem limites. Estes hão de vir “de fora” do direito subjetivo, mediante uma norma que intervenha no âmbito de atuação do direito, como se o direito (subjetivo) fosse

⁴⁶ GIERKE, Otto Von: *Funcion social del derecho privado – La naturaleza de las asociaciones humanas*, Madrid. Sociedad Editorial Española, 1904.

⁴⁷ Para uma síntese sobre o debate do tema v. LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. Gény, Duguit y el Derecho Subjetivo. Evocación y nota sobre una polemica. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. 20 (1991) p.p.161-179

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado, in SARLET, Ingo. (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 347.

uma espécie de *sujeito narcisista*, em contínua e ilimitada expansão. Bernard Edelman – um jurista ao qual não é estranha a linguagem da psicanálise – foi direto ao ponto, ao observar que, nessa fórmula, sendo limitada apenas externamente, a “potência narcisista do sujeito” encontrava diante de si a resistência oposta pela potência narcisista dos outros sujeitos, traduzida na lei, cuja missão estava cingida a fixar o lugar onde as diversas liberdades se encontravam, sem se afrontar, “*mantendo intacta a sua natureza*”. Daí se ter traçado, diz, um “*curioso princípio da realidade*” pelo qual a liberdade (isto é, o próprio princípio que justificava a extensão infinita do sujeito) “*transferia ao outro o poder de restringir a liberdade*”⁴⁹.

Segundo essa concepção, os limites externos têm apenas uma *dimensão negativa*, expressa, privilegiadamente, pela idéia de “abuso da liberdade contratual”. O abuso é o “uso excessivo”, a carecer de externa – e eterna - repressão. Por isso mesmo a livre iniciativa, a propriedade e o contrato, dotados ontológica e tecnicamente de uma potencial “absolutividade” só encontrariam limitações frente a lei imperativa ou norma de ordem pública.

B) Função social como “limite externo” à liberdade de contratar.

Vemos, aí, a idéia de limite como muro formado por preocupações solidaristas, expressas, em geral, no que a doutrina dos primeiros anos do séc. XX denominou de *socialismo jurídico*⁵⁰ e, após, de *dirigismo contratual*. Nesse sentido há

⁴⁹ EDELMAN, Bernard. Critique de l'humanisme juridique, in *La Personne em Danger*. Paris, PUF, 1999, p. 14.

⁵⁰ Não deve ser esquecida a importância que os “socialistas jurídicos” italianos dos finais do séc. XIX” tiveram em parte da civilística brasileira nas primeiras décadas dos Novecentos.

uma *oposição* entre função social e liberdade contratual. E há, por força dessa oposição, a delimitação de um espaço de eficácia do princípio da liberdade de contratar, qual seja: o papel da “função social” é monocórdio, atuando somente como limite e gerando deveres negativos.

Não se pense, porém, que esse papel não seja relevante. Conquanto conhecidíssimo há pelo menos um século, em termos

Esses “socialistas” preocupavam-se especialmente com a função social do contrato, tema abordado diretamente tanto por Pietro COGLIOLO (Filosofia del Diritto Privato. Firenze, G. Barbera Editore, 3ª reimpressão, 1912) quanto por Enrico CIMBALI (*Nuova Fase del Diritto Civile nei Rapporti Economici e Sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. Turim. Unione Tipografico Editrice Torinese, 4ª ed., 1907). Em Cogliolo a noção de “limite externo” vem perfeitamente delimitada em capítulo justamente intitulado *La Funzione Sociale dei Contratti, in verbis*: “I limiti al contrattare che pone lo stato derivano dai bisogni sociali di frenare l’uso assoluto che l’individuo possa fare della sua persona e dei suoi beni” (Op. Cit., p. 233). E, em nota de rodapé, mais esclarecia: “La moderna crescente attività dello stato porrà all’individuo molti limiti per l’util della società, e anche il diritto privato ne sentirà riverbero. Qui preme notare che queste forme di socialismo di stato non dipendono da questioni giuridiche, ma economiche politiche sociali: *il diritto è indifferente, e veste saziona coordina ciò che gli è dato dalla vita*” (idem, ibidem, n. 220, grifei). Perspectiva diversa teve Enrico Cimbali, considerado na Itália um romântico e ingênuo materialista histórico, sujeito a um certo “*minestrone ideologico*” (v. GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico – 1860-1950*. Milão. Giuffrè, 2000, pp. 12-24) – e que teve, entre nós, repercussões em Beviláqua e Vicente Rao, possibilitando uma certa renovação no Direito Civil. Em que pese o seu arriscado ecletismo Cimbali teve o mérito de não apenas perceber, nos anos Noventa do séc. XIX, o que viria a ser chamado de “movimento da descodificação” quanto, examinando as obrigações contratuais sob a luz do “*princípio di socialità*” (op. Cit., p.p. 315, 333 e ss.) conclui que a relação entre indivíduo e Estado pode ser vista sob três formas: “l’affermazione assoluta dello Stato, l’affermazione assoluta dell’individuo, l’affermazione relativa dell’uno e dell’altro, quali elemento armonici di coesistenza in cui s’integra il vero concetto de l’umanità progredita. Ed in perfetta corrispondenza con questa triplice forma di relazione, si è modificato gradativamente il concetto ed il valore giuridico dell’obbligazione” (idem, p. 316). Introduz, assim, na contracorrente do pensamento expresso por Cogliolo, a idéia de não ser o Direito “indifferente” à necessidade de harmonização entre os interesses individuais e sociais. Tal necessidade é constitutiva ao próprio Direito, na sua “nuova fase”. (Para o exame dos reflexos de Cimbali na civilística brasileira v. trabalhos do Grupo de Pesquisa CNPq-PIBIC *Direito Privado-um espaço de mentalidades - A doutrina italiana e a socialização do Direito Civil – a formação de uma nova mentalidade* – orient. MARTINS-COSTA, J. Pesquisadores: ORLANDINI, Lourenço Floriani e BERNI, Paulo Eduardo Oliveira, Porto Alegre, 2003-2004, in <http://www.l.ufrgs.br/pesquisa/projeto.asp?Localiza=9545> e in http://genos.cnpq.br:12010/dwlattes/owa/prc_imp_ev_int?f_cod=K4728526E4, páginas acessadas em 12 de setembro de 2004).

teóricos, a inserção no Código Civil do art. 421, em caráter geral, permite ultrapassar o esquema “regra-exceção” que por longo tempo dominou a Teoria dos Contratos. Agora, percebe Almeno de Sá, o pensamento contratual de “tutela” deixa de ser visto como uma *exceção*, para passar a ser compreendido e atuado como um princípio “*não apenas dirigido a certos sujeitos jurídicos, definidos pelo seu status ou pertença grupal, mas antes um princípio próprio do direito contratual geral*”⁵¹.

Como princípio geral, apanha uma grande variedade de casos particulares, tais como a repressão de condutas que expressam a supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra ou casos de desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio, seja no Direito civil *tout court*, seja no Direito Societário, no Direito da Concorrência e no Direito dos Valores Mobiliários, por força da unificação das obrigações civis e comerciais. Com base no princípio da função social (compreendido em seu papel de “previsão de limite”) o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles cominados expressamente na lei, como, aliás, já tem apontado a jurisprudência, embora nem sempre com base em fundamentação adequada, pois é preciso não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio quanto discerni-lo de outros princípios, regras e institutos legais⁵².

É de se convir, no entanto, que se a esse papel de “previsão de limite externo negativo” se resumisse o princípio da função

⁵¹ SÁ, Almeno. Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e O Novo Código Civil Brasileiro (palestra pronunciada na EMERJ, Rio de Janeiro, dezembro de 2002, inédito).

⁵² V.g.: TJRS. APELAÇÃO CÍVEL nº 70005715487, Segunda Câmara Especial Cível, j. em 25/03/2003; TJRS, naAPELAÇÃO CÍVEL nº 70005700380, Segunda Câmara Especial Cível, j. em 25/03/2003.

social do contrato, o art. 421 seria virtualmente inútil, uma vez que o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses já estão apanhadas pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social, mas hipóteses de interpretação favorável ao aderente, integração segundo a boa-fé, ou casos já regulados em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra.

Tudo isso leva à convicção da necessidade de encontrar a *voz própria e específica* ao art. 421. E esta voz própria está, segundo penso, no segundo nível de compreensão semântica da expressão contida no art. 421.

III) A liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato

A expressão “em razão da” função social indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente⁵³, *o modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, relacionando as partes entre si; outra, *trans-*

⁵³ Observa Teresa Negreiros: “Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente”(NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002,p.209).

subjetiva, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual*.

A partir dessa concepção percebe-se decorrerem várias eficácias próprias ao art. 421, que podem ser repartidas nos dois grandes grupos acima sinalizados, quais sejam, as eficácias intersubjetivas e eficácias trans-subjetivas.

A) Eficácias intersubjetivas da função social

No primeiro grupo está a possibilidade da imposição de *deveres positivos* aos contratantes, pois o direito subjetivo de contratar (na concepção que venho adotando, qual seja, a dos limites internos) já nasce conformado a certos deveres de prestação. A eficácia positiva visa impulsionar

“condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato”⁵⁴.

Exemplifico essa eficácia na relação intersubjetiva, através de três grupos de casos, a saber: 1) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção; 2) contratos que viabilizam, para uma das partes, prestações essenciais; 3) a noção de contratos “comunitários” como novo item da taxinomia contratual.

⁵⁴ SA, Almeno. *Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e O Novo Código Civil Brasileiro* (palestra pronunciada na EMERJ, Rio de Janeiro, dezembro de 2002. inédito).

1. Contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção

O grupo dos contratos que instrumentalizam a propriedade de bens de produção tem uma interface direta com o princípio da *função social da empresa* e com o princípio da *função social da propriedade*. Em ambos os campos a nota dominante é a da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais.

O princípio da *função social da empresa* constitui, como afirma Calixto Salomão Filho “o principal princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa”. É que, como acentua o Autor,

“é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-lo do princípio geral neminem laedere. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais”⁵⁵.

A especial densidade da empresa na vida comunitária está na raiz de deveres negativos e positivos, alguns deles pontualmente previstos em leis, outros derivados da conexão do princípio da função social com outros princípios constitucionais e legais, como a proteção ao meio-ambiente ou a redução das desigualdades regionais, fundamento da concessão de incentivos fiscais, por exemplo. Incide de modo muito especial na figura

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. In: *Revista de Direito Mercantil*, vol. 127, p. 19.

do controlador, pois, como observou Fábio Konder Comparato em seu já clássico “*O poder de controle na sociedade anônima*”, ao exercer verdadeiro poder de disposição sobre os bens de outrem (os acionistas minoritários), o controlador

“não somente detém uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, i.é, de todos os sócios uti singuli. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o jus e o munus”⁵⁶.

Daí a previsão, nas leis e nos regulamentos, de mecanismos que buscam realizar o equilíbrio entre a tutela de centros de interesse igualmente dignos de tutela: os do acionista controlador, que toma maior risco no empreendimento, assumindo as responsabilidades próprias à gestão; os do acionista não-controlador, minoritário e também do preferencialista, que injeta recursos na sociedade; e os da empresa mesma, como *sujeito de direitos* – pólo gerador de empregos e riquezas - cuja existência interessa à vida comunitária. É em razão da função social que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em importantíssimo aresto, “*não ser plausível*” a dissolução de sociedade anônima,

“sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão de prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas”⁵⁷.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 100-101, grifamos.

⁵⁷ STJ, RESP n° 247002/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy ANDRIGUI, j. em 04.12.2001, in DJ 25.03.2002, p. 272 e LEXSTJ vol. 155 p. 178.

Exemplo dessa eficácia – inclusive para adequar o texto do art. 254 A da Lei Acionária ao princípio da função social (da empresa e do contrato de alienação) está na hipótese em que fosse realizado procedimento de oferta pública (OPA)-procedimento de inegável cunho pré-contratual - visando o *encerramento ou a extinção* das atividades da empresa.

O mencionado art. 254- A determina que a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta “somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com *direito a voto* de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (...)”. Assim sendo afasta da oferta pública, em linha de princípio, os preferencialistas, não titulares de ações com direito a voto. Porém, diante da relevância social da manutenção da empresa, e incidente o princípio da função social, creio ser devida a interpretação ampliativa do art. 109, II da Lei n. 6.404/76, segundo o qual é “direito essencial” de todos os acionistas – e não apenas dos titulares de ações ordinárias – a participação no acervo da companhia em caso de liquidação, sendo certo, na forma do seu parágrafo 2º, que “os meios, processos ou ações que a lei confere no acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”⁵⁸. O princípio da função

⁵⁸A hipótese de extensão aos preferencialistas do direito, conforme as circunstâncias do caso, é aventada por Roberta Prado e por Jorge Lobo, conquanto esses autores não a fundamentem no princípio da função social, preconizando, ao contrário, soluções *de lege ferenda*. (V. PRADO, Roberta Nioac Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer, em iguais condições, aos acionistas minoritários – art. 254 da lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 –É efetivo mecanismo de proteção dos minoritários?” na *Revista de Direito Mercantil*, nº 106, ano XXXVI, abril/junho, 1997, p.p. 81-106) e LOBO, Jorge (*Interpretação realista da alienação de controle*

social da empresa ampara a solução, pois aí se desenha, em grau máximo, a sua eficácia positiva, coligado que está à *ratio* do mencionado “direito essencial” previsto no art. 109, II da Lei societária, bem como a outras diretrizes constitucionais da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e a proteção ao valor social do trabalho⁵⁹.

No tratamento assegurado aos preferencialistas”, esclarece Arnaldo Wald, “*é preciso que também se atenda às determinações constitucionais e legais que renovaram o contrato e a empresa, dando-lhes conteúdo democrático e ético (...)*”. Justifica-se, assim, e na específica circunstância da aquisição para a extinção da empresa, a ultrapassagem da clausura legal, por via da interpretação expansiva, autorizada pelo princípio da função social da empresa. Contudo, é importante ressaltar que uma tal solução não pode ser visualizada *in abstracto*, antes se conformando a “juízos de realidade”⁶⁰ a serem procedidos caso a caso, consoante o critério do escopo do controlador ao proceder à oferta.

2. Contratos que viabilizam “prestações essenciais” à pessoa humana

A idéia de contratos que viabilizam “prestações essenciais” para uma das partes foi posta por Teresa Negreiros ao considerar como eixo para a concretização da “função social” não “o

de companhia aberta”, in Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, nº124, ano XI, nova série, out/dez de 2001, São Paulo, Malheiros, p. 100 e ss).

⁵⁹Estabelecendo a ligação entre o valor social do trabalho e o princípio da função social, o estudo de: REALE JÚNIOR, Miguel. Função Social do Contrato: Integração das Normas do Capítulo XV com os Princípios e as Cláusulas Gerais. In. *Estudos de Direito do Seguro -III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro –IBDS, 2003, pp. 35-55.

⁶⁰LOBO, Jorge. Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta, na *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, nº 124, ano XI, nova série, out/dez de 2001, São Paulo, Malheiros, p.p.91-106.

contrato”, instrumento jurídico, mas o objeto (ou bem da vida) que o contrato visa instrumentalizar. A premissa da qual parte é que “*as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria contratual se mantenha indiferente*”⁶¹, o que a levou a propor a agregação, à tradicional divisão dos bens, da distinção entre bens essenciais e supérfluos, “*levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado*”⁶². Daí a equação: tanto mais *essencial* for, para as partes, o bem da vida subjacente ao objeto contratual (como no seguro de vida, no seguro-saúde, no fornecimento de água e energia elétrica, nos transportes, etc), maior deve ser a intervenção estatal (concretizando o princípio da função função social), na sua tríplice esfera, para tutelar o bem contratado.

Conquanto grande parte dos contratos que instrumentalizam prestações essenciais recebam a tutela do Código de Defesa do Consumidor, haverá casos de contratos interempresariais cujo objeto também consistirá em bem essencial. Figure-se a hipótese de contratos para a importação de medicamentos – por exemplo, para o controle da AIDS, ou da hepatite.

3. Contratos comunitários

Por fim, proponho como item da taxinomia contratual a noção de “*contratos comunitários*” para indicar aqueles contratos – como os de seguro⁶³; de consórcio; de prestação ou fornecimento

⁶¹ NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 379.

⁶² NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 383.

⁶³ O traço que peculiariza o contrato de seguro, distinguindo-o fundamentalmente de outros contratos típicos, é o fato de consistir “*um sistema de poupança, ou de economia coletiva*.”

de serviços de energia elétrica, entre outros – em que subjaz na sua própria racionalidade econômico social a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de “individualidades”, mas interesses supra-individuais ou coletivos.

Uma coletividade não é formada pela mera soma de individualidades, já tendo percebido a filosofia grega que o todo não é apenas a mera soma das partes: no todo, há um *plus* que se agrega, e este é *o interesse comum*, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado. É justamente a existência do interesse comum a todos os particulares membros que conduz à idéia de comunidade, razão pela qual na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Desta compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos. No contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, assim como seria inadequado pensar-se numa *conformação de conteúdos diferentes para cada contrato*, igualmente não se poderia cogitar *da diversidade da proporção de contribuições (preços, tarifas, prêmios, contraprestações) a cargo de cada um dos contratantes, utentes do benefício ou serviço instrumentalizado pelo contrato*. É que, nesses casos, a idéia de uma

impensável quando ajustado individualmente” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Natureza Jurídica Do “Monte De Previdência. In Anais” do II Forum de Direito do Seguro José Sollero Filho Porto Alegre, novembro de 2001, p.105). Nessa perspectiva, diz o Autor, é o seguro “uma velha instituição” que, “convivendo embora com todas as formas do individualismo moderno, preservou o germe de uma instituição de natureza *solidária*, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do *conflito*, assenta-se no princípio da *solidariedade* entre os sujeitos que dele participam” (idem, p. 104)

comunitariedade ou transindividualidade dos interesses em causa não pode ser afastada sob pena de ser desvirtuada a sua própria causa, ou função econômico-social. Essas concepções restam reforçadas se tivermos presente que tais contratos estão assentados na **solidariedade social**, valor afastado pelo Individualismo, mas que hoje retorna ao cerne dos ordenamentos jurídicos contemporâneos por expresse reconhecimento constitucional e legal⁶⁴

É, porém, na geração de eficácias trans-subjetivas que reside, no meu juízo, a função que mais de perto está ligada no “*em razão da*” e a que mais fundamente poderá inovar a teoria do contrato. Em termos amplíssimos, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas⁶⁵. Cabe, pois, ao menos indicar algumas possibilidades de concretização dessas eficácias.

B) Eficácias transsubjetivas da função social

O individualismo (entendido como apologia insensata do interesse pessoal) teve como efeito a instauração, no Direito das Obrigações, do *protótipo da compra e venda*: as relações obrigacionais passaram a ser pensadas exclusivamente como relações entre dois pólos, vinculados por um laço de

⁶⁴ Nos anos 50, a acuidade de Ruy CIRNE LIMA já percebera: “Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aqueles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e a perdurar.” (*Sistema de direito administrativo*, Porto Alegre, 1953, p. 228).

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 206.

subordinação. Daí nossa dificuldade em compreender a eficácia de contratos para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos.

Porém os contratos são, antes de mais, fatos sociais. Em graus e medidas diversas podem afetar- e positivamente afetam – quem deles não tomou “parte”. Trata-se, então, de perceber no Direito contratual os reflexos de um fenômeno bem mais amplo – o fenômeno da transindividualidade – que, no Direito processual contemporâneo tem expressão nos instrumentos que tutelam os chamados interesses difusos e coletivos. Na base dessa constatação situa-se a percepção das eficácias transindividuais decorrentes do princípio da função social, cujo inventário ainda se está por fazer, mas que podem ser exemplificadas mediante o recurso a três grupos de situações: a tutela externa do crédito, a interdependência funcional entre vários contratos, e a projeção de efeitos sobre terceiros não determinados ou a bens fundamentais da comunidade.

1) Tutela externa do crédito

Essa eficácia foi posta em relevo, no Brasil, por Antonio Junqueira de Azevedo que, pela primeira vez associou a hipótese ao princípio da função social⁶⁶. O problema central está em saber se um terceiro (que não é “parte” no contrato) pode ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito,

⁶⁶AZEVEDO, Antonio Junqueira. 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*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 113-120.

ou, noutra perspectiva, por interferir com o contrato obrigacional⁶⁷.

Esse problema implica em: (i) revisitar o conceito de “terceiros”;(ii) considerar as diferentes formas de “interferências”;(iii) determinar a natureza da sua responsabilidade; (iv) definir o(s) regime(s) da indenização; (v)determinar o eventual alcance de uma cláusula penal ao terceiro interferente; (vi)saber se é juridicamente possível a interferência de um terceiro sobre o crédito.

Esta última questão é, na verdade, a primeira, pois está no pressuposto à resposta a ser dada a todas as demais.

Por conta do “princípio da relatividade dos contratos” haveria uma *impossibilidade lógico-jurídica* de um terceiro interferir (ou ser afetado) sobre (ou pela) relação de crédito, pois o direito de crédito é um direito relativo, apenas oponível ao devedor, que só a este vincula. Desse modo, um terceiro não poderia sequer interferir com o crédito alheio e, não podendo interferir, não poderia, logicamente, ser responsabilizado por uma interferência que, juridicamente, não pode ocorrer⁶⁸. Porém, essa impossibilidade só se dá em termos de “teoria clássica” dos contratos, isto é, a polarizada em torno do princípio da “autonomia da vontade” e seus dois principais consectários: o *pacta sunt servanda* (obrigatoriedade dos efeitos contratuais) e o *res inter alios acta tertio necque nocet necque prodest* (princípio da relatividade dos efeitos do contrato apenas entre as partes contratantes)⁶⁹.

⁶⁷SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, Prefácio.

⁶⁸ SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, Prefácio.

⁶⁹ ALPA, G; FUSARO, A. DASSIO, M., SOMMA, A. E TORIELLO, F. *Efetti del Contratto nei Confronti dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000, pp. 2 e ss.

Segundo Junqueira de Azevedo, o princípio da função social é preceito destinado a integrar os contratos “*numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas*”⁷⁰. Assim, o art. 421 daria a base para a recepção, no nosso ordenamento, de teoria que já tem curso no Direito Comparado, qual seja, a da indevida interferência de terceiros no contrato (no direito da common law equivalente às figuras da *tort of induction*, ou *tort of interference with contractual relations*), conhecido, nos países de *Civil Law* como “*eficácia externa das obrigações*”, teoria que surge nos países de *Common Law* e tem momento paradigmático no caso PENNZOIL VS TEXACO, ocorrido nos EUA em 1984⁷¹.

Nesses casos é preciso distinguir: do ponto de vista do *objeto* da indução indevida, considera-se não apenas o contrato, mas também a tutela jurídica de documentos que, até a pouco, eram tidos como despidos de relevância jurídica, instrumentos da “fase formativa”, considerados ainda não-contratos, mas “acordos intermédios” (*in-between agreements*) que se vão enxertando no processo negociatório e organizando e expressando esse processo. Assim as *letters of intent*, as chamadas “relações contratuais prospectivas”⁷², os “acordos preliminares” e os

⁷⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira. 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*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 116.

⁷¹ Caso ocorrido na década de 80 e célebre por ter resultado numa das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA: 7,53 bilhões de dólares de indenização, impostos a TEXACO em demanda promovida por PENNZOIL, mais 1 bilhão de dólares de *punitive damages* (indenização punitiva).

⁷² Segundo SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 293, constitu em relações, travadas no âmbito

‘acordos de princípio’ (*agreements in principle*)⁷³. Do ponto de vista *subjetivo*, é necessária a intenção de interferir, ou a consciência de estar interferindo. Não é preciso dolo, mas sim a “interferência intencional não justificada” ou, segundo o *Restatement, torts, 2,d*, uma interferência intencional e imprópria (*improper*). A interferência por negligência (*negligence*) não é acionável⁷⁴. E, como em toda a responsabilidade por dano, é necessária a prova do nexo causal entre a interferência indevida e o dano.

Também os Direitos francês e italiano acatam a responsabilidade de terceiro que interfere indevidamente no crédito. A jurisprudência francesa realizou, há mais de meio século, um laborioso trabalho de distinção entre a *relatividade dos contratos* e a sua oponibilidade, superando a letra do art. 1165 do *Code* que consagra expressamente o princípio da relatividade. Essa distinção deriva de decisão de 22 de junho de 1864 da *Cour de Cassation*. Desde então se distingue entre a força obrigatória (relatividade), que vale só entre as partes, e a *oponibilidade*, que vale na relação com terceiros. Sendo o contrato não apenas um acordo jurídico, mas também um *fato social*, compreende-se que enseje o nascimento de situações jurídicas novas que podem prejudicar terceiros ou dar-lhes vantagens⁷⁵. Por isso, embora o contrato não “obrigue” terceiros, as partes podem opor

comercial, que ainda não estão formalizadas em qualquer contrato ou acordo, mas cuja formalização se antevê com um *razoável grau de probabilidade*, acarretando o potencial contrato uma vantagem econômica para o lesado pela interferência. Por exemplo, a perspectiva de obter clientes, ou vender imóveis, ou o exercício de uma opção de renovação de um contrato em vigor. (*Restatement, torts, 2d, Comment c (type of relation) à § 766 B.*)

⁷³ SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 290 a 300.

⁷⁴ SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p.300.

⁷⁵ BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*. Paris: LGDJ, 1996, p. 85.

seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes.

No direito italiano, similarmente, a jurisprudência construiu os casos de tutela externa, destacando-se as novas hipóteses geradas pela interpretação ampliativa dos *contratos em favor de terceiro*, para qualificar também assim negócios tais quais os “fundos de pensão”, agência, representação, cessão de posição contratual, de consultoria, etc⁷⁶.

Nesses casos o art. 421 pode conduzir a uma certa “objetivação” do princípio da relatividade, “ênfatizando os contornos sociais do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes”⁷⁷.

2. Contratos com interdependência funcional

Outro importante grupo de casos diz respeito à *consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados*, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no *fenômeno social da interdependência* cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na

⁷⁶ALPA, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Effetti del Contratto nei Confronti dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 4. Sobre a problemática dos contratos com prestação ao terceiro, v. MACCARONE, Giovanni. *Contratto con Prestazione al Terzo*. Nápoles, ESI, 1997.

⁷⁷NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 217.

vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e *civil*, descendem da socialidade⁷⁸. Exemplifico com os crescentes fenômenos das “redes contratuais” e das conjugações de interesses rubricadas como “parcerias”, a multiplicação dos grupos societários (formais ou de fato), as associações estratégicas, etc., entre tantas outras que a prática apresenta.

3. Extensão da eficácia a terceiros não-determinados e a bens fundamentais da comunidade

A mais prestante – e inovadora – eficácia do art. 421 diz respeito, no entanto, à *extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não-determinados e a bens de interesse comum*. Como exemplos que de imediato saltam à mente estão os contratos que, de alguma forma, envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência.

A Constituição Federal situa a defesa do meio-ambiente como um dos princípios cardeais da ordem econômica (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170, inciso VI), consistindo a preservação do meio ambiente, na forma do art. 186, inciso II, da mesma Constituição, uma das condições de concretização da função social da propriedade rural. O art. 225 – que inaugura o Capítulo IV do Título VIII constitucional – assegura “*a todos*” o *direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como “*bem de uso comum do povo*”; atribui-lhe o caráter de *essencialidade* à sadia qualidade de vida (princípio da essencialidade do meio-

⁷⁸ ALPA, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Effetti del Contratto nei Confronti dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 22.

ambiente). Assim, em consonância a essa especial qualificação, a atividade contratual não apenas deve ser “não-lesiva”: deve ser *preventiva e promocional do meio-ambiente*. Como consequência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio-ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual, caso haja dano, quanto impõe-se aos contratantes *deveres positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização*.

Ouro exemplo contundente está na *livre concorrência*. Que a atividade econômica, e em especial a concorrência seja substancial e concretamente “livre” é do interesse geral, concretizando o “bem comum” que a economia não seja cartelizada. Portanto, o art. 421 potencializa e permite *interpretação ampliativa* dos dispositivos legais referentes à promoção da livre concorrência, além de legitimar a imposição de deveres positivos. Por exemplo, no contrato de fusão e incorporação, impõe o dever positivo de prever formas pela qual a empresa (mediante a fusão ou a incorporação) se resguarde de dominar mercado. Será preciso pois promover, com base no princípio da função social, conexões inter-sistemáticas entre o Código Civil e a legislação da concorrência, bem como com as normas legais e administrativas de regulação do mercado de valores mobiliários. Nesse sentido o princípio da função social poderá funcionar como espécie de “lei de referência” para sistematizar hipóteses hoje dispersas e desconjuntadas, atuando, também, na expansão, por via hermenêutica, das regras que visam coibir práticas monopolistas ou oligopolistas.

Aliás, no campo da *atividade negocial* (seja o campo dos contratos, seja o da empresa), correta está a doutrina que indica a “funcionalidade exógena” do princípio da função social, em contrapartida à “normatividade endógena” dos princípios da

boa-fé e da autonomia privada”⁷⁹. Essa normatividade encontra fundamento numa muito antiga tradição: a idéia de *justiça legal*, de Tomás de Aquino que, na *Summa Teológica*, assentou:

“à *justiça legal* pertence ordenar ao bem comum as coisas que são das pessoas particulares” (*Suma Teológica*, II-II, 61, a.2).

Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum⁸⁰. Na re-configuração do direito subjetivo de contratar a capacidade adaptativa do Direito Civil – direito da vida, da experiência concreta – testada há dois mil anos, é chamada novamente a atuar.

⁷⁹ Assim, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil. In. *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-115. Parece partilhar da mesma perspectiva FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In. *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-198.

⁸⁰ Por isso a importância de permanecer, no texto legal, a expressão “em razão” que, infelizmente, alguns doutrinadores cogitam eliminar.