

## **FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DO CONTRATO**

*Paulo Sérgio Velten Pereira\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O direito privado atual – 3. Autonomia privada em lugar de autonomia da vontade – 4. Função social: 4.1 Função social no direito privado; 4.1.1 Função social e o fim da dicotomia direito público-direito privado; 4.1.2 Função social e o novo código; 4.2 Função social como cláusula geral limitadora da autonomia privada; 4.3 Função social da empresa; 4.4 Função social do contrato – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

**RESUMO:** O trabalho tem por escopo apresentar a evolução e a reconstrução que se opera atualmente no direito privado, que abandona o individualismo e o voluntarismo para ingressar na era da autonomia privada, nova matriz reguladora da atividade negocial estabelecida entre particulares. Irrompe no bojo dessa evolução a cláusula geral da função social, expressamente inserida no novo Código Civil, que incide sobre os contratos e atividades empresariais, visando a promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social. O direito privado surge assim renovado, funcionalizado, tendo a Constituição como vértice e a missão de fazer realizar os valores fundamentais do texto constitucional na vida das pessoas, nas relações interprivadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito privado – Evolução e reconstrução – Individualismo e voluntarismo – Autonomia privada – Função social – Socialidade e solidariedade – Valores fundamentais – Função social do contrato – Função social da empresa.

### **1. INTRODUÇÃO**

Não nos propomos aqui encontrar uma definição de função social. Preocupa-nos, antes, entender e identificar como a função social atua no ordenamento jurídico de direito privado, de que modo se realiza.

---

\* Advogado em São Luis – Maranhão. Professor do Centro de Ensino Universitário do Maranhão – UNICEUMA, Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com área de concentração em Direito Civil. paulo@veltenazevedo.adv.br.

Fala-se muito em função social no direito, como se a mesma fosse privilégio exclusivo dessa ciência, quando, na verdade, a função social está presente em todas as ciências, porque todas as ciências buscam a verdade, tendo como destinatário o ser humano, começo e fim de todas elas.

E como o ser humano somente se realiza plenamente em sociedade, pode-se aqui afirmar que a função social diz respeito à atuação, a atividade exercida em benefício da sociedade e da realização plena do homem como indivíduo e ser social.

Este ensaio também examinará a função social enquanto categoria jurídica, enquanto cláusula geral apta a limitar a autonomia da vontade e, em certa medida, a própria autonomia privada, atuando também como elemento externo sobre o direito subjetivo.

Com o abandono do dogma da vontade, de fundamento subjetivista, e do individualismo burguês de feição liberal, ganhou força a autonomia privada, de concepção objetiva, compreendida como potestade, como faculdade deferida pelo Estado ao particular de auto-regulamentar seus próprios interesses e negócios, nos limites da lei.

Entre esses limites legais exsurge a função social, obtemperando a atuação do particular com base em princípios de sociabilidade e solidariedade humanas. O ordenamento jurídico sai melhorado, se humaniza, se operacionaliza em função do indivíduo, permitindo que este realize suas potencialidades na conformidade do interesse social, sem que isso represente a anulação ou o isolamento do ser, como era próprio dos regimes totalitários.

A consequência é a necessidade de se reconstruir o direito privado, de se lhe conferir a importante missão de fazer realizar os valores fundamentais da Constituição nas relações interprivadas, impondo ao mesmo tempo a vinculação imediata e a observação desses valores pelo Estado, em todas as suas esferas de atuação.

Essa revolucionária evolução enseja grande interpenetração entre os domínios do direito público e do direito privado, sepultando a velha dicotomia ditada pelo critério da utilidade encontrado na célebre frase de Ulpiano: “*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”, onde “romano” e “público” têm idêntico significado, como observa Giuseppe Lumia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Lumia Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 56.

As normas constitucionais deixam de ter caráter meramente programático, deixam de ser essencialmente dirigidas à estrutura do Estado e assumem característica normativa e aplicabilidade imediata, passando ao centro do sistema legal, inclusive, do direito privado, que se vê fortemente influenciado e interpretado a partir da Constituição.

Nesse contexto, tanto o contrato quanto a empresa sofrem os influxos da função social enquanto categoria jurídica derivada do princípio constitucional da solidariedade. Esses antigos institutos do direito se revitalizam à luz da função social, que sobre eles incidirá como norte e regra limitadora, fenômeno, entre nós, bem percebido com o advento do novo Código Civil brasileiro.

## 2. O DIREITO PRIVADO ATUAL

Não sendo mais possível divorciar de maneira precisa o interesse dos particulares dos interesses coletivos, é força reconhecer que o direito privado vive atualmente um momento singular. Na expressão de Edson Fachim<sup>2</sup>, sofre uma revolução copernicânica.

Passando a Constituição para o centro do sistema, natural que o direito privado, sofrendo os influxos da Carta, se submetesse a uma profunda evolução. Mas ao contrário do que alguns apregoam, isso está longe de representar a decadência ou desprestígio do direito civil, que é o direito privado por excelência.

Em verdade, o direito civil ressurgiu com força, vem renovado, com nova roupagem, dotado de função social e, por isso, mais capaz de atender os clamores e os anseios da sociedade do terceiro milênio.

A antiga forma de ver o direito privado, resultado da influência cultural francesa que predominou em boa parte do país, como informa Renan Lotufo<sup>3</sup>, tomou o Código Civil como centro das relações privadas e como base única de interpretação, somente sendo ampliada a visão do direito privado com o desenvolvimento dos estudos de Teoria Geral do Direito, Lógica e Filosofia do Direito.

---

<sup>2</sup> Luis Edson Fachin (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil*, p.116

<sup>3</sup> Renan Lotufo. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao direito civil constitucional*, p. 748.

Natural que assim fosse, porquanto, o Código Civil francês foi concebido com base no direito romano, diante do que o exame do direito civil era apenas exegético. Não existia uma teoria geral.<sup>4</sup>

Mas essa visão redutora do direito civil, que já vinha em franco declínio, hoje se encontra definitivamente ultrapassada. Com a difusão internacional dos direitos nascidos nas Constituições francesa e americana, o papel das Cartas Políticas dos países em geral foi sobremodo elevado. As atuais Constituições possuem conteúdo mais amplo, não se limitam mais a apenas cuidar da estruturação do Estado, vão além. Assumem o papel de transformadoras das velhas estruturas e instituições do direito privado, sendo de fundamental importância, no atual momento histórico, perquirir acerca da função social dos institutos jurídicos.

Contudo, nossos velhos manuais de direito civil ainda mantêm a velha estrutura de antanho, como se nenhuma evolução tivesse operado,<sup>5</sup> entavando a propagação dos estudos e as reflexões imprescindíveis à compreensão do direito privado na nova realidade social.

A necessidade de reflexão e revisão das antigas teorias interpretativas em face do novo direito já consistia preocupação de Pietro Perlingieri<sup>6</sup>, que defendia um sistema de direito privado mais harmonizado com os princípios fundamentais, assim como a redefinição dos fundamentos e extensão dos institutos jurídicos por intermédio de um esforço de modernização das teorias de interpretação.

O direito privado de perfil constitucional e funcionalizado também foi objeto de estudo de autores como Karl Larenz e Motta Pinto, sendo igualmente precursor no tema o próprio Clóvis Beviláqua<sup>7</sup>, que ainda em 1934 já admita os efeitos diretos e imediatos da Constituição como norma jurídica.

Também antes do atual Código Civil entrar em vigor, Gustavo Tepedino<sup>8</sup> defendia a integração normativa do Código de Beviláqua com as leis especiais e a Constituição de 1988, considerando esta como a tábua axiológica e fundamento de validade de

---

<sup>4</sup> No Brasil, registrou R. Lotufo em aula da pós-graduação da PUC/SP, Teixeira de Freitas foi precursor da criação de *Sistema*, baseado na teoria dos pandectistas alemães, muito embora sua obra não tenha sido aproveitada por Clóvis Beviláqua na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, servindo, porém, de esteio para os Códigos Civis da Argentina, Uruguai e Paraguai.

<sup>5</sup> E alguns ainda hoje mantêm, mesmo com a edição do Novo Código Civil, anotando ou comentando o novel diploma com o mesmo espírito do revogado, compreendendo a mudança operada como meramente superficial, como uma singela renumeração de artigos, parágrafos e incisos.

<sup>6</sup> Pietro Perlingieri. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 200.

<sup>7</sup> Renan Lotufo. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao direito civil constitucional*, p. 751.

<sup>8</sup> Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*, p. 14.

institutos tradicionais do direito privado. Para o mestre carioca o direito privado deve ser lido à luz da Constituição que, de seu turno, lhe confere conteúdo social e mais eficácia prática, guiando o intérprete na obtenção de uma solução mais justa e humana para os diversos conflitos de interesse.

Dessume-se desse esboço doutrinário que o direito privado atual passa a ser integrado também pela Constituição, que doravante atuará como norma vinculante, de efeito imediato e não apenas como critério de hermenêutica. Afasta-se, assim, a vetusta idéia de uma reserva legal, segundo a qual a Constituição teria como destinatário apenas o legislador ordinário, quando, na real verdade, legislador, intérprete, Poder Judiciário, particulares, todos, indistintamente, estão diretamente vinculados ao texto maior.

A propósito, ao tratar da eficácia normativa de dispositivos da Lei Fundamental Alemã, Claus-Wilhelm Canaris<sup>9</sup> tece severas críticas aos autores que defendem a eficácia apenas mediata do legislador ordinário aos direitos fundamentais. Para Canaris a vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata, não fazendo sentido advogar tese oposta, por certo violadora do art. 1º, nº 3 da Lei Fundamental alemã, que impõe, justamente, eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais. O mestre germânico dizia não compreender o que alguns juristas pretendiam sustentar com a variante da *eficácia mediata em relação a terceiros*, denominando esta teoria de “teoria misteriosa”.

A inquestionável eficácia direta dos direitos fundamentais sobre o direito privado, assim como a vinculação imediata do legislador ordinário e do aplicador da lei aos princípios e valores insertos na Constituição, impõem a sistematização e o aprofundamento dos estudos de uma nova disciplina, a que se tem chamado de Direito Civil Constitucional, cujo termo inicial pode ser a análise de conceitos já lapidados pela boa doutrina, a exemplo de Joaquín Arce y Flórez-Valdés<sup>10</sup>, que menciona um sistema de normas e princípios normativos integrados na Constituição, tendo como objeto a proteção da pessoa em si mesma considerada e de suas dimensões familiar e patrimonial.

Giovanni Ettore Nanni<sup>11</sup>, na mesma linha, defende a integração do direito privado no texto constitucional brasileiro, afirmando ser possível identificar a existência de vários dispositivos de direito privado na Constituição Federal de 1988 e da necessária

---

<sup>9</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 28.

<sup>10</sup> Joaquín. A. y. Flórez-Valdez. *El derecho civil constitucional*, p. 178.

<sup>11</sup> Renan Lotufo (Org.). *Cadernos de direito civil constitucional 2*, p. 165.

obediência da ordem privada aos comandos constitucionais, como em questões relativas à pessoa, família, propriedade, sucessão e obrigações em geral.

Importante advertência se faz no sentido de afirmar que esse novo direito privado, funcionalizado e de perfil constitucional, não exprime uma nova categoria do direito civil ou uma Disciplina diversa. Adjetivá-lo de Direito Civil Constitucional tem apenas o propósito de reforçar para o intérprete a idéia de que se operou uma profunda mudança na forma de ver e interpretar o direito, o que hoje se faz, obrigatoriamente, através da Constituição Federal. No mais, como adverte Gustavo Tepedino<sup>12</sup>, a adjetivação serve tão-somente para privilegiar os valores não-patrimoniais, como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar à iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, reforçando, nesse passo, a idéia de que os velhos institutos, entre os quais o contrato e a empresa, devem restar funcionalizados socialmente.

Esse é o direito privado do nosso tempo. O direito que tem a dignidade do ser humano, a sociabilidade e a solidariedade como parâmetros maiores, direito que tem a Constituição Federal no vértice do sistema e como parâmetro de funcionalidade.

A função do direito privado no atual momento histórico<sup>13</sup> consiste em materializar, realizar os princípios e valores fundamentais na vida das pessoas, para tanto torna-se imprescindível a mudança de mentalidade do intérprete, como advertia Gregório Robles<sup>14</sup>, é mister ver a Constituição com outros olhos, como documento não apenas programático, mas como a lei maior do país, como fundamento de validade do direito privado, como centro normativo irradiador de princípios e valores fundamentais.

Conforme oportuna lembrança de Rosa Maria Andrade Nery<sup>15</sup>, os atentados aos direitos fundamentais, atualmente, se dão por meio do direito privado<sup>16</sup>. Logo, é também por intermédio do direito privado que os valores fundamentais devem se realizar no cotidiano das pessoas.

---

<sup>12</sup> Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*, p. 22.

<sup>13</sup> Apropriada designação dada à disciplina da pós-graduação *stricto sensu* da PUC/SP.

<sup>14</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 62.

<sup>15</sup> Apontamentos de sala de aula. Pós-graduação *stricto sensu* PUC/SP, 2º semestre/2004.

<sup>16</sup> *Ad exemplum*, temos casos de contratos abusivos, de empréstimos a juros extorsivos, de redes contratuais no mercado habitacional, responsabilidade do fiador com comprometimento do bem de família, etc. A lista é longa, quase infindável, aqui e ali essas heresias jurídicas apresentam como fundamento regras de direito privado.

### 3. AUTONOMIA PRIVADA EM LUGAR DE AUTONOMIA DA VONTADE

Embora muitos continuem a embaralhar os conceitos, é cediço que autonomia da vontade e autonomia privada representam categorias jurídicas distintas. A teoria em que subjaz a autonomia da vontade estriba-se na idéia segundo a qual todo sujeito possui liberdade bastante para contratar *a vontade*, sendo importante apenas que externe a manifestação dessa vontade livre de vícios. A teoria na qual se funda a autonomia privada advém da concepção de direito normativo, da *potestade* de onde emanam normas inferiores, criadas não pelo Estado enquanto centro de poder, mas pelos próprios particulares que vão sofrer sua incidência.

Sendo uma *potestade* auto-reguladora, a autonomia privada mantém características de direito, sendo, no entanto, restrita pela norma estatal, que tem caráter absoluto. Para bem expressar os limites da autonomia privada, Renan Lotufo<sup>17</sup>, em suas lições acadêmicas, apresenta o exemplo da gema do ovo, que pode ser dura ou mole, mas estará sempre delimitada ao centro do ovo. Do mesmo modo, a faculdade que os particulares possuem de auto-regularem suas relações, com maior ou menor variação, estará sempre delimitada pela lei.

E se já era assim na antiga ordem legal, com a influência atualmente exercida pela Constituição no direito civil é que a autonomia privada, enquanto liberdade que tem os particulares de ajustarem suas próprias normas, sofre importantes modificações que repercutem com força no sistema, de tal ordem que não é mais adequado proclamar a máxima privatística segundo a qual o que não é vedado é permitido. Doravante, é mais adequado afirmar que está permitido tudo aquilo que está dentro do conteúdo da autonomia privada. Dito espirituoso: o que está na “gema do ovo”.

A autonomia da vontade, embora continue a existir, como forma de expressão da liberdade, perde substancial relevância, não tendo mais a dimensão de outrora, deixa de ser “a rainha do mundo”, como dizia Renan<sup>18</sup>.

Com efeito, na nova moldura jurídica, perdeu força o individualismo do direito civil clássico. Com a evolução da sociedade moderna, com o advento dos contratos de massa e das transações realizadas via *internet* – operações ordinariamente capitaneadas por grandes corporações –, não faz mais sentido manter a vontade no altiplano dos ne-

<sup>17</sup> Apontamentos de sala de aula. Pós-graduação *stricto sensu* PUC/SP, 2º semestre/2004.

<sup>18</sup> *Idem*.

gócios jurídicos, com natural privilégio da vontade da parte mais poderosa, porquanto, recordando a célebre frase do religioso francês Henri Lacordaire: “entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta”.

E ao passo que o dogma da autonomia da vontade perde virilidade, se delimita cada vez mais o âmbito da *potestade*, o âmbito do exercício da autonomia privada, nomeadamente na seara da intervenção do Estado na economia e no direito das obrigações, onde o equilíbrio é condição sem a qual não se alcança a liberdade.

A liberdade, para não ser mera utopia, deve ser assegurada pelo Estado, que através das leis delimita a margem de autonomia privada, promovendo o equilíbrio, com a supressão da insuficiência do mais fraco, que deve ser protegido em face do mais forte.

Daí se colhe que valores como liberdade, justiça, igualdade e solidariedade constituem verdadeiros alicerces das relações jurídicas, com o que o interesse social deve ter clara predominância sobre a vontade particular e da própria possibilidade de autorregulação das relações jurídicas, ficando limitado o âmbito de autonomia privada.

Esse o quadro atual: a vontade persiste como mero pressuposto e a autonomia privada, ganhando em importância, tem o seu campo de atuação cada vez mais delimitado pelo Estado. Se a vontade individual como fonte produtora de direito, no dizer de Orlando Gomes<sup>19</sup>, conduz ao arbítrio, a autonomia privada deve ser delimitada e encontrar no negócio jurídico o melhor instrumento para sua veiculação.

A propósito, no desenvolvimento que fez sobre a teoria do negócio jurídico, o mestre Orlando Gomes<sup>20</sup> afirmava que a reelaboração da noção de autonomia privada teve como ponto de partida exatamente a sua incorporação à teoria do negócio jurídico, porquanto, com o declínio do voluntarismo, a categoria dos negócios jurídicos passou a encontrar explicação fora do dogma da vontade, este levado às suas derradeiras consequências pela Escola dos Pandectas.

E de fato a vontade individual não pode mais ser concebida senão subordinada à apreciação normativa. A esse propósito, Ana Prata<sup>21</sup> anotou que o próprio Savigny recusava a idéia do negócio como ato meramente voluntário, observando que do mesmo modo que ninguém pode ser o juiz da própria causa, também não deve ser o legislador

---

<sup>19</sup> Orlando Gomes. *Transformações gerais do direito das obrigações*, p.10.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>21</sup> Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 21.

da própria norma. Essa evolução teórica levou à verificação de que o negócio jurídico é, antes de tudo, um ato voluntário integrado à previsão normativa, com base na qual os seus efeitos são produzidos.

E é também Anta Prata<sup>22</sup> quem explica a imbricação existente entre autonomia privada e negócio jurídico, assim como a constante transformação sofrida por ambos os institutos a partir do desprestígio do voluntarismo individualista, acentuando que autonomia privada e negócio jurídico constituem meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada que não são mais relegados na exclusiva disponibilidade das partes.

Autonomia privada diz respeito à capacidade negocial, à possibilidade de as próprias partes regerem sua conduta segundo o limite permitido pelo direito. Assim, as partes criam suas próprias normas individuais de caráter estritamente negocial, embora também possa existir autonomia privada fora dos negócios patrimoniais, como nos direitos reais, de família e até mesmo nos negócios extrapatrimoniais.

Nesse particular, Giovanni Ettore Nani<sup>23</sup> afirma não haver razão para se restringir o campo da autonomia privada aos negócios patrimoniais, apontando como exemplo de atuação da autonomia privada no campo extrapatrimonial a legislação sobre as transplantações de órgãos e tecidos, em que também existe autonomia privada, exclusivamente da pessoa natural. Não há discussão de conteúdo patrimonial. Outro exemplo, ao nosso sentir, é a corriqueira regulamentação de visitas a menores nos processos de família, onde também se vislumbra, claramente, a presença de autonomia privada, refletida em negócio jurídico de caráter não-patrimonial.

Tudo isso demonstra como são variadas as formas de manifestação da autonomia privada por via do negócio jurídico, diferindo sensivelmente da autonomia da vontade.

Autonomia da vontade, como anota Francisco Amaral<sup>24</sup>, tem conotação subjetiva; por sua vez, a autonomia privada, marca o poder da vontade de um modo objetivo e concreto.

De tal arte, a realização de qualquer negócio jurídico remete para o exame da possibilidade de criarmos nossas próprias regras, segundo as normas de direito material, nomeadamente os princípios e regras do direito constitucional, entre os quais o da socia-

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>23</sup> Renan Lotufo (Org.). *Direito civil constitucional – cadernos 1*, p.10.

<sup>24</sup> Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*, p. 327.

lidade e solidariedade, circunstância que, na lição de Luigi Ferri<sup>25</sup>, guarda relação com a autonomia privada e não com a autonomia da vontade.

No ambiente atual do direito privado, de perfil constitucional, a vontade deixou de ser elemento essencial do negócio jurídico, sendo mero requisito formal, pressuposto que encontra limites na norma, limites impostos para assegurar que as relações jurídicas atendam os valores fundamentais previstos na Constituição Federal e outros aspectos sociais previstos na lei infraconstitucional, como a manutenção dos contratos e a preservação da sociedade empresária.

Além das limitações, a autonomia privada também pode sofrer intervenções estatais, visando, entre outros fins, promover o devido equilíbrio da relação jurídica e afastar os atos lesivos e contrários à boa-fé, sempre com o propósito de repelir do ambiente jurídico aspectos próprios do individualismo ou voluntarismo do direito antigo. Essa intervenção é sobremodo sentida, como já frisado antes, no campo das obrigações.

Efetivamente, a primeira razão que leva o Estado a intervir na relação contratual é a desigualdade estabelecida entre os contratantes, ao que a lei civil, visando assegurar a realização dos valores fundamentais da igualdade e solidariedade, impõe limitações ao âmbito de atuação das partes, à liberdade de estabelecer regras individuais, conforme a função social que todo e qualquer ajuste deve atender visando o exercício de atividades dignas e sociais, postas acima do mero interesse das partes envolvidas e pautadas por critérios de razoabilidade, equilíbrio e proporcionalidade.

Apropriado, ainda, observar, que essas limitações e intervenções não negam, mas antes prestigiam a autonomia privada, na proporção que asseguram aos particulares determinada esfera de atuação dentro de um ambiente de respeito, de lealdade, de socialidade e de eticidade, valores que, aliás, inspiraram a edição do atual Código Civil brasileiro.

No campo econômico, anota Francesco Galgano<sup>26</sup>, a liberdade de iniciativa privada consiste na liberdade de dispor dos recursos materiais e humanos, de organizar a atividade produtiva e decidir o que, como e onde produzir. E essa liberdade, como não poderia ser diferente, deve pressupor o reconhecimento de outros direitos e de limites sociais de proteção.

---

<sup>25</sup> Renan Lotufo (Org.). *Cadernos de direito civil constitucional* 2, p. 171.

<sup>26</sup> Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 198.

A sobrevalorização do interesse social sobre o individual, sem importar a anulação do indivíduo, constitui o verdadeiro motor da despatrimonialização e humanização do direito privado no mundo dominado pelo conhecimento, em que os valores imateriais cada vez mais superam o interesse privado de apropriação de bens, justificando, no dizer de Carmem Lucia Silveira Ramos<sup>27</sup>, a sobrevalorização do interesse social na preservação do equilíbrio dos contratos e na forma de organização da empresa.

Com Carmem Lucia, temos que a despatrimonialização do direito privado, mais que a mitigação do conteúdo patrimonial no direito, importa a funcionalização de todo o sistema econômico, valorado qualitativamente e direcionado para o atendimento do interesse social.

Essa atuação estatal direta na preservação do interesse público importa exatamente a delimitação do espaço de atuação na esfera privada, espaço que é limitado para assegurar a realização dos direitos fundamentais, sobretudo no delicado âmbito das relações contratuais e empresárias, onde a exigência de uma ordem social justa é condição *sine qua non* para o pleno desenvolvimento econômico.

## 4. FUNÇÃO SOCIAL

### 4.1 Função social no direito privado

Geraldo de Camargo Vidigal<sup>28</sup> sustentava que todo homem traz em si uma inenunciável necessidade de realizar-se como indivíduo, mas para tanto, depende da aprovação do grupo social a que pertence. Da família às maiores e mais importantes instituições do país o dualismo entre individual e social tem sempre presença marcante.

Do embate entre a realização individual e a necessidade de acomodação no grupo social surge o direito com a tarefa de disciplinar as condutas individuais em prol da convivência harmônica dos indivíduos em sociedade, respeitadas suas diferenças, condições, culturas, etc.

---

<sup>27</sup> Luis Edson Fachin (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil*, p. 15.

<sup>28</sup> Geraldo de Camargo Vidigal. *O objeto do direito econômico*, p. 12.

O isolamento do indivíduo gera a impossibilidade da sua realização pessoal, situação típica dos regimes totalitários, do mesmo modo que a sua inserção harmônica no grupo social é impossível sem a submissão da vontade individual ao interesse coletivo.

Abandona então o homem o individualismo característico do período oitocentista e volta-se para sua realização no grupo social, valorando e revigorando, através do direito, a função social dos institutos jurídicos na constante busca pela concretização dos ideais de justiça. Afinal, dizia Rosa Maria de Andrade Nery<sup>29</sup>, a função é o que o direito realiza de melhor.

A sociabilidade dos institutos jurídicos, pensamos, é a pedra de toque da reconstrução e evolução do direito privado, na medida em que propõe uma alternativa ao individualismo possessivo, humanizando as relações sociais e relativizando as noções de direito subjetivo a partir da idéia de função social.

Nesse sentido, Georges Ripert<sup>30</sup> afirma que os direitos são outorgados ao homem para permitir que este preencha sua função na sociedade, não existindo razão para lhe conceder direitos que lhe permitam, por exemplo, subtrair da fruição comum bens considerados úteis a todas as pessoas.

A função social, enquanto nova categoria jurídica, é absorvida pela legislação dos países<sup>31</sup> e até mesmo pelas encíclicas papais<sup>32</sup>, mas quase sempre com o propósito de regular a propriedade privada. Contudo, o novo paradigma já estava instaurado e a velha idéia de interesse social como limite externo de direito público foi gradativamente sendo superada.

A reconstrução do direito privado, a partir da inserção da Constituição no centro do sistema, impõe a revisão e redimensionamento dos velhos institutos, a partir da categoria da função social, obnubilando cada vez mais o *discrímen* entre individual e social, com a conseqüente superação da velha dicotomia direito público e direito privado.

Com efeito, se a Constituição é o fundamento de legitimidade do ordenamento jurídico deve ser também a fonte e o novo paradigma para os institutos privados, restando eliminada a perspectiva de que as normas de direito privado, em especial as do Código Civil, e a Constituição formam esferas estanques, fechadas em si mesmas.

---

<sup>29</sup> Apontamentos de sala de aula. Pós-graduação *stricto sensu* PUC/SP, 2º semestre/2004.

<sup>30</sup> *Le régime démocratique et le droit civil*, apud Wellington Pacheco Barros, *A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico constitucional*, in *Ajuris*, nº 32.

<sup>31</sup> Do que é exemplo a Constituição de Weimar e, no Brasil, a Constituição de 1934.

<sup>32</sup> Caso da encíclica *Mater et magistra*, Papa João XXIII.

Nessa fase de reconstrução, a Constituição deve atuar como norte e garante do direito privado, permitindo a interpretação ampla e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas<sup>33</sup> entre particulares e entre estes e o Estado, em todas as suas esferas de atuação.

Articula-se nesse contexto a função social enquanto categoria de *status* constitucional e como cláusula geral prevista no Código Civil, vislumbrando Eros Grau<sup>34</sup> uma natureza de princípio jurídico na função social, princípio este informador de toda a ordem econômica nacional.

Contrapondo-se ao abuso de direito, a função social surge como regra limitadora do direito subjetivo<sup>35</sup> e da autonomia da vontade, destacando-se, porém, na idéia traduzida por Orlando Gomes<sup>36</sup> de obrigação que tem o proprietário de utilizar o seu patrimônio na forma de interesse coletivo.

Os bens particulares e as próprias relações jurídicas entabuladas sob o espaço que o Estado reserva à autonomia privada devem atender à categoria da função social, favorecendo o entrelaçamento dos institutos do direito privado com o direito público, eliminando, assim, a velha dicotomia.

#### **4.1.1 Função social e o fim da dicotomia direito público-direito privado**

A influência que a norma constitucional exerce sobre o direito privado tem permitido que muitos estudiosos do direito afirmem que, nos tempos atuais, não há mais espaço para a clássica e malhada divisão do direito em ramos público e privado.

Quiçá nem mais para efeitos meramente didáticos – justificativa da qual muitos ainda se servem para prosseguir apartando os ramos – essa vetusta divisão apresenta sentido, na medida em que, antes de aclarar a compreensão, ultima por gerar grandes dificuldades e óbices para a correta apreensão dessa nova forma de interpretar o direito privado.

---

<sup>33</sup> Como, aliás, preconiza o art. 5º, § 1º da Constituição Federal brasileira de 1988.

<sup>34</sup> Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 246.

<sup>35</sup> Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig, *in Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito*. Apud: *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (Org.), entendem que não se deve confundir a categoria da função social com a noção de limites, cujo significado é de algo externo e, portanto, estranho ao direito subjetivo.

<sup>36</sup> Orlando Gomes, *Novas dimensões da propriedade privada*, p. 12.

A separação que Jean Domat<sup>37</sup> fez entre leis civis e públicas ao tempo que contribuiu para delimitar as matérias introduzidas no Código de Napoleão, criou todas as condições para que o direito civil fosse profundamente identificado com esse Código, regulador das relações entre particulares, do estado, capacidade, propriedade e família, a ponto de tornar praticamente absoluta a separação entre direito público e privado.

Essa era a estrutura do direito civil clássico, consolidador dos direitos fundamentais reconhecidos pela Declaração de 1789, decorrente da Revolução Francesa que introduziu o Estado dito Liberal, fundado na igualdade formal entre os homens, cuja atividade livre deveria ser protegida contra a ação do Estado.

Os homens deveriam ser livres para contratar e, através do contrato, ter amplo acesso à propriedade privada, tida como direito sagrado e inviolável. Não por outra razão que o contrato era meio de transmissão da propriedade. Estavam aí fincados os fundamentos da economia capitalista, pois, entretentes, era preciso rejeitar toda e qualquer forma de intervenção do Estado Absolutista.

Nessa relação vertical entre Estado e cidadão, o direito civil cuidada exclusivamente de regular a vida deste último, do nascimento ao *post mortem*, sem sofrer influência das normas de direito público, voltadas para disciplinar os interesses estatais e os poderes políticos.

Essencialmente codificado, o direito civil do Estado Liberal compunha um sistema rígido e fechado, um todo lógico, formal e dedutivo, que entronizava a idéia de que toda a solução deveria ser buscada na literalidade da lei, sendo vedado ao aplicador a possibilidade de realizar a interpretação ampliativa. Esse modelo, no dizer de Gomes Canotilho<sup>38</sup>, satisfazia “as estratégias burguesas da legalidade”.

Com as profundas modificações provocadas na economia mundial pela Revolução Industrial iniciada na segunda metade do século XVIII, o sistema capitalista desenvolveu-se fortemente, assim como a industrialização daí decorrente, estimulando o aparecimento de uma nova forma de sociedade, que não se conformava mais com os simples postulados da igualdade formal perante a lei.

As pressões dessa nova sociedade ensejaram o surgimento de um novo modelo de Estado, intervencionista, preocupado agora em também assegurar direitos sociais aptos a gerar a igualdade efetiva, a igualdade no plano material. Para o atendimento

---

<sup>37</sup> Ingo W. Sarlet (Org.). *A constituição concretizada*, p. 86.

<sup>38</sup> Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, p. 120.

desse desiderato delineiam-se as primeiras manifestações quanto a necessidade de se conferir função social aos institutos jurídicos.

Mas é com o fim da 2ª Grande Guerra que o Estado se torna ainda mais intervencionista, passando a explorar diretamente determinadas atividades econômicas e a reduzir a margem de autonomia privada destinada aos particulares. Surgem então os direitos coletivos de terceira geração, também chamados de direitos de socialidade e fraternidade, direitos que, no Brasil, somente foram efetivamente incorporados ao ordenamento e assimilados pela sociedade muito recentemente, a partir da Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, o direito civil despe-se da sua roupagem liberal e abandona a velha pretensão codificante e rígida, partindo no caminho da evolução, da ampliação do seu leque de proteção, visando o atendimento das crescentes demandas sociais, em busca da igualdade material. Surgem as normas extravagantes de proteção ao trabalho, à criança, ao consumidor, etc., que juntas com o Código Civil constituem um sistema mais abrangente de proteção.

É nesse momento que a atenção do legislador se dirige para as relações interpretadas, propiciando a criação de normas que vão assegurar a proteção dos direitos fundamentais, entre os quais o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. E como não se tratam mais de valores individuais do direito civil clássico, próprios do Estado Liberal, conatural que a Constituição seja o repositório adequado para positivizar a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Constituição é posta no centro do sistema, passa a ter eficácia normativa e todas as regras infraconstitucionais do ordenamento, inclusive as de direito privado, têm que ser interpretadas conforme a Constituição, que assim atuará sobre todo o sistema das mais variadas formas.

Para Judith Martins-Costa<sup>39</sup> a atuação da Constituição sobre o direito privado ocorre de diferentes formas, a saber: “(i) indiretamente, quando o legislador infraconstitucional concretizar a norma de direito fundamental ao legislar a regra de direito privado; (ii) indiretamente, quando o juiz interpretar as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, preenchendo a norma incompleta com os valores albergados nos princípios constitucionais; ou (iii) diretamente, quando inexistir norma de direito privado, cláusula geral ou conceito indeterminado ou, ainda, a norma ordinária tiver alcance mais restrito

---

<sup>39</sup> Ingo W. Sarlet (Org.). *A constituição concretizada*, p. 100.

que a normativa constitucional”. A primeira forma, afirma a lente gaúcha, seria a forma clássica, mais adequada e que exige menor desprendimento hermenêutico. As demais, contudo, suscitariam maiores problemas de interpretação, na medida em exigiriam o reconhecimento de *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais sobre as normas ordinárias.

Daí se vê a influência que o texto constitucional passa a exercer sobre o direito privado, não havendo mais razão para se manter a antiga divisão entre ramos público e privado, apropriada no ambiente do velho direito civil clássico, mas totalmente obsoleta e sem sentido nos dias que correm, máxime no Brasil, diante da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil, este fundado num sistema semi-aberto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Essa mudança de paradigma pode ser bem sentida nas palavras de Luiz Edson Fachin<sup>40</sup>, que chama de “virada de Copérnico” a “recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em seu sentido concreto e pleno) e menos ao redor do patrimônio em si mesmo”, de modo que “fenômenos como constitucionalização de institutos de base do Direito Civil, superando, ao menos em parte, a artificial dicotomia entre o universo jurídico público e o santuário privado clássico, apontam para esse repensar presente na repersonalização, fundamento antropocêntrico do Direito Civil para eclipsar os dogmas do oitocentista civilístico”.

Sob diferente enfoque, Gustavo Tepedino<sup>41</sup> fala que a *summa divisio* do direito público e do direito privado deve ser abandonada diante do que denomina de “interpenetração do direito público e do direito privado” cuja característica marcante é a redefinição dos espaços público e privado.

Para Tepedino a hibridez dos temas e institutos se compagina plenamente com a sociedade tecnológica, sendo inevitável a alteração dos limites territoriais do direito público e do privado, cuja distinção não é mais qualitativa, mas sim quantitativa. No dizer do mestre, “pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública”.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Luis Edson Fachin (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 116.

<sup>41</sup> Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*, p. 19.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 20.

A interpenetração do direito público e do direito privado intensifica-se tanto mais à proporção em que se constata a influência que os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal passaram a exercer sobre o direito civil, circunstância que gera maior dificuldade para a demarcação dos setores afetos a um e a outro ramo. A justaposição e conexão desses setores é bem percebida pela pena de Konrad Hesse<sup>43</sup>, para quem Direito Constitucional e Direito Privado constituem partes necessárias de um ordenamento jurídico unitário, que reciprocamente se complementam, se apóiam e se condicionam.

A dificuldade de individuação das fronteiras entre direito público e privado também foi sentida por Perlingieri<sup>44</sup>, que aludiu a existência de uma crise na clássica distinção entre os ramos, considerando que enquanto na sociedade romana era precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, na sociedade moderna é difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público.

Em Giuseppe Lumia<sup>45</sup> colhe-se a anotação de que entre as grandes dicotomias de que se ocupam os juristas, a que distingue direito público e direito privado talvez seja a mais importante. Segundo esse autor, essa discussão remonta à jurisprudência romana que estatuiu a distinção com base no critério da utilidade de Ulpiano<sup>46</sup>, que atualmente não mais se justifica em face da impossibilidade prática de se apartar os interesses particular e coletivo, porquanto ao declarar que um interesse privado é merecedor de proteção estatal, o Estado ultima por assumir esse interesse como seu.

De nossa parte, temos que o melhor é mesmo retirar essa distinção de foco e, sob o prisma da funcionalidade, analisar o direito como um todo orgânico cujas regras, tenham caráter público ou privado, se interpenetram na busca da mais razoável e justa solução dos conflitos de interesses. A par disso, não é possível desprezar a margem de autonomia privada concedida aos particulares para a regulação dos seus próprios interesses, autonomia que deve estar sempre submetida ao atendimento da função social.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Konrad Hesse. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 81.

<sup>44</sup> Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil*, p. 53.

<sup>45</sup> Giuseppe Lumia. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p.56.

<sup>46</sup> "Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quoad ad singulorum utilitatem".

<sup>47</sup> Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 29.

#### 4.1.2 Função social e o novo código

Com o fim dos regimes totalitários e o advento da redemocratização, os Estados Modernos internaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem em suas Constituições<sup>48</sup> e os valores fundamentais da pessoa humana conquistaram singular importância, refletindo definitivamente nas relações privadas, a partir da transformação de antigos institutos jurídicos, como a empresa e o contrato.

Nessa esteira, nossa atual Constituição Federal, no art. 1º, incs. III e IV, estabeleceu que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem entre seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* e os valores *sociais do trabalho* e da *livre iniciativa*.

Também a partir da Constituição Federal (art. 3º, inc. I) temos que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*.

Reafirmando tanto mais seu caráter social, a Carta proclama no art. 170 que a ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observado, além de outros princípios, o da *função social da propriedade*.

Inseridos de maneira abstrata e geral no topo do sistema, os *valores fundamentais da dignidade da pessoa humana*, do *trabalho*, da *livre iniciativa* e da *solidariedade*, assim como o princípio da *função social da propriedade* (princípio geral da atividade econômica), precisavam ganhar concretude na vida das pessoas, papel que a moderna doutrina entende caber ao direito privado<sup>49</sup>, verdadeiro promotor desses valores.

Por óbvio, que essa tarefa não poderia ser eficazmente cumprida por intermédio de uma legislação civil de cunho individualista, de acentuado caráter patrimonial, con-

<sup>48</sup> Norberto Bobbio. *A era dos direitos*.

<sup>49</sup> Pensamento que encontramos, entre outros, em **Joaquín Arce Flórez-Valdez** (*El derecho civil constitucional*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p. 21/67); **Konrad Hesse** (*Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1995); **Pietro Perlingieri** (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifche Italiane, p. 1/9, 55/61); **Claus Wilhelm Canaris** (*Direitos fundamentais e direito privado*, Ed. Almedina, 2003, p. 52 à 75); **Judith Martins-Costa** (*Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Org.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado Editora, 2003); **Renan Lotufo** (*Da oportunidade da codificação civil e a constituição*. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Org.: *O novo código civil e a constituição*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado Editora, 2003) e **Gustavo Tepedino** (*Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 1/22).

cebida para uma sociedade patriarcal e rural, como era o Código Civil de 1916, até bem pouco tempo em vigor.

Nesse contexto, espera-se que os paradigmas da *eticidade*, *operabilidade* e nomeadamente o da *socialidade*, que inspiraram a elaboração do novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sejam capazes de implementar, via do direito privado, os valores hauridos do texto constitucional na complexa sociedade contemporânea, de modo a trazer funcionalidade para o sistema, “promovendo a parificação e pacificação social”<sup>50</sup> também por intermédio da empresa e do contrato.

A alteração do antigo modelo de Beviláqua para o novo paradigma de Reale exigirá, sem dúvida, maior esforço e preparo intelectual dos operadores do Direito, na medida em que o legislador do novo Código Civil fez opção por um sistema móvel, “por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema”.<sup>51</sup>

Os conceitos legais indeterminados, conforme doutrina de Nelson Nery<sup>52</sup>, constituem expressões vagas e imprecisas indicadas na lei, mas que, relacionadas com o fato levado a exame, permitem ao juiz, a quando da subsunção, preencher os claros e declarar a norma atuante no caso concreto, cuja solução já estará preestabelecida no ordenamento. Não há função criadora. Já as cláusulas gerais seriam normas orientadoras dirigidas ao juiz, que atuaria com maior liberdade preenchendo os claros com os valores do caso concreto, sem solução predeterminada na norma. A função criadora, portanto, teria que atuar.<sup>53</sup>

Enfatizando a relevância do intérprete e do aplicador do direito perante o novo sistema, Ruy Rosado de Aguiar chega a batizar o novo Código como o “Código dos Juízes”<sup>54</sup>, porque a eles cumprirá o mister de realizar o direito diante da hipótese concreta.

---

<sup>50</sup> Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, em sua tese de livre-docência sob o título *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, sustenta que: “É o direito que desempenha função na sociedade: função histórica pacificadora, de equilíbrio, de segurança, de garantia, de coexistência social pacífica. Função de Justiça. Mercê dessa função de atingir a segurança da sociedade promovendo a parificação e pacificação social, o sistema se nutre de mecanismos para viabilizar essa finalidade querida pela ciência” (p. 276).

<sup>51</sup> Segundo Nelson Nery “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”. (In: *Contratos no código civil*, p. 402).

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 408/409.

<sup>54</sup> RT 775/19

E precisamente no que respeita à cláusula geral da função social, estatui o novo Código no art. 421 que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A inovadora regra de abertura das disposições gerais dos contratos decorre da incidência da *socialidade* que, juntamente com a *eticidade* e *operabilidade*, constituem os três princípios fundamentais que inspiraram a elaboração do novo Código Civil brasileiro.

Tratando-se de um princípio estruturante é apropriado sustentar que o mesmo constitui *matriz e motriz*<sup>55</sup> de todo o Código, porquanto neste encontra nascedouro e por ele se espraia, movimentando o seu vasto corpo de normas. Daí porque a cláusula geral da função social se aplica também à atividade empresarial, seja ela exercida por sociedades contratuais ou institucionais, na consonância de outro princípio jurídico, qual seja o da preservação da sociedade empresária, também inspirado na regra fundamental de socialidade.

Sob o aspecto operacional, a expressão *liberdade de contratar* deve ser interpretada em sentido amplo. É dizer, atine tanto com a possibilidade de escolher com quem contratar (com quem dizer sim ou não), como também com a liberdade de discutir o conteúdo, as cláusulas do contrato, em igualdade de condições com a outra parte, tudo na conformidade com a cláusula geral da *função social*.

O dispositivo, sem reбуço de dúvida, mitiga o princípio de que o contrato é *res inter alios*, ou seja, entabulado para operar apenas entre as partes, na medida em que dirige sua preocupação para os terceiros (sociedade em geral), que embora não participando da avença, de um modo ou de outro, podem ter que suportar os seus efeitos.

Abranda-se a força obrigatória dos contratos para o fim de repugnar a ilicitude e o abuso de direito, afastando-o também dos domínios das obrigações. Conforme acentua Humberto Theodoro Júnior<sup>56</sup>, não seria mesmo possível consentir que a liberdade de contratar redundasse em prejuízos injustos para a sociedade e terceiros, que sofreriam os “efeitos externos das obrigações” sem que a elas tivessem aderido.

---

<sup>55</sup> Expressão de Renan Lotufo.

<sup>56</sup> Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e sua função social*, p. 40.

## 4.2 Função social como cláusula geral limitadora da autonomia privada

Abandonada a ótica individualista e puramente patrimonial da velha ordem civil, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, deve o intérprete servir-se da cláusula geral da função social como instrumento apto a promover a concretude dos valores fundamentais, de modo a impedir abusos e limitar excessos de vantajosidade econômica que encapsulam as relações jurídicas entre dois sujeitos e desprezam o interesse geral que o direito tem de servir, conforme a *teoria da função* desenvolvida por Bobbio.<sup>57</sup>

A concepção segundo a qual os particulares, no âmbito da disposição de suas vontades, tudo podem estipular, desde que tenha objeto lícito e não vedado em lei, não se compraz com o atual estágio da civilização. Nos dias que correm a autonomia privada, a liberdade de iniciativa e a liberdade contratual encontram limite no interesse social, que sobrepaira ao interesse dos indivíduos.

Como já veio de afirmar Miguel Reale, o Direito existe na sociedade e não pode ser concebido fora dela, por isso, a *socialidade* constitui uma das características da realidade jurídica.<sup>58</sup> E o Direito que se pretende operativo e realizador dos valores fundamentais inseridos no texto constitucional não pode desprezar as exigências da solidariedade social.

Nessa perspectiva, tanto a atividade econômica, como o negócio jurídico facilitador da circulação de riqueza devem observar os limites impostos pela função social, de modo a cumprir seu estrito objeto, no interesse das partes diretamente envolvidas, sem perder de vista o dever de não lesar a sociedade e de promover o bem estar geral.

Esse é o papel que a cláusula geral da *função social* deve desempenhar no atual sistema de direito civil, permitindo o adequado equilíbrio entre a realização do interesse econômico e a preservação do interesse social.

---

<sup>57</sup> Norberto Bobbio. *Derecho y ciencias sociales. Contribución a la teoría del derecho.*

<sup>58</sup> Miguel Reale. *Noções preliminares de direito.* p. 2.

### 4.3 Função social da empresa

A empresa deve ser entendida como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Portanto, não se confunde com o empresário, pessoa física ou jurídica que exerce a empresa, no primeiro caso como empresário individual; no segundo, organizado sob a forma de sociedade empresária.

A teoria da empresa oriunda do sistema francês – informa Fábio Ulhoa Coelho<sup>59</sup> – foi adotada pelo direito privado brasileiro, e entendemos que adquiriu maior relevo entre nós com a unificação do direito das obrigações no âmbito do Código Civil, em Livro próprio da Parte Especial, denominado Direito de Empresa.

Essa unificação favorece a aplicação do direito, no geral, e a conformação com a cláusula da função social, no particular, na medida em que, estando revogadas as regras obrigacionais do vetusto Código Comercial de 1850, garante-se a utilização do direito civil como fonte direta e primária para a solução das questões empresariais.

No sistema do velho Código Imperial, o direito civil era, ordinariamente, considerado como fonte indireta e subsidiária, chegando ao extremo de o art. 291 daquele diploma afirmar a *impossibilidade de se recorrer ao direito civil* para solução de controvérsia em tema de associação mercantil.

A aplicação sistemática das regras do novo Código Civil permite, sem dúvida, estender o valor da função social para o exercício da atividade econômica, de maneira que o exercício da empresa, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência se conformem com os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da solidariedade.

É o direito privado atual que faz realizar a livre iniciativa.

Aliás, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, garantindo assim o exercício da empresa, a Constituição Federal impõe o dever de observar a função social da propriedade, que quando ligada à livre iniciativa, defende Rachel Sztajn<sup>60</sup>, se refere tanto aos bens e meios de produção, quanto aos bens, produtos e serviços resultantes da atividade econômica dirigida para os mercados.

---

<sup>59</sup> Fábio Coelho. *Curso de direito comercial*. p. 27.

<sup>60</sup> Rachel Sztajn. *Teoria jurídica da empresa. Atividade empresária e mercados*. p. 17.

Rachel Sztajn<sup>61</sup> entende que a livre iniciativa e livre mercado são valores recepcionados pelo constituinte de 1988, razão pela qual a análise dos mercados deve observar duas vertentes: a liberal, em que a livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva, e a social, que impõe limites à livre iniciativa para privilegiar outros valores.

Augusto Geraldo Teizen Júnior<sup>62</sup>, por sua vez, adverte que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo que o tradicional do direito civil. Inclui-se na proteção constitucional, também, a propriedade de outros bens patrimoniais, ao que Fábio Konder Comparato<sup>63</sup> sugere o próprio poder de controle empresarial.

Afirma-se com segurança, portanto, que a livre iniciativa e o próprio exercício da atividade empresarial são protegidos pela lei na medida em que atendam sua função social e assegurem a realização dos valores fundamentais.

Não há como se vislumbrar atividade empresarial desgarrada de uma função social, assim como o dever de solidariedade deve constituir um critério conformativo da liberdade de iniciativa econômica, conforme sustenta Natalino Irti<sup>64</sup>.

E essa concepção desborda do texto constitucional, espraia pelo Código Civil e vai inspirar o legislador ordinário na construção do direito contemporâneo.

Prova disso é o esforço legislativo de elaboração da nova lei de falências<sup>65</sup>, denominada de lei de recuperação econômica das empresas, que fundada nos princípios da preservação e da socialidade, prestigia a manutenção do empreendimento, sempre que possível, visando assegurar o desenvolvimento econômico, reduzir o custo do crédito e, acima de tudo, proteger os postos de trabalho.

Separando os institutos da empresa e do empresário, a nova lei, malgrado as fundadas críticas que vem sofrendo<sup>66</sup>, permite mesmo o afastamento do próprio empresário em prestígio da continuidade da empresa, o que evidencia tanto mais o seu nítido caráter social.

Como se vê, mesmo a possibilidade que o Estado confere aos cidadãos de se tornarem investidores de capital ou empreendedores da atividade econômica encontra

---

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Augusto Geraldo Teizen Júnior. *A função social no Código Civil*. p. 143.

<sup>63</sup> Fábio K. Comparato. *Estado, empresa e função social*. p. 38.

<sup>64</sup> Natalino Irti. *L'ordine giuridico del mercato*. Editori Laterza, p. 114/119.

<sup>65</sup> Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>66</sup> Nomeadamente no que respeita ao novo critério de classificação e limitação de créditos, resultando em privilégio dos ativos do sistema financeiro em detrimento dos créditos fiscal e trabalhista.

limite na função social e no princípio de solidariedade inserto no art. 3º, inc. I da Constituição Federal, que deve ser aplicado em harmonia com os princípios que regulam a ordem econômica e social (art. 170 da Carta), entre os quais o da função social da propriedade, o que envolve o estabelecimento empresarial.

Logo, o novo sistema de direito privado (no qual a Constituição se insere, como visto alhures) sepulta com pá de cal a visão egoística e puramente econômica da empresa conferindo-lhe uma nova concepção sob prisma sociológico, embora permaneça existindo quem sustente, por absurdo que pareça, que a função social da empresa é gerar lucros.

A esdrúxula proposição autoriza sustentar, por questão de coerência, que a função social do contrato seria fazer circular as riquezas (o que constitui apenas uma das finalidades específicas da avença), independentemente dos prejuízos que eventual contratação pudesse acarretar à sociedade e a terceiros.

A geração de lucros constitui, na verdade, a realização do objeto social, que é o fim específico para o qual o empreendimento foi constituído. Isso, porém, nada tem com a função social, que diz respeito às limitações que a liberdade de atuação empresarial encontra no interesse público e no dever de solidariedade social.

Conceber a realização do lucro como função social própria e exclusiva da empresa, importa admitir que determinada sociedade empresária possa, a pretexto de atender essa tal “função social do lucro”, sonegar tributos, não observar regras de proteção aos trabalhadores, praticar concorrência desleal, lesar consumidores e parceiros empresariais, além de causar danos ao meio-ambiente.

Esse ambiente de vale tudo pelo lucro, por certo, não permite uma acomodação legal entre o princípio da livre iniciativa e os ditames da justiça social, que o direito privado moderno visa assegurar através da cláusula geral da função social.

#### **4.4 Função social do contrato**

Essa cláusula geral, como já afirmado antes, figura expressamente no art. 421 do novo Código Civil, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Incidindo sobre a autonomia privada, a cláusula geral da função social afasta o caráter individualista do contrato, impedindo a veiculação do abuso de direito e da vantajosidade excessiva, ao passo que reafirma a necessidade de atendimento aos deveres laterais ou anexos de conduta, em especial os de cooperação e solidariedade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que o art. 422 do Código impõe a todos os contratantes para, sob a ótica deste estudo, não causar danos a terceiros.

A cláusula da função social, por outro lado, atenua consideravelmente os princípios do *pacta sunt servanda* e o da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que este tem eficácia social, repercute na sociedade e não apenas *inter alios acta*.

Por outro lado, essa cláusula geral reafirma os princípios do equilíbrio contratual e da preservação do pacto, permitindo ao juiz, optar pela solução que melhor prestigie a ética, o interesse do contratante vulnerável e a finalidade do ajuste.

Dessume-se, portanto, que hodiernamente o contrato não pode ser reduzido à ótica exclusiva dos contratantes. Não se limita a tão-somente favorecer a circulação de riquezas. Destina-se também a promover os valores da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e, fundamentalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-se, por essa razão, que o contrato não pode ser nocivo à sociedade, sob nenhum aspecto.

O contrato, na lição de Rosa Maria Nery<sup>67</sup>, constitui “expressão jurídica máxima da liberdade contratual”, pelo que deve ser examinado sob duplo ponto de vista, isto é, tanto sob o ângulo da sua base subjetiva, relacionada com a manifestação da liberdade negocial das partes, como também, e principalmente, sob o espectro da sua base objetiva, que toca à sua *função social*.

E ao contrário do que alguns doutrinadores entendem<sup>68</sup>, a cláusula da função social não constitui regra inútil e tampouco tem efeito desagregador do contrato. Muito ao contrário, tão relevante é a presença da função social do contrato no sistema de direito privado, que essa cláusula pode até ser alçada, conforme Renan Lotufo<sup>69</sup>, ao nível de requisito de validade do negócio jurídico e a sua inobservância pode acarretar a nulidade do ajuste.

---

<sup>67</sup> Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, p. 278.

<sup>68</sup> Entre os quais João Batista Villela e Ricardo Luís Lorenzetti, segundo manifestação em palestras do 3º Simpósio Nacional de Direito Civil do Centro de Extensão Universitária, em 27 e 28/08/04.

<sup>69</sup> Conforme aula ministrada na pós-graduação da PUC em 20/09/2004.

Com tal eficácia, a função social, além de cláusula geral, pode também exsurgir, como entende Nelson Nery<sup>70</sup>, como abstração quase que máxima de conceito legal indeterminado, autorizando que o juiz ingresse na economia interna do contrato, decidindo diversamente da vontade das partes, com o propósito de assegurar o atendimento da função social e do equilíbrio dos pactos, intervenção que esse mestre entende<sup>71</sup> possível de se operar inclusive de ofício, posto que preceitos de ordem pública, nos termos do art. 2.035, parágrafo único do novo Código Civil.

A interessante tese gera polêmica e encontra forte resistência em Renan Lotufo<sup>72</sup>, cuja doutrina defende que o juiz somente pode, através do processo e mediante provocação da parte, intervir para restabelecer o equilíbrio da prestação, jamais intervir na equação econômica, na economia interna do contrato, que importa seara de autonomia privada, terreno de atuação exclusiva dos contratantes no ajuste dos seus interesses.

E a propósito dos interesses dos contratantes, a cláusula da função social não está a eliminar os interesses contrapostos, porquanto, a divergência e a oposição de interesses fazem parte da própria natureza do contrato cujo papel é exatamente o de harmonizar esses diferentes interesses negociais.

A persecução e a acomodação de interesses contrapostos, todavia, como frisa Gustavo Tepedino<sup>73</sup>, não constitui empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica, de modo a evitar, pensamos nós, que os efeitos externos da avença prejudiquem injustamente os interesses dos que são estranhos ao vínculo, ou seja, terceiros e sociedade em geral.

As possibilidades de desvirtuamento da função social são inúmeras e aqui podemos citar alguns, como o ajuste simulado de contrato para prejudicar terceiros, o empresário que atrai clientela sob a forma de propaganda enganosa, a divulgação de publicidade agressiva causadora de poluição sonora e visual, a comercialização de viagens e hospedagem favorecedora de turismo sexual ou prostituição infantil, a compra e venda de defensivos agrícolas que importem danos ao meio ambiente e à vizinhança, a locação empresarial em área exclusivamente residencial da cidade, etc.

---

<sup>70</sup> Conforme palestra proferida no 3º Simpósio Nacional de Direito Civil do Centro de Extensão Universitária, em 27/08/04.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> Apontamentos de sala de aula. Pós-graduação *stricto sensu* PUC/SP, 2º semestre/2004.

<sup>73</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. *Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no código do consumidor*, p. 148.

Todos esses casos tratam da projeção externa dos efeitos do contrato perante terceiros que, quando comprovadamente prejudicados, poderão suscitar em juízo a cessação dos efeitos do ajuste e, eventualmente, a reparação dos danos sofridos.

No que tange ao âmbito interno do contrato, que toca exclusivamente aos interesses das partes contratantes, somos da opinião de Humberto Theodoro Júnior<sup>74</sup>, segundo o qual não é apropriado suscitar desvio de função social quando a deslealdade de um contratante prejudicar os interesses apenas do outro. Nesse caso, entra em cena a figura da boa-fé objetiva e quem pode reagir é o próprio sujeito contratual lesado.

Entendemos que essa forma de pensar é a que traz melhor infunde operabilidade técnica para o sistema e conserva a logicidade e distinção entre os artigos 421 e 422 do novo Código Civil. O primeiro, ao tratar da cláusula geral da função social, dirige-se para a regulação dos efeitos externos da contratação. O segundo, ao apoiar-se na cláusula geral de boa-fé objetiva, cuida dos efeitos internos da relação obrigacional, que operam apenas entre os próprios contratantes.

Nesse ponto, importante observar que os danos sociais (e, portanto, de efeitos externos) causados por um contrato que se desvirtua da sua função social também podem ser combatidos por ações coletivas, nos moldes em que essas ações encontram-se reguladas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

## 5. CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, temos que a função social está presente em todas as ciências e atividades que têm o ser humano como destinatário. Mais até, vimos que a função é aquilo que de melhor as ciências e o próprio direito realizam.

Verificamos que a evolução social operada no último século, com o surgimento dos contratos de massa e das transações por meio eletrônico provocaram a derrocada definitiva do individualismo burguês e do dogma da vontade, ensejando o fortalecimento da autonomia privada, potestade deferida aos particulares de regularem suas próprias relações, nos limite da lei.

---

<sup>74</sup> Humberto Theodoro Júnior, *O contrato e sua função social*, p. 59.

Entre os limites que a lei impõe à autonomia privada entendemos figurar a cláusula geral da função social expressamente inserida no novo Código Civil brasileiro, cláusula aplicável à realidade dos contratos e das empresas, ambos instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social, conforme dispõe o art. 1º, inc. III e IV, e art. 3º, inc. I da Constituição Federal.

Abstraímos ao longo deste trabalho, que essa mudança de foco (da autonomia da vontade passa-se à autonomia privada, delimitada esta pela função social) decorre e concorre para evolução operada no direito privado, que traz a Constituição para o vértice do sistema, provocando o fim da velha dicotomia direito público-direito privado, a partir da consideração segundo a qual a Carta Maior possui caráter normativo, tem aplicação imediata e, juntamente com o Código Civil, integra o sistema de direito privado moderno, cujo desafio é fazer realizar os valores fundamentais nas relações interprivadas.

Observamos, ainda, que o novo sistema de direito privado, integrado pela Constituição, favorece a realização da atividade econômica e da livre iniciativa através da exploração da empresa, que erige com função social (não mais puramente econômica) e papel de promotora da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentir, concluímos que o contrato, embora entabulado entre partes interessadas na regulação de seus propósitos negociais, têm reflexos externos sobre terceiros e sociedade em geral, ao que não pode mais ser reduzido a mero instrumento regulador da vontade das partes, porquanto, além de favorecer a circulação de riquezas, o contrato se destina a promover os valores da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e, tal como a empresa, o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. *Direito civil - introdução*. Rio: Renovar, 2003.

BELVEDERE, Andrea; GRANELLI, Carlo. *Confini attuali dell'autonomia privata*. Padova: Cedam, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luis Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 2000.

FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Milano: Laterza, 2003.

KAISER, Pierre. *La protection de la vie privée par le droit*. 3.ed. Paris: Economica.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao direito civil constitucional*. São Paulo: RT, v. 768, 1999.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Direito civil constitucional. Cadernos 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan. *Cadernos de direito civil constitucional*. 2.cad. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*. São Paulo, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001.

\_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio: Forense, 2004.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Objeto do direito econômico*. São Paulo, 1976.