

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>A MODERNA TEORIA DA EMPRESA</b>	<b>16</b>
2.1	A EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO À EMPRESA	16
<b>2.1.1</b>	<b>Antiguidade</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2</b>	<b>Roma</b>	<b>16</b>
<b>2.1.3</b>	<b>Idade Média</b>	<b>17</b>
<b>2.1.4</b>	<b>Idade Moderna</b>	<b>18</b>
2.2	O TERMO “EMPRESA” E SUAS APLICAÇÕES COTIDIANAS	20
2.3	A TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO	21
<b>2.3.1</b>	<b>Direito Francês</b>	<b>21</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Direito Alemão</b>	<b>22</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Direito Espanhol</b>	<b>24</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Direito Português</b>	<b>24</b>
<b>2.3.5</b>	<b>Direito Italiano</b>	<b>25</b>
2.4	EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO	27
<b>2.4.1</b>	<b>Período pré-codificação</b>	<b>27</b>
<b>2.4.2</b>	<b>Período da codificação anterior</b>	<b>27</b>
<b>2.4.3</b>	<b>Período da codificação atual</b>	<b>29</b>
2.5	A EMPRESA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	30
<b>3</b>	<b>TEORIA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL</b>	<b>33</b>
3.1	A EXPRESSÃO “FUNÇÃO SOCIAL”	33
<b>3.1.1</b>	<b>Sistema de Direito Fechado</b>	<b>33</b>
3.1.1.1	Evolução do termo “sistema”	33
3.1.1.2	Noção de sistema fechado no positivismo	34
3.1.1.3	Do sistema fechado para o sistema aberto	37
<b>3.1.2</b>	<b>Função social: cláusula geral ou princípio?</b>	<b>38</b>
3.1.2.1	Função Social e Cláusulas Gerais	39
3.1.2.2	A vagueza semântica das cláusulas gerais	43
<b>3.1.3</b>	<b>A expressão “Função Social” como Princípio</b>	<b>44</b>
3.2	O BEM COMUM	46

<b>3.2.1</b>	<b>Concepção Individualista</b>	<b>46</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Concepção Coletiva</b>	<b>46</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Concepção Adotada</b>	<b>47</b>
3.3	A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO	48
<b>3.3.1</b>	<b>Noções Gerais</b>	<b>48</b>
<b>3.3.2</b>	<b>Lógica e Natureza da Função Social</b>	<b>49</b>
<b>3.3.3</b>	<b>Histórico</b>	<b>50</b>
<b>3.3.4</b>	<b>Acepções da Função Social</b>	<b>52</b>
<b>3.3.5</b>	<b>Função Social nas Constituições Brasileiras – Breve Relato</b>	<b>53</b>
3.4	FUNÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO	54
<b>3.4.1</b>	<b>Constitucionalismo Funcional</b>	<b>55</b>
<b>3.4.2</b>	<b>Constitucionalismo Socioeconômico</b>	<b>55</b>
<b>3.4.3</b>	<b>Função Social na Constituição de 1988: Fundamentos</b>	<b>56</b>
<b>3.4.4</b>	<b>Função Social na Constituição de 1988: Natureza Jurídica e Eficácia</b>	<b>57</b>
<b>3.4.5</b>	<b>Função Social da Propriedade e da Posse na Constituição de 1988</b>	<b>58</b>
<b>3.4.6</b>	<b>Função Social da Empresa e do Contrato</b>	<b>58</b>
<b>3.4.7</b>	<b>A Função Social da Família</b>	<b>59</b>
<b>4</b>	<b>A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO</b>	<b>60</b>
4.1	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	60
<b>4.1.1</b>	<b>Direito de Propriedade</b>	<b>60</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Transformações no direito à propriedade</b>	<b>62</b>
4.1.2.1	Propriedade no Estado Liberal de Direito	62
4.1.2.2	Propriedade no Estado Social de Direito	64
<b>4.1.3</b>	<b>Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro</b>	<b>65</b>
4.1.3.1	A Propriedade no Direito Constitucional Brasileiro	65
4.1.3.2	A Propriedade no Direito Civil	67
<b>4.1.4</b>	<b>Função Social da Propriedade no Direito Brasileiro</b>	<b>68</b>
4.1.4.1	Conceito de Função Social da Propriedade	68
4.1.4.2	Função social da Propriedade na Constituição de 1988	70
4.1.4.3	Função social da Propriedade no Código Civil de 2002	72
4.2	FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	74

<b>4.2.1</b>	<b>A Função Social do Contrato e os negócios jurídico-formais</b>	<b>75</b>
<b>4.2.2</b>	<b>A Função Social do Contrato e a lesão subjetiva</b>	<b>75</b>
4.2.2.1	Conceito e natureza jurídica da lesão subjetiva	76
4.2.2.2	Relação simbiótica entre lesão e função social do contrato	79
4.2.2.3	A lesão como vício social do negócio jurídico	79
<b>4.2.3</b>	<b>A Função Social do Contrato e a possibilidade de conversão do contrato nulo</b>	<b>80</b>
<b>4.2.4</b>	<b>A Função Social do Contrato e o Abuso de Direito</b>	<b>82</b>
<b>4.2.5</b>	<b>A Função Social do Contrato e os Contratos de Adesão</b>	<b>82</b>
4.2.5.1	Conceito de Contrato de Adesão	83
4.2.5.2	Natureza Jurídica do Contrato de Adesão	86
4.2.5.3	A proteção específica no Novo Código Civil em relação aos Contratos de Adesão	88
<b>4.2.6</b>	<b>Função Social do Contrato e a Revisão Contratual</b>	<b>90</b>
<b>4.2.7</b>	<b>A Função Social do Contrato na extinção dos contratos</b>	<b>92</b>
<b>4.2.8</b>	<b>Função Social do Contrato e juros moratórios</b>	<b>94</b>
<b>4.2.9</b>	<b>Função Social do Contrato e a Cláusula Penal</b>	<b>98</b>
<b>4.2.10</b>	<b>Aplicação da Função Social do Contrato a negócio celebrado antes da sua vigência</b>	<b>99</b>
<b>5</b>	<b>FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA</b>	<b>102</b>
5.1	REGIME JURÍDICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	102
5.1.1	Introdução	102
5.1.2	Noção de Função Social: Generalidades e aplicação à empresa	103
5.1.3	Diferenças entre a Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa	105
5.1.4	Contornos para a aplicação da Função Social da Empresa	106
5.1.5	Legislação Infraconstitucional e Função Social da Empresa	107
5.2	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO ESTÁTICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	108
5.2.1	As propriedades: bens de produção	108
5.2.2	A Função Social da Propriedade e dos bens de produção	109
5.2.3	A funcionalidade das empresas	110
5.2.4	Análise funcional	112

<b>5.2.5</b>	<b>O sentido antigo de propriedade</b>	<b>112</b>
<b>5.2.6</b>	<b>Fundamento sob a ótica constitucional</b>	<b>114</b>
<b>5.2.7</b>	<b>Propriedade e Poder de Controle</b>	<b>114</b>
<b>5.2.8</b>	<b>Função Social da Propriedade</b>	<b>116</b>
<b>5.2.9</b>	<b>O estatuto da cidade e a função social</b>	<b>119</b>
<b>5.2.10</b>	<b>Destinação social dos bens produtivos</b>	<b>119</b>
<b>5.3</b>	<b>FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DINÂMICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA</b>	<b>119</b>
<b>5.3.1</b>	<b>Conceito de empresário e seu aspecto dinâmico</b>	<b>120</b>
<b>5.3.2</b>	<b>O contrato como elemento indispensável à caracterização do empresário</b>	<b>126</b>
<b>5.3.3</b>	<b>Função social do contrato como fundamento dinâmico da função social da empresa</b>	<b>127</b>
5.3.3.1	A Função Social do Contrato no Código Civil Brasileiro	127
5.3.3.2	Função social do contrato como princípio constitucional	128
<b>5.4</b>	<b>APLICABILIDADE PRAGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA</b>	<b>131</b>
<b>5.4.1</b>	<b>A função social da empresa e sua aplicação ao acionista controlador prevista na lei de sociedades por ações (Lei n. 6.404/1976)</b>	<b>131</b>
<b>5.4.2</b>	<b>A função social da empresa e sua aplicação na recuperação de empresas prevista na lei de falências e recuperações (Lei n. 11.101/2005)</b>	<b>133</b>
<b>5.4.3</b>	<b>A função social da empresa e sua aplicação no conceito de empresário prevista no projeto de lei de alteração do código civil brasileiro</b>	<b>135</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>136</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>141</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Estudar as relações que envolvem os empresários tem grande relevância em face da importância que a atividade empresarial assumiu atualmente. A atividade empresarial pode ser encarada como mola propulsora da economia capitalista mundial.

Outro ponto que motivou a pesquisa, ora em tela, são as questões de difícil solução envolvendo a evolução do Direito Privado, especificamente, da sua visão individualista para assumir contornos coletivos. Tais contornos estão arraigados na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil Brasileiro de 2002. Pode-se assegurar a importância deste estudo com base no grande número de estudos da legislação ordinária privatista em face da Constituição Federal.

Cabe colocar aqui que a unificação legislativa do Direito Privado aproximou ainda mais o Direito Civil do Direito Empresarial, possibilitando uma convergência dos estudos. Ao lado disso, o novel diploma civil consolidou no Direito brasileiro a Teoria da Empresa, advinda do Direito italiano. Esta teoria propôs, dentre outras modificações, a separação do conceito de empresário do de empresa. O empresário é o sujeito de direito profissional, podendo ser pessoa física ou jurídica. Já a empresa é a atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços. Assim, atendendo a sua função social, pode-se imaginar o afastamento do empresário inapto, em prol da manutenção da atividade geradora de empregos e renda e circuladora de riquezas.

Esta visão também é compartilhada pelo inovador diploma falimentar. A Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, expõe de forma clara, quase didática, que a atividade deve ser recuperada sempre que economicamente viável, mesmo que com o sacrifício jurídico daquele que a exerce.

O problema científico central apresentado reside em saber quais são os fundamentos jurídicos da função social da empresa, em face da moderna teoria da empresa.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os contornos da função social da empresa em face das recentes mudanças normativas do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005). Os objetivos específicos são: a) Identificar os contornos do Direito Privado atual, especificamente o perfil constitucional e o aspecto funcionalizado; b) Estudar a função social como uma categoria jurídica autônoma; c) Verificar a limitação da autonomia da vontade e da autonomia privada pela função social; d) Enfrentar as questões decorrentes da reunião do Direito Público e Direito Privado a partir função social; e) Propor o estudo da função social da propriedade e do contrato como fundamentos da função social da empresa; f) Delimitar a função social da empresa, com base nos conceitos a serem desenvolvidos neste trabalho.

A metodologia de abordagem utilizada neste trabalho foi a dialética, envolvendo análise de textos e obras correlatas para alcançar os objetivos pretendidos. A metodologia de procedimento foi a monográfica. A técnica utilizada será a da pesquisa bibliográfica (consulta a doutrina, nacional e estrangeira, literatura especializada, todas encontradas em acervos públicos e privados), estudo jurisprudencial, além de pesquisa documental, se necessário for. Consultou-se, também, a legislação, vigente e revogada, nacional e de direito comparado. Utilizou-se o método eletrônico, para auxiliar o trabalho de pesquisa.

Esta dissertação apresenta uma estrutura dividida em seis capítulos, sendo a introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

O primeiro capítulo do desenvolvimento apresenta a moderna teoria da empresa, originada do Direito Italiano. Este capítulo traz a evolução do comércio à empresa; as acepções fornecidas ao termo empresa, bem como a considerada jurídico-científica; a teoria da empresa no direito comparado; a evolução histórica do Direito Empresarial no Brasil; a empresa no Código Civil de 2002; e, por fim, o fundamento dogmático da empresa.

O segundo capítulo do desenvolvimento apresenta uma teoria geral da função social. Inicialmente, questiona-se a natureza jurídica da função social. Em

seguida, um estudo sobre a expressão função social, passando pelas noções de sistema, cláusulas gerais e princípios. Verifica-se a estruturação da função social no Direito Privado e sua relação com a Constituição, pontuando cada uma das hipóteses de função social presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo do desenvolvimento aprofunda os dois fundamentos jurídicos da função social da empresa: a função social da propriedade e a função social do contrato. Tratou-se da transformação do conceito de propriedade do Estado Liberal para o Estado Social e as repercussões desta mudança na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Como o primeiro fundamento é reconhecido pela doutrina pátria como origem da função social da empresa, buscou-se um estudo ainda maior da função social do contrato. O subitem de função social do contrato trouxe-a no ordenamento jurídico nacional e as conexões decorrentes da construção deste novo conceito lógico-jurídico, como a lesão, o abuso de direito e os contratos de adesão.

O quarto capítulo do desenvolvimento, núcleo deste trabalho, reafirma a função social da propriedade como fundamento estático da função social da empresa, trazendo os elementos daí decorrentes. Este capítulo ainda propõe, o que pode ser reconhecido como contribuição deste trabalho, a percepção da função social do contrato como fundamento dinâmico da função social da empresa e a aplicabilidade pragmática deste instituto.

## **2 A MODERNA TEORIA DA EMPRESA**

A disciplina em estudo mudou de denominação. Passou de Direito Comercial para Direito Empresarial. Tal alteração decorreu da mudança de teoria basilar da matéria. Antes a Teoria dos Atos de Comércio servia de arcabouço para embasar os institutos ligados ao Direito Comercial. Agora, este papel cabe a Teoria da Empresa.

### **2.1 A EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO À EMPRESA**

Para compreender qualquer instituto, é importante conhecer as suas raízes históricas. Não poderia ser diferente com a Teoria da Empresa e o Direito Empresarial. Assim, segue-se uma análise histórica desde a Antiguidade.

#### **2.1.1 Antiguidade**

Não é fácil a tarefa de buscar a origem do comércio. Contudo, tal estudo é fundamental para o entendimento da teoria da empresa. Desde o início da civilização, o ser humano organiza-se para explorar o comércio. A primeira notícia que se tem do exercício profissional da atividade econômica é a dos fenícios, no ano de 1300 a.C., quando intermediavam a troca entre os assírios e babilônios.<sup>1</sup>

#### **2.1.2 Roma**

O Império Romano realizava transações comerciais com inúmeros outros povos, no século II, o que gerou uma classe de romanos ricos. Entretanto, em Roma, para aqueles que eram considerados pessoas, o tratamento jurídico deveria ser igual, o que impediu a criação de um ramo jurídico para tratar destes comerciantes romanos. Não havia diferenciação entre cidadãos romanos em razão da sua profissão, o que impediu a diferenciação do Direito Comercial. Estas pessoas estavam sujeitas ao Direito Comum. GOLDSCHMIDT afirma que a única

---

<sup>1</sup> BONFANTE, Pietro. **Lezioni di storia del commercio**. Roma: Attilio Sampaolesi, 1925. v. 1, p. 21.

distinção utilizada para os cidadãos romanos utilizava o critério social (*ius honorarium e ius gentium*).<sup>2</sup> Entretanto, é mais correto o entendimento de Santos Justos que não há no direito romano essa divisão entre o *ius honorarium e ius gentium*. O *ius honorarium* era o direito emanado diretamente dos magistrados, por *edicta*, dentro dele ainda se fala no *ius praetorium*, que era especificamente dos pretores, e era de tal relevância que às vezes se tomam como sinônimos *ius praetorium e ius honorarium*. Eles se opõem ao *ius civile*, que era aquele advindo das leis, plebiscitos, jurisprudência, *senatusconsultos*, etc., sendo esta classificação, portanto, quanto à origem do *ius*. Já o *ius gentium*, foi criado a partir da necessidade de manter relações com povos que não compartilhavam do direito romano, para disciplinar estas relações, em contrário existia o *ius civile romanorum*, que era o direito específico dos cidadãos romanos.<sup>3</sup>

### 2.1.3 Idade Média

Durante a Alta Idade Média, as relações comerciais experimentaram um declínio considerável em virtude das invasões bárbaras, especialmente pelos mouros e normandos. A atuação desses povos transfigurou o cenário político e econômico da Europa: com as rotas comerciais interrompidas, verificou-se a impossibilidade de escoamento dos produtos produzidos, tanto pela via terrestre como marítima. Esse panorama perdurou até o início da Baixa Idade Média, quando a crise do sistema feudal possibilitou o renascimento do comércio.

Nesse período de transição, um êxodo crescente de servos fez surgir uma nova classe social, caracterizada pela natureza itinerante. Essa classe era composta por mendigos e ladrões, mas também por mercadores, responsáveis pelo restabelecimento de novas rotas comerciais, visando a comunicação comercial entre feudos. O processo deu-se de forma irreversível: os portos voltaram a funcionar, possibilitando o renascimento das cidades litorâneas, bem como de inúmeras cidades que outrora se encontravam abandonadas. Surgiram novos conglomerados urbanos nas confluências das rotas comerciais, estrategicamente

---

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Trad. V. Pouchaine e A. Scialoja. Turim: ed. do autor, 1913. p. 60.

<sup>3</sup> SANTOS JUSTOS, Antonio dos. **Direito Privado Romano I: parte geral**. 3 ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2006, p. 35 – 42.

posicionados para facilitar a distribuição das mercadorias pelo continente. As cidades passaram a ter cada vez mais importância, numa relação inversamente proporcional à influência dos feudos.<sup>4</sup>

#### 2.1.4 Idade Moderna

A partir do século XII, aparecem as primeiras compilações de normas regulamentadoras da atividade mercantil (*jus mercatorum*), com princípios e valores peculiares, criadas pelos próprios comerciantes – o que as distinguiu de outras normas existentes desde a Antiguidade, que diziam respeito ao direito comum. Era o embrião do Direito Comercial que se formava. O desenvolvimento notável do comércio foi responsável por uma nova estruturação da maneira como eram realizados os negócios. O refinamento das atividades mercantis exigia sua fixação em um ponto definido, propiciando o surgimento das primeiras sedes e estabelecimentos.<sup>5</sup>

Se por um lado a atividade mercantil era menosprezada por ir de encontro aos valores morais e religiosos vigentes, por outro, a ruptura do antigo regime feudal garantiu aos seus praticantes uma participação crescente nas atividades políticas de suas comunidades. Além disso, eram os comerciantes responsáveis pela circulação de riquezas e produtos; eram eles também que financiavam, em grande parte, as atividades manufatureiras.<sup>6</sup>

Os comerciantes eram, neste período, os fomentadores das atividades produtivas, uma vez que agricultores e artesãos não dispunham de organização suficiente, nem dos recursos necessários para suportar os riscos inerentes à atividade. A produção era viabilizada através de adiantamento para obtenção dos insumos e utensílios, e correspondia, basicamente às encomendas feitas pelos mascates. Eram também eles os únicos a exercerem a mercancia para além dos limites

---

<sup>4</sup> PIRENNE, Henri. **As Cidades da Idade Média**. Trad. Carlos Montenegro Miguel. Lisboa: Europa-América, 1973. p. 30-31.

<sup>5</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa: à luz do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2004. p. 18.

<sup>6</sup> CIPOLLA, Carlo M. **História econômica de la Europa preindustrial**. Trad. Esther Benitez. Madrid: Revista de Occidente, 1979. p.126.

territoriais do feudo, sendo assim responsáveis pela circulação de riquezas pelo território europeu.

A atividade empresária, segundo o atual conceito de empresa, podia ser verificada já nesse período, segundo menor ou maior grau de organização da atividade mercantil. Ao contrário do que se verifica contemporaneamente, contudo, não se verificava ainda uma maior especialização das atividades, que frequentemente se fundiam na figura singular do comerciante. O mesmo ocorria em relação aos produtos comercializados: o mercado de tecidos também comercializava especiarias, grãos, metais. A única classificação possível ocorria quanto à identificação de pequenos ou grandes comerciantes.

A prestação de serviços existia de maneira incipiente, em termos pouco representativos e sem organização. Não havia demanda para tanto; o que tornava a prática pouco comum. Apenas com a evolução das atividades mercantis ela tornou-se notável e transformou, mais uma vez, o cenário econômico europeu.

A partir do século XVI, despontaram os primeiros artesãos e produtores que, tendo angariado certo capital, passaram a se tornar independentes da figura do atravessador para alcançar o consumidor. Com isso, aumentou-se sensivelmente sua capacidade produtiva e viram-se diante da necessidade de constituir mão-de-obra mais numerosa. A prosperidade desses produtores representou um marco do surgimento das primeiras atividades de cunho industrial.

A capacidade de organização tornava-se cada vez maior, culminando, já no século XVII na criação de multinacionais como a Companhia das Índias: gigantes multinacionais presentes em diversos países e com atuação em todos os continentes.

Com o progresso trazido pela revolução industrial, novas possibilidades de investimento surgem e outra transformação toma conta do contexto econômico vigente, não apenas na Europa, como também nos Estados Unidos. Os comerciantes vêem-se diante da possibilidade de diversificar sua atuação e aumentar seus lucros dedicando-s à atividade produtiva, ao invés de apenas

servir como intermediadores. Assim, com horizontes ampliados, a atividade empresarial passa a ter na atividade comercial apenas um de seus variados ramos.

É inegável que hoje a empresa possui um papel fundamental no funcionamento saudável da sociedade, estando presente na satisfação das necessidades humanas, e, mesmo na esfera pública, participa como fonte geradora de recursos e provedora de produtos e serviços nas mais diversificadas áreas de atuação. Desponta, por isso mesmo, como um agente a desempenhar tanto um papel econômico como também social.

## 2.2 O TERMO “EMPRESA” E SUAS APLICAÇÕES COTIDIANAS

Por todo seu percurso histórico, não é tarefa simples conceituar o vocábulo “empresa”. O mesmo possui atribuições bastante distintas, amplas e diversificadas. As primeiras apreensões da palavra na língua moderna têm origem no idioma italiano (*imprésa*), em que se lhe atribuía o significado de empreender, participar de uma sociedade ou identificar um conjunto de bens.

O conceito sociológico extrapola o sentido econômico, sendo a empresa não apenas uma unidade econômica, mas também técnica, jurídica e social.<sup>7</sup> Foi no contexto político-econômico, por sua vez, que a expressão despontou como objeto de estudos, no início do século XVIII. Sob esse aspecto, a empresa era a conseqüência direta do desenvolvimento das relações econômicas.

Sob o ângulo jurídico, a empresa só passou a ser observada atentamente a partir do século XIX, quando as estruturas organizacionais deixaram de ter natureza doméstica e tornaram-se complexas, interferindo diretamente nas relações econômicas.

A complexidade da conceituação do fenômeno empresarial só pode ser comparada à tentativa de delimitar seus requisitos e elementos constitutivos,

---

<sup>7</sup> LOPEZ, Francisco Sanchez. La empresa com unidad de analisis sociologico. **Revista de estudios políticos**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 113.

posto que tal tarefa ainda hoje represente motivo de discórdia na doutrina, seja entre juristas, seja entre economistas. Em geral, há um consenso no sentido de indicar que a empresa é uma *organização técnica e pessoal, com fins econômicos, podendo ou não apresentar lucro*, embora este seja o principal objetivo perseguido.<sup>8</sup>

## 2.3 A TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Tendo em vista a grande influencia exercida pelo direito europeu nas legislações brasileiras, é fundamental ter notícia do pensamento corrente, especialmente aqueles oriundos da península ibérica. A vasta literatura acerca da matéria encontrada no direito português, alemão, francês, italiano e espanhol certamente enriquece o estudo ora proposto, sendo, por este motivo, objeto de breve análise.

### 2.3.1 Direito Francês

Foi em França que surgiram as primeiras codificações do Direito Comercial. A partir das ordenações de 1673 e 1681, elaborou-se o *Code de Commerce* de 1808, em que estreava a figura da empresa. Nesta época, entretanto, a mesma possuía conotação diversa da atual, sendo comparada a um ato de comércio. Reconhecia-se, por outro lado, que não bastaria o desempenho singular de um ato dentre os elencados no artigo 632 do *Code de Commerce*; era mister que seu exercício ocorresse em função de ofício e não constituísse uma prática fortuita.<sup>9</sup>

Em virtude da taxatividade dos atos de comércio, apenas os exequentes das atividades ali arroladas poderiam ser empresas. A natural evolução da economia revelou que tal limitação prejudicava o direito, uma vez que a matéria ali versada

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, Gustav Schmoller e Maurice Ansiaux defendem que o lucro é elemento indispensável à caracterização da empresa. Ansiaux, além de mencionar o lucro máximo como objetivo final, chega mesmo a salientar que organizações criminosas podem ser consideradas empresas (a exemplo da indústria do ópio, do álcool e da prostituição). Outros doutrinadores, como Ricardo Bachi e Soares Martinez, admitem a empresa enquanto elementos ligados à atividade produtiva e natureza econômica, sendo o lucro uma consequência disso, mas não exatamente uma condição *sine qua non*. DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**: à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004. p. 27.

<sup>9</sup> VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Clássica, 1918, p. 11.

era por natureza dinâmica e variada. Passou-se então a interpretar o dispositivo legal de maneira diversa, entendendo-o não mais como puramente limitativo, mas sim como indicativo das atividades mais comuns. A lista tornava-se maior (tendo sido alterada por três vezes<sup>10</sup>) à medida que certas atividades ganhavam cunho profissional e tornavam-se organizadas, enquanto aquelas tidas como esporádicas eram consideradas civis.

Há de se notar que o enquadramento da empresa em ato de comércio constituía uma impropriedade: para ser empresa exige-se profissionalismo e organização (além da habitualidade), enquanto atos reconhecidos pelo ordenamento jurídico francês como tipicamente comerciais - como a compra e venda - não possuem tais requisitos.

O Direito francês influenciou diversos ordenamentos jurídicos em razão das invasões napoleônicas. Atualmente, a abordagem relativa à empresa é diferente. A França foi vanguardista no reconhecimento de atividades que, a despeito de não estarem estreitamente relacionadas com a prática econômica, são consideradas comerciais.<sup>11</sup> Por isso mesmo, a taxatividade de outrora foi totalmente abandonada pela doutrina moderna, que segue um posicionamento mais abrangente quanto à concepção de empresa.

### **2.3.2 Direito Alemão**

Na Alemanha, um Código Geral (ADHGB – Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch) em vigor entre 1861 e 1897 continha tanto leis civis como comerciais. A partir deste ano aprovou-se o novo código comercial alemão (HGB – Handelsgesetzbuch), cuja efetividade só ocorreu em 1900.<sup>12</sup> A carta legal alemã em muito se assemelhava à francesa, devendo-se acrescentar, contudo, que o direito comercial é entendido como Direito de classes, daí a obrigatoriedade de se proceder a sua inscrição para o efetivo desempenho da atividade empresarial na qualidade de comerciante.

---

<sup>10</sup> O artigo 632 do Code de Commerce foi alterado por três vezes: em 1894, 1967 e 1970.

<sup>11</sup> É o caso das clínicas médicas, por exemplo. (In DIDIER, Paul. **Droit Commercial**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. v. 1 p. 119.)

<sup>12</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito Comercial**. Coimbra, Almedina, 2001. p. 39.

Apesar das semelhanças encontradas entre o ordenamento comercial alemão (HGB) e francês (Code de Commerce), um abismo lingüístico atrapalhava a exata correspondência doutrinária entre as concepções de empresa em um e outro país. No idioma alemão, palavras distintas podem indicar o mesmo fenômeno empresarial e os esforços realizados nessa empreitada pela unificação do conceito até então não tiveram sucesso.

Na Alemanha, despontaram relevantes teses jurídicas, a exemplo da teoria da personalidade (1868), em que pela primeira vez a figura da empresa e do comerciante passam a ser vislumbradas individual e isoladamente. Isso representou um esboço das primeiras linhas da personalidade jurídica da empresa. Também nesse país desenvolveu-se a teoria do interesse próprio da empresa, (doutrina da “empresa em si”), segundo a qual os interesses dos sócios não necessariamente confundem-se com os da empresa em si, podendo esta ter inclinações totalmente distintas daqueles<sup>13</sup>.

Atualmente, a legislação alemã alterou o dispositivo de seu Código Comercial excluindo a relação taxativa que havia outrora. Também não se faz mais distinção entre atividades comerciais e não-comerciais, desde que organizadas e exercidas com caráter profissional. Quanto às atividades agrícolas, intelectuais, científicas e literárias e às pequenas empresas, estão excluídas da competência dessa lei – as primeiras em virtude de sua natureza; a segunda, por apresentar um grau de organização baixo. A mesma lei prevê, entretanto, a possibilidade de inscrevê-las no registro comercial, quando então passam a se submeter à aplicação do Código Comercial.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 190.

<sup>14</sup> Determina o HGB alemão:

§1º (1) Para efeitos do presente código, é comerciante o que exerce uma profissão comercial. (2) Considera-se profissão comercial todo o empreendimento profissional, a não ser que a empresa, pelo seu tipo ou âmbito, não exija um empreendimento negocial erigido em moldes comerciais.

§2º Uma empresa profissional cujo exercício profissional não seja profissão comercial segundo o §1º (2), valerá como empresa comercial no sentido deste Código, quando a firma da empresa seja inscrita no registro comercial. (2) O empresário tem o direito, mas não o dever, de requerer a inscrição segundo os preceitos aplicáveis para inscrição de firmas comerciais. (CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito Comercial**. Cit. p. 181-182).

### 2.3.3 Direito Espanhol

O primeiro Código Comercial espanhol, vigente entre 1830 e 1886, possuía grande influência do Direito francês. Assim como este, também possuía um rol de atos de comércio, em que eram enquadradas as atividades dos comerciantes. O Novo Código Comercial espanhol data de 1885 e continua sendo aplicado até hoje, embora tenha sofrido alterações.

A lei hispânica concentra as considerações concernentes à empresa nas legislações referentes ao trabalho e ao direito fiscal. Na verdade, o próprio Código comercial não menciona expressamente a empresa. Saliente-se que a empresa, segundo o Direito espanhol, deve exercer um papel social, uma vez entendido que o empresário deverá atender, além de seus objetivos, o interesse nacional.

Para a alta Corte espanhola, a empresa é entendida apenas em seu aspecto objetivo, ou seja, empresa é equivalente ao conceito de estabelecimento comercial. Assim, a empresa é tratada como objeto de negócio jurídico.<sup>15</sup>

### 2.3.4 Direito Português

Em Portugal, até início do século XV ainda era aplicado o Código de Justiniano. Embora as atividades comerciais já apresentassem certo grau de desenvolvimento desde o século XIII, as leis relativas às atividades comerciais não possuíam a publicidade adequada, excluindo os cidadãos do acesso a seus direitos. Com isso, ocorreu uma demanda popular que resultou na compilação do Direito Português.

Assim foram feitas as primeiras ordenações, Afonsinas<sup>16</sup>, que regulavam não só atos de comércio, como também estabeleciam uma legislação para os

---

<sup>15</sup> PONT, Manuel Broseta. **Manual de derecho mercantil**. Madrid: ed. do autor, 1971. p. 148.

<sup>16</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 61-62.

comerciantes e previa alguns institutos falimentares. As expansões marítimas impulsionaram o governo português a aprofundar os conhecimentos jurídicos sobre a matéria comercial, o que foi feito principalmente através da Lei da Boa Razão, elaborada pelo Marquês de Pombal. Isso, entretanto, ainda não era o suficiente para se estabelecer uma autonomia legislativa, o que só se realizou em 1834, com o primeiro Código Comercial Português.

Ferreira Borges, elaborador do Código Comercial foi o primeiro a tratar de empresa no direito português, estabelecendo igualdade de tratamento entre comerciantes e empresários, incluindo nesse conceito até mesmo aqueles que não realizavam atividades exclusivamente comerciais, como banqueiros. A figura da empresa, porém, não possuíam lugar de destaque, figurando no código como uma espécie dos atos de comércio.

Em 1859, começaram novos esforços no sentido de atualizar o Código Ferreira Borges, que já estava defasado. Em 1889, entrou em vigor o Novo Código Comercial, que vigora até hoje. Na nova redação ampliou-se o leque de atividades que poderiam ser consideradas comerciais, e, conseqüentemente, aumentou-se com isso o grau de aplicação do Direito Comercial. Mesmo assim, a despeito da importância ocupada pela empresa, a doutrina não está pacificada em relação a seu conceito e natureza jurídica.

Outra discussão relevante ocorre em relação ao artigo 230 do Novo Código. Inspirado no *Code de Commerce* francês, também aí se encontra um rol de atividades tidas como comerciais. A polêmica está em reconhecer se estas atividades são limitativas ou se permitem um alargamento da aplicação da lei. É minoritária a doutrina portuguesa defensora da teoria puramente objetiva da empresa. Predomina a idéia de que o rol oferecido é apenas exemplificativo.

### **2.3.5 Direito Italiano**

Na Itália, o Direito Comercial conheceu um grande aprofundamento, além de ter passado da esfera privada para a esfera pública, ficando não mais a cargo das juntas comerciais, mas sim do Estado.

O *Code de Commerce* vigorou naquele país entre 1808 e 1814, devido à ocupação francesa pelas tropas napoleônicas. Com o fim do período de conquista, algumas cidades ainda o adotavam como regulamento provisório, tendo-lhe substituído progressivamente. Em 1883, entrou em vigor o Novo Código, que tinha semelhanças com o Código francês, embora tenha recebido também influências dos códigos alemão e belga. Ao contrário do que ocorria neste, o rol de atividades comerciais era meramente exemplificativo.

A doutrina italiana prevaiente entende a empresa como um conceito uno, tanto em âmbito econômico como jurídico. Trata-se, segundo essa corrente encabeçada por Cesare Vivante, de um *organismo econômico, que emprega os meios necessários para obter um produto destinado à troca, ao risco do empresário*.<sup>17</sup> Vivante foi também o precursor da unificação do direito privado italiano.

Se por um lado critica-se a unificação por basear-se na ideologia fascista, por outro, verificou-se que era desnecessária a manutenção de um Código comercial, tendo-se em vista a crescente comercialização do direito civil ou, sob outra ótica, a o enquadramento das relações civis às exigências do desenvolvimento econômico capitalista.<sup>18</sup>

Assim, a Itália fora pioneira na unificação do Direito Privado, dando início a uma tendência que se tornaria mundial. A partir de 1942, o Novo Código Civil italiano passou a tratar das relações jurídicas considerando-se, de um lado, as pessoas enquanto indivíduos e, de outro, as pessoas enquanto sujeitos das relações econômicas. A nova legislação conta com regulamentações tanto sobre o empresário comercial como também do empresário agrícola, de pequeno porte, como também da empresa exercida por ente público.

---

<sup>17</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 4. ed. Milão: Francesco Vallardi. [s.d.] p. 150-151.

<sup>18</sup> GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Trad. João Espírito Santo. Lisboa: Signo. p. 95.

Dentre as disposições encontradas na nova lei encontram-se a revogação dos atos de comércio, a mudança de foco para a figura do empresário (que passa a ser o principal sujeito do Direito Comercial) e a regulamentação acessória das relações de trabalho. Há, além disso, uma abordagem especial dada ao pequeno empresário, sendo este reconhecido por utilizar predominantemente de sua própria mão-de-obra e de seus familiares, mesmo que comercialize produtos de altíssimo valor agregado (como metais e pedras preciosas). Outra inovação trazida foi o instituto da empresa familiar, que cuida das relações familiares em âmbito empresarial de maneira *sui generis*.

De maneira geral, o Código italiano teceu grande influência sobre o Novo Código Civil brasileiro, inclusive reproduzindo diversos dispositivos daquele. Vê-se com isso que é de fundamental importância aludir ao referido sistema legal, vez que enriquece e aprofunda o conhecimento acerca do próprio direito pátrio.

## 2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

Pode-se dizer que a evolução do Direito Comercial brasileiro deu-se em razão da abertura dos portos a partir do início do século XIX. A partir deste fato, o comércio marítimo, que antes era monopólio exclusivo da metrópole, passou a ser permitido também às nações estrangeiras, o que propiciou o início do desenvolvimento comercial no Brasil.

### 2.4.1 Período pré-codificação

Nesse período, iniciado em 1808, a legislação aplicada ao comércio marítimo brasileiro era a mesma de Portugal, constituindo-se basicamente das Ordenações Filipinas e de algumas leis espaçadas dos séculos anteriores. Havia também a Lei da Boa Razão, que possibilitava a aplicação subsidiária de leis brasileiras – fato que trouxe uma grande instabilidade, já que não havia uma opinião uniforme entre os magistrados sobre a aplicação dessas leis.

### 2.4.2 Período da codificação anterior

Em 1832, deu-se início à elaboração de uma codificação brasileira adequada às necessidades pátrias, tendo sido inspirada nas legislações de França, Espanha e Portugal. Enfim, em 1851 é promulgado o primeiro Código Comercial brasileiro. Diferentemente de seus paradigmas, o modelo brasileiro não adotava o rol de atos de comércio; o comerciante era aquele que tinha por profissão habitual a mercancia.<sup>19</sup> Restava agora definir o que era considerado mercancia.

Para responder a este questionamento, o Decreto 737 de 25-11-1850 estabelecia a mercancia como: §1º) a compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes, para vendê-los por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados ou para alugar o seu uso; §2º) as operações de cambio, banco e corretagem; §3º) as empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias e de espetáculos públicos; §4º) os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comercio marítimo; §5º) a armação e expedição de navios.<sup>20</sup>

Esse rol não se compara aos atos de comércio presentes na lei portuguesa. Lá o entendimento era restritivo, ao passo que a doutrina e a jurisprudência brasileiras entenderam o caráter exemplificativo da lista, orientação esta que permitia a inserção de outras atividades, além das elencadas, como comerciais. Faz-se mister ressaltar que tal entendimento doutrinário não foi consolidado pacificamente. Diversos autores divergiam acerca da excessiva flexibilização do conceito utilizada no direito brasileiro. Ademais, essa característica legal era responsável pela forçosa aceitação de atividades que nem sempre cabiam na classificação comum de comércio.

A caracterização do comerciante era dada, antes de mais nada, pelo encontro da organização da atividade com a habitualidade da mesma, atribuindo-lhe caráter profissional. Posteriormente, com a revogação do Regulamento 737 estendeu-se ainda mais o conceito de comerciante.

---

<sup>19</sup> Assim dispunha o artigo 4º do antigo Código Comercial brasileiro: “ninguém é reputado comerciante pra efeito de gozar da proteção que este código liberaliza em favor do comercio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comercio do Império e faça da mercancia profissão habitual.”

<sup>20</sup> Ver artigo 19 do Regulamento 737/1850.

A partir dessa mudança ocorreu também o redirecionamento do enfoque dado pelo Direito Comercial, afastando-se do caráter puramente mercantil e aproximando-se paulatinamente da abordagem empresarial, a exemplo do modelo italiano, mais moderno e aplicável.

O Direito Comercial, tradicionalmente considerado como “direito dos comerciantes e mercadores” foi perdendo a correspondência com o seu conteúdo, à medida que a figura do mercador passou a ser meramente acessória. Não apenas o comércio era seu objeto de interesse, mas sim os negócios de maneira geral, realizados pelas empresas. Assim, os negócios podem ser considerados gênero, do qual o comércio é espécie. Em virtude dessa mudança de foco, a doutrina dividiu-se em relação a manter a nomenclatura da matéria, uns apoiando a alteração para Direito Empresarial e outros sustentando a manutenção da tradicional designação.<sup>21</sup>

A noção do princípio de igualdade afetou diretamente o Direito Comercial. Discutia-se a diferenciação do tratamento legal dado aos comerciantes em função exclusivamente do tipo de trabalho que exerciam. Questionava-se também a validade de um direito criado por uma classe para proteger seus interesses próprios e o fato de submeter outros indivíduos a essas normas, o que gerava uma classe privilegiada – uma afronta ao referenciado princípio.<sup>22</sup>

### 2.4.3 Período da codificação atual

Atualmente, com a noção moderna de empresa, entende-se que o direito comercial é o direito das empresas, e não mais o direito dos comerciantes. Dessa forma, já não se lhe atribui mais o rigor de outrora, nem se pode falar em um direito de classe.<sup>23</sup> Há de se dizer, nesse passo, que o conceito de empresa, apesar de figurar como elemento unificador do Direito Comercial, não se encontra

---

<sup>21</sup> Dentre os defensores da mudança de nomenclatura situam-se alguns autores como Pontes de Miranda, Fábio Ulhoa Coelho e Bulgarelli. Com opinião a favor da manutenção do nome tem-se Oscar Barreto Filho, Alberto Asquini, dentre outros.

<sup>22</sup> SOUZA, Inglez. **[Preleções Ministradas]**. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. Compilação de Alberto Biolchini. Juiz de Fora: Cia Dias Cardoso, 1926. p. 65.

<sup>23</sup> FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960.

bem delimitado no Direito brasileiro, a exemplo do que ocorre também em outros países da Europa.

A análise do conceito moderno de empresa é flagrantemente fundamental à assimilação do conteúdo encontrado no Novo Código Civil, no qual o direito Comercial participa com destaque.

Por um lado, a empresa é identificada a partir de certos aspectos de sua organização úteis à atividade econômica que realiza. A empresa é “a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos (...)”<sup>24</sup>. Nesse sentido, o conceito jurídico se aproximaria do conceito econômico. Essa opinião é encabeçada por Carvalho de Mendonça, Inglez de Souza, Sampaio Lacerda, dentre outros.

Por outro ângulo, a empresa confunde-se com a noção de estabelecimento, correspondendo ao conjunto de elementos pessoais, materiais e imateriais utilizados para a realização da atividade econômico-produtiva.<sup>25</sup> Tal entendimento é herança do pensamento germânico por que militam Campos Batalha, Fran Martins e Oscar Barreto Filho.

Resta lembrar que o pensamento dominante no Brasil (e isso se repete na Itália) compreende a empresa como uma sucessão de atos dirigidos ao exercício profissional da atividade produtiva, ligada à circulação de bens ou serviços, realizados pelo empresário, que é sujeito de direitos.

## 2.5 A EMPRESA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em 1859, Teixeira de Freitas recebeu do governo Imperial o desafio de redigir o projeto do Código Civil Brasileiro. O esboço da obra contava já com seis volumes e serviu de inspiração e base para elaboração da legislação civil de outros países

---

<sup>24</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1. p. 492.

<sup>25</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. A Empresa e seus Problemas Atuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT. V 432, p. 12, 1971.

da América Latina, a exemplo da Argentina, que possui diversos artigos idênticos àqueles encontrados na obra do autor brasileiro. A empreitada de Teixeira de Freitas, contudo, não foi concluída. Ocorre que Teixeira de Freitas não concordava com a divisão do Direito e a existência concomitante dos códigos civil e comercial.

Em carta destinada ao Governo Imperial, o autor demonstrava seu descontentamento com a empreitada, uma vez que estava convencido da desnecessidade da *duplicação de leis civis*, assim como não identificava motivos suficientes para a existência e conservação de um código de classe, como o Comercial, à parte do Código Civil. Assim, o esboço do Código Civil foi abandonado por seu idealizador, mas deixou importantes marcas na história por seu pioneirismo e inventividade.

Foi Teixeira de Freitas o primeiro a propor a unificação do Direito Privado, antecipando o pensamento que posteriormente recebeu adesão de diversos países europeus, especialmente a Itália.<sup>26</sup>

Em 1965, ocorreu uma nova tentativa de atualização da legislação brasileira, Durante o governo de Jânio Quadros. A terceira parte do projeto, que tocava a matéria relativa À empresa, recebeu influência direta do Código italiano, possuindo, inclusive, dispositivos idênticos. Contudo, este apresentava originalmente uma forte dose de nacionalismo, em face da presença da ideologia fascista que impregnou a Itália na primeira metade do século XX. O projeto brasileiro, por sua vez, não aderiu a essa vertente do modelo italiano.

Segundo o Código Italiano, a empresa seria como um instrumento de atendimento aos interesses nacionais; todos os seus componentes deveriam voltar-se à obtenção do bem comum, servindo à execução das políticas públicas impostas pelo Estado e sofrendo, por parte deste, graves interferências em sua gestão. Antes de sua aprovação final e sancionamento, em 10 de janeiro de 2002, o

---

<sup>26</sup> ASCARELLI, Túlio. A evolução do direito comercial. **Revista de Direito Comercial**. Rio de Janeiro, 1941, p. 33.

projeto apresentou cerca de sete versões, frutos de uma extensa discussão, e que resultou no distanciamento de seu modelo inspirador.

### 3 TEORIA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL

Tratar dos fundamentos da função social da empresa requer inicialmente uma abordagem acerca da teoria da função social, sua natureza jurídica, noções de sistema jurídico, cláusulas gerais e princípios.

#### 3.1 A EXPRESSÃO “FUNÇÃO SOCIAL”

Para a perfeita compreensão do que seja a função social é de bom tom proceder a uma rápida imersão na história da filosofia jurídica, a fim de deduzir o caminho pelo qual passou o conceito de sistema de direito e, por conseguinte, a técnica legislativa que conforma a expressão função social, entendida esta como cláusula geral.

##### 3.1.1 Sistema de Direito Fechado

Para encontrar uma definição contemporânea de função social, deve-se, inicialmente, tomar o Direito como um sistema aberto. Para isso, é necessário apontar a diferença entre o sistema fechado e o aberto, bem como firmar a idéia de que a noção de cláusula geral não pode ser desassociada da de sistema aberto.

###### 3.1.1.1 Evolução do termo “sistema”

O vocábulo sistema, em grego, significava *construído, composto*. Com o passar do tempo, conforme preleção de Tércio Sampaio Ferraz Junior, seu anúncio deu, primeiramente, a idéia de “uma totalidade construída, composta de várias partes” e, em segundo lugar, a noção de “totalidade bem ordenada”.<sup>27</sup>

Quando de sua utilização reiterada, em meados de 1600, o vocábulo surge, no trabalho de Bartholomäus Keckermann, como “método que visa à perfeição”. Todavia, só por volta do Século XVIII, o termo recebe de Christian Wolff o

---

<sup>27</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra justafilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 9.

significado que até hoje é utilizado: a saber: “sistema seria um esquema ordenado de verdades que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução”<sup>28</sup>. Johann Heinrich Lambert, explicando os estudos de Wolf, em 1787, sistematizou um conceito abstrato de sistema pelo qual seria “um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”.<sup>29</sup>

O conceito de sistema hodierno, cuja idéia central se funda num equilíbrio entre as partes e o todo, conforme as normas lógicas de dedução, ajusta-se inteiramente com a ideologia jusnaturalista do Século XVII e início do Século XVIII, haja vista que o direito natural seria igualmente um sistema fechado, posto que as normas jurídicas seriam deduzidas de forma lógica pela razão, alcançado, assim legitimidade diante da humanidade.<sup>30</sup>

O iluminismo também adotou o conceito fechado de sistema, tomando a ciência como uma ordem lógica e exaustiva.

A escola história, capitaneada por Savigny, no Século XVIII, também fundava suas afirmações em proposições, todavia, bem distintas das do direito natural. Isto porque, lastreava seus postulados na investigação histórica. Nesse sentido, a idéia de sistema, para a escola histórica, ligava-se à noção de um todo fechado, coerentemente encadeado nos fatos históricos.

### 3.1.1.2 Noção de sistema fechado no positivismo

Com o advento do positivismo jurídico, surge novo conceito de sistema fechado. Em razão da derrocada da justiça pelo alvedrio e pela intervenção da aristocracia e da igreja nas querelas jurídicas, a classe emergente da Revolução Francesa, a burguesia, através de um sistema de direito que proporcionasse uma maior

---

<sup>28</sup> Apud FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 11.

<sup>29</sup> Apud FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 12.

<sup>30</sup> Apud FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 14.

segurança jurídica, objetivou espancar a insegurança e o arbítrio nas decisões judiciais.<sup>31</sup>

Claro que tal acontecimento somente se tornou possível, depois de a burguesia ter ocupado a função de legislador e se tornado representante da sociedade, utilizando-se, para isso, de uma técnica legislativa que dispensasse as valorações dos aplicadores do direito, deixando hígidos os ideais burgueses.<sup>32</sup> Para Montesquieu, ao juiz cabia a função de “boca da lei”.

Surge, então, a Escola da Exegese, por meio da qual a função do jurista limitava-se à aplicação da lei, posto que o direito da época era representado exclusivamente pela lei. A fim de manter intacta a ideologia burguesa, a lei deveria ser clara e precisa, de maneira a tornar efetiva a segurança jurídica, tão privilegiada pela classe dominante da época.<sup>33</sup>

Assim, a ideologia burguesa que imperava na época traduziu-se como sendo a da seara legislativa, o que fez do Código Civil um sistema “completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis”.<sup>34</sup> Isto é, o direito civil torna-se um único diploma, onde a hermenêutica das letras do Código Civil e a relevância das normas passam a ser decididas em razão de critérios puramente formais, sem nenhuma atenção específica ao conteúdo implícito da norma.<sup>35</sup> Nesse diapasão, Fernando Noronha afirmava que no positivismo eram irrelevantes quaisquer discussões acerca de postulados e valores extrajurídicos, de modo que o direito e a moral seriam institutos completamente distintos.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p.12.

<sup>32</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 628.

<sup>33</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 276.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 492. Windscheid chegou a dizer que “considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 492)

<sup>35</sup> ARAÚJO, Vandeyck Nóbrega de. **Idéia de sistema e ordenamento no direito**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 49.

<sup>36</sup> NORONHA, Fernando. **Direito e sistema sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: EDUFSC, 1988, p. 16.

Vale salientar que esse novel Código Civil, tido com um todo perfeito, exercia uma função primordial no estado burguês, a saber: impossibilitar a ascensão de outra classe social ao poder dominante, pois esse diploma já era resultado da chegada da classe burguesa ao Poder Legislativo.<sup>37</sup> O positivismo optou por um sistema fechado de direito por duas razões: a primeira se apóia na idéia de que a segurança jurídica não podia ser subjugada pela intromissão da nobreza e do clero nas decisões jurídicas; a segunda, na noção de que a sociedade somente poderia ser disciplinada por normas advindas exclusivamente do Poder Legislativo.

É por esta razão que na lei não podia haver lacuna. Na verdade, essa característica totalizadora do Código, funcionava como um disfarce para que nenhuma decisão contrariasse os escopos legislativos (a vontade do legislador), garantindo não a inteireza do direito, mas sim os ideais burgueses. As omissões legislativas eram resolvidas com fulcro na ordem hierárquica do próprio sistema, preservando-se a manter a própria *mens legis*, independentemente de ser a lei ultrapassada ou não.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, apoiado no magistério de Emil Lask, ao tecer severas críticas ao conceito positivista de sistema, afirma que tal conceito cai por terra em razão da “unilateralidade de sua concepção”. Afirma, Ferraz Júnior, que não se pode reduzir o sistema jurídico a um mero “conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo graus de generalidade e especificidade”, sob pena de “desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais”.<sup>38</sup>

Emil Lask, pormenorizando essa crítica, assevera que os acontecimentos fáticos e as normas deveriam ser considerados como uma coisa só, ou seja, um

---

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 278.

<sup>38</sup> Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 33.

“entrelaçamento entre a realidade viva e as significações de direito, no sentido de que ambas se prendem fortemente uma à outra”.<sup>39</sup>

A idéia de direito como sistema fechado recebeu duras e incisivas críticas, a partir do momento em que se percebeu que aquela pretendida completude harmônica defendida pelo positivismo tornou-se totalmente ineficiente. Nesse momento, surge, como bem afirma Emil Lask, a chamada “função desagregante” do direito, entendida como a quebra da unidade sistemática, de modo que o direito, antes isolado das elucubrações sociopolíticas, passa a absorver conceitos extra jurídicos. Os juristas deixam de aplicar a lera fria da lei e passam a se apoiar na função finalidade concreta do direito material.<sup>40</sup> Desse modo, passasse da filosofia aristotélica dos silogismos para a filosofia tópica, também de Aristóteles, que tem por prerrogativa a interpretação de princípios jurídicos.<sup>41</sup>

### 3.1.1.3 Do sistema fechado para o sistema aberto

Com o inchaço legislativo e o advento da sociedade de massas, a noção do sistema fechado e, por conseguinte, a de unidade legislativa chega ao seu final. As lacunas incontestáveis dos códigos dão ensejo à criação de inúmeras leis especiais, uma vez que se de um lado os códigos não albergavam mais os interesses, de outro fazia-se necessário abrir portas para as novas castas econômicas emergentes e não somente para as classes detentoras do poder.<sup>42</sup> O advento das lei extravagantes é considerado como marco final do sistema fechado do direito.

Com a derrocada do sistema fechado, os sistemas jurídicos passam a ser estudados com base nos sistemas sociais. Afirma-se, assim, que o direito, como ciência social que é, é carregado de relatividade.

---

<sup>39</sup> Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 37.

<sup>40</sup> Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação história a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 147-148.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 221.

<sup>42</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 281.

Em sendo assim, o direito civil perde seu caráter unitário estático pautado nos ideais burgueses para se consolidar na diversidade e na complexidade das relações sociais.<sup>43</sup> Sendo as relações sociais dinâmicas, é necessário que o sistema legal regulador dessas relações se apóie em “janelas abertas para a mobilidade da vida”.<sup>44</sup>

Nesse sentido, o sistema fechado, defendido pelos iluministas, cede lugar a um direito pautado num sistema aberto, carregado de termos vagos e imprecisos, a fim de possibilitar a função integralizadora do juiz em cada caso concreto.

### 3.1.2 Função social: cláusula geral ou princípio?

Vencida a etapa de análise da evolução do conceito de sistema em direito, cabe tecer comentários acerca da natureza da função social. Autores como Flávio Tartuce<sup>45</sup>, José Diniz de Moraes<sup>46</sup>, Eduardo Sens dos Santos<sup>47</sup> e Augusto Geraldo Teizen Júnior<sup>48</sup> consideram que a função social é um princípio, mas outros, como Judith Martins-Costa, por exemplo, defendem que a função social é entendida como cláusula geral que permite o interprete encontrar a solução mais justa às situações concretas<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 284.

<sup>44</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 285.

<sup>45</sup> Segundo este autor “o novo Código Civil, em seu art. 421, consagra o princípio da função social do contrato, trazendo regra pela qual a interpretação sociológica do contrato seria uma limitação ao princípio da autonomia privada”. (TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005)

<sup>46</sup> José Diniz defende que não há dúvidas que a função social da propriedade é um princípio, não somente porque é tratada como tal pela Constituição, no capítulo da ordem econômica, mas também por seu aspecto funcional, pois apresenta satisfatoriamente todas as cinco funções dos princípios: interpretativa, integrativa, diretiva, limitativa e prescritiva (MORAES, José Diniz. **Função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros).

<sup>47</sup> De acordo com Eduardo Sens: “A função social é princípio do direito contratual porque encerra, de acordo com a teoria de Robert Alexy, um mandato de otimização, ou seja, determina que algo se realize da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 157).

<sup>48</sup> Augusto Teizen Júnior considera que “o princípio da função social do contrato tem como alcance redefinir outros princípios da teoria contratual clássica” (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 131).

<sup>49</sup> TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 132.

A partir dessas observações, percebe-se que tratar da natureza jurídica da função social remete ao estudo da definição de princípios e de cláusulas gerais.

Princípios são definidos por Karl Larenz como normas relevantes para o ordenamento jurídico, que fixam fundamentos para a interpretação e aplicação do Direito, decorrendo deles normas de comportamento <sup>50</sup>. Continua afirmando que os princípios seriam “pensamentos diretivos” de regras existentes ou possíveis, mas não são considerados regras por lhes faltar a característica formal das proposições jurídicas.

O princípio seria um direcionamento que indica onde as regras se encontram assentadas e que também funciona como um direcionador para a obtenção de novas regras. Ademais, os princípios possuem um conteúdo axiológico explícito que independem de regras para sua concretização e, em verdade, conduzem à devida aplicação da norma.

Assim, é possível distinguir os princípios das regras em função da aplicabilidade. Em caso de colisão entre regras, apenas uma delas será aplicada e considerada válida em relação a uma situação concreta. Em relação ao princípio, na hipótese de colisão deste com outros, por não determinarem absolutamente uma decisão e sim os fundamentos, poderão ser conjugados sem que se retire a validade de um deles.

Ao serem caracterizados por um alto índice de abstração, os princípios podem ser concretizados a partir da utilização de cláusulas gerais, as quais são formuladas com alto grau de generalidade, abrangendo a disciplina jurídica de grande número de casos.

### 3.1.2.1 Função Social e Cláusulas Gerais

---

<sup>50</sup> Apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-36.

Em seu trabalho mais conhecido, Louis Josserand afirmou que “os juristas devem viver com sua época, se não querem que esta viva sem eles”<sup>51</sup>. Nessa afamada oração, o autor deixou evidente que a sociedade se modifica, não tendo o direito outra sorte senão a de seguir o mesmo caminho, posto ser impensável impor a determinada sociedade um sistema de normas fundadas em valores ultrapassados, não mais vigentes.

A fim de que se proceda a uma adequada compreensão das novas figuras jurídicas, faz-se mister entender as alterações ocorridas na sociedade. É necessário, então, atentar para as mutações políticas, econômicas e sociais ocorridas nas Revoluções Industrial e Francesa, bem como da prática do socialismo marxista e das guerras mundiais.

Deve-se ter sob a mira, outrossim, as contribuições decorrentes da passagem da ideologia feudal para a capitalista, notadamente os fatores ligados à concentração de riquezas, ao crescimento demográfico, a urbanização e o advento da sociedade de massa.

Pois bem, com as alterações ocorridas no mundo, alteram-se também seus princípios regentes do Direito. Sendo assim, todas as modificações da sociedade, da economia e da política, somente se legitimarão se o direito for considerado como um sistema aberto, isto é, como um sistema capaz a disciplinar uma sociedade complexa e que está em constante e infinita mutação.

Nesse diapasão, entender o direito como um sistema aberto é aceitar a existência de cláusulas gerais, sendo a função social uma de suas mais importantes cláusulas gerais.

A expressão cláusula geral, em alemão *general Klausuel*, reflete um dos vários métodos de legislar, como o método casuístico, por exemplo. Este método representa uma apuração dos fatos e dos casos mais comuns de forma analítica, no qual são subsumidos numa hipótese legal. A esse procedimento dá-se o nome

---

<sup>51</sup> Apud SANTOS, Eduardo Sens dos. **O novo código civil e as cláusulas gerais**. Revista do Direito Privado, São Paulo, v. 10, p. 9-37, 2002.

de *fattispecie*. As cláusulas gerais podem ser entendidas como uma criação legal de enorme densidade, que alberga uma elástica gama de fatos, todos submetidos ao regime legal.<sup>52</sup>

No vernáculo português, o termo cláusula, antes de receber influência da *general klausel*, estava ligado a idéia de disposição contratual, de um testamento ou de um instrumento similar. Por essa razão, Fernando Noronha afirma ser inadequado chamar uma norma jurídica de cláusula.<sup>53</sup>

De qualquer forma, o uso do vocábulo cláusula para indicar uma norma, já tem previsão anotação em dicionário. O dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, inclusive, define cláusula como “norma, preceito”,<sup>54</sup> não havendo óbice acerca do uso do termo que, até mesmo, já é de uso rotineiro no meio jurídico. Vale lembrar que os doutrinadores utilizam a expressão “cláusula geral” tanto para identificar uma técnica legislativa como para se referir a regra que ela encerra.

Desse modo, a expressão cláusula geral pode se referir tanto a maneira de produzir normas por meio de tipos vagos, como o artigo 422 do CCB/2002, por exemplo, que prevê a boa-fé objetiva, onde se afirma, então, que se legisla através de cláusula geral, como quando se refere ao próprio princípio da boa-fé, inserido no sistema jurídico por meio da técnica da cláusula geral, sendo a cláusula geral da boa-fé considerada como um princípio.

Para Karl Engisch, as cláusulas gerais representam a técnica legislativa de construção de normas jurídicas, através da utilização de termos vagos, imprecisos e de múltiplos sentidos, que alberguem uma multidão de casos concretos, em posição diametralmente oposta ao processo casuístico.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

<sup>53</sup> NORONHA, Fernando. **Direito do consumidor**. Florianópolis. p, 109. Trabalho não publicado.

<sup>54</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. versão 1.0.5a. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. 1 CD-ROM.

<sup>55</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

Essa forma de construção legislativa vem sofrendo críticas das mais variadas, tanto positivas quanto negativas. A doutrina majoritária tem festejado essa técnica, enaltecendo as cláusulas gerais. Noutra ponta, figuram aqueles que, presos ainda em concepções positivistas do direito, entende ser cláusulas gerais um convite a atuação arbitrária dos juízes.

Franz Wieacker, na obra em que retrata o princípio da boa-fé como cláusula geral, afirma que tal técnica se afigura como um instrumento útil e poderoso, uma vez que possibilita uma enorme mutabilidade do direito, o que permite que o jurista se desapegue dos não raros contraditórios e irrefletidos textos legais, redigidos pelos legisladores.<sup>56</sup> Através das cláusulas gerais, afirma o autor, acha-se uma “válvula para las exigências ético-sociales”, através da qual se permite interpretações mais equânimes e justas.<sup>57</sup>

Vale observar que a técnica jurídica das cláusulas gerais não se confunde com os princípios. A partir das cláusulas gerais é possível incluir de forma expressa um princípio no ordenamento jurídico. Todavia, tal procedimento não implica em afirmar que todas as cláusulas gerais veiculam princípios. Com efeito, os princípios, que em sua grande maioria abrange também vocábulos imprecisos, são encartadas em termos vagos, tal como as cláusulas gerais. Por essa razão é que a cláusula geral da boa-fé é tomada como um princípio.

Outrossim, não se deve tomar como sinônimos as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. A diferença é tênue, porém, muito significativa. A despeito de ambos os termos direcionarem o intérprete a instâncias valorativas extrajurídicas, os conceitos jurídicos indeterminados estão ligados intimamente às máximas de experiência, ou a um parecer técnico, por exemplo; já as cláusulas gerais não admitem uma “precisão abstrata”.

Outra importante distinção entre as expressões acima mencionadas, reside no fato de que aos conceitos indeterminados incorpora-se a previsão fática da

---

<sup>56</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977. p. 29-30.

<sup>57</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977. p. 30-32

norma, o que reduz de forma significativa a atividade criativa do magistrado. A guisa de exemplo, pode-se citar o vocábulo boa-fé, que, na forma como está disposto no inciso IV, artigo 51, do CDC, tem a função de conceito indeterminado, posto que incorpora a delimitação de uma cláusula abusiva (que representa o fato): “são nulas as cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé”.

Por outro lado, nas cláusulas gerais, o magistrado tem maior liberdade, no sentido de agir ativamente para a criação da norma, sendo esta função muito mais complexa do que a assentada nos conceitos jurídicos indeterminados. Como exemplo, pode-se citar o artigo 422 do CCB/2002, que preceitua que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato com em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Por todo o dito, não é difícil perceber que as cláusulas gerais se caracterizam pelo fato de permitir a inserção de elementos metajurídicos numa moldura aberta, autorizando, em razão da generalidade de sua formulação, a inclusão de princípios, valores, máximas, que não pertenciam em sua origem ao diploma legal.<sup>58</sup> Por essa razão, a natureza dessas cláusulas permite que a lei seja entendida com um ponto de partida e não como um limite intransponível para a criação do direito.<sup>59</sup>

### 3.1.2.2 A vagueza semântica das cláusulas gerais

Já disse por diversas vezes em passagens anteriores, que as cláusulas gerais se identificam por sua vagueza semântica. Acerca desse tema, não há como se furtar dos estudos de Judith Martins-Costa que, a despeito de ter se debruçado no estudo do princípio da boa-fé, seu trabalho é perfeitamente aplicável ao princípio da função social do contrato. Até porque, todas as duas expressões são, em regra, consideradas como cláusulas gerais.

---

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 286.

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 292.

A citada doutrinadora inicia seu discurso acerca das cláusulas gerais a partir da constatação de que não só as cláusulas gerais são providas de vagueza semântica, muito menos o termo vagueza exprime a idéia de cláusula geral.<sup>60</sup> A vagueza semântica é uma característica impressa em algumas expressões que possibilitam a existência de determinados momentos de transição, de progressão.

Genericamente, as expressões que carregam em si uma vagueza semântica revelam noções gradativas e, em razão disso, ensejam a existência de determinados momentos de transição.

Podem-se citar vários exemplos de termos vagos constantes do ordenamento jurídico brasileiro: “iminência de guerra” (artigo 154, II, CF); “defeitos ocultos” (artigo 1.101 do CCB/2002); “abandono” (artigo 520 do CCB/2002); “dano iminente” (artigo 529 do CCB/2002), dentre outros.

Como se pode inferir, um vocábulo é considerado vago na medida em que sua utilização nos revela uma proposição principal sem controvérsia, bem como determinados “casos-limite”.<sup>61</sup>

Vale destaque o fato de que as expressões lingüísticas, em sua inteireza, são indeterminadas. E essa indeterminação apenas varia de intensidade: por vezes maior; por vezes menor. Assim, a vagueza não se caracteriza por ser uma qualidade existente ou não num termo, mas sempre existente, interessando saber tão-somente em que grau.<sup>62</sup>

### 3.1.3 A expressão “Função Social” como Princípio

Pelo exposto, para Judith Martins-Costa, a expressão “função social” somente pode ser compreendida tomando-se por base a idéia de sistema aberto, que, por sua vez, está ligada aos ideais burgueses, sobretudo o da segurança jurídica e a

---

<sup>60</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 306.

<sup>61</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 308.

<sup>62</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 307.

concepção clássica da completude e logicidade do direito não mais merece ser acolhida pela ordem jurídica atual.

Tendo sob a mira que o direito não é bastante em si só, posto não ser uma totalidade, é essencial a análise da qualidade multifacetária da realidade fática, e não da realidade social pautada nos ideais da classe dominante.

Em sendo assim, a expressão “função social”, para Martins-Costa, é caracterizada pela sua vagueza semântica e como cláusula geral que é, somente pode ser analisada mediante minuciosa análise do caso concreto que a envolve.

Determinar o sentido e alcance da função social de um determinado direito é trabalho para o aplicador do direito, de modo que cabe somente a ele, à luz do caso concreto e dos elementos metajurídicos, definir qual o sentido deve ser dado à expressão, afirmando ao final que o respectivo direito cumpriu sua função social.

Não se pode olvidar que a função social de um dado direito espelha os valores desse mesmo direito, numa dada sociedade, num dado momento. A função social do contrato de outrora, pautada nos ideais liberalista, contrapõe-se a concepção contemporânea do Estado social. A partir dessa característica, Cesar Luiz Pasold afirma que a função social tem como principal finalidade estimular o progresso material, bem como por em destaque os valores da pessoa humana.

Nesse conduto de pensamento, não se pode pensar a função social do contrato sem que se tenha sob a mira a dignidade do ser humano, de modo que essa simbiose inseparável servirá de garantia para uma sociedade mais justa, onde o direito de contratar alcance seu desiderato sem abusividade.

Entretanto, a função social foi definida pela Constituição como princípio. Ela serve para orientar a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. Além disso, possui todas as cinco funções dos princípios: interpretativa, integrativa, diretiva, limitativa e prescritiva. Assim, a função social aproxima-se mais da definição de princípio do que do conceito de cláusula.

## 3.2 O BEM COMUM

O bem comum afigura-se como o principal elemento acerca do estudo da função social do contrato, posto que o estudo da função social de um determinado direito consiste em estabelecer em que medida esse mesmo direito deve ser exercido para que o bem comum seja alcançado.

O conceito de bem comum recebeu diferentes significados ao longo do tempo, recebendo influência do movimento individualista, coletivistas, alcançando, por último um temperamento entre essas duas concepções.

### 3.2.1 Concepção Individualista

A concepção individualista do bem comum se funda na idéias de que o bem comum somente é alcançado quando há realização dos indivíduos, tomados como tal. Por essa teoria, a sociedade seria apenas a soma dos indivíduos, uma simples reunião deles.

A noção de bem comum, portanto, é representada por uma operação matemática dos bens dos indivíduos de modo que o bem da coletividade é simplesmente dividido pelo número de indivíduos. Assim, o bem comum seria alcançado se o bem dos indivíduos também o fosse.

Essa teoria influenciou sensivelmente os ideais do Estado liberal, que pregava a intervenção mínima do Estado nas relações econômicas entre os particulares. Ao Estado caberia somente fazer valer as garantias individuais do cidadão. Para Miguel Reale, o simples fato de o bem individual ser atendido levaria ao atendimento do bem comum.<sup>63</sup>

### 3.2.2 Concepção Coletiva

---

<sup>63</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 177.

Em posição diametralmente oposta surgem as teorias coletivas, onde a sociedade seria o centro de importância. O indivíduo considerado em si perde o prestígio, passando a ser parte integrante de um todo.<sup>64</sup>

Conforme preleção de Miguel Reale, o bem comum é condição necessária para que a felicidade individual seja atingida.<sup>65</sup> A sociedade deve ter sempre preferência. Os valores sociais devem sempre preponderar sobre os valores individuais. Diante da sociedade o direito do indivíduo não tem vez.<sup>66</sup>

Para Maria Helena F. da Câmara, essa corrente peca pelo “endeusamento do Estado”, culminando, por conseguinte, no totalitarismo. Coloca-se o indivíduo em segundo plano na fantasia de atingir o bem comum.

### 3.2.3 Concepção Adotada

Em razão de as duas teorias conceituarem o bem comum de forma extremada, tomado-se por base ou indivíduo ou a sociedade, surgiu uma terceira teoria, situada na fronteira entre a teoria individualista e a teoria coletivista. Nesse sentido, Miguel Reale afirma que “o bem do homem não pode deixar de ser integração de duas perspectivas: a do *ego* e a do *alter*”.<sup>67</sup> Segue afirmando o autor que o bem comum ideal seria aquele que a mesmo tempo atendesse ao bem geral e respeitasse a personalidade de cada indivíduo, visto sempre como uma parte do todo.<sup>68</sup>

Desse modo, o bem comum pode ser entendido como sendo um bem individual de cada pessoa que não só é ansiado por todos, mas que pode ser adquirido por todos também.<sup>69</sup> Assim, em questão de bem comum, não se pode dar tratamento isolado a sociedade e os seus indivíduos, posto não serem conceitos desconexos.

---

<sup>64</sup> CÂMARA, Maria Helena F da. Bem comum. **Revista Forense** 327/298, São Paulo, ago-set. 1994. p. 301.

<sup>65</sup> REALE. Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 277.

<sup>66</sup> CÂMARA, Maria Helena F da. Bem comum. **Revista Forense** 327/298, São Paulo, ago-set. 1994. p. 298.

<sup>67</sup> REALE. Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 271.

<sup>68</sup> REALE. Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 271.

<sup>69</sup> CÂMARA, Maria Helena F da. Bem comum. **Revista Forense** 327/298, São Paulo, ago-set. 1994. p. 298.

### 3.3 A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO

Nos últimos anos, a função social tem sido matéria bem difundida pelos estudiosos do direito, sobretudo as que dizem respeito à incidência dessa função nos institutos do direito privado. A descodificação, a criação de microssistemas legais, a constitucionalização e a recodificação foram acontecimentos essenciais à conformação da idéia de função social frente às questões jurídicas existenciais e patrimoniais.

#### 3.3.1 Noções Gerais

Antes de a função social ter sido introduzida no sistema jurídico brasileiro, institutos como o da propriedade, família, negócio jurídico, empresa, entre outros, caracterizavam-se pela função extremamente individualista que estes institutos apresentavam, tônica muito comum que vigia no auge do liberalismo econômico.

Diante dos abusos perpetrados na ordem econômica, então existentes na época do liberalismo, em razão da total abstenção estatal no seio da economia, o Estado, vendo-se obrigado a intervir diretamente para conter tais abusos, procurou dar uma função instrumental ao direito, a fim de reequilibrar as relações socioeconômicas. Surge, então, o instituto da funcionalização do direito.

A funcionalização, para Judith Martins-Costa, pode ser entendida como sendo “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever (...)”.<sup>70</sup>

A funcionalização do direito, então, tem por escopo a reedificação dos institutos jurídicos individuais, tendo sempre sob sua mira o justo equilíbrio entre as necessidades da coletividade e as necessidades individuais.

---

<sup>70</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

Em sendo assim, o individualismo exacerbado se vê relativizado frente a essa nova perspectiva socializante do direito, onde aquela vontade soberana, vigente nas codificações oitocentistas, cede lugar a interesses transindividuais, ligados sempre ao bem comum.

A função social, então, surge, no ordenamento pátrio, para podar o excessivo individualismo presente, sobretudo, na maioria dos institutos jurídicos de direito privado, de modo a estabelecer uma igualdade material entre os sujeitos de direitos. Trata-se, no dizer de Mario Aguiar Moura, de uma “transição do individualismo para o socialismo”.<sup>71</sup>

### 3.3.2 Lógica e Natureza da Função Social

A função social, entendida como um instrumento, decorre da origem de sua expressão. O termo *functio* origina-se do verbo *fungor*, significando cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, cumprir uma finalidade, funcionalizar.

Para Fábio Konder Comparato, a idéia de função está ligada ao poder de dar a um determinado objeto da propriedade uma finalidade específica, de modo que a socialidade dessa função deve sempre atender a um imperativo de ordem social e não individual.<sup>72</sup>

No que diz respeito à natureza jurídica da função social, várias são as posições tomadas pela doutrina. Uns, tomam-na como se fora atributo, diretriz ou cláusula-geral;<sup>73</sup> outros, a vêem com sendo um princípio.<sup>74</sup> Há, ainda, aqueles que preferem considerá-la com uma doutrina da função social ou idéia-princípio.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> MOURA, Mario Aguiar. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 630, p. 249, abr. 1988.

<sup>72</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

<sup>73</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150 e 159.

<sup>74</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do Contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 750, p. 116, abr. 1988.

<sup>75</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TEZEIN JÚNIOR, Augusto Geraldo. Função social do contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45, 1988, p. 141 e 144.

Mais importante do que definir uma nomenclatura para demonstrar a natureza jurídica da função social é entender o significado do seu real conteúdo. Assim, o que vale a atenção dos operadores do direito é a idéia de que, hodiernamente, a propriedade, o contrato, a empresa, a família, entre outros institutos de direito privado, não podem ser considerados isoladamente, senão ligados respectivamente a sua função social.

### 3.3.3 Histórico

A função social teve sua conformação, ainda que de forma incipiente, com os postulados filosóficos do Cristianismo e do Jusnaturalismo. A igreja Católica, por exemplo, exigia que a propriedade privada atendesse a uma finalidade produtiva, residindo aí, sua índole social. Para a doutrina Tomista, os bens disponíveis na terra pertenciam à comunidade, sendo titularizados, apenas transitoriamente, por um senhor. Para essa doutrina, a utilização da propriedade deveria atender ao bem estar coletivo e aos ditames da justiça social.

Apoiado nessa teoria Tomista, vieram à tona algumas encíclicas papais: a) a *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, por meio do qual “o proprietário que tenha recebido bens em abundância não é proprietário absoluto, mas simples administrador da Providência divina, que lhe assegurou bens para seu próprio proveito e também para o benefício de todos os demais”;<sup>76</sup> b) o *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que previa ser indispensável a intervenção harmônica por meio da aplicação da função social; c) a *La Solemnita e Oggi* – do Papa Pio XII, que veiculava a possibilidade de expropriação, como medida sancionatória imposta a quem não usasse a sua propriedade em desatendimento com o interesse coletivo; d) a *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, que ligava a qualquer propriedade privada a uma função social, de modo que o seu proprietário ao exercê-la não deve dissociar-se do bem comum; e) a *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, que veiculava a idéia de que aquele que possuísse em excesso deveria distribuir com os menos afortunados.

---

<sup>76</sup> TEIZEN JÚNIOR, Gustavo Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 120 e 121.

Num momento subsequente, a doutrina jusnaturalista, fundada nos conceitos de equidade e justiça, entendidos como postulados supralegais, veio por em destaque a idéia de que o direito de propriedade deve ser exercido em harmonia com a justiça divina.

Esses ideais filosóficos da igreja católica caem por terra com o advento da Revolução francesa. A propriedade passa a ser vista como um direito absoluto, ilimitado e sem restrições. Para garantir esse direito absoluto, a burguesia restringe o poder dos magistrados por meio das leis, que, à época, somente podiam ser interpretadas de forma literal.

A concepção absoluta da propriedade encontrou em John Locke um de seus maiores defensores. Este teórico entendia que a propriedade era fruto de muito esforço e trabalho humano, e que seu excedente não podia pertencer a seu dono apenas se houvesse risco de perecimento.<sup>77</sup> Locke defendia a existência de dois tipos de propriedade: uma, tida como propriedade natural, que é aquele que decorre do labor; outra, conhecida como propriedade convencional, originária do ganho pecuniário decorrente do processo de troca. Tentava, locke, com base na idéia de trocas e no domínio exclusivo da terra, legitimar o processo de acúmulo de riquezas.<sup>78</sup>

A idéia burguesa de propriedade recebe do marxismo sua primeira crítica. Para Marx, o capitalista individual perderia espaço para uma nova ordem social: a ideologia capitalismo. Assim, as relações de cunho econômico não mais seriam vistas de forma isolada, mas sim como um todo.<sup>79</sup>

Entretanto, o sistema burguês de propriedade somente veio a ser alterado depois da ocorrência das duas Guerras Mundiais. A Constituição de Weimar, ao inaugurar uma nova sistemática ligada à ordem econômica e social, deu novo tratamento aos institutos da propriedade, empresa e contrato. A Constituição

---

<sup>77</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 23-24.

<sup>78</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 405-406.

<sup>79</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 410.

Mexicana, de 1917, também preocupada com o instituto da propriedade, previu, em seu artigo 27, que as terras, originalmente, pertenciam somente à nação, podendo ser transferidas posteriormente aos particulares. Além disso, a Constituição mexicana não considerava como sendo privada a propriedade sem aproveitamento, o que ensejava a intervenção estatal para um melhor aproveitamento das áreas suscetíveis de exploração.

No Brasil, não foi diferente. O legislador, a partir de 1930, afastando-se da igualdade formal da Revolução francesa, criou alguns dispositivos legais que imprimiam certas restrições à liberdade de contratar e ao exercício do direito da propriedade.

### 3.3.4 Acepções da Função Social

Léon Duguit defende a tese da inexistência dos direitos subjetivos. Para ele, a noção de direito subjetivo deve ceder lugar à “noção realista de função social”.<sup>80</sup>

A concepção realista de Duguit se afasta da idéia de direito para se aproxima da idéia de dever. Para ele, cada indivíduo da sociedade teria um papel a ser desempenhado, não podendo deste dispor. Desse modo, se o indivíduo não cumprisse com sua função, o Estado poderia intervir para fazê-lo cumprir aquela função. Nesse sentido, a propriedade, para Duguit, não teria função social, posto que seria ela a própria função social, ou, como ele mesmo chama “propriedade-função”.<sup>81</sup>

Por ser muito extremada, a teoria da inexistência de direitos subjetivos de Duguit sofre diversas críticas. Para Giselda Hinoraka, a propriedade não pode ser confundida com a função social, porque aquela contém essa, de modo que o

---

<sup>80</sup> DUGUIT. Léon. Las Transformaciones del derecho privado. In: **Las transformaciones generales del derecho (público y privado)**. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 178-179.

<sup>81</sup> DUGUIT. Léon. Las Transformaciones del derecho privado. In: **Las transformaciones generales del derecho (público y privado)**. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 235-247.

proprietário de um determinado bem deve ser obrigado a lhe dar um destino social, além daquele que corresponde ao seu próprio interesse.<sup>82</sup>

Para Carlos Frederico Marés, “a função social está no bem, e não no direito ou no seu titular, porque uma terra cumpre uma função social ainda que sobre ela não paire nenhum direito de propriedade ou esteja proibido qualquer uso direto”.<sup>83</sup>

Vale destacar, que o fato de os principais institutos jurídicos terem passado por uma reconstrução não quer dizer que eles tenham abandono de vez sua identidade privada, para integra-se no direito público. Como bem aponta Judith Martins-Costa, a propriedade privada não pode ser mais vista como sendo um monopólio exclusivo da pessoa, como ocorria em outrora, “mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais que englobam concomitantemente um complexo de situações jurídicas subjetivas sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica”.<sup>84</sup>

### 3.3.5 Função Social nas Constituições Brasileiras – Breve Relato

A Constituição imperial brasileira de 1824, assim como a constituição portuguesa de 1822, erigiu a propriedade a um direito inviolável e sagrado, ao dispor, em seu inciso XXII, artigo 179, que “é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude”. Nessa época não se verificava a presença de uma função social, eis que o direito da propriedade era absoluto.

Com a promulgação da Constituição republicana de 1891, o caráter pleno da propriedade não sofreu alterações essenciais, mantendo-se como direito pleno e absoluto. O seu artigo 72, § 17, preceituava que “O direito da propriedade mantêm-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

---

<sup>82</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato, **Revista de Direito Civil**, v. 45, 1988, p. 144.

<sup>83</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 91.

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150 e 159.

A Constituição brasileira de 1934, influenciada pelas Constituições Mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919, destacou-se por ter sido a primeira constituição a trazer em seu bojo um dispositivo acerca da função social, ao mencionar, em seu artigo 113, que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

Depois de um determinado período de retrocesso provocado pela Constituição de 1937, sobretudo no que diz respeito ao tema da função social, de seu caráter autoritário de inspiração polaca, a Constituição de 1946, condicionou o exercício do direito da propriedade ao bem estar social, ao dizer, em seu artigo 147, que “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Apesar dessa expressa previsão constitucional, ligando a propriedade ao bem estar social, esta norma não logrou efetividade por se considerada norma de eficácia limitada.

Embora as Constituições de 1934 e 1946 tenham inaugurado as primeiras linhas acerca da função social, foi com a Constituição de 1969 que ela ganhou força. Esta Constituição, juntamente com sua Emenda n. 1, utilizou, pela primeira vez, a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, mas não a enumerou no rol das garantias fundamentais do cidadão.

Com o advento da Constituição de 1988, a função social é inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, incisos XXII E XXIII), além de também assentar as estruturas da Ordem Econômica (artigo 170, incisos II e III). O atual texto constitucional representa um símbolo na constitucionalização da função social da propriedade, sobretudo por sua exposição minuciosa e ampla das normas atinentes a essa funcionalização do direito.

### 3.4 FUNÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO

A expressão “função social” adentrou no mundo jurídico brasileiro por influência de movimentos de vários países europeus. Essa função social, que nada mais era

do que o a decretação de uma finalidade a cada instituto do direito, tornou-se um mecanismo útil para inibir os abusos econômicos provenientes da liberdade contratual sem limites no pós Revolução Francesa.

### **3.4.1 Constitucionalismo Funcional**

O Estado, então, era a instituição legitimada a intervir sempre que o interesse individual se sobrepujasse ao interesse coletivo, sempre que o exercício de um determinado direito, sobretudo os ligados à propriedade, não estivesse condizente com sua função social.

### **3.4.2 Constitucionalismo Socioeconômico**

A noção ligada à função social já era tema de discussão dos anarquistas e socialistas em meados do século XIX, na Europa. Todavia, a função social somente entrou na seara constitucional com a edição da Constituição mexicana de 1917. Esta constituição também se destacou por ter sido a primeira a tratar dos, hoje chamados, direitos sociais, sendo, igualmente, pioneira nos temas ligados a limitação da jornada de trabalho, a fixação da idade mínima para ingresso no trabalho e a proteção à maternidade.

Na Europa, a idéia de função social, como norma constitucional, aparece, na Alemanha, dois anos depois da constituição mexicana, com a Constituição de Weimar, de 1919. Esta constituição sistematizou a Ordem Econômica daquela nação, estabelecendo, inclusive, regras específicas sobre a circulação de riquezas.

A constitucionalização das regras atinentes à propriedade, no Brasil, somente despontou a partir da Revolução de 1930. Isto porque, antes desse período, a sociedade brasileira era eminentemente agrícola, cuja economia gravitava em torno de bens de raiz, motivo pelo qual a constitucionalização das questões ligadas à propriedade, como o estatuto da terra, por exemplo, não interessava a classe política dominante. Somente com a Carta de 1934, influenciada pelas constituições do México, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, a função

social no Direito Privado ganhou relevo no direito brasileiro. A partir daí, ressalvada a Carta de 1937, todas as outras constituições brasileiras, mesmo que timidamente, tratavam da função social da propriedade.

### 3.4.3 Função Social na Constituição de 1988: Fundamentos

No período compreendido entre a era de Getúlio Vargas e a vigente Constituição Federal de 1988, a disciplina da função social recebeu contribuições teóricas muito importantes para sua configuração como instituto apto a produzir efeitos concretos, a saber: a expansão da noção de máxima eficácia dos direitos fundamentais, que asseguravam a proteção da dignidade da pessoa humana e a evolução da idéia de socialização do direito, que veio à tona com o surgimento da sociedade de massa.

Outro acontecimento não menos importante que forneceu robustez a função social, foi a derrocada do positivismo clássico, que possibilitou o juízo avaliativo do direito como um todo. Um dos pilares do Estado democrático brasileiro é a solidariedade, ou sociabilidade, prevista no inciso I do artigo 3º, como objetivo precípua da Carta Magna. Deve ela ser entendida como sendo um elemento indispensável da exegese jurídica, de modo que todas as normas edificadas abaixo da Constituição devem ser interpretadas em conformidade com a lei maior, posto que não por outro motivo que o legislador originário imantou o texto constitucional com vários preceitos típicos de Direito Privado.<sup>85</sup> Além disso, o princípio da solidariedade goza de alta carga coercitiva pelo simples fato de estar entre um dos objetivos a ser incansavelmente perseguido pelo Estado democrático de direito brasileiro.

Um outro princípio constitucional de importância essencial à conformação da função social é o da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Política, como sendo um de seus fundamentos basilares. Para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como sendo “a

---

<sup>85</sup> FACCHINI NETO. Eugênio. Histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (...)”<sup>86</sup>, o que acarretaria um conjunto de direitos e obrigações fundamentais protetivas contra qualquer ação degradantes, como, também, assegurar requisitos mínimos para o desenvolvimento de uma vida salutar, “(...)além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.<sup>87</sup>

#### **3.4.4 Função Social na Constituição de 1988: Natureza Jurídica e Eficácia**

Conectada diretamente à propriedade, a função social está expressamente prevista de no artigo 5º inciso XXIII da Constituição Federal de 1988. A função social da propriedade não deve ser tomada como sendo um simples dever jurídico ou elemento externo limitador da propriedade, mas sim como elemento conformador da própria estrutura desse direito, ou seja, a função da sociedade deve ser enxergada como algo ínsito ao próprio direito da propriedade.<sup>88</sup>

Entretanto, não se deve desconsiderar a idéia de dever fundamental que nasce ao lado do direito da propriedade e demais institutos de direito privado, eis que é também de observância obrigatória.

O § 1º o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 concede aos direito e garantias fundamentais eficácia imediata. Esses direitos fundamentais foram assegurados, ao menos inicialmente, com o objetivo de impedir que o Estado soberano lesasse de forma arbitrária os direitos do cidadão. Hodiernamente, interessa saber se os direitos garantidos no artigo 5º também têm eficácia nas relações privadas, de forma que o próprio particular, por meio da prestação jurisdicional, poderia fazer valer um seu direito fundamental que fora desrespeitado numa relação eminentemente privada, ou de igual fora, exigir que a função social de um

---

<sup>86</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 52. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 281-282.

determinado instituto seja atendida, sob pena de o titular do direito sem função sofrer as conseqüências previstas em lei em razão de sua inércia. Nesse sentido, é mais condizente com a sistemática adota pela Constituição de 1988, a teoria da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

### **3.4.5 Função Social da Propriedade e da Posse na Constituição de 1988**

Por meio de uma leitura simples da Constituição de 1988, pode-se perceber que o instituto civil que mais se relacionou a função social foi a propriedade, dela, extraindo-se, por dedução lógica, a noção de função social da posse. Em seu entendimento clássico, o interesse do proprietário ou possuidor era oponível *erga omnes*, independentemente de qualquer lesão que esse direito viesse a sofrer. Com o advento da teoria do abuso do direito, os interesses dos titulares sobre os seus bens passaram a ser tutelados de forma relativa, não sendo um qualquer seu direito passível de tutela por parte do direito. Nesse viés, a função social não pode ser tomada como o elemento a ensejar a intervenção estatal a fim de resguardar qualquer interesse hipoteticamente correspondente ao interesse social. O direito a propriedade é resguardado pelo direito da mesma fora que a função social.

### **3.4.6 Função Social da Empresa e do Contrato**

Para Calixto Salomão Filho, a expressão “função social”, inserta no texto constitucional, deveria ser dilatada para abarcar institutos outros que não tivessem ligação com a propriedade.<sup>89</sup> Em linhas gerais, a empresa e o contrato representam uma forma de propriedade. Isto porque, o contrato, por sua própria natureza e vocação, é um instrumento que faz circular riquezas; a empresa, por seu turno, busca sempre, por meio de sua atividade, a obtenção de lucro.

Ademais, a Constituição brasileira, ao prever em seu artigo 1º, inciso IV, e artigo 170, inciso III, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, sempre

---

<sup>89</sup> SALOMÃO FILHO. Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Privado**, v. 13, jul./set. 2002, p. 68.

albergou a função social da empresa e do contrato, a fim de promover uma sociedade mais justa e solidária.

Nesse sentido, a doutrina vem entendendo que despeito de a função social do contato e a função social da empresa não estarem expressamente dispostas no texto constitucional, estão elas protegidos constitucionalmente em razão de decorrerem diretamente da função social da propriedade.

#### **3.4.7 A Função Social da Família**

A função social da família não decorre diretamente da função social da propriedade, como ocorre com a função social do contrato e da empresa, vistos anteriormente. Decorre ela do artigo 226, caput, da Constituição Federal, uma vez que a família é o grupo essencial para a formação da sociedade. Ademais, as normas que fundamenta e protegem a família gozam de status de normas cogente, prevalecendo sempre o interesse público.

## 4 A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

A função social da empresa sempre foi estudada com apenas um fundamento jurídico: o da função social da propriedade. Entretanto, a função social do contrato, como será demonstrado a seguir, também é fundamento da função social da empresa. Assim, é necessário aprofundar estes dois institutos para entender melhor a função social da empresa.

### 4.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Sem dúvidas, a maior parte da função social da empresa decorre de entendimentos construídos a partir da função social da propriedade. O direito de propriedade foi objeto de inúmeras mudanças. É necessário rever tais mudanças, para compreender a conformação atual do direito de propriedade.

#### 4.1.1 Direito de Propriedade

O direito de propriedade compõe a disciplina dos direitos reais. A propriedade designa uma situação jurídica de apropriação de bens corpóreos e incorpóreos. Orlando Gomes<sup>90</sup>, considera a propriedade como um direito complexo que pode ser conceituado a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Pelo critério sintético, propriedade é a submissão de uma coisa a uma pessoa em todas as suas relações. De forma analítica, significa o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo daquele que o possuir injustificadamente, e, descritivamente é um direito através do qual uma coisa submete-se às vontades de uma pessoa, de forma absoluta, perpétua e exclusiva, de acordo com as limitações da lei.

Francesco Galgano<sup>91</sup>, define direito de propriedade como *“la propensione di ciascun uomo a fare proprie le cose e ad utilizzarle per il proprio vantaggio,*

---

<sup>90</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97.

<sup>91</sup> GALGANO, Francesco. **Instituzione di Diritto Privato**: con tavole de comparazione giuridica. 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p.69.

*escludendo gli altri dalla loro utilizzazione*<sup>92</sup>. Este conceito revela o caráter da exclusividade do direito de propriedade devido à proibição que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer utilização.

Para Pontes de Miranda<sup>93</sup>, propriedade, em sentido amplo, é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direitos reais; em sentido estrito é o domínio. Alguns doutrinadores, como Pietro Perlingieri<sup>94</sup>, costumam-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados: usufruto, superfície, servidão, habitação, etc. Isso não significa que o domínio não tenha limites; apenas significa que os seus contornos não cabem dentro dos contornos de outro direito real.

Os direitos reais limitados distinguem-se pelo conteúdo, por terem uma abrangência parcial, ao passo que o domínio possui uma abrangência total. O titular do direito de propriedade, por exemplo, poderá conceder todos os direitos reais limitados. Agora, quem somente tem o direito de uso somente pode usar, e não usar ou fruir; quem tem direito de habitação somente pode habitar.

Este conceito demonstra que a propriedade é um direito complexo, pois, apesar de ser unitário, contém as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Outrossim, por ser um direito absoluto, o seu titular tem o poder de decidir se irá usar, alienar, destruir, ou limitar esse direito real, desmembrando os direitos reais limitados.

Existe uma certa dificuldade na aplicação do conceito de relação jurídica ao conceito de propriedade, especialmente em decorrência de indeterminação dos sujeitos titulares da situação passiva. Relacionado ao sujeito titular de uma situação subjetiva ativa não é possível encontrar um sujeito determinado, mas somente a coletividade. Essa coletividade deverá respeitar a situação jurídica do

---

<sup>92</sup> Tradução livre do autor: a propensão de cada homem em fazer própria uma coisa e usá-la em benefício próprio, excluindo de outras pessoas a sua utilização.

<sup>93</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XI, p.9.

<sup>94</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217.

titular do direito subjetivo de não interferir na esfera de direitos do titular. Configura-se um dever geral de abstenção.<sup>95</sup>

A propriedade possui como objeto os bens corpóreos ou incorpóreos. Dentre os bens incorpóreos podemos mencionar os relativos às criações intelectuais literárias, artísticas e científicas (direitos autorais), bem como as criações de aplicação industrial (bens de propriedade industrial), como a marca, as invenções, o nome empresarial, o desenho industrial, dentre outros. Não existe um consenso na doutrina civil brasileira acerca da inclusão dos bens incorpóreos como objeto do direito à propriedade<sup>96</sup>. Um dos elementos de reforça esse dissenso é a forma de apropriação dos bens. Os bens corpóreos não são passíveis de apropriação simultânea, não ocorrendo o mesmo com os bens incorpóreos, como por exemplo, uma marca. Outra característica que não se aplica aos bens intangíveis é a perpetuidade, ao menos no que se refere aos direitos de exploração econômica desses bens, que são revestidos do caráter temporário.

#### 4.1.2 Transformações no direito à propriedade

O estudo jurídico da função social da propriedade demanda o conhecimento da evolução e das transformações que atingiram o direito à propriedade no curso do tempo.

##### 4.1.2.1 Propriedade no Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal é considerado o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais. O Estado Liberal sucede o Estado de Direito, que tinha como princípio básico a supremacia da Constituição e surgiu com o escopo de submeter o poder político às regras dos direitos dos cidadãos.

---

<sup>95</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 221.

<sup>96</sup> Dentre os autores que adotam esse posicionamento, podemos mencionar Orlando Gomes o qual considera que “o fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, mas embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam enquadrar-se, contudo, numa categoria à parte, que alhures, denominamos quase-propriedade”. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99.

Essas características do Estado absoluto não satisfaziam os anseios da sociedade, que sofreu transformações a partir da Revolução Francesa, implementando o liberalismo, em que o Estado tem poderes e funções limitadas e o foco de seus interesses era o indivíduo e suas liberdades.

A atividade estatal limitava-se à manutenção da ordem e da segurança, protegendo as liberdades pessoais, civis e econômica dos indivíduos. Sendo assim, os pilares do Estado Liberal de Direito são: a propriedade privada e uma economia livre do controle estatal.

Sob essa base principiológica, no Estado liberal, a exteriorização da personalidade e da liberdade do indivíduo era o pleno gozo da propriedade. A propriedade privada passou a ser considerada um direito inerente à natureza humana, reconhecido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>97</sup>

A propriedade, no Estado Liberal, foi estruturada sobre três vertentes: a filosófica, a dogmática jurídica e a positivista. Através do pensamento filosófico foram desenvolvidas teorias que fundamentaram a propriedade de acordo com os pressupostos ideológicos do liberalismo. O Jusnaturalismo foi a corrente de pensamento que representou a ruptura com a idéia que os antigos tinham de que o homem é um ser social, passando a vê-lo como indivíduo que basta a si mesmo, partindo disso o entendimento de que as vontades individuais justificavam a formação e legitimação do Estado. Nesse contexto que surgem os direitos subjetivos como decorrência da natureza humana, como a liberdade e a propriedade.<sup>98</sup>

Por meio do desenvolvimento da teoria dos direitos das coisas a dogmática recepcionou esse pensamento liberal, e sistematizou o conceito de direito de propriedade, como uma situação subjetiva patrimonial.

---

<sup>97</sup> CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 26-27.

<sup>98</sup> LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso do poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 30-33.

Por fim, a positivação da propriedade atribuiu à propriedade o caráter de direito positivo. No Código Civil Francês de 1804 (Código Civil Napoleônico), a propriedade privada foi colocada como núcleo do ordenamento jurídico, influenciando diversas outras legislações civilistas, inclusive a brasileira em 1916.

#### 4.1.2.2 Propriedade no Estado Social de Direito

O conceito de liberdade humana, conduzido pelo liberalismo gerou diversas situações de desequilíbrio social e de desigualdade entre os indivíduos. Grande parte da população estava submetida ao desemprego, à exploração econômica, à fome, à pobreza, gerando graves ofensas aos direitos e garantias fundamentais.

A igualdade que fundamentava o liberalismo, era a igualdade formal, que encobria toda a natureza de desigualdades econômicas, políticas, sociais e pessoais<sup>99</sup>.

A partir das contradições do Estado Liberal, surge o Estado Social pois, diante da complexidade das relações socioeconômicas, entram em confronto o interesse na preservação do estado mínimo e a necessidade de intervenção do Estado na economia.

O Estado Social admite a idéia de dirigismo consentido, que possibilita a manutenção das bases do capitalismo<sup>100</sup>. A intervenção do Estado visa a promoção de uma igualdade material, ao estabelecer um tratamento favorecido aos mais fracos, assegurando direitos aos trabalhadores, um sistema de previdência, de educação, combatendo o desemprego, a miséria.

No Estado Social, a concepção de propriedade é alterada, desvinculando-se do liberalismo individualista, passando a ser concebida como um direito individual que não pode ser exercido em prejuízo da coletividade. A propriedade passa a ser

---

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

concebida a partir de uma função social, densificando o princípio da igualdade material, da cidadania, da dignidade da pessoa humana<sup>101</sup>.

#### 4.1.3 Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A propriedade no ordenamento jurídico brasileiro sofreu inúmeras alterações desde a primeira Constituição brasileira. Além disso, apresenta um tratamento diferente em vários diplomas legislativos e na Constituição Federal de 1988.

##### 4.1.3.1 A Propriedade no Direito Constitucional Brasileiro

Na Constituição Brasileira de 1824, o conceito de propriedade estava vinculado à noção de um direito abstrato, de uso perpétuo<sup>102</sup>. A única ressalva ao direito de propriedade que se fazia estava relacionado à possibilidade de desapropriação para uso público, mediante indenização prévia.

A Constituição Federal de 1981 também atribuía o caráter de individualidade à propriedade, reflexo do liberalismo e ressaltava a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização. Esta Constituição também reconhecia a propriedade tendo como objeto bens imateriais como os direitos de autor e as marcas.<sup>103</sup>

Somente a partir da Constituição de 1934 se estabelece referência à atividade do proprietário. A propriedade segundo essa Constituição não poderá ser exercida

<sup>101</sup> CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 41.

<sup>102</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

<sup>103</sup> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. [...] § 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. § 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica. [...]

contra o interesse social ou coletivo. Dessa forma, apenas era fixado um limite negativo ao exercício desse direito. Era possível a desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante prévia indenização.<sup>104</sup>

O texto da Constituição de 1937 limita-se a assegurar o direito à propriedade, deixando para a lei infraconstitucional definir seu conteúdo e limitações.<sup>105</sup>

A Constituição de 1946 apresenta alguns avanços relativos ao direito à propriedade. Estabelece como justificativa à desapropriação, além da necessidade ou utilidade pública, o interesse social, refletindo os ideais do Estado Social e da função social da propriedade. Este argumento se reforça com o disposto no artigo 147 que condiciona a utilização da propriedade ao bem estar social, quando se refere à ordem econômica e social.<sup>106</sup>

A Carta Magna de 1967 no que tange ao direito de propriedade conforma explicitamente a função social da propriedade como princípio da ordem

---

<sup>104</sup>Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

<sup>105</sup>Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

2º) todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade; [...]

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

<sup>106</sup> Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

econômica, representando um avanço no reconhecimento dos princípios de um Estado Social.<sup>107</sup>

Dentre os princípios fundamentais a Constituição Federal de 1988 destaca-se a dignidade da pessoa humana. Esse princípio deve exteriorizar-se em todos os direitos fundamentais, incluindo o direito à propriedade.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da função social da propriedade no capítulo destinado aos direitos fundamentais, bem como em outros dispositivos.

#### 4.1.3.2 A Propriedade no Direito Civil

O Direito Privado se dirige às relações entre particulares e constrói uma estrutura jurídica que se propõe a organizar três pilares e todas as suas projeções, que compõe um tríptico vértice, base fundante do Direito Privado. Esses pilares são o patrimônio, o contrato e a família.<sup>108</sup>

Os códigos privados oitocentistas eram representados por três princípios básicos: o individualismo, o patrimonialismo e a liberdade para contratar, os quais permeavam a regulamentação jurídica dos pilares do direito privado.

Como um dos pilares do direito privado, a propriedade é regulada no Direito Civil, no ramo denominado direitos reais. O Código Civil de 1916 prestigiava as idéias liberais, o individualismo, o patrimonialismo, com o objetivo de garantir os direitos alcançados pelos grupos dominantes da classe dirigente (burguesia agrária e mercantil) que pretendiam manter seus privilégios econômicos e sua ascendência social, às custas do subdesenvolvimento.

Esse código não definia o direito de propriedade, apenas indicava no caput do artigo 524, os poderes do proprietário: direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem os possuía injustamente. Esses poderes

---

<sup>107</sup> Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;

<sup>108</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143-144.

compunham o aspecto estrutural do direito de propriedade e representavam tanto o núcleo econômico do domínio (usar, gozar e dispor), como o núcleo jurídico do domínio (ações de tutela do domínio)<sup>109</sup>. Essa tipicidade tinha por objetivo assegurar a rigidez para armazenar os poderes do proprietário. Não existiam referências relativas à funcionalização desse direito.

Somente a partir o Código Civil de 2002, começa-se a perceber uma ressignificação dos pilares do Direito Privado. Novos parâmetros são inseridos no direito privado, de acordo com os valores cultivados na sociedade. A partir desses valores, verifica-se que o centro das relações jurídicas é a pessoa e a realização de suas necessidades fundamentais, pessoais e coletivas<sup>110</sup>. Sendo assim, a propriedade passa a ter uma função, além dos poderes que confere ao seu titular.

O Código Civil de 2002 apresenta inovações significativas ao direito de propriedade<sup>111</sup>. O parágrafo 1º do artigo 1.228<sup>112</sup> vincula o exercício do direito de propriedade à suas finalidades econômicas e sociais, visado atender à tutela constitucional da função social.

#### **4.1.4 Função Social da Propriedade no Direito Brasileiro**

A função social da propriedade no Direito brasileiro evoluiu a partir da negação da propriedade privada como um direito subjetivo absoluto. Com a solidariedade social, o Direito de Propriedade adquiriu nova feição, o que implicou na evolução da Função Social da Propriedade.

##### **4.1.4.1 Conceito de Função Social da Propriedade**

---

<sup>109</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 305.

<sup>110</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.

<sup>111</sup> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

<sup>112</sup> Art. 1.228 § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade evoluiu na sociedade de uma tendência liberal, da propriedade privada como direito individual, à uma tendência socialista, da negação da propriedade privada como direito individual para finalmente uma concepção da função social da propriedade<sup>113</sup>.

O filósofo que primeiro mencionou a expressão função social vinculando-a a propriedade foi Augusto Comte o qual afirmou a necessidade do positivismo atribuir uma função social à propriedade, destinada a administrar os capitais nos quais uma geração prepara os trabalhos das gerações seguintes.

Segundo Léon Duguit, citado por Ivan Chemeris<sup>114</sup>, a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário. É um dever, uma obrigação de ordem objetiva de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social, ou seja, o direito subjetivo é substituído pela função social do detentor da riqueza.

O posicionamento de propriedade-função defendido por Duguit, atualmente encontra-se revisado, por cometer excesso ao negar a existência dos direitos subjetivos. Isso se reforça pelo fato da propriedade estar incluída no rol dos direitos fundamentais.

A propriedade é protegida e garantida em face de sua função social, estando subordinada a sua finalidade ao interesse coletivo. O direito de propriedade deixa de ser absoluto, estando sujeito a diversas restrições no interesse público e privado.

Tratar de função social não se restringe a tratar das limitações negativas que atingem o direito de propriedade. As transformações que o direito de propriedade passou não se limitam às restrições aos poderes do proprietário, ocorreu, em verdade, uma mudança de paradigma deixando o direito de propriedade de ser absoluto.

---

<sup>113</sup> CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 49.

<sup>114</sup> CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 52.

A função social da propriedade nasce no próprio regime capitalista para legitimar a produção de riquezas, dentro de certos limites e exercida dentro do interesse social. O qualificativo de social vincula a propriedade a um objetivo, que corresponde ao interesse coletivo<sup>115</sup>. Esse objetivo deve ser levado em consideração pelo interprete da norma, partindo dos princípios constitucionais da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

#### 4.1.4.2 Função social da Propriedade na Constituição de 1988

No texto constitucional em vigor, a função social da propriedade tornou-se direito fundamental, estando regulada na parte relativa aos direitos e deveres individuais e coletivos. No Título destinado à ordem econômica, capítulo relativo aos princípios da atividade econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade são considerados princípios da ordem econômica destinados a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Também nos capítulos destinados à política urbana e a política agrária, fundiária e de reforma agrária, a Constituição Federal faz menção expressa e preenche o conteúdo da função social da propriedade.

No capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos<sup>116</sup>o princípio da função social da propriedade é assegurado de uma forma geral, como uma cláusula aberta, um princípio que deve balizar a atuação do julgador diante do caso concreto.

Igualmente verifica-se a disposição relativa aos princípios da ordem econômica<sup>117</sup> em que a propriedade privada e a função social da propriedade figuram como um condicionamento da atividade econômica à justiça social.

---

<sup>115</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**. Coordenação Nelson e Rosa Maria Nery. Ano 2. jul./set. de 2001. RT p. 76.

<sup>116</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>117</sup> Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...].

Além desses dispositivos em que se encontra presente o aspecto da generalidade de tratamento conferido à função social da propriedade, a Constituição Federal contempla outros dispositivos que prevêem hipóteses de aplicação direta desse princípio.

O artigo 156, inciso I<sup>118</sup>, prevê o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, e o parágrafo 1º do mesmo artigo<sup>119</sup> estabelece a possibilidade de progressividade do imposto de forma a assegurar a função social da propriedade.

No capítulo relativo à política urbana, artigos 182 e 183<sup>120</sup> da Constituição, encontra-se previsto que o poder público objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais dos municípios garantindo o bem estar de seus habitantes. Essa função social se torna efetiva quando atende às exigências fundamentais de ordenação do município contidas no plano diretor. Também se torna expressão da função social da propriedade o usucapião por pessoa ou família que utilize a terra por determinado tempo, sem oposição.

O capítulo que versa sobre a política agrária, fundiária e de reforma agrária, artigos 184 a 191<sup>121</sup>, prevê a desapropriação para fins de reforma agrária do

---

<sup>118</sup> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana; [...]

<sup>119</sup> Art. 156, § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

<sup>120</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>121</sup> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

imóvel que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização.

Nesses dispositivos verifica-se a atuação direta do estado intervindo na relação entre particulares a fim de garantir a aplicação do princípio da função social da propriedade, da justiça social e a dignidade da pessoa humana.

#### 4.1.4.3 Função social da Propriedade no Código Civil de 2002

Reconhecendo a existência de diretrizes constitucionais a serem seguidas pelo Direito Privado, o Código Civil de 2002 apresenta-se com uma função participativa, utiliza conceitos vagos, cláusulas gerais, que permitem a vitalidade, a atualidade e a efetividade das suas normas.

A partir dessas características verifica-se que a opção do legislador foi por um sistema aberto, que possa se comunicar e interagir com os microsistemas legais e com a Constituição Federal.

A inserção de cláusulas gerais confere ao julgador a tarefa de complementar, preencher o espaço deixado pela norma aberta. O preenchimento do conteúdo deve ser feito a partir de valorações extraídas do caso concreto e das demais normas principiológicas que definam diretrizes a serem seguidas.

A função social de propriedade, por exemplo, inserida no parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil, representa uma cláusula geral restritiva, por limitar as faculdades inerentes ao proprietário, e também extensiva, por remeter a

---

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

conformidade da utilização da propriedade ao que for estabelecido em lei especial<sup>122</sup>.

A função social da propriedade como cláusula geral extensiva, contida na parte inicial do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002<sup>123</sup>, permite uma abertura no sistema, em que é possível transitar pelos microssistemas e pelos princípios constitucionais, refletindo sua função participativa. Essa natureza extensiva permite que o julgador utilize, para chegar à concepção da função social da propriedade, toda legislação especial que aborde esse tema. A solução para o caso concreto será procurada não somente no corpo do código civil, mas será complementada de acordo com os dispositivos de outra legislação que também aborde a função da propriedade<sup>124</sup>.

Por esse único dispositivo, o legislador possibilita o julgador buscar em todas as legislações especiais que regulem a matéria, a aplicação do texto mais adequado ao caso concreto.

Além da natureza extensiva, o §1º do artigo 1.288, também contempla a natureza de cláusula geral restritiva, em sua parte final, que estabelece limites às relações privadas que não podem ser afastados pela vontade das partes. A limitação contida no §1º do artigo 1.228 deve ser complementada com o § único do artigo 2.035, que estabelece que a convenção não poderá prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública, como os estabelecidos para assegurar a função social da propriedade.<sup>125</sup>

Dessa forma, o dispositivo acima, afasta qualquer entrave para aplicação da função social da propriedade ainda que tenha decorrido da autonomia da vontade das partes, por ser considerado um preceito de ordem pública. A inserção dessa

---

<sup>122</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado**: no atual momento histórico. São Paulo: RT, 2006, p.392.

<sup>123</sup> “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

<sup>124</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado**: no atual momento histórico. São Paulo: RT, 2006, p.393.

<sup>125</sup> Art. 2.035. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

cláusula limitadora no diploma privado tem por objetivo dar efetividade ao comando constitucional da função social da propriedade.

Além de sua natureza restritiva e extensiva contida no § 1º do artigo 1.228, a função social da propriedade também possibilitou algumas inovações no Código Civil. Nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228<sup>126</sup>, por exemplo, é possibilitado aos possuidores de boa-fé que utilizarem um imóvel de extensa área por mais de cinco anos, e tiver realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante, obter a propriedade do mesmo mediante indenização fixada pelo juiz.

A redução dos prazos de usucapião<sup>127</sup> e a possibilidade de compra de imóvel por aquele que, de boa-fé, planta ou edifica em terreno alheio<sup>128</sup> também refletem a aplicação da função social da propriedade.

Conforme abordado acima, percebe-se que o Código Civil, não extinguiu a autonomia da vontade no direito de propriedade, mas apenas estabeleceu deveres de justiça social para os titulares desse direito.

## 4.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

---

<sup>126</sup> Art. 1.228, § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

<sup>127</sup> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

<sup>128</sup> Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Como fundamento dinâmico da Função Social da Empresa, aprofundar o estudo sobre Função Social do Contrato é necessário para balizar tal instituto.

#### **4.2.1 A Função Social do Contrato e os negócios jurídico-formais**

Para Clóvis Beviláqua, forma é a reunião de expedientes solenes, de observação obrigatória, que vinculam a eficácia jurídica da declaração da vontade<sup>129</sup>. Os contatos formais, então, podem ser entendidos como sendo aqueles cuja formatação deve observar as solenidades previstas em lei, de modo que a solenidade se configura como elemento constitutivo do contrato.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 129, preceituava que, em regra, os negócios jurídicos seriam informais, regra esta repetida no artigo 107 do Código Civil de 2002. Não obstante essa regra, O Código Civil anterior, em seu artigo 134, inciso II, exigia como condição essencial para a alienação de imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros a escritura pública. A codificação atual, em seu artigo 108, manteve a exigência da escritura pública, utilizando, porém, o salário mínimo como critério e não a moeda corrente, evitando, assim, inconvenientes decorrentes de possível desvalorização da moeda<sup>130</sup>.

O artigo 108 do novo código Civil se coaduna perfeitamente com função social do contrato, ainda que ele esteja topograficamente inserido na parte geral do Código Civil. É que, sabendo o legislador que nem todas as pessoas têm condições econômicas de arcar com as despesas decorrentes da compra de um imóvel, presumiu vulneráveis os potenciais compradores de imóveis de valor inferior a 30 salários mínimos, dispensando-os das despesas com a escritura pública.

#### **4.2.2 A Função Social do Contrato e a lesão subjetiva**

---

<sup>129</sup> BEVILÁQUA. Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 386.

<sup>130</sup> Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóvel de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Com a Função Social do Contrato, inúmeros institutos de Direito Privado sofrem mudanças. Com certeza, a lesão é um dos que sofrem as maiores alterações, inclusive quanto a sua natureza jurídica.

#### 4.2.2.1 Conceito e natureza jurídica da lesão subjetiva

A lesão não é inovação trazida pelo novo Código Civil. Caio Mário da Silva Pereira já tratava do assunto desde 1949 em sua “A lesão nos contratos”, onde já tecia alguns comentários acerca do conceito figurado genericamente no artigo 157 do vigente Código Civil<sup>131</sup>. O referido autor considerava a proibição da lesão um princípio ligado, de forma bem próxima, a vedação de enriquecimento sem causa, expressamente previsto pela nova codificação civil (artigos 884 a 886). Em sua obra, o autor demonstra que a proibição da onerosidade contratual já era prevista na Idade Média como conceito canônico de lesão contratual (para nós, lesão objetiva).

Assim como nas codificações estrangeiras, as Ordenações portuguesas também traziam a figura da lesão. Entretanto, a lesão subjetiva, considerada como vício do negócio, jurídico não fez parte do texto do Código Civil de 1916. Essa omissão, para Caio Mário, evidenciava um verdadeiro retrocesso social.

A lesão subjetiva, como vício do negócio jurídico, era prevista desde 1951, Lei n. 1.521 (Lei de Proteção à Economia Popular), onde em seu artigo 4º definia como crime a prática de “obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”. Esta lesão, presente nos casos de cobranças abusivas de juros, era conhecida como lesão usurária.

Outra questão decorre em saber se a lesão usurária geraria a nulidade absoluta da avença, já que a Lei da Usura (Decreto n. 22.626/1933) preceitua, em seu artigo 11, que qualquer infração a um de seus dispositivos tem o condão de gerar

---

<sup>131</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. **A Lesão nos Contratos**. Rio de Janeiro Forense, 1993

nulidade absoluta do acordo, ou sua anulabilidade, já que, por força do artigo 171, inciso II, do Código Civil de 2002, a lesão subjetiva é capaz de gerar a anulabilidade do negócio jurídico.

Para Flávio Tartuce, a lesão não pode ser considerada tão-somente como um vício de consentimento, assim como são considerados o erro, a coação, o dolo e o estado de perigo, pois a lesão guarda estreita relação com a função social do contrato. O autor entende, assim, ser a lesão, ao lado da simulação e da fraude contra credores, um vício social, afirmando, inclusive, que a lesão tem natureza mista, pela repercussão que gera na sociedade<sup>132</sup>.

O § 1º do artigo 157 do Código Civil informa que a desproporção deve ser analisada conforme os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. O § 2º do referido artigo admite a convalidação do negócio jurídico eivado de lesão, passível de anulação (artigo 171, II, CCB/2002), se a parte favorecida, portanto autor da lesão, oferecer suplemento suficiente ou concorde com a redução do proveito. Vê-se, portanto, que esse § 2º veicula o princípio da conservação do contrato, que é corolário do princípio da função social. Sobre a relação existente entre esses dois princípios, vale destacar o teor da Súmula n.º 22 do CSJF, aprovada na I Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista do artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.” Na III Jornada de Direito Civil, o princípio da conservação do contrato ganha mais notoriedade através da edição de enunciado com o seguinte comando: “em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não a sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do artigo 157, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002”.

É regra que os casos de lesão usurária conduzem a anulabilidade da avença e não a decretação de nulidade, como propõe o artigo 11 da previsão da Lei de Usura. Isto porque, os sujeitos da avença podem declinar seus interesses no

---

<sup>132</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 212.

sentido de revisar o contrato, preferindo, pois, conservá-lo, medida intimamente ligada à função social do contrato. Ademais, a ordem pública que reveste o princípio da conservação do contrato é mais intensa do que a que agasalha a nulidade. Todavia, percebendo-se o desinteresse das partes em manter o acordo, cabe a autoridade judiciária, lançando mão de uma interpretação teleológica ou sociológica, dar por anulado o pacto, protegendo sempre a dignidade que daquele que se encontra do lado mais fraco da relação.

Vale lembrar, ainda, que a norma contida no artigo 157 do Código Civil de 2002, traz regra especial em relação à norma prevista na Lei da Usura, vez que esta lei nada revela sobre a lesão subjetiva, esta sim prevista no novel código. Nesse sentido, aplica-se então regra comezinha da hermenêutica segundo a qual a norma especial revoga a norma geral.

Para a caracterização da lesão é necessária a conjugação de dois elementos que se encontram presente no caput do artigo 157, a saber: um objetivo, representado pela desproporção onerosa das prestações, capaz de trazer prejuízo para uma das partes da relação contratual; um subjetivo: representada pela premente necessidade ou inexperiência. Apesar de o presente dispositivo exigir a conjugação de dois elementos para a caracterização da lesão, o fundamento da lesão (vício de consentimento) advém do problema da manifestação de vontade, por isso mesmo chamada de lesão subjetiva, de modo que o dolo não é seu elemento essencial. E é exatamente por isso que a lesão subjetiva não se confunde com a lesão objetiva (prevista no artigo 480 do CCB/2002), que prescindem do elemento volitivo, interessando, para sua caracterização, somente a presença da onerosidade.

A premente necessidade, sendo conceito bastante genérico, também reclama a atenção do aplicador do direito. A compra de um automóvel para trabalho, um táxi, por exemplo, pode caracterizar a premente necessidade frente ao grande índice de desemprego no País, o que não acontecerá com a compra de um carro de luxo por mera satisfação e para uso próprio.

A inexperiência de que trata o caput do referido artigo 157, assim como conceito de hipossuficiência, trazido pelo CDC, é também objeto de várias interpretações. Para os consumeristas, hipossuficiência pode se materializa em diversos setores da sociedade, econômico, financeiro, social etc, que, se constatada, gera a possibilidade de inversão do ônus da prova. Flávio Tartuce, apoiado na analogia, afirma que a inexperiência, assim como a hipossuficiência, pode ser econômica, técnica, social ou política<sup>133</sup>.

#### 4.2.2.2 Relação simbiótica entre lesão e função social do contrato

Estamos sob a égide de uma nova teoria contratual, pautada não só à luz da interpretação da nova codificação privada como também dos preceitos constitucionais e normas de ordem públicas, com as constantes do CDC.

Como dito alhures, a nova concepção do contrato é social, pois sua nova disciplina está ligada de forma inseparável a ordem pública inserta na função social, posto que as relações negociais é questão que interessa sobremaneira á comunidade. Nesse sentido, a máxima *pact sunt servanda*, imponente em outrora, perde sua razão de ser frente aos contratos manchados pela onerosidade excessiva e que privilegiam apenas uma das partes. Uma das regras do atual Código Civil que apresenta esse conceito social é a da lesão (artigo 157), de modo que um negócio jurídico eivado de excessiva onerosidade e que traz prejuízo apenas para parte mais vulnerável do acordo, e, que, na maioria das vezes, é imposto unilateralmente pela parte hipersuficiente, não merece ser acolhido pelo direito porque não corresponde aos valores vigentes da sociedade e por isso mesmo passível de anulabilidade, conforme disposições constantes nos arts. 171, II, e 178, II, do Código Civil de 2002. O instituto da lesão, portanto, “proporciona a efetiva concreção do princípio da função social, possibilitando sua aplicação no âmbito socioeconômico”.<sup>134</sup>

#### 4.2.2.3 A lesão como vício social do negócio jurídico

---

<sup>133</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 216

<sup>134</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

Por todo o dito, pode-se arriscar uma afirmação: a lesão é vício de vontade e também vício social, tendo, portanto, natureza mista. Tal afirmação decorre da idéia de que o novo Direito Civil não se reveste mais do individualismo que na sistemática da codificação anterior. O individualismo dá lugar a valores cada vez mais coletivos. O aplicador do direito ao analisar um determinado caso concreto, contaminado pela lesão, terá de deter-se não só nos aspectos ligados a cada um dos contratantes, tais como a condição econômica das partes e as circunstâncias em que o acordo foi selado, como também na efetiva repercussão que esse contrato provocará no seio da sociedade, pois a nova ordem civil prestigia sobremaneira a ética, a probidade, a boa fé objetiva, valorizando cada vez mais o trabalho honesto.

#### **4.2.3 A Função Social do Contrato e a possibilidade de conversão do contrato nulo**

A questão ligada à nulidade e anulabilidade dos contratos é de grande importância para o estudioso do direito, uma vez que os efeitos decorrentes da decretação de um ou de outro tomará rumos distintos no tempo e no espaço e conseqüentemente mudando o desfecho final de cada caso concreto.

O Código Civil de 2002 traz inovação digna de louvor quando, em seu artigo 170, possibilita o aproveitamento de um negócio nulo, preceituando que: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Nesse ponto, o Novo Código toma rumo bem diferente do escolhido pelo Código anterior, pois este não admitia em nenhuma hipótese o aproveitamento do negócio nulo, tanto que, para Miguel Maria de Serpa Lopes, do negócio nulo “nada deve restar do contrato, nenhum efeito, pelo menos futuro, dele pode exsurgir”.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> SERPA LOPES. Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 450.

Para que o aproveitamento de um negócio nulo seja levado a efeito, faz-se necessário o atendimento de um requisito subjetivo: o interesse das partes celebrantes no sentido de aceitar o outro negócio jurídico resultante da conversão do primeiro negócio jurídico nulo. Tem-se, então a chamada conversão subjetiva.

Nesse sentido, a conversão do negócio jurídico, para Teresa Luso Soares é “o meio jurídico em virtude do qual, verificados certos requisitos, se transforma noutro negócio jurídico inválido, para salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visavam alcançar com aquele”.<sup>136</sup>

A conversão do negócio jurídico nulo só será possível se o mesmo se transmutar em outro ato, pois, conforme entendimento de Maria Helena Diniz, o ato eivado de nulidade não pode ser mais aproveitado, dando lugar a outro ato, cuja natureza jurídica guarde relação de conformidade bem próxima com a do ato anterior (conversão própria)<sup>137</sup>.

Segundo Roberto Senise Lisboa, a conversão do negócio jurídico possui duas teorias: uma, dita objetiva, onde a análise da vontade originária é desnecessária à conversibilidade do negócio, sendo importante apenas a correção quantitativa do negócio; outra, tida como subjetiva, que entende ser relevante a verificação da vontade no sentido de que as partes tenha interesse em converter o ato originário por outro secundário, independentemente de essa vontade se manifestar de forma implícita ou expressa<sup>138</sup>. Esta segunda teoria é a adotada entre nós. No mesmo sentido, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que, assim como nos Códigos alemão, italiano e português, o novo Código Civil brasileiro adotou a teoria subjetiva da conversão, fundada na vontade hipotética<sup>139</sup>.

A conversão subjetiva do negócio jurídico já era tratada por Orlando Gomes antes mesmo da entrada em vigor do Novo Código civil. No seu entendimento, “para

---

<sup>136</sup> SOARES. Teresa Luso. **A Conversão do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1986, p. 13.

<sup>137</sup> DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 488-492.

<sup>138</sup> LISBOA. Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 488.

<sup>139</sup> THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coor.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 540-542.

haver conversão é preciso: a) que o contrato nulo contenha os requisitos substanciais e formais do outro; b) que as partes queiram o outro contrato, se tivessem tido conhecimento da nulidade”.<sup>140</sup>

Desse modo, ao inaugurar o instituto da conversibilidade do negócio nulo, o novo Código Civil afastou definitivamente de seu bojo o exacerbado individualismo e excessivo tecnicismo vigentes na sistemática do Código anterior, o que demonstra de forma inequívoca a incidência do princípio da função social do contrato na disciplina atual do negócio jurídico, além disso, o aproveitamento dos negócios jurídicos guarda estreita conformidade com o princípio da economia.

#### **4.2.4 A Função Social do Contrato e o Abuso de Direito**

O abuso de direito estará configurado não só quando o princípio da boa fé contratual restar prejudicado como também restar desrespeitado o fim socioeconômico de um determinado instituto do direito.<sup>141</sup>

Os institutos acima mencionados guardam estreita relação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O artigo 50 do CCB/2002 autoriza a superação da personalidade jurídica em caso de abuso da personalidade jurídica. O abuso da personalidade é uma espécie de abuso de direito.

A teoria da desconsideração não tem sido corretamente aplicada pelos juízes. Ela tem sido utilizada indevidamente para aniquilação da empresa, conforme entendimento de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano.<sup>142</sup>

#### **4.2.5 A Função Social do Contrato e os Contratos de Adesão**

---

<sup>140</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 195.

<sup>141</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 227.

<sup>142</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Obrigações. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2003, v. 2. p. 235.

Antes de relacionar a função social do contrato com os contratos de adesão, é necessário conceituar contrato de adesão, demonstrado a razão de sua existência e suas principais características.

#### 4.2.5.1 Conceito de Contrato de Adesão

Com aumento das relações econômicas, o mercado de consumo passou a exigir do direito um expediente apto a promover de forma mais rápida e segura a circulação de bens e capital, do modo a tornar cada vez mais intensa as relações negociais daí decorrentes. Como resposta a essa nova exigência social, surge, então, o movimento da padronização, originando portanto o instituto do contrato de adesão.

Para Orlando Gomes, o contrato de adesão pode ser entendido como sendo “o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.<sup>143</sup>

Caio Mário Pereira da Silva ensina que os contratos de adesão são “aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas”. Partindo desse contexto, o autor enfatiza que alguns doutrinadores não reconhecem a natureza contratual desse pacto, por não existir vontade. Em sentido contrário, Mazeaud e Mazeaud, citados por Caio Mário, afirmam que a vontade está presente no momento da aceitação das cláusulas contratuais<sup>144</sup>.

Maria Helena Diniz, por sua vez, prefere utilizar a expressão “contratos por adesão” ao invés de “contrato de adesão”. Isto porque, para a autora, o laço contratual se perfaz apenas quando um oblato indeterminado adere à proposta ofertada pelo proponente ostensivo. Partindo dessa premissa, a autora entende

---

<sup>143</sup> GOMES. Orlando. **Contrato de Adesão**: Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: RT, 1972, p. 3.

<sup>144</sup> PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3. p. 72.

que “os contratos de adesão (standard verträge) constituem uma oposição à idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro (RT 519:163), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos”.<sup>145</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Orlando Gomes entende que o contrato de adesão propriamente dito caracteriza-se pelo fato de que o aderente do contrato, ou seja, a pessoa a quem é dirigida a oferta, para satisfazer sua necessidade não tem outra saída senão a de aderir ao negócio. Em não aderindo, seu desejo não poderá ser atendido.<sup>146</sup> No mesmo sentido é o entendimento de Álvaro Villaça de Azevedo, para quem há no contato de adesão um monopólio, que não está presente no contato por adesão.<sup>147</sup>

Já para Flávio Tartuce, as expressões “contrato de adesão” e “contrato por adesão” são sinônimas, não merecendo cada uma delas tratamento diferenciado. Isto porque, tanto o Código Civil de 2002 (artigos 423 e 424) como Código de Defesa do Consumidor (artigo 54) utilizam a expressão “contrato de adesão” em sentido amplo, para diferenciá-lo dos chamados contratos paritários, que se caracterizam pela prerrogativa que possuem as partes de discutir o conteúdo das cláusulas que o compõem, o que, como pode ser visto nos conceitos acima expressos, não acontece nos contatos de adesão. O referido autor, afirma, ainda, que se o tratamento diferenciado, defendido pelos autores acima mencionados, for considerado, as disposições constantes nos artigos 423 e 424 do Código Civil somente seriam aplicadas aos contratos de adesão, conforme análise lógica de tais regras, o que seguiria direção diametralmente oposta a do princípio da função social do contato, ferindo, inclusive o princípio constitucional da igualdade, posto que a diferenciação não repousariam em *discrimen* socialmente justificável.

---

<sup>145</sup> DINIZ. Maria Helena. **Tratado pratico e teórico dos contratos**. Teoria das obrigações contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 104.

<sup>146</sup> GOMES. Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 120.

<sup>147</sup> AZEVEDO. Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 70.

Cláudia Lima Marques, apoiada também em uma análise sociológica, entende que contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são previamente formatadas pelo sujeito mais forte da relação jurídica (o fornecedor), sem que o sujeito hipossuficiente da relação (o consumidor) possa alterar ou discutir as disposições constantes do respectivo contrato<sup>148</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 54, o conceito legal de contrato de adesão, Conforme essa norma, “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

É de notar que esse conceito legal compreende tanto a idéia de “contrato de adesão”, defendida por Orlando Gomes, já que o monopólio da autoridade competente está mencionado no dispositivo, como também alberga a concepção de “contrato por adesão”, que figuram nos demais negócios, em que as cláusulas contratuais são impostas, de forma total ou parcial, por uma das partes.

O parágrafo 1º do artigo 54 do CDC informa que mesmo as cláusulas eventualmente discutidas e inseridas no contrato de adesão não têm o condão de desnaturá-lo. Já o parágrafo 2º do referido artigo possibilita a inserção de cláusula resolutiva, desde que dela não resulte desvantagem excessiva ao consumidor (artigo 51, IV do CDC). O parágrafo 3º, por sua vez, preceitua que os contratos de adesão devem ser escritos de forma bastante clara, de modo a possibilitar o seu perfeito entendimento pelo consumidor. Pela simples análise desses dispositivos não é difícil perceber que o Código de Defesa do Consumidor elegeu a função social do contrato como um de seus princípios basilares. E assim o faz, exatamente porque a sorte do hipossuficiente nas relações de consumo não pode ser deixada ao livre arbítrio dos fornecedores, uma vez que estes somente vêm em suas frentes cifras e mais cifras.

---

<sup>148</sup> MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 58.

Outra questão que merece atenção especial, a despeito da confusão feita pela doutrina e jurisprudência, está ligada a diferença existente entre o contrato de adesão e o contrato de consumo. Este é composto pelas figuras constantes nos artigos 2º e 3º do CDC, que conjugam os elementos da relação jurídica de consumo: consumidor, fornecedor e produto/serviço; aquele se caracteriza pelo fato de suas cláusulas contratuais serem unilateralmente impostas pela parte mais forte da relação. Assim, nem todo contrato de adesão é também de consumo, sendo que o inverso também não é verdade. Nesse sentido, vale destacar o teor de um dos enunciados proposto por Flávio Tartuce e aprovado pelo STJ na III Jornada de Direito Civil de 2004: “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

#### 4.2.5.2 Natureza Jurídica do Contrato de Adesão

Já se disse em linhas anteriores, que o crescimento das relações econômicas, sobretudo depois do surgimento da produção em massa, exigiu do direito um expediente capaz de intensificar e tornar mais prática e segura as relações comerciais daí emergentes, que, em meio a essa nova realidade social, materializou-se através da padronização, onde tudo se transformou em modelo.

Essa tendência padronizadora se tornou tão presente nas relações comerciais, que pode-se afirmar sem dúvida que entre 80% a 90% dos contratos oriundos dessas relações são contratos de adesão. Daí o porquê do surgimento da revolução inovadora da teoria contratual.

Ao definir o contrato de adesão, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda apresenta seus elementos subjetivos: de um lado, por ser mais favorecido economicamente, está aquele que unilateralmente impõe as cláusulas do acordo; no outro pólo da relação figura aquele que geralmente se encontra em situação desprestigiada<sup>149</sup>. E é nesse desequilíbrio de forças que reside o fundamento da existência do contrato de adesão.

---

<sup>149</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.

Apesar de o contrato de adesão ser confundido com outras modalidades de contrato, tais como contrato normativo e contrato-tipo, por exemplo, todas elas devem ser consideradas como sendo espécies do gênero contrato de adesão, sendo-lhes aplicadas, por força do princípio da função social do contrato, as disposições constantes dos artigos 423 e 424 do Código Civil.<sup>150</sup>

Para Custódio de Miranda, o contrato de adesão se diferencia do contrato normativo e do contrato-tipo. Diferencia-se do primeiro porque o contrato normativo reflete um ato normativo de interesse estatal, cujo conteúdo se limita às normas de maior importância, abrindo pequena margem de paridade. Diferencia-se do segundo porque o contrato-tipo não passa de um formulário a ser preenchido, “Nesses formulários há renúncia à autonomia privada, o que retira a bilateralidade do contrato, ainda presente nos contratos de adesão”.<sup>151</sup> Caio Mário da Silva Pereira é outro doutrinador que também se propõe a diferenciar o contrato de adesão do contrato-tipo e do contrato coletivo.<sup>152</sup>

A despeito de essas modalidades serem bem definidas por respeitável doutrina, assiste razão a Flávio Tartuce, quando defende a idéia de que o contrato de adesão deve ser entendido em sentido amplo, como o gênero que compreende todas essas modalidades. O referido autor, apoiado ainda na doutrina de Fernando Noronha, entende não ser útil a diferenciação entre essas modalidades, já que em todas elas as cláusulas contratuais são estipuladas unilateralmente.<sup>153</sup>

Em sendo assim, sempre que as cláusulas e condições negociais forem unilateralmente impostas por um dos sujeitos da relação contratual, estará caracterizado o contrato de adesão, de modo que o aplicador do direito, ao deparar-se diante de conflitos de interesses decorrentes de contrato de adesão

---

<sup>150</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 242.

<sup>151</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27-33.

<sup>152</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Contratos. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, 75.

<sup>153</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 243.

deve sempre ter em vista as disposições constantes no artigo 54 do CDC, caso se trate de relação de consumo, e nos artigos 423 e 424, ambos do Código Civil, caso o contrato tenha natureza civil.

O protecionismo adotado pelo CDC e pelo Código Civil ao aderente, sujeito geralmente mais fraco da relação contratual, é mais uma prova da concreta aplicação do princípio da função social do contrato.

#### 4.2.5.3 A proteção específica no Novo Código Civil em relação aos Contratos de Adesão

Seguindo mais uma vez tendência socializante, O Código Civil passou a tratar dos contratos de adesão nos seus artigos 423 e 424. E assim o fez tendo em mira o preenchimento de lacuna existente no Código Civil anterior. Isto porque, o CDC somente pode ser aplicado nas relações de consumo, quando presentes, portanto, seus elementos caracterizadores (artigos 2º e 3º).

O artigo 424 do Código Civil preceitua que “quando houver no contrato de adesão cláusula ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Percebe-se, pois, que esta regra tem por escopo defender o aderente, que geralmente é o sujeito mais fraco da relação. Esta regra, para Flávio Tartuce, assim como a regra inserta no artigo 54 do CDC, tem caráter de ordem pública e interesse social, diretamente ligada, portanto, ao princípio da função social do contrato. E como toda norma de ordem pública pode ser declarada *ex officio* pelo magistrado, sem que a parte interessada necessite argüir a questão.

Todavia, no entender de Ricardo Fiúza, o Código Civil peca por não veicular um conceito de contrato de adesão. Vê-se que o CCB/2002 não seguiu o exemplo do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, por meio do projeto de lei n. 6.960/2002, o deputado propôs a alteração do comentado dispositivo, que passaria a ter redação quase idêntica a veiculado no CDC<sup>154</sup>. A respectiva

---

<sup>154</sup> FIÚZA, Ricardo. **O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77

alteração teria o fito de compatibilizar o referido artigo aos preceitos do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, talvez por não compreender as diferenças existentes entre o contrato de consumo e contato de adesão, já comentadas em linhas anteriores, a citada proposta não tenha sido acolhida pelo Deputado Vicente Arruda, então relator da Comissão de Redação, Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que achou desnecessário que o Código Civil definisse contrato de adesão, que devem eles ser redigidos de forma clara e que a interpretação de suas cláusulas devem favorecer sempre o aderente. Isto porque o a legislação das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência já definiram.

O aderente também recebe outra proteção do Código Civil, quando em seu artigo 424 diz: “Nos contratos de adesão são nulas de pleno direito as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Este dispositivo se equivale parcialmente ao comando do artigo 51 do CDC, que enumera várias hipóteses de nulidade do contrato de consumo. Nesse sentido, vale destacar o enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal, com a seguinte redação “as cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como por exemplo, aquela estampada no artigo 424 do Código Civil de 2002”.

É de notar que as hipóteses elencadas no artigo 51 do CDC são carregadas de muito subjetivismo, o que amplia a possibilidade de seu enquadramento<sup>155</sup>. Essa técnica, conhecida como cláusula geral, também é repetida no artigo 424 do Código Civil.

Vale destacar que por terem os artigos 423 e 424 do Código Civil íntima relação com o princípio da função social do contrato são considerados normas de ordem

---

<sup>155</sup> Como exemplo pode-se destacar o inciso IV do art. 51 que diz ser abusiva as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé objetiva e a equidade”.

pública, de observância obrigatória, sendo matéria passível de ser declarada de ofício pelo juiz. Esses dispositivos têm relevante importância muito porque o artigo 51 do CDC somente poderia ser aplicada nas relações de consumo, não incidindo nos contratos de adesão de natureza civil, que, muitas vezes, apresentam sujeitos em posições distintas.

#### **4.2.6 Função Social do Contrato e a Revisão Contratual**

Em matéria de contratos, um dos princípios adotados pelo Código Civil é o da revisão contratual, previsto em seu artigo 317. Este dispositivo traz em seu bojo a cláusula *rebus sic stantibus*, também chamada de teoria da imprevisão.

Para que esse princípio venha a ser aplicado, faz-se necessária a observância de alguns fatores por parte do aplicador do direito. O primeiro fator a ser observado é que diante de um contrato unilateral ou gratuito não será possível a revisão contratual. Também não caberá revisão nos contratos aleatórios (artigos 458 a 461). De igual forma, não há que se falar em revisão nos contratos de execução instantânea, pois a imprevisibilidade, por lógica, não os alcançarão. Entretanto, a revisão contratual por imprevisibilidade somente será possível diante dos contratos de execução diferida e de trato sucessivo, ou de execução periódica ou continuada, como também são conhecidos.

Para ser possível a revisão do contrato, é essencial que ocorra também a onerosidade excessiva (ou lesão objetiva), isto é, dever haver uma situação desfavorável a um dos sujeitos do acordo, que normalmente é a parte mais vulnerável da relação. E, por fim, como o próprio princípio já informa, a revisão contratual está condicionada a ocorrência de um fato imprevisível.

Assim, o contrato, em regra, deve ser cumprido perfeitamente enquanto as condições externas se conservem normais e equilibradas. Todavia, em ocorrendo alterações, capazes de prejudicar esse equilíbrio, deve-se aplicar o princípio *rebus sic stantibus* a fim de se restabelecer a situação anterior. *status quo ante*.

Flávio Tartuce entende que a revisão contratual prescinde da existência de “motivos imprevisíveis”, exigidos pelo artigo 317 do Código Civil, posto que tal exigência não guarda conformidade com o princípio da função social do contrato, que está explicitamente previsto no artigo 421 do referido Código.<sup>156</sup>

O referido autor alerta ainda para a existência de uma antinomia real entre o artigo 317, que exige a comprovação de “motivos imprevisíveis” e o artigo 480, que não traz essa exigência, quando diz: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. Nesse contexto, deparando-se o aplicador do direito com um caso de revisão contratual, qual dispositivo deverá aplicar? Para Tartuce, a revisão contratual, à luz do princípio da função social do contrato, poderia ser levada a feito sem a necessidade de constatação dos motivos imprevisíveis.

Tal afirmação, com certeza, levantaria vozes em seu desfavor. Isto porque, no que diz respeito à técnica jurídica, o artigo 480 do CCB/2002 está inserido no Capítulo que disciplina a extinção do contrato e não de sua revisão, o que afasta por definitivo a aplicação do citado dispositivo.

O autor, então, apontando outra saída, ainda mais rigorosa, sugere a revogação do artigo 317 do novo Código Civil, restando tão-somente o artigo 480. Mas, logo descarta essa possibilidade quando defende a excelência do trabalho legislativo do novo Código. Ainda afastando a necessidade de comprovação de “motivo imprevisível”, vislumbra a possibilidade da revisão contratual com base no Enunciado n. 17, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho Superior da Justiça Federal, que traz a seguinte regra “a interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do artigo 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis, como também causas previsíveis, mas de resultado imprevisíveis”. Diante do comando deste enunciado,

---

<sup>156</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 259.

a revisão contratual se torna possível se o fato imprevisível for considerado apenas para a parte e não para a coletividade.<sup>157</sup>

Nos casos de resolução do contrato, medida emergencial, que somente pode ser deferida em casos extremos, há a necessidade da prova da ocorrência dos 'motivos imprevisíveis' permanecendo a regra contida no artigo 478 em plena concordância com a segurança jurídica.

#### **4.2.7 A Função Social do Contrato na extinção dos contratos**

Assim como qualquer outro negócio jurídico, o contrato nasce, tem seu tempo de existência e normalmente termina seu ciclo de existência com o adimplemento das suas prestações. O cumprimento ou execução do contrato é o modo normal de extinção do contrato, de modo que o devedor executa sua prestação e o credor confirma sua execução por meio de uma quitação.

Entretanto, o contrato pode ser extinto antes de seu cumprimento, ou até mesmo no decurso deste. Assim, a extinção dos contratos pode se dar por causas anteriores ou contemporâneas ao seu nascimento, como é o caso da nulidade e da anulabilidade contratual. A extinção também pode ocorrer em momento superveniente a sua formação, como ocorre com a resolução e a rescisão.

Miguel Maria de Serpa Lopes informa que o tema acerca dos modos de extinção do contrato não encontra posição unânime nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo matéria de difícil sistematização.<sup>158</sup>

A primeira forma básica de extinção do contrato se dá com o cumprimento normal da obrigação. Esta extinção ocorre, por exemplo, quando um comprador efetua o pagamento de uma obrigação instantânea ou cumpre com o pagamento de todas as parcelas de uma obrigação de trato sucessivo.

---

<sup>157</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 262-263.

<sup>158</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 3, p. 197.

A extinção do contrato pode ocorrer também por motivos anteriores à sua celebração, quando o contrato se contamina de nulidade absoluta ou de nulidade relativa. Essas formas de extinção contratual estão previstas na parte geral do Código Civil.

Além desses casos de ineficácia do contrato, existem outras formas de extinção por fatos anteriores a sua celebração: o contrato será extinto quando prevista cláusula resolutiva ou cláusula de arrependimento.

Não se pode olvidar que o contrato pode ser extinto por fatos que ocorram depois de sua celebração. Em ocorrendo a extinção do contrato por evento posterior a sua celebração, tendo sofrido as partes lesão ou algum outro prejuízo, tem-se a rescisão contratual, que pode se dar por meio da resolução, que é a extinção contratual por inadimplemento, ou da resilição, que é a dissolução do contrato por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei ou pelo próprio contrato.

A resolução contratual, ou seja, o descumprimento da obrigação do acordo pode decorrer de ato voluntário do devedor, que deixa de cumprir culposamente a prestação que lhe é devida. Da inexecução culposa, conforme preceituam os artigos 389 e 390 do Código Civil, decorre a obrigação de ressarcimento pelas perdas e danos suportados pelo credor da prestação. Todavia, esse descumprimento pode advir de fato alheio a vontade do devedor, decorrente de caso fortuito ou força maior, situação em que ocorre a resolução por inexecução involuntária. Neste caso, haverá a responsabilidade pelos danos decorrentes do descumprimento involuntário da obrigação se o devedor estiver em mora (artigo 399, CCB/2002); se o contrato prevê a responsabilização por tais atos (artigo 393, CCB/2002); ou nos casos especificados em qualquer norma jurídica (como, por exemplo, no caso de contrato de comodato – artigo 583 do CCB/2002).

Para Flávio Tartuce, haverá também extinção do contrato por meio da ocorrência da condição resolutiva tácita, que é aquela que decorre da lei. Como exemplo de

condição resolutive tácita, pode-se citar a exceção de contrato não cumprido, previsto no artigo 476 do CCB/2002.<sup>159</sup>

O negócio jurídico poderá se resolver quando da ocorrência de evento imprevisível e extraordinário, que impossibilite o cumprimento da prestação contratual, gerando a extinção de contrato por incidência da cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão).

Vale destacar, que ao invés de lançar mão da extinção do contrato, o aplicador do direito poderá, com base no artigo 480 do Código Civil, optar pela revisão contratual. A parte prevalente também pode propor a revisão contratual oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do negócio, conforme norma constante do artigo 479 do CCB/2002. Tais previsões, como já se tratado em linhas anteriores, guarda estreita relação com o princípio da função social do contrato.

Poderá ocorrer, ainda, quanto à hipótese de extinção de contrato por fatos posteriores, a resilição contratual, que é a faculdade de as partes, quando autorizadas por lei ou expressa previsão contratual, extinguirem o negócio jurídico. Há dois tipos de resilição. O primeiro está prevista no artigo 472 do Código Civil e é chamada de distrato ou resilição bilateral. Com o distrato, as partes contratantes estipulam por meio de um novo negócio jurídico o fim da relação contratual anterior. O segundo tipo de resilição contratual é conhecido como resilição unilateral e está previsto no artigo 73. Esta forma de extinção contratual se dá pela simples manifestação de um dos sujeitos da relação, desde que esta manifestação esteja prevista na lei.

Por fim, vale destacar que para os contratos ditos personalíssimos ou *intuito personae*, a morte de quem assumiu uma obrigação de natureza pessoal gera a extinção do contrato.

#### **4.2.8 Função Social do Contrato e juros moratórios**

---

<sup>159</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 178.

A mora é o atraso culposo no adimplemento obrigacional, quando se trata do devedor. Na mora *solvendi*, a culpa é indispensável a sua caracterização e que incide também contra o credor, sendo que para a ocorrência desta basta a simples demora aconteça independentemente de culpa.

Este conceito está em perfeita consonância com o que prevê o artigo 394 do Código Civil, cujo teor é o seguinte: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não o quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

A mora não se confunde com o inadimplemento absoluto da obrigação. Isto porque, na mora, a obrigação ainda pode ser adimplida, o que não acontece com o inadimplemento absoluto da obrigação. Do conceito legal pode ser extraído dois tipos de mora: a mora *solvende* ou mora *debitoris*, caracterizada pelo atraso de pagamento do devedor e a mora. A principal conseqüência da mora é a possibilidade de o sujeito passivo da relação arcar com todos os prejuízos dela decorrentes, inclusive com acrescido de juros moratórios.

Os juros moratórios, um dos principais efeitos da mora, conforme entendimento dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pode ser entendido como sendo “um fruto civil correspondente à remuneração devida ao credor em virtude da utilização do seu capital”.<sup>160</sup>

Os juros moratórios se dividem em juros moratórios convencionais, que são aqueles estipulados pelos contratantes no instrumento negocial e juros moratórios legais, que, como o próprio nome já diz, são aqueles previstos em lei e que podem ser aplicados nos casos em que as partes não os tenham convencionados (artigo 406 do CCB/2002).

Questão interessante diz respeito ao valor máximo de juros moratórios que se deve aplicar num determinado caso, sobretudo quando o instrumento contratual

---

<sup>160</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Obrigações. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2003, v. 2. p. 320.

não traz nenhuma estipulação a esse respeito. Uma banda da doutrina defende a tese de que, nesse caso, a taxa a ser aplicada deve ser a Selic. Todavia, outra parte da doutrina entende que a aplicação dessa taxa é inconstitucional. Nesse sentido é o entendimento de Flávio Tartuce. Para este autor, a melhor interpretação que pode ser dada ao artigo 406 está prevista no Enunciado n. 20 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.<sup>161</sup>

Em sentido contrário, entendendo ser possível a aplicação da taxa Selic, é o posicionamento de Mário Luiz Delgado, que traz como justificativa a diminuição do inadimplemento contratual.<sup>162</sup> Nesse mesmo sentido é o entendimento de Arnoldo Wald.<sup>163</sup>

Nos dias 1º e 3 de dezembro de 2004, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Superior da Justiça Federal, tentou-se mais uma vez resolver essa questão, sendo inclusive proposta a substituição do Enunciado n. 20 por outro, pela qual a taxa de juros moratórios, prevista no artigo 406 do Código Civil seria a Selic. Essa empreitada não logrou êxito diante das razões enumeradas no próprio enunciado n. 20.

Na III Jornada de Direito Civil, ocorrida em dezembro de 2004, dois enunciados referente aos juros moratórios foram editados, ambos dignos de aplausos. O primeiro diz que a regra do artigo 405 do novo Código Civil não se aplica aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em razão do artigo 398 do novo Código Civil, mantendo a Súmula 54 do STF. O segundo informa que se a mora do devedor teve início na vigência do Código Civil de 1916, aplicam-se os

---

<sup>161</sup> O Enunciado n. 20 tem a seguinte redação: "A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque o seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual de juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano".

<sup>162</sup> DELGADO. Mário Luiz. **Novo Código Civil Comentado**. Organização de Ricardo Fiúza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363.

<sup>163</sup> WALD. Arnoldo. **Os Juros e o Novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=516&pagina=artigo\\_busca\\_form.php](http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=516&pagina=artigo_busca_form.php)> Acesso em: 18 out 2007.

juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir do dia seguinte (data que entrou em vigor o Código Civil de 2002), ocorrerá a incidência do artigo 406 do CCB/2002.

Outra questão não menos controvertida é aquela ligada à taxa de juros a ser cobrada pelos bancos no Brasil, após a Emenda Constitucional n. 40, que deu nova redação ao artigo 192 da CF e suprimiu seus parágrafos. De maior relevo, sobretudo, foi a supressão do parágrafo 3º que tratava da taxa de juros, com a seguinte redação: “as taxas de juros reais, nelas incluídas as comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento; a cobrança acima desse limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

Apoiado no princípio da função social do contrato, Flávio Tartuce entende que a regra constante do § 3º da CF não foi revogada. Isto porque, a mencionada regra ainda está em pleno vigor na lei especial: Lei da Usura (Decreto de n. 22.626, de 1933). A norma atual artigo 192 da CF prevê a necessidade de que as matérias relacionadas ao Sistema Financeiro Nacional sejam disciplinadas por meio de lei especial, o que até agora não foi se realizou plenamente, nem através da Lei 4.595/1964 que inaugurou ao sistema financeiro nacional. Portanto, para o referido autor, tanto ao CDC como a Lei de Usura têm aplicação nos contatos financeiros e bancários.<sup>164</sup>

Em sendo assim, enquanto persistir a lacuna mencionada na CF, os juros moratórios legais devem ser cobrados no percentual inicial de 1% ao mês, conforme interpretação do artigo 460 do Código Civil de 2002, ao passo que os juros convencionais poderá corresponder a taxa de até 2% ao mês ou 24% ao ano, como prevê o artigo 1º da Lei de Usura, já que, no entender de Flávio Tartuce, esta lei não foi revogada e em as resoluções do Banco do Brasil têm força normativa para suprir a lacuna do artigo 192 do CF.

---

<sup>164</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 291-291.

Vale destacar que o entendimento acima proposto vai de encontro ao que preceitua a Súmula 596 do STF, que fincou o entendimento do egrégio Tribunal no sentido de que “as disposições do Decreto-lei n. 22.626 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas e privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”.

Entretanto, tal súmula não merece sobreviver no mundo jurídico, por estar em total desarmonia com o princípio da função social do contrato, que, como visto no decorrer deste capítulo, procura equilibrar a balança das relações contratuais, protegendo sempre o lado mais fraco da relação jurídica. Esse equilíbrio, previsto inicialmente no CDC, agora ganha o reforço da nova sistemática do Código Civil, que se desgarrou das amarras individualistas de outrora e fincou seu ideal nos valores sociais. Ademais, é preciso que a nossa maior Corte deixe as aspirações políticas de lado e valorize os transcendentais e inovadores aspectos sociais do novo Código Civil que, neste ponto, anda em consonância com o princípio maior da nossa Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa Humana.

#### **4.2.9 Função Social do Contrato e a Cláusula Penal**

A cláusula penal é, para Flávio Tartuce, uma “penalidade de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido”.<sup>165</sup> A cláusula penal é uma expressão da autonomia da vontade, posto seja convencionada em comum acordo pelas partes da avença, e por isto mesmo sendo conhecida também como multa convencional. Conforme entendimento doutrinário unânime, a cláusula penal é considerada como obrigação acessória que tem por fim assegurar o adimplemento da obrigação principal. E sendo assim, sua sorte segue a do contrato principal.

A cláusula penal se presta a atender a duas funções. Primeiramente, a multa serve como um expediente coercitivo, que visa intimidar o devedor ao pagamento da prestação que lhe é devida, sob pena de sentir o peso dessa obrigação acessória. A multa contratual também tem como função estipular o valor do

---

<sup>165</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 297.

ressarcimento, fixando as perdas e danos, caso o devedor eventualmente não cumpra com o acordado.

A doutrina costuma classificar dois tipos de cláusula penal. A primeira é a multa moratória, que se caracteriza quando do descumprimento parcial da obrigação. A segunda é a multa compensatória, tendo lugar nos casos de inadimplemento total da obrigação.

O limite da cláusula penal, conforme prevê o artigo 412 do Código Civil de 2002, não pode exceder o valor da obrigação principal. Se a multa acabar excedendo o limite, o devedor poderá pleitear em juízo que o juiz a reduza. Flávio Tartuce chega até a afirmar que tal intervenção judicial deve ocorrer *ex officio*, por se tratar de norma de ordem pública em razão de sua estreita ligação com o princípio da função social do contrato.<sup>166</sup>

#### **4.2.10 Aplicação da Função Social do Contrato a negócio celebrado antes da sua vigência**

O preceito contido no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, ao prever a possibilidade de aplicação do novel Código Civil aos contratos celebrados antes de sua vigência, tem suscitado muita discussão no seio da doutrina. Antônio Jeová dos Santos entende que essa possibilidade, se levada a efeito, acabaria por lesionar o disposto no inciso XXXVI da CF/1988, de modo a restar prejudicado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.<sup>167</sup>

Entretanto, Flávio Tartuce advoga a favor da constitucionalidade do referido dispositivo. E vai ainda mais longe, ao afirmar ser possível a anulação de contrato

---

<sup>166</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 298. Esse posicionamento também é seguido por AZEVEDO. Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87.

<sup>167</sup> SANTOS. Antônio Jeová dos. **Direito intertemporal e o novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.

celebrado antes da vigência do novo Código Civil, pela presença, por exemplo, da lesão subjetiva, que está prevista no caput do artigo 157 do novel Código.<sup>168</sup>

Primeiramente, Tartuce, partindo da análise do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, diz ser este um dispositivo de observância obrigatória, “por ser comando expresso de direito intertemporal, manifestação inequívoca do legislador, que pretendeu privilegiar os preceitos de ordem pública relacionados com a proteção da propriedade e do contrato”.<sup>169</sup>

Afirma, ainda, que o termo ‘convenção’, inserto no referido dispositivo, refere-se a qualquer negócio jurídico celebrado, inclusive aqueles acordos firmados antes da entrada em vigor do novo Código e cujos efeitos ainda se façam sentir quando da vigência do novo Código. Alerta, também, que não há como aplicar os preceitos do novo Código aos contratos já celebrados, aperfeiçoados e extintos, com base nas regras da ordem anterior, por manifesta impossibilidade lógica, decorrente da regra prevista no *caput* do artigo 2.035 do atual Diploma Civil.<sup>170</sup>

É de notar que o artigo 2.035 do Código Civil está pautado na teoria dos planos de existência, validade e eficácia do ato jurídico de Pontes de Miranda. Teoria esta, também abordada por Antônio Junqueira de Azevedo e Marcos Bernardes de Melo.<sup>171</sup>

Em sendo assim, os preceitos constantes no Código anterior continuam disciplinando, no que diz respeito à existência e validade, os contratos celebrados sob a égide da antiga ordem. Todavia, sua eficácia pode sofrer a incidência da nova codificação civil.

---

<sup>168</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 305.

<sup>169</sup> TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 306.

<sup>170</sup> “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

<sup>171</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do ato jurídico**. Plano de existência. Existência. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2001; AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Apoiada no magistério de Celso Antônio Bandeira de Melo, Maria Helena Diniz entende que o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil guarda perfeita harmonia com os princípios constitucionais, de modo que seu comando não vicia de maneira alguma os institutos protegidos pelo inciso XXXVI do artigo 5º da CF/1988. Isto porque, a inobservância a um princípio não significa apenas uma ofensa a uma regra obrigatória específica, mas a todo o sistema de normas do ordenamento jurídico, constituindo essa agressão na “mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.<sup>172</sup>

Nesse sentido, não há que se falar em inconstitucionalidade, uma vez que sendo o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, norma de ordem pública, não pode quedar diante do ato jurídico perfeito, pois o princípio da função social sobrepõe-se sempre aos interesses individuais que regem os contratos.

Outro argumento bastante plausível para sustentar a possibilidade de a norma de ordem pública retroagir é que a função social, que imanta o dispositivo supracitado, encontra respaldo no princípio constitucional da propriedade (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, CF/1988) que, como visto anteriormente, é o gênero que compreende a função social do contrato e a propriedade *stricto sensu*.

---

<sup>172</sup> DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. In: Azevedo, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22, p. 184.

## **5 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Como tratado anteriormente, e demonstrado a seguir, a Função Social da Empresa possui dois fundamentos jurídicos: a Função Social da Propriedade, como fundamento estático, e a Função Social do Contrato, como fundamento dinâmico.

### **5.1 REGIME JURÍDICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Antes de tratar dos fundamentos da Função Social da Empresa, merece estudo o seu regime jurídico. Este está consubstanciado nos limites de aplicação do instituto, bem como na diferenciação de institutos correlatos, como a responsabilidade social da empresa.

#### **5.1.1 Introdução**

O instituto da empresa assume papel de extrema relevância na sociedade. Por meio de sua atividade dinâmica, a empresa transforma-se em grande fomentador da circulação de riquezas na sociedade. Em razão de sua atuação, verifica-se uma imensa rede de interação entre empresário e agentes assalariados e não assalariados, o que faz reduzir o índice de desemprego no país. Outrossim, a atividade empresarial permite a circulação de bens e serviços no mercado de consumo, além de fornecer receitas significativas ao Estado, por meio da arrecadação de impostos decorrente dessas atividades.

Afirma Fábio Konder Comparato, que a atuação mais significativa da empresa no cenário sócio-econômico contemporâneo, diz respeito ao poder de influência que a empresa exerce sobre o comportamento de grupos sociais e demais instituições da sociedade. Diz o autor que mesmo entidades tradicionalmente contrárias às características empresariais, passaram seguir tais preceitos para manter-se no mundo globalizado. “A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e

aspirações”.<sup>173</sup> Nesse sentido, vê-se que a empresa exerce papel fundamental na conformação de valores no seio da sociedade, sobretudo os valores sociais constitucionalmente protegidos.

### 5.1.2 Noção de Função Social: Generalidades e aplicação à empresa

Como exposto anteriormente, a idéia de função social teve sua origem na filosofia, estendendo-se gradativamente pelos diversos ramos da ciência social até ser acolhida pela ciência jurídica. Karl Renner e Léon Duguit, apesar de terem de opiniões distintas, foram os responsáveis pela divulgação da função social no Direito.

Arelado à ideologia marxista, Karl Renner entendia que a função social de um determinado instituto equivaleria exatamente a sua função econômica, de modo que ambas as funções se fundiriam em um único conceito. Eduardo Tomasevicius, pouco afeto a esta concepção, informa que a função social tem natureza completamente distinta da função econômica da propriedade, vez que “se a função social fosse imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função social.”. Ele bem coloca que não se pode conceber a permanência de propriedades improdutivas, por isso não há correlação exata entre a função social e a função econômica de dado instituto.<sup>174</sup>

Em direção oposta, Léon Duguit defende a idéia de que a noção de direitos subjetivos deve ceder lugar a idéia de função social. Isto porque, os direitos subjetivos nada mais são do que a representação da vontade humana, exercida sempre, na maioria das vezes, à margem dos interesses sociais, daí porque todo direito deveria corresponder a uma função social. A teoria de Duguit também foi severamente criticada em razão de não se poder fazer uma diferenciação entre a definição de um direito e a subordinação de um bem, sobretudo porque existem certos bens, como os de uso pessoal, por exemplo, que não se pode estabelecer um dever jurídico correspondente a uma determinada função social.

---

<sup>173</sup> COMPARATO. Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1985, v. 290, p. 9.

<sup>174</sup> TOMASEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 810, p. 35, abr. 2003.

Em meio a essa discussão doutrinária, idéias inovadoras acerca da função social da propriedade vieram à tona. O paradigma da função social da propriedade passou, então, a ser discutido em razão de uma nova categorização de bens, divididos, conforme a sua destinação em bens de consumo e bens de produção. Nesse diapasão, somente os bens de produção, porque considerados como fontes de riqueza, poderiam estar vinculados a uma função social. Já os bens de consumo, por estarem ligados à vontade íntima de seu titular, não como se vincular a uma determinada função social.

Contemporaneamente, o sentido de função social não está relacionado a essas teorias, estruturando-se, como bem aponta Fábio Konder Comparato, no binômio direito subjetivo e dever jurídico, de modo que a noção abstrata de função está ligada à idéia de que o titular de um direito deve, ao exercê-lo, ter em mira sempre um interesse alheio a sua vontade, sendo que “o desenvolvimento dessa atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido”.<sup>175</sup>

Para Eduardo Tomasevicius, esta concepção binomial da função social pode ser equiparada à boa-fé objetiva que impera na seara contratual, em razão de esta também se fundar na idéia de direitos e deveres dos contratantes.<sup>176</sup> Realmente, esta concepção funcionalista dos institutos do direito privado indica uma necessidade de condicionar o exercício desses direitos a interesses supra-individuais, de modo que a grande pedra de toque seria em descobrir em que consiste esses interesses.

Procurando estabelecer uma solução para essa equação, Viviane Perez declara que “os interesses maiores da sociedade devem corresponder, assim, às escolhas democráticas do legislador constituinte”. Nesse sentido, como a Constituição está em posição hierarquicamente superior a todas as normas do

---

<sup>175</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 732, p. 41, out. de 1996.

<sup>176</sup> TOMASEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 810, p. 39, abr. 2003.

ordenamento jurídico, a idéia mesma de interesses coletivos deve sempre procurar seu fundamento no texto maior do sistema jurídico.<sup>177</sup> A monografista indica, ainda, o artigo 170 da Constituição Federal como sendo o dispositivo que condensaria a idéia de função social da empresa.

Da leitura do artigo 170 da Constituição, percebe-se que a ordem econômica se funda no princípio da livre iniciativa, que concede uma margem considerável de liberdade aos indivíduos, a fim de que estes alcancem seus objetivos particulares, por meio de recursos que cada um dispõe. Todavia, esta liberdade, que inclui a própria liberdade da empresa, é condicionada a observância do princípio da justiça social e o da existência digna de todos, como próprio preceitua o dispositivo supracitado, de modo que, como bem assevera José Afonso da Silva que tais observações são relevantes para a correta inteligência do princípio da necessidade que trata da participação do Estado brasileiro na economia (artigo 173, CF), “(...) pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe”.<sup>178</sup>

Por outro lado, surge como princípio conformador da atividade econômica e, conseqüentemente, a função social, o *princípio de integração*,<sup>179</sup> que se desdobra na defesa do consumidor, na defesa do meio ambiente, na busca do pleno emprego, na redução das desigualdades regionais, pois todos têm o fito de estabelecer deveres, sejam positivos, sejam negativo, no exercício da empresa.

### 5.1.3 Diferenças entre a Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa

---

<sup>177</sup> PEREZ. Viviane. **Função social da empresa**: uma proposta de sistematização do conceito. 2004, 23 f. Monografia (Grupo de pesquisa Direito Civil Empresarial – mestrado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

<sup>178</sup> SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Ver. e atual. Nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, publicada em 31/12/2003). São Paulo: Malheiros, 2004, p. 749.

<sup>179</sup> SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Ver. e atual. Nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, publicada em 31/12/2003). São Paulo: Malheiros, 2004, p. 776.

A noção de função social da empresa não deve ser confundida com a idéia de responsabilidade social. A responsabilidade social se caracteriza pela voluntariedade, pela inexistência de imposição legal, enquanto que a função social da empresa é de observância obrigatória, porque tem ela previsão normativa.

A fim de divulgar seus produtos e serviços, algumas empresas assumem o papel de interventor dos problemas sociais, assumindo posturas altruístas, como por exemplo, a de adotar e manter praças e parques abandonados pelo Poder Público, numa perspicaz estratégia de marketing para manter uma imagem positiva perante os seus efetivos e potenciais consumidores.

Outro elemento importante para tornar clara a diferença existente entre esses dois institutos, diz respeito ao objeto sobre o qual incide a coercibilidade da função social. O raio de incidência da função social alcança tão-somente o objeto social conduzido pelo empresário. O mesmo não acontece com a responsabilidade social, que pode ou não abranger a atividade materializada no objeto social da empresa. Assim resta clara a distinção entre esses dois institutos.

#### **5.1.4 Contornos para a aplicação da Função Social da Empresa**

A aplicação concreta da função social é levada a efeito em duas hipóteses: a primeira, por meio de incentivo ao exercício da empresa; a segunda, pelo condicionamento de tal exercício.<sup>180</sup> O incentivo ao exercício da empresa diz respeito ao princípio da preservação da empresa, por meio do qual procura-se viabilizar sempre a manutenção da empresa, mesmo em detrimento do interesse dos indivíduos que a compõem, em razão de ser ela considerada como um importante elemento disseminador de riquezas, sendo por meio dela, por exemplo, que o Estado arrecada boa parte de seus tributos e mantém fértil a oferta de empregabilidade. A esse respeito, encontra-se vigente no ordenamento jurídico vários dispositivos que tutelam sua preservação: o CCB/2002, artigo 50,

---

<sup>180</sup> PEREZ. Viviane. **Função social da empresa**: uma proposta de sistematização do conceito. 2004, 23 f. Monografia (Grupo de pesquisa Direito Civil Empresarial – mestrado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 9.

que trata da despersonalização da pessoa jurídica, bem como artigo 28 do CDC, que também versa sobre esse assunto, além, é claro, da nova Lei de recuperação de empresas, de n. 11.101, de 2005.

A despeito de parte da doutrina não ver com bons olhos a questão ligada ao condicionamento do exercício da atividade empresarial, em razão da dúvida ainda existente sobre a já citada responsabilidade social e a função social da empresa, bem como a falta de dispositivos capazes de impor sanções que venham a garantir a aplicação do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, vê-se perfeitamente possível a aplicação dos preceitos constitucionais acerca da função social da empresa pelo simples fato de ser a Carta Magna o centro de todo o sistema jurídico.

#### **5.1.5 Legislação Infraconstitucional e Função Social da Empresa**

Infelizmente, o novel Código Civil não trouxe em seu bojo norma referente à função social da empresa. Em que pese esse fato, já há projetos de lei com o objetivo de acrescentar no diploma civil regra atinente ao assunto em comento.

Não obstante essa aparente omissão, alguns doutrinadores defende sua previsão implícita, em razão de o diploma civil ter expressamente previsto dois institutos essenciais a exercício da atividade empresarial, a saber: o contrato, que tem de atender a sua função social (artigo 422) e a propriedade, que de igual forma deve atender também a sua função social (artigo 1.228). Ademais, o Código Civil deve ser interpretado com fulcro em seus princípios basilares, que são a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade.

Além do mais, no que diz respeito à exegese do artigo 966 do Código Civil de 2002, o Enunciado de n. 53, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal preceitua que “deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Um outro diploma legal que traz o tema em questão é a Lei 6.404/97 (Lei das Sociedades Anônimas), que, em seus artigos 116, parágrafo único, 154 e 156, trata da função social da empresa como sendo um dos objetivos a serem observados pelos seus administradores, acionista controlador e conselho fiscal.

A previsão mais atual da função social da empresa consta do artigo 47, da Lei n. 11.101 de 2005, que trata da recuperação da empresa, nos seguintes termos: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

## 5.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO ESTÁTICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Apesar da proposta central deste trabalho ser a concretização de um novo fundamento jurídico para a Função Social da Empresa, não se pode olvidar daquele que deu origem ao instituto. A Função Social da Propriedade sempre foi tida como fundamento da Função Social da Empresa. Entretanto, este trabalho inova ao colocá-la como fundamento estático, em razão da relação travada entre o sujeito (Empresário) da atividade empresarial e o objeto (Estabelecimento Empresarial) ser de propriedade.

### 5.2.1 As propriedades: bens de produção

Conforme o magistério de Pontes de Miranda, a propriedade pode ser definida em sentido amplíssimo, amplo e estrito. Em sentido amplo, a propriedade pode ser entendida como sendo “o domínio a qualquer direito patrimonial”, conceito este que transpassa a fronteira do direito das coisas. Em sentido amplo, todavia, a propriedade limita-se a disciplinar o direito das coisas, seja coisa corpórea, seja incorpórea, assim entendida a propriedade literária, científica, artística e

industriaria. E, por fim, a propriedade, em seu sentido estrito, diz respeito, tão-somente, ao domínio.<sup>181</sup>

Hodiernamente, o significado tradicional da propriedade cede espaço para uma concepção mais estrutural e funcional, de modo que aquela noção clássica do instituto, antes ligada apenas à idéia do direito subjetivo do seu titular, caracterizada pelas faculdades inerentes ao domínio (usar, fruir, dispor e oponibilidade *erga omnes*), toma contornos secundários diante da sua nova concepção dinâmica, agora agregada de forma inseparável à função social.

Na Idade Média, a clássica dicotomia da propriedade em bens móveis e imóveis tinha fundamental importância para a organização político-econômica daquela época. Isto porque, as coisas móveis eram consideradas de pouca importância, pois não concediam poder políticos aos seus titulares, ao contrário do que ocorria com as terras rurais, cujo titular detinha amplos poderes políticos.

Com o advento do capitalismo, conforme aponta Fábio Konder Comparato, a economia que gravitava em torno da propriedade do solo rural passa a orbitar sobre a riqueza mobiliária, formada pela propriedade de moedas e metais preciosos, que, como o passar dos tempos, subjugou por completo a economia rural, servindo de base, inclusive, para a conformação do sistema de crédito.<sup>182</sup>

Com a eclosão da revolução industrial, o cenário econômico vivencia uma nova realidade: a de produção em massa. A fabricação de bens e a prestação de serviço, agora produzidos e ofertados de forma especializada e sistemática, passam a ser oferecidos no mercado de forma padronizada, originando, assim, uma nova classificação jurídica dos bens: bens de produção e bens de consumo.

### **5.2.2 A Função Social da Propriedade e dos bens de produção**

---

<sup>181</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Atualizador: Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. vol. 11, p. 37.

<sup>182</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: RT, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

A Constituição Federal erigiu o direito da propriedade a garantia fundamental do cidadão, preceituando, em seu artigo 5º, caput, que a propriedade é direito inviolável, garantindo-a, no inciso XXII do mesmo artigo, todavia, condicionou esse direito a sua função social, no inciso XXIII daquele artigo.

A Carta Política torna impenhorável por dívida advinda de atividade produtiva, a pequena propriedade rural trabalhada pela família, (inciso XXVI, artigo 5º). Torna-a, ainda, inapta para reforma agrária (artigo 185).

O § 2º do artigo 182, da Constituição, estabelece que a propriedade urbana cumprirá sua função social sempre que atender as condições da política urbana estampada no seu plano diretor.

Para Comparato, há, na Constituição Federal, ao menos em dois de seus dispositivos, artigo 182, §§ 2º e 4º, e artigo 186, regras que fazem da função social um dever positivo que impõe ao titular da propriedade uma utilização ligada ao interesse coletivo e não somente aos fins individuais.<sup>183</sup>

Por meio desses dispositivos constitucionais não há como negar que a propriedade urbana deve atender a sua função social, prevista no plano diretor do município, bem com a propriedade rural também deve atender a sua função social, pressupondo daí, que essa função depende da existência de um programa ou política de governo que estabeleça diretrizes precisas para a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade.

### **5.2.3 A funcionalidade das empresas**

A classificação de bens em bens de produção e bens de consumo não finca bases em sua natureza, mas sim na finalidade a que se presta, ou seja, a função que uma determinada coisa exerce no seio da sociedade não depende de sua estrutura externa. Assim, torna-se imperioso estabelecer a distinção entre função

---

<sup>183</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: RT, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

econômica de uma coisa e da função econômica do negócio jurídico que estabelece essa relação.<sup>184</sup> Nesse diapasão, Konder Comparato afirma que o poder de controle empresarial não pode ser reduzido a um *ius in re*, devendo ser entendido em seu sentido mais amplo, tal qual o sentido de propriedade estampado na Constituição Federal.<sup>185</sup>

Preceitua o artigo 154, da Lei n. 6.404, de 1976, que “ao exerce as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e interesses da companhia, o administrador deve sempre observar as exigências do bem público e da função social da empresa”. Por outro lado, afirma essa lei, em seu artigo 116, que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, tendo ele deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os trabalhadores, bem como para com a comunidade em que atua, cujos direito e interesses deve lealmente respeita e atender”.

Nesse sentido, prevê a comentada lei que o exercício da atividade empresária deve respeitar tanto os interesses internos da companhia, isto é, os interesses dos capitalistas e trabalhadores, como os interesses externos, ou seja, os interesses da comunidade em que atua. Essa compatibilização de interesses antagônicos encontra seu fundamento na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 170, que traça os princípios fundamentais da ordem econômica. Pode-se dizer que os interesses internos da companhia se fundam no princípio da livre iniciativa, que se traduz na liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado. Todavia, tais interesses somente considerados válidos se estiverem em sintonia com o princípio da justiça social (que representa aqueles interesses externos, de toda uma coletividade). Trata-se, portanto, como bem afirma Comparato, “de uma liberdade-meio ou liberdade condicional”.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: RT, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

<sup>185</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n 17 e ss.

<sup>186</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n 17 e ss.

Função, em sua acepção jurídica, para Fábio Konder Comparato, “é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular”. Afirma, ainda, o renomado autor: “A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção”.<sup>187</sup>

#### **5.2.4 Análise funcional**

Não só os bens têm funções na sociedade, os negócios jurídicos também têm. Afirma Fábio Konder Comparato que a lei estabelece, em alguns casos, um determinado escopo para os negócios jurídicos, mas não veda aos particulares o uso “da mesma técnica negocial para a consecução de outras finalidades”. É o que se chama de “negócios indiretos”.<sup>188</sup>

De há muito a propriedade privada justificava-se como um meio de amparar a família das necessidades materiais que por ventura vinham a ocorrer no decorrer da vida. A propriedade tinha, então, a finalidade precípua de prover a subsistência do seu titular e de sua família.

Hodiernamente, a propriedade não é mais a única ou a melhor forma de prover a subsistência do indivíduo e sua família. Apareceram como preocupações principais as questões ligadas à garantia de emprego e justo salário, as obrigações sociais devidas pelo Estado, tais como a educação, saúde, previdência, assistência social, transporte, habitação, saneamento básico, lazer, proteção ao meio ambiente etc.

#### **5.2.5 O sentido antigo de propriedade**

---

<sup>187</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n 17 e ss.

<sup>188</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n 17 e ss.

Na época primitiva, a propriedade era tida como um simples domínio que o indivíduo tinha sobre um determinado bem, cujo uso sempre atendia a finalidade específica do seu dono.

Nas civilizações antigas as coisas úteis pertenciam a uma coletividade, enquanto que o bem de uso próprio servia ao interesse de seu titular. Naquela época, as terras não eram consideradas como sendo objeto de apropriação, uma vez que as tribos primitivas eram nômades, vivendo sem habitação fixa.

O advento da agricultura e a revolução dos metais foram acontecimentos importantes para que o conceito de propriedade tomasse contornos mais precisos. Na Grécia e em Roma a propriedade baseava-se ainda no domínio comunitário, apesar de ela se restringir à propriedade das *gens* e da família.

Nesta época cada indivíduo detinha uma parcela de terra, que não podia ser alienada e cujo domínio foi sedimentando passo a passo a idéia de propriedade familiar, logo passando a se colocar acima da propriedade coletiva da cidade.

A partir da derrocada do modelo gentilício a propriedade individual se firmou, entretanto não era tida em seu caráter absoluto em razão das limitações decorrentes do direito de vizinhança.

Com o declínio do Império Romano, surge o modelo feudal de propriedade, cuja principal característica era a exploração indireta do solo. As terras concentravam-se nas mãos de poucos (senhores feudais). Estes permitiam que seus subordinados, chamados de servos, explorassem suas terras em troca de tributo. Mais tarde, com o surgimento do absolutismo da monarquia, surge a figura do rei, figura que detinha o poder absoluto do reino. É de destacar que o poder do rei era meramente formal, pois a autoridade absoluta exercido sobre a propriedade feudal era do seu senhor, que a exercia nos limites de seu feudo. Para os Códigos de Napoleão e Códigos da família jurídico-germânica, a propriedade era tida numa noção mais estrita que as concepções antigas.

No entendimento de Teixeira de Freitas, a propriedade representava um conjunto de bens de cada indivíduo, sejam eles bens corpóreos ou incorpóreos, vale dizer, tudo quanto fosse mensurável em valor pecuniário fazia parte da propriedade de uma pessoa (*Consolidação das Lei Civis*, Introdução). Essa idéia de propriedade se distanciava, portanto, da noção de domínio do proprietário sobre seu bem, que se caracterizava pela faculdade de uso, gozo e disposição. Bem nos lembra Comparato que essa idéia de propriedade é bastante semelhante a do “direito anglo-saxônico, em que *property* é o gênero e *ownership* uma de suas espécies”.<sup>189</sup>

### 5.2.6 Fundamento sob a ótica constitucional

A noção de propriedade da constituição é muito mais larga do que a do direito privado. A Carta Política concedeu aos direitos em geral, tais como, o direito autoral, a mesma proteção do direito da propriedade, entendido anteriormente como o poder que o indivíduo tinha sobre os bens corpóreos.

O novo ordenamento constitucional privilegia tanto o direito individual, que se materializa na livre iniciativa e produção de bens, quanto os direitos sobre os bens de consumo, ou mais precisamente dos consumidores, que efetivamente funciona como moderador da manifestação individual dos que exploram a atividade econômica.

### 5.2.7 Propriedade e Poder de Controle

As faculdades inerentes ao poder de domínio sobre a coisa, de usar, gozar e dispor, em relação aos bens de produção já foi, como bem aponta Comparato, “confundida com o poder de controle empresarial”.<sup>190</sup>

A partir do momento em que a sociedade empresária ganha status de pessoa, ou seja, passa a ser considerada como sujeito de direitos e obrigações, é comum o

---

<sup>189</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71-79.

<sup>190</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71-79.

entendimento, de considerar o direito absoluto sobre o capital como semelhante ao poder de organização e comando das forças produtivas. Entretanto, tal entendimento não deve prevalecer. Isto porque, como sabido, o patrimônio dos sócios da sociedade empresária é distinto do patrimônio da sociedade, apesar daqueles participarem dos resultados da exploração patrimonial desta.

Para Oscar Barreto Filho, o critério de distinção entre os patrimônios reside no binômio universalidade de fato e universalidade de direito, sendo que “a *universitas juris* é conjunto de direitos (relações ativas e passivas), ao passo que a *universitas facti* é um conjunto de objetos de direito”.<sup>191</sup>

Preceitua Augusto Geraldo Teizen Júnior que à proporção que a empresa se desenvolve e se configura mais complexa, a distinção entre empresários e capitalistas se manifesta mais claramente.<sup>192</sup> Aduz, ainda, o autor: que nas gigantes companhias americanas e japonesas a participação acionária dissolveu de tal forma que o maior detentor de ações não chega a concentrar um percentual maior que 10% do capital social.<sup>193</sup>

Todavia, não se deve olvidar que, assim como toda organização política, a empresa é constituída de um poder central ativo, cujo poder decisório está empalmando nas mãos de alguns diretores, bem como de órgão destinado à sua administração (conselho de administração) e fiscalização (conselho de fiscalização).

Nas companhias de grande porte os acionistas não predispostos ou capazes para controlar, de modo que “gerências profissionais exercem o controle sem serem proprietários”.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: findo de comércio ou fazenda mercantil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 107-108.

<sup>192</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 150.

<sup>193</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 151.

<sup>194</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 151.

Nesse sentido, Berle e Means, no ano de 1933, comprovaram que uma companhia não podia mais ser financiada por apenas um proprietário, em razão do seu gigante crescimento estrutural.<sup>195</sup> Desse modo, hodiernamente, alguns levantam vozes no sentido de que já há um capitalismo sem capitalistas.<sup>196</sup> Essa afirmação se torna pertinente a partir da análise da influência que os fundos de pensão vem exercendo na economia e nas S/A's. que possuem ativos negociados em bolsas de valores.

Afirma Peter Druker que nos países desenvolvidos o capitalismo dos fundos de pensão “irá se tornar o modo universal de propriedade, e que a própria estrutura etária desses países torna essa prática inevitável”. Tais fundos “São investidores que controlam enormes capitais e seu investimento. Mas nem os gerentes que o administram, nem seus proprietários, são capitalistas. O capitalismo dos fundos de pensão é capitalismo sem os capitalistas”.<sup>197</sup>

No Brasil, conforme dados estatísticos da ABRAPP, Associação Brasileira das Entidades de Previdência Fechada, os fundos de pensão acresceram sua participação no PIB brasileiro de 15,8%, no final do ano de 2002, PARA 18,2%, no final do ano de 2003<sup>198</sup>.

Em sendo assim, “não se trata do poder do proprietário, mas do poder de controle da propriedade, ou, expondo melhor, da função social do controle da propriedade, do poder gerencial da propriedade, isto é, a governança corporativa”.<sup>199</sup>

## 5.2.8 Função Social da Propriedade

<sup>195</sup> BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1984.

<sup>196</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 151.

<sup>197</sup> DRUKER, Peter. **A sociedade pós-capitalista**. 2. ed. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993. p. 48.

<sup>198</sup> ABRAPP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA FECHADA. **Todos com código em 2004**. Disponível em: <[http://www.abrapp.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=revista/revista\\_interna.html&revisald=9&idMenu=74](http://www.abrapp.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=revista/revista_interna.html&revisald=9&idMenu=74)>. Acesso em: 18 out.

<sup>199</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 152.

A noção de função social da propriedade não está ligada às faculdades inerentes ao poder de domínio sobre a coisa particular, tal como consta no artigo 1.228 do CCB/2002. A idéia de função social da propriedade coaduna-se com a capacidade produtiva da propriedade.<sup>200</sup> Trata-se, mais precisamente, do poder de dar ao objeto da propriedade um destino específico, de vinculá-lo a certo objetivo.<sup>201</sup>

Dentro dessa concepção funcionalista, Adolf A. Berle entendia que a propriedade deveria ser dividida em propriedade produtiva e propriedade de consumo, de modo que a propriedade produtiva está vinculada a uma finalidade global, política, que está em andamento e ainda não se completou.<sup>202</sup>

Desse modo, o termo função social deve ser entendido como sendo o poder de ligar a propriedade a determinado escopo.

Para Fábio Konder Comparato, o adjetivo: função, quer dizer que o interesse que deve prevalecer quando do exercício da função social da sociedade é o coletivo e não o interesse do próprio dono da coisa, de sorte que não se deve afastar a hipótese de poder haver equilíbrio entre tais interesses.<sup>203</sup>

Segundo o mencionado autor, a noção de função social da propriedade adentrou o Direito Positivo com a Constituição de Weimar, em 1919. O artigo 153 desta Carta Política, repetido pela Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 (artigo 14, 2ª alínea) dispunha que “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”.

No Brasil, começou-se a tecer as primeiras linhas acerca da função da social da propriedade com o advento da Constituição de 1934. O artigo 17 desta Constituição preceituava: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá

---

<sup>200</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

<sup>201</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

<sup>202</sup> BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1984. p. 6.

<sup>203</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71-79.

ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. (...).”.

Lamentavelmente, a Constituição Federal de 1937, conhecida como a Constituição do retrocesso, nada disse a respeito da função social, somente estabelecendo, em seu artigo 14, que “o direito de propriedade, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O conteúdo e seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. A função social voltou a fazer parte do cenário constitucional com a Carta Magna de 1946, que condicionou a utilização da propriedade ao bem-estar social.

Com a promulgação da Constituição de 1967 e sua EC n. 1, de 1969, a função social é contemplada de forma mais ampla, de modo que dentre os vários princípios que fundamental a ordem econômica e social, realizadores do desenvolvimento social e a da justiça social, destaca-se o da função social.

Depois de ganhar ampla proteção constitucional, a função social foi se imantando sobre a legislação ordinária. O estatuto da terra, Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, estabeleceu, em seu artigo 12 que “à propriedade da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta lei”.

A funcionalidade do direito, com bem aponta Giselda Hironaka, foi tema que, de logo, mereceu dos juristas e legisladores atuais total atenção, de modo que a noção de função social, como afirmava Duguit, não poderia se estender somente à propriedade, mas também aos outros institutos do direito privado.<sup>204</sup>

Fábio Konder Comparado, preocupado com o aspecto etéreo do termo função social afirma que “no contexto do amplo debate político e ideológico da atualidade, defender a função social da propriedade, sem especificações maiores, pode ser e tem sido um argumento valioso para a sustentação do *status quo*

---

<sup>204</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Nocais. **Direito Civil** – estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 108.

social em matéria de regime agrário e de exploração empresarial capitalista”. É nesse sentido que o renomado autor conjuga o direito de propriedade com o conceito de direitos humanos, afirmando, inclusive, que a função social “é um direito e não um direito-fim. Ela não é garantia em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”.<sup>205</sup>

### **5.2.9 O estatuto da cidade e a função social**

Com a chegada do Estatuto da Cidade a função social passa a estar ligada a utilização e a finalidade que o Plano Diretor lhe atribuiu. Élide Séguin afirma que o direito de propriedade ganhará nova coloração no plano municipal. Isto porque as sanções reservadas para o descumprimento dos ditames do Plano Diretor incidirão sobre a coisa, eis que “é a propriedade que responderá através da edificação compulsória, do IPTU progressivo e da desapropriação-punição”.<sup>206</sup>

### **5.2.10 Destinação social dos bens produtivos**

Já foi dito alhures que a classificação dos bens em bens em consumo e de produção leva em consideração a destinação que se lhes dê, e não a sua própria natureza. Tal destinação, ou seja, funcionalização dos bens não pode submeter-se por completo aos ditames do princípio da autonomia privada, de modo que se deve sempre buscar o equilíbrio entre a iniciativa privada e o interesse geral.

## **5.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DINÂMICO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

A função social da empresa sempre foi estudada com fundamento na função social da propriedade. Entretanto, este entendimento está equivocado, pois o atual conceito de empresário impõe o contrato como elemento essencial. Assim, partindo da premissa que o contrato é indispensável a caracterização do

<sup>205</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, vol. 1, n. 3, p 98, set-dez. 1997.

<sup>206</sup> SÉGUIN, Élide. *Estatuto da Cidade*. JURID Publicações Eletrônicas Ltda. Rio de Janeiro: Forense. Capítulo VI. Item 6.6.

empresário, percebe-se que a função social da empresa encontra fundamento na função social do contrato.

Não existe a pretensão de excluir a fundamentação na função social da propriedade, mas apenas dividi-la com a função social do contrato. Esta dissertação traz o entendimento de dois fundamentos jurídicos para a função social da empresa: um estático e outro dinâmico.

### **5.3.1 Conceito de empresário e seu aspecto dinâmico**

A empresa atualmente ocupa um lugar praticamente exclusivo na vida econômica do país. É através das empresas que as pessoas tendem a se organizar produtivamente, gerando o desenvolvimento econômico. Em razão da sua importância econômica, a empresa exerce também influência no meio político e social. Dessa forma, o espaço ocupado por essas organizações em âmbito jurídico torna-se cada vez maior. Se outrora não havia sequer uma legislação adequada para regular esse fenômeno, atualmente é inegável o papel de destaque ocupado pela empresa.

Verifica-se, contudo, que, a exemplo do ocorrido em Itália nos anos seguintes à unificação do Direito Privado, existem divergências quanto à aplicação da nova lei. A principal dificuldade encontrada está na própria natureza do fenômeno empresarial, que não possui uma única e definida forma.

Asquini foi quem verificou a origem do problema: em diferentes leis, o vocábulo empresa era utilizado para designar ora o empresário, ora o estabelecimento, sendo também utilizado na referência à atividade e ainda, à comunidade de trabalho.<sup>207</sup> Segundo ele, a confusão se dá em virtude da vulgarização da utilização do termo empresa. O mesmo é abertamente contra a utilização da expressão como referência ao estabelecimento ou ao empresário. Segundo ele, a utilização desmesurada de tais acepções dá ensejo a inúmeros equívocos. Por

---

<sup>207</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. Trad. Fábio Konder Comparato, São Paulo, v. 104.

outro lado, autores como Mossa e Santoro-Passarelli não vêem incompatibilidade na utilização sinonímia da noção de empresa, atividade e estabelecimento.

O Código Civil brasileiro não traz consigo o conceito de empresa, mas sim de empresário e de estabelecimento, repetindo o que ocorre no código italiano. Essa informação pode guiar à prematura opinião de que o conceito de empresa foi relegado ao segundo plano. A questão chave é que a empresa é elemento qualificador do empresário, mas o contrário não ocorre. Sem empresa não há empresário, porque este nasceu daquela.

Outra característica do Código Civil pátrio é a abordagem praticamente unificada que garante aos diferentes tipos e grandezas de empresa (quanto à atividade que exercem, faturamento, etc) – com exceção ao tratamento dado à micro empresa ou à empresa rural.

Dentre os elementos normativos encontrados no corpo no Código Civil estão: o exercício profissional de uma atividade econômica; a organização e a produção ou circulação de bens e serviços.<sup>208</sup> A economicidade, elemento básico da constituição empresarial, revela-se na criação de riquezas, que tanto se verifica na produção de novos bens, como na agregação de valor a bens já existentes.

Não se pode conceber empresa sem discutir sua dedicação ao mercado. Por isso, em geral, não existe empresa quando a produção se voltar ao atendimento das necessidades pessoais de quem executa tal atividade. Por outro lado, há casos especiais em que esse ingresso no mercado não ocorre, a despeito da atividade empresária permanecer configurada. É a situação, por exemplo, de quem realizar uma atividade produtiva com fins assistenciais ou altruísticos.

A não introdução imediata do produto no mercado, não descaracteriza a atividade empresarial. Esse comportamento inclusive pode dar ensejo a práticas fraudulentas: considere-se o caso em que durante certo período produtivo um produto não entre em circulação e, após o encerramento deste ciclo, toda a

---

<sup>208</sup> Artigo 966, CCB/2002.

produção seja comercializada de uma só vez. Assim sendo, deve-se buscar um meio objetivo de averiguação da realidade. Para ser considerada empresária, basta então que a atividade tenha potencialidade de integrar o mercado, sem necessariamente fazer parte dele.

Há outra exceção no que diz respeito à produção para satisfação das necessidades do produtor. É a situação da indústria que produz eletricidade e a utiliza em sua linha de produção. Também não é necessário que haja uma diversificação de clientes para que a atividade seja considerada empresarial. A falta de oferta ao público, no caso de organizações que trabalham sob encomenda para apenas um cliente não descaracteriza sua natureza empresarial.

Quanto à necessidade dos lucros para verificação da atividade empresarial, uma parte significativa da doutrina, da qual fazem parte Ascarelli e Messineo, apontam-na como fundamental. Para o primeiro, lucro reflete o escopo da profissionalidade.<sup>209</sup> Já para Messineo, o lucro é um resultado indireto do próprio conceito de atividade econômica.<sup>210</sup>

O lucro, enquanto valor residual derivado da atividade econômica, não deve ser entendido como indispensável. A economicidade é verificada sempre que o preço de venda é superior ao custo de produção, ou que a atividade seja suficiente para custear a subsistência da organização. Ademais, as cooperativas e as empresas públicas, por exemplo, não compartilham do mesmo esquema de acumulação de capitais verificado nas grandes organizações empresariais, sem, com isso, deixarem de ser consideradas empresas.

As cooperativas não apresentam acumulação do capital excedente, porque tudo quanto é angariado como fruto da atividade produtiva é diretamente dividido entre os cooperados. Mesmo não sendo regidas pela mesma legislação que se ocupa das entidades empresárias, não podem deixar de ser consideradas empresas.

---

<sup>209</sup> ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale**. Introduzione e Teoria dell'Impresa. Origem do Direito Comercial. 3. ed., Milano, A.Giuffrè, 1962. Mimeo. Trad. e notas de Fábio Konder Comparato.

<sup>210</sup> MESSINEO, Francesco. **Manuale de Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1 p.321-322.

As empresas públicas, segundo Miguel Reale, devem ser encaradas sob duas perspectivas: a primeira diz respeito ao exercício de serviços públicos; a segunda é relativa a uma atividade econômica em que o Estado possua interesse em atuar.<sup>211</sup> Neste último caso, o Estado se comporta como uma empresa privada, em virtude mesmo do princípio da auto-suficiência<sup>212</sup>, pois caso agisse de modo divergente, o Estado acabaria com a possibilidade de atuação de outras empresas no mesmo segmento, prejudicando a concorrência.

Assim sendo, não é necessária a verificação do lucro para caracterização da empresa; este elemento deve ser entendido de maneira objetiva. Assim como ocorre na questão da economicidade, basta que a organização apresente potencialidade de gerar lucro para ser entendida como tal.

A organização, quer dizer, a capacidade de ordenação e disposição, é o mais destacável dentre os componentes da empresa. Embora seja exigida legalmente, existem autores que a consideram um “pseudo-requisito”, defendendo a possibilidade de uma empresa existir sem qualquer organização.<sup>213</sup> Essa opinião não é dominante. Tal requisito é apontado como essencial pela doutrina majoritária.

Por outro lado, apresenta certa divergência doutrinária a questão do “mínimo” de organização necessária para caracterização da empresa. Se em grandes organizações é fácil verificar o grau de organização, é nas pequenas empresas que se busca a resposta para esse questionamento. É aí que se pode verificar o limiar da organização empresarial.

---

<sup>211</sup> Miguel Reale. **A liberdade empresarial na Carta de 1988**. Questões de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1997, p.98.

<sup>212</sup> Assim dispõe a Constituição Federal de 1988:

“Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

<sup>213</sup> GALGANO, Francesco. **Diritto Commerciale: l'imprenditore**. Bolonha: Zanichelli, 2000.

Em primeiro lugar, faz-se mister salientar a existência de duas formas de organização: a primeira diz respeito às pessoas, sendo por isso denominada *pessoal*; a segunda corresponde à organização de bens ou meios de produção, também conhecida como *real*.

A organização de pessoas tem origem remota, quando o comerciante utilizava-se da exploração do trabalho alheio para realizar sua atividade especulativa. Durante muito tempo era inconcebível a idéia de empresa sem utilização do trabalho alheio, ainda mais se considerada a limitada oferta tecnológica para desempenho da atividade econômica. Atualmente, contudo, é perfeitamente possível que existam empresas sem funcionários, sem exploração do trabalho alheio por serem totalmente automatizadas.

Por mais que em geral verifique-se a presença de pessoas em alguma etapa do processo produtivo ou mesmo da comercialização do bem ou produto, é viável a existência da empresa através da substituição do trabalho humano pelo trabalho da máquina, uma vez que a tecnologia atual permite tal hipótese. Por esse motivo, não é difícil concluir que a organização pessoal não é um elemento indispensável à constituição de uma empresa. Essa opinião encontra-se já pacificada pela melhor doutrina.

Quanto à organização real, os estudiosos italianos chegam a defender a pura utilização do capital como investimento. Esse pensamento é herança da mercancia, quando os comerciantes precisavam apenas do valor pecuniário para suportar o risco de sua atividade. De fato, ainda hoje o capital pode ser entendido como requisito suficiente se for considerada apenas a prática comercial em sentido estrito. Se for levada em conta a atividade produtiva, entretanto, verificar-se-á que o puro investimento financeiro não é suficiente para realização da empreitada empresarial. Nesse caso, faz-se mister a aquisição de equipamentos ou de outros insumos.

Na questão relativa à organização real, o principal aspecto a ser abordado é o distanciamento entre o trabalho individual e a empresa. Para alguns

doutrinadores, como Galgano e Spada<sup>214</sup>, chega existir uma coincidência entre o trabalho autônomo e a atividade empresarial no caso das pequenas empresas. É de se salientar, nesse passo, que uma boa parte da doutrina italiana não prioriza a organização como requisito fundamental à empresa, considerando-o muitas vezes dispensável.

Aqueles para quem a organização é fundamental defendem que esta deve acontecer de maneira heterogênea e substancial. De outro modo, toda e qualquer atividade exige um certo grau de organização; é mister, portanto, que essa organização diferencie-se daquela verificada em atividades corriqueiras. Essa organização pode incluir tanto os meios de produção como a exploração do trabalho alheio.

Em suma, Alberto Asquini idealizou para a empresa quatro perfis: subjetivo, objetivo, funcional e corporativo. O perfil subjetivo é o agente da atividade empresarial, ou seja, o empresário. O perfil objetivo é o estabelecimento empresarial, ou seja, complexo de bens do empresário que são utilizados na atividade econômica organizada. O perfil funcional, também chamado de abstrato, é a própria atividade, a empresa, enquanto vínculo jurídico que exerce o elo de ligação entre o sujeito e o objeto. O perfil corporativo é marcado pela integração entre os colaboradores da atividade e a instituição. Entretanto, é mais acertada a visão de Julius Von Gierke que elenca apenas os três primeiros perfis, excluindo o perfil corporativo. Para ele, a atividade empresarial seria sustentada pelo tripé: empresário, estabelecimento empresarial e empresa.<sup>215</sup>

O atual conceito de empresário encontra-se descrito no artigo 966 do Código Civil brasileiro de 2002. Para este dispositivo, empresário “é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”. São duas as espécies de empresário: o empresário individual, quando pessoa natural, e a sociedade empresária, quando pessoa jurídica. Podem-se notar no conceito os três requisitos que configuram o

---

<sup>214</sup> SPADA, Paolo. **Impresa. Digesto delle Discipline Privatistiche**. Turim: Torinense, 1992. v. 7.

<sup>215</sup> GIERKE, Julius Von. **Derecho comercial y de la navegación**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Editora Argentina, 1957.

empresário: o profissionalismo, a atividade econômica com intuito lucrativo e a organização.

O profissionalismo surge com a presença da habitualidade, da pessoalidade e do monopólio de informações. Todo empresário precisa ter intuito lucrativo, mas nem todo aquele que tem intuito lucrativo pode ser empresário. A organização é a articulação dos quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

É muito importante notar que este conceito caracteriza como empresário somente a pessoa física ou jurídica que está no exercício da atividade econômica organizada. Assim, o indivíduo não é empresário, ele está empresário quando no exercício da atividade empresarial.

### **5.3.2 O contrato como elemento indispensável à caracterização do empresário**

O exercício da atividade empresarial ocorre através do contrato. A simples presença de um indivíduo cercado de bens não o torna empresário. É preciso que ele movimente estes bens para ser caracterizado como tal. Para ser empresário é preciso que haja o exercício da atividade através de contratos com empregados, prestadores de serviços, clientes, fornecedores, financiadores, investidores.

A movimentação do patrimônio do indivíduo que o tornará estabelecimento empresarial e, conseqüentemente, o fará empresário depende de que este contrate com fornecedores para que possa contratar com seus clientes, intermediado pelo contrato com seus empregados. Então, percebe-se que o contrato é indispensável para a caracterização do empresário, pois somente será empresário aquele que estiver no exercício efetivo da atividade econômica organizada. Este efetivo exercício da atividade econômica organizada só é possível através do contrato. É por isto que a função social do contrato é o fundamento jurídico dinâmico da função social da empresa.

### **5.3.3 Função social do contrato como fundamento dinâmico da função social da empresa**

A Função social do contrato, além de prevista no Código Civil brasileiro de 2002, é, também, um princípio que pode ser inferido do texto constitucional. Quando ela é posta como fundamento dinâmico da Função Social da Empresa, servirá para limitar o campo de aplicação e atuação do empresário. Assim, as regras aplicáveis ao contrato ganham eficácia perante a atividade empresarial.

#### **5.3.3.1 A Função Social do Contrato no Código Civil Brasileiro**

O artigo 421 do Código Civil brasileiro assevera que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Essa nova concepção obrigacional funciona como verdadeira força limitadora da liberdade de contratar, condicionando as manifestações de vontade aos valores fundamentais da boa fé e probidade, instâncias conformadoras da função social do contrato<sup>216</sup>.

A moderna hermenêutica dos contratos deve, então, sempre buscar a concreção material da igualdade, equilibrando, assim, a relação em que um dos contratantes leve vantagem sobre o outro. Desse modo, têm-se como pólos norteadores da relação contratual a equidade e a razoabilidade, que, concretamente aplicadas nas ditas relações, impediriam, por exemplo, a ocorrência do enriquecimento sem causa e da excessiva onerosidade suportada apenas por uma das partes, manifestações estas proibidas pelo próprio diploma civil (artigos 884 e 886).

Essa visão inovadora do instituto, para Enzo Roppo, segue as linhas ideológicas fincadas na própria estrutura política do sistema, vez que a disciplina jurídica que emerge das leis e jurisprudência nada mais é do que a realização concreta das escolhas e interesses políticos eleitos pelos legisladores como objetivos centrais a viger numa sociedade em uma dada época. Em sendo assim, não só o contrato como também os demais institutos jurídicos, como estão ligados a esta realizada

---

<sup>216</sup> REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71

dinâmica, amoldam-se ao contexto político, social e econômico em que estão inseridos<sup>217</sup>.

A função social do contrato também está prevista no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, que preceitua que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

### 5.3.3.2 Função social do contrato como princípio constitucional

O princípio da função social, como visto anteriormente, tem por escopo mitigar o princípio da autonomia da vontade. Para Flávio Tartuce, a função social do contrato revela-se um princípio geral do ordenamento jurídico, “um preceito básico, explícito no Código Atual, verdadeira fonte secundária do nosso direito” (artigo 4º da LICC), sendo considerada, ainda, norma de ordem pública, indeclinável pela vontade dos contratantes, pois o interesse prevalecente é o da coletividade e não o do particular<sup>218</sup>.

Tomando-se por base essas premissas, pode-se entender a função social como sendo um regramento contratual, de ordem pública - a despeito do que o artigo 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil prevê -, pelo qual o contrato deverá ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo como o contexto da sociedade<sup>219</sup>.

O princípio da função social encontra seu fundamento na Constituição Federal. Seu maior pilar é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º do CF/1988. Apóia-se, também, no princípio da justiça social, alinhado no artigo 170, *caput*, da Carta Magna, alcançando ainda a sede constitucional na solidariedade e igualdade, respectivamente previstos no inciso III do artigo 3º e no artigo 5º, *caput*, da mesma Carta Republicana.

---

<sup>217</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988

<sup>218</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 199.

<sup>219</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 199.

Com a aplicação concreta da função social, busca-se seguir uma tendência personalizadora do direito privado: ontem, excessivamente patrimonialista, hoje, após o advento da CF/1998, declinado a proteger os direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa tendência inovadora de valorização da pessoa, vários são os dispositivos do Código Civil que atenuam acentuadamente o caráter absoluto da força vinculante do contrato e procuram analisar os negócios celebrados em comunhão a outros aspectos sociais<sup>220</sup>. Essa exaustiva preocupação normativa em atenuar a incidência absoluta da autonomia da vontade é prova de que a função social tem aplicação prática indeclinável, não podendo ser mais considerada como mero objeto que gravita em torno do plano das idéias.

O Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo CSJF, em dezembro 2004, cujo teor vale citar: “a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil”, é prova da efetiva possibilidade de aplicação do princípio da função social.

Têm-se, então, uma nova concepção de contrato, que, pautado nos princípios constitucionais da dignidade, socialidade e igualdade, vê sua validade e eficácia condicionadas à verificação do momento da manifestação de vontade, análise das condições socioeconômicas dos contratantes, além do impacto que o efeito da avença provocará na sociedade, ou seja, a análise da validade e eficácia do contrato leva em consideração um conjunto de fatores que escapam da esfera do

---

<sup>220</sup> A função social do contrato pode ser vislumbrada nos seguintes dispositivos do Código Civil: no art. 108, que exige a escritura pública nos negócios de alienação de imóvel, cujo valor exceda ao de 30 salários mínimos, com forma de proteger aqueles que não podem arcar com as despesas da escritura; art. 157, que possibilita a anulação do negócio jurídico maculado pela lesão subjetiva; art. 170, que permite a conservação do contrato nulo, nos termos de seu comando; art. 187, que trata da responsabilidade civil; art. 406, que limita os juros moratórios; art. 413, que procura afastar o enriquecimento sem causa; art. 423, que protege o aderente do contrato de adesão, impondo interpretação que lhe seja favorável; art. 424, que praticamente repete o comando do art. 51 do CDC, de nulidade a cláusula do contrato de adesão que prevê renúncia a direito inerente ao negócio celebrado; art. 2.035, parágrafo único, que qualifica a função social como norma de ordem pública.

interesse particular dos contratantes e desembocam no interesse da coletividade<sup>221</sup>.

Ademais, a função social do contrato deve ser entendida na mesma extensão da função social da propriedade, prevista nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170, todos da CF/1988. Isto porque, se o exercício do direito da propriedade está condicionado ao atendimento a função social da propriedade, não há óbice para o reconhecimento da proteção social do contrato, pois trata-se este de instituto de natureza indubitavelmente patrimonial.

É nesse diapasão, que Flávio Tartuce, afirma que a função social do contrato encontra seu fundamento constitucional e natureza jurídica no conceito de função social da propriedade. E, estando a função social ligada ao conceito de função social da propriedade, a parte mais privilegiada da relação não deve apenas buscar lucros e causar prejuízos patrimoniais a outra parte, mas também pautar seu comportamento no intuito de também beneficiá-la<sup>222</sup>.

Flávio Tartuce chega a arriscar uma nova classificação da função social da propriedade, expressa no artigo 5º, inciso XXIII, da CF/1988. Assim, a função social mencionada no dispositivo constitucional transcrito acima seria o gênero que compreenderia duas espécies: a função social da propriedade em sentido restrito (artigo 1.228, § 1, do CCB/2002) – instituto de direito das coisas propriamente dito –, e a função social do contrato (artigo 421, do CCB/2002). Ambas as funções sociais colocadas num mesmo plano, em razão do disposto na parte final do parágrafo único do artigo 2.035 do CCB/2002<sup>223</sup>.

A função social da empresa não pode ter como balizamento único a função social da propriedade. Realmente, a relação que se estabelece entre o empresário e o estabelecimento empresarial é de propriedade. Não se pretende negar que a

---

<sup>221</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 204.

<sup>222</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 204.

<sup>223</sup> TARTUCE. Flávio. **A função social dos contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 205

função social da propriedade é fundamento da função social da empresa, mas não é o único. Ela é o fundamento estático da função social da empresa.

Como pode ser apreendido do conceito de empresário, o contrato é indispensável a sua caracterização. Assim, afirma-se que a função social do contrato é, também, fundamento da função social da empresa. Ela é seu fundamento dinâmico por estar ligado a idéia de exercício da atividade empresarial.

#### 5.4 APLICABILIDADE PRAGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa encontra expressão previsão legal em duas leis ordinárias: a lei das sociedades por ações e a lei de falências e recuperações de empresas. Existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional que pretende a inclusão expressa no Código Civil brasileiro de 2002 da função social da empresa em seu artigo 966.

##### **5.4.1 A função social da empresa e sua aplicação ao acionista controlador prevista na lei de sociedades por ações (Lei n. 6.404/1976)**

A lei das sociedades por ações (Lei n. 6.404/1976) prevê que o acionista controlador deve atender a função social no exercício de sua função. Ao exercer suas atribuições o controlador de empresa deve conduzir sempre o seu poder-dever na direção da função social, eis que a finalidade ególatra dos empresários, pautada na busca cega do lucro, deve compatibilizar-se com os princípios da ordem econômica constitucional, pautada na justiça social, na valorização do trabalho humano.

Vale salientar que o poder de controle não se confunde com a propriedade. Não se trata, pois, de um direito que incide sobre a coisa, mas um poder de direção que envolve tanto coisas como pessoas. A razão de tanta confusão acerca dessa distinção reside no fato de que o poder de controle da empresa, da ideologia capitalista, funda-se na propriedade do capital.

A Lei de Sociedades por Ações traz vários dispositivos que conferem às companhias uma função social. No parágrafo único<sup>224</sup> do seu artigo 116, informa que o acionista controlador deve exercer seu poder com o objetivo de possibilitar a realização do objeto da companhia cumprindo sua função social, tendo deveres e responsabilidades em relação aos demais acionistas, aos empregados e para com a comunidade, cujos direitos e interesses deve respeitar. Por seu turno, o artigo 177, § 1º, alínea “a” cristalizou como sendo uma hipótese de abuso do poder de controle o fato de o controlador dirigir a companhia para alcançar finalidades lesivas ao interesse da nação, “ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da economia nacional”.

Fábio Konder Comparato, em mais uma brilhante observação, diz que essas disposições legais continuam ‘inócuas’ em razão da falta de um sistema ou aparelhamento sancionador das condutas estranhas aos preceitos legais. Na letra da lei, o controlador que exorbita o seu poder responde tão-somente por perdas e danos. Restariam, pois, dúvidas quanto ao modo de fixação dessa indenização bem como “quem teria legitimidade para fazer atuar em juízo essa responsabilidade. Ademais, a exigência de respeito aos interesses nacionais no exercício da exploração empresarial implica a exata normativa desses interesses”.<sup>225</sup>

A doutrina clássica tem afirmado que a teoria da função social tem respaldo na noção de propriedade como um dever, ou seja, como uma propriedade-função, não como um direito subjetivo. Nesse panorama, “o indivíduo não teria direito, mas seria um instrumento a serviço da sociedade”.<sup>226</sup>

Essa tese de inexistência de direito subjetivo não vingou na doutrina contemporânea. A idéia de propriedade como função também não foi recepcionada. Isto porque a propriedade não é uma função. Ela contém uma

---

<sup>224</sup> Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

<sup>225</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71-79.

<sup>226</sup> TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

função social, de modo que “o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chega ao plano da justiça social”.<sup>227</sup>

O poder de controle do acionista corresponde a um direito-função<sup>228</sup>, e sendo assim, o controlador possui deveres e responsabilidades próprias para a realização de finalidades precisas. A função social da empresa representada da atuação do acionista controlador impõe um dever não somente com os demais sócios, mas também com os terceiros afetados pela atividade empresarial.

O poder decorrente do direito de propriedade do controlador implica um dever de respeitar o interesse social que se manifesta no uso do direito de voto e em sua disposição. Pode-se ilustrar esse poder-dever com um exemplo: o acionista controlador possui um dever fiduciário no momento da alienação do controle, de forma que não poderá alienar o controle a pessoa ou grupo de pessoas que possam trazer prejuízos à organização empresarial. Dessa forma mesmo sendo titular das ações que lhe conferem o controle, o negócio que envolve a transferência dessas ações não é um mero negócio privado, por envolver o interesse social<sup>229</sup>.

Uma operação de alienação de controle que acarrete prejuízos para acionistas minoritários e para terceiros poderá ser declarada ineficaz o descumprimento da sua função social.

#### **5.4.2 A função social da empresa e sua aplicação na recuperação de empresas prevista na lei de falências e recuperações (Lei n. 11.101/2005)**

---

<sup>227</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito Civil** – estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 100.

<sup>228</sup> COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 363.

<sup>229</sup> COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 305.

Na recuperação de empresas, aparece a divergência entre o interesse dos credores e o atendimento da função social da empresa devedora. Os credores, quando estão diante de um devedor em crise, inicialmente buscam assegurar os seus direitos individuais em primeiro lugar. Entretanto, numa situação de insolvência, em que o passivo supera o ativo, não há como pensar individualmente.

É importante salientar que o regime da insolvência perante a lei de falências sofreu profundas alterações. Uma das mais importantes é a forma de reorganização empresarial. A antiga lei de falências (Dec. Lei n. 7.661/1945) estruturou a concordata como um poder potestativo do devedor empresário em crise. Acertou o legislador, na nova lei de falências (Lei n. 11.101/2005), ao deixar esta importante decisão para ser tomada de forma quase pactuada entre o devedor e os credores.

Esta sistemática favorece o atendimento da função social da empresa, pois a maioria dos credores reunidos em assembléia decidirá se o plano de recuperação é viável. Tal viabilidade congrega entre outros fatores a manutenção da atividade empresarial, o que implica na manutenção dos empregos, geração e circulação de renda, dentre outros. O princípio falimentar da manutenção da empresa está ligado ao da função social da empresa.

Para a Lei n. 11.101/2005, artigo 47<sup>230</sup>, a recuperação tem o propósito de possibilitar a superação da situação de crise do empresário, promovendo a preservação da empresa, a aplicação concreta de sua função social e o estímulo à atividade econômica. Alguns pressupostos precisam estar presentes para que a recuperação seja recomendável: importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; mão de obra e tecnologia empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de constituição e

---

<sup>230</sup>Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

funcionamento do negócio; faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

Assim, a recuperação adota uma sistemática que se aproxima mais da função social da empresa do que a estrutura adotada pela extinta concordata. Não se pode olvidar de que apesar da expressa previsão do atendimento da função social, o administrador judicial ou o juiz, seja numa recuperação judicial ou extrajudicial de empresa, deve atentar para sua máxima implementação. O juiz exerce um importante papel ao dirigir a recuperação judicial e ao homologar o plano de recuperação extrajudicial, mas deve, dentre outras obrigações, cuidar para que a função social seja atendida.

#### **5.4.3 A função social da empresa e sua aplicação no conceito de empresário prevista no projeto de lei de alteração do código civil brasileiro**

Um projeto de lei que pretendia alterar o artigo 966 do Código Civil brasileiro de 2002 tramitou no Congresso até janeiro de 2007, quando foi arquivado. Tal projeto, dentre várias alterações propostas, pretendia transformar o parágrafo único do citado artigo em parágrafo primeiro e incluir o parágrafo segundo. O objetivo do então relator deputado Ricardo Fiúza era coadunar o Código Civil com a Constituição Federal, incluindo que a atividade empresarial deveria observar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Apesar da nobre iniciativa, tal dispositivo é desnecessário, pois como demonstrado neste trabalho a interpretação das normas civis deve estar em consonância com a Carta Magna de 1988.

## 6 CONCLUSÃO

1. Pode-se falar de atividade comercial desde a antiguidade com os fenícios, passando pelos romanos e chegando ainda que timidamente na Idade Média. Com o declínio do sistema feudal surgiu um grupo de indivíduos itinerantes constituído também por comerciantes, que foi responsável por reativar rotas e portos comerciais e contribuir para o crescimento de cidades em torno destes. A Idade Moderna traz consigo a participação mais efetiva destes comerciantes na vida política. A crescente especialização resultou no surgimento das primeiras atividades industriais e posteriormente das companhias multinacionais. A revolução industrial muda o papel da empresa na sociedade e atualmente esta desponta como um agente a desempenhar tanto um papel econômico como também social.

2. Ao vocábulo empresa pode-se atribuir diversos significados, entretanto há um consenso atualmente de que empresa é uma organização técnica e pessoal, com fins econômicos, podendo ou não apresentar lucro, embora este seja o principal objetivo perseguido.

3. No âmbito internacional, o *Code de Commerce* francês de 1808 tratava a empresa como ato de comércio e foi seguido pelos demais códigos europeus nesse sentido. O Direito Alemão traz a idéia de classe, exigindo inscrição para o desempenho da atividade empresarial. O Direito Italiano, de grande influência na nova legislação pátria, retira o Direito Empresarial do Direito Privado, destinando ao Estado a sua responsabilidade, e retirou do rol de atos de comércio a idéia de taxatividade. Ainda na Itália ocorre uma unificação do Direito Privado e uma mudança de foco, deixam-se de lado os atos de comércio e se galga a figura do empresário a principal sujeito de Direito Comercial.

4. A idéia de sistema fechado aparece no Jusnaturalismo sob o manto da lógica baseada na razão humana, passa para o iluminismo tomando por base agora a lógica científica e tem seu auge no positivismo jurídico, onde a burguesia recém chegada ao poder eivou o sistema de seus ideais, retirando do clero e da nobreza qualquer influência nas decisões judiciais, os magistrados eram meros

anunciadores da lei. Sob a égide da segurança jurídica, objetivava-se, em verdade, manter a sociedade funcionando sob os ideais desta nova classe dominante. Porém, as lacunas ditas inexistentes afluíam com mais intensidade até o momento em que foi necessário a produção de leis extravagantes, considerado o fim do sistema fechado, que cede lugar a um sistema aberto, carregado de termos vagos e impreciso, a fim de possibilitar a atividade integralizadora do juiz em cada caso concreto.

5. Estabelecido o sistema como aberto dele emanam as chamadas cláusulas gerais, entendidas como uma criação legal de alta densidade, que alberga uma elástica gama de fatos, todos submetidos ao regime legal. Este instrumento possibilita uma enorme mutabilidade do direito, possibilitando interpretações mais equânimes e justas do mesmo. Não se podem confundir cláusulas gerais com princípios, muitas vezes estes são incluídos no sistema por aquelas, mas por isso mesmo não se identificam. Por ser um princípio a função social orienta a aplicação das demais regras jurídicas à luz do caso concreto, espelhando sempre, contudo, os valores de uma dada sociedade num dado momento.

6. Para definir o que seja bem comum temos duas teorias: a individualista, que o define como a soma das realizações individuais; e a coletivista que coloca o bem da sociedade acima de tudo, relegando o indivíduo a um segundo plano. Entretanto, não se podem dissociar estes conceitos, devendo o bem comum ser entendido como aquele que atende ao bem geral e respeita a personalidade de cada indivíduo. Essa variação na definição de bem comum pode ser percebida na funcionalização do direito, que passou a existir quando foi deixada de lado a concepção individualista e partiu-se para a visão coletivista, sendo função do direito estabelecer uma igualdade material entre os seus sujeitos.

7. Pode-se dizer que a função social está presente na história desde o Cristianismo e o Jusnaturalismo, mais efetivamente na doutrina Tomista, onde os bens pertenciam à comunidade. A Revolução Francesa abandona esta idéia e adota a concepção absoluta da propriedade capitaneada por John Locke que perdurou até após as duas grandes guerras mundiais. As Constituições Mexicana e de Weimar foram as pioneiras no tratamento da função social. No Brasil, as

primeiras linhas somente aparecem na Constituição de 1934, na de 1969 a função social da propriedade é inserida como princípio da ordem econômica e social e finalmente na de 1988 é inserida também como direito e garantia fundamental e como tal deve gozar de aplicação imediata. Mesmo não constante do texto constitucional, pode-se inferir do mesmo a função social do contrato e da empresa, visto que, estas decorrem diretamente da função social da propriedade.

8. O direito de propriedade sempre foi o expoente da função social e sofreu mutações no decorrer do tempo. No Estado Liberal, significava o pleno gozo da liberdade do indivíduo, já no Estado Social esta liberdade era limitada pelo não prejuízo da coletividade. Tanto as Constituições nacionais como os Códigos Civis refletiram essas modificações nas suas regras culminando em diplomas onde se verifica a atuação direta do Estado intervindo na relação entre particulares a fim de garantir a aplicação do princípio da função social da propriedade, da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

9. A função social do contrato pode ser verificada em diversos dispositivos do código civil de 2002 ao implementar mudanças em inúmeros institutos de direito privado. O instituto da lesão subjetiva, pela repercussão que gera na sociedade, pode acarretar a anulabilidade do negócio jurídico. Porém, diante da possibilidade de convalidação do negócio atingido pela lesão observa-se a aplicação do princípio da preservação do contrato, como um corolário da função social do contrato. Outro reflexo da função social do contrato é a possibilidade de aproveitamento de negócio jurídico nulo, se este contiver os requisitos de outro negócio e se partes celebrantes tiverem interesse em aceitar o outro negócio jurídico resultante da conversão.

10. Na disciplina dos contratos de adesão, também é possível verificar os reflexos da função social do contrato quando a legislação disciplina que quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. A revisão contratual se torna possível para estabelecer o equilíbrio contratual, se um fato imprevisível acarretar uma situação desfavorável a um dos sujeitos do acordo. Em relação aos juros moratórios, a Súmula 596 do STF encontra-se em dissonância com o princípio da função social do contrato ao

preceituar que as disposições do Decreto-lei n. 22.626 não se aplicam às taxas de juros.

11. Karl Renner e Léon Duguit foram os responsáveis pela divulgação da função social no Direito. A concepção funcionalista dos institutos do direito privado indica uma necessidade de condicionar o exercício desses direitos a interesses supra-individuais. Esses interesses corresponderiam às escolhas feitas pelo legislador. Sendo assim, o art. 170 da Constituição Federal, que trata dos princípios da ordem econômica, é o dispositivo que condensaria a idéia de função social da empresa. A aplicação concreta da função social é levada a efeito em duas hipóteses: a primeira, por meio de incentivo ao exercício da empresa; a segunda, pelo condicionamento de tal exercício.

12. Apesar de não fazer referência expressa à função social da empresa, o diploma civil prevê dois institutos essenciais a exercício da atividade empresarial: o contrato, que tem de atender a sua função social (art. 422) e a propriedade, que de igual forma deve atender também a sua função social (art. 1.228). A Função Social da Propriedade é considerada como fundamento estático da Função Social da Empresa, em razão da relação travada entre o sujeito (Empresário) da atividade empresarial e o objeto (Estabelecimento Empresarial) ser uma relação de propriedade.

13. Quando a empresa ganha status de pessoa, passa a ser considerada como sujeito de direitos e obrigações, não pode prevalecer o entendimento de que o empresário possui o direito absoluto sobre o capital é semelhante ao seu poder de organização e comando das forças produtivas.

14. A função social da empresa como fundamento na função social da propriedade é um entendimento equivocado, e restrito, pois o atual conceito de empresário impõe o contrato como elemento essencial. O exercício da atividade empresarial ocorre através do contrato e não somente a partir da reunião de determinados bens. É preciso que o empresário movimente estes bens para ser caracterizado como tal; torna-se necessário a efetivação de contratos com

empregados, prestadores de serviços, clientes, fornecedores, financiadores, investidores.

15. Quando a função social do contrato é posta como fundamento dinâmico da função social da empresa, serve para limitar o campo de aplicação e atuação do empresário. O princípio da função social proporciona a mitigação do princípio da autonomia da vontade. É possível afirmar que a função social do contrato revela-se um princípio geral do ordenamento jurídico, uma norma de ordem pública, indeclinável pela vontade dos contratantes, pois o interesse prevalecente é o da coletividade e não o do particular.

16. A função social da empresa encontra expressão previsão legal em duas leis ordinárias: a lei das sociedades por ações e a lei de falências e recuperações de empresas. A lei das sociedades por ações prevê que o acionista controlador deve atender a função social no exercício de seu poder. Este possui deveres e responsabilidades em relação aos demais acionistas, aos empregados e para com a comunidade. Para a Lei n. 11.101/2005, a recuperação tem o propósito de possibilitar a superação da situação de crise do empresário, promovendo a preservação da empresa, a aplicação concreta de sua função social e o estímulo à atividade econômica.

## REFERÊNCIAS

ABRAPP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA FECHADA. **Todos com Código em 2004**. Disponível em:

<[http://www.abrapp.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=revista/revista\\_interna.html&revistald=9&idMenu=74](http://www.abrapp.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=revista/revista_interna.html&revistald=9&idMenu=74)>. Acesso em: 18 out 2007.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e Ordenamento no Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale**. Introduzione e Teoria dell'Impresa. Origem do Direito Comercial. 3. ed., Milano, A.Giuffrè, 1962. Mimeo. Trad. e notas de Fábio Konder Comparato.

ASCARELLI, Túlio. A evolução do direito comercial. **Revista de Direito Comercial**. Rio de Janeiro, 1941, p. 33.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**. Trad. Fábio Konder Comparato, São Paulo, v. 104.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do Contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 750, p. 116, abr. 1988.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**: findo de comércio ou fazenda mercantil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. A Empresa e seus Problemas Atuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT. V 432, p. 12, 1971.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. In: **Revista de Direito Privado**. Coordenação Nelson e Rosa Maria Nery. Ano 2. jul./set. de 2001. RT.

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1984.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. São Paulo: Vozes, 1975.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFANTE, Pietro. **Lezioni di Storia del Commercio**. Roma: Attilio Sampaolesi, 1925. v. 1.

CÂMARA, Maria Helena F. da. Bem Comum. **Revista Forense** 327/298, São Paulo, ago-set. 1994.

CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função Social da Propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CIPOLLA, Carlo M. **História Econômica de la Europa Preindustrial**. Trad. Esther Benitez. Madrid: Revista de Occidente, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, vol. 1, n. 3, p 98, set-dez. 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. São Paulo: RT, n. 63, p. 71-79.

\_\_\_\_\_. A Reforma da Empresa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1985, v. 290, p. 9.

\_\_\_\_\_. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 732, p. 41, out. de 1996.

\_\_\_\_\_. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2001.

DELGADO, Mário Luiz. **Novo Código Civil Comentado**. Org. Ricardo Fiúza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER, Paul. **Droit Commercial**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**. In Azevedo, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado Prático e Teórico dos Contratos**. Teoria das obrigações contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DRUKER, Peter. **A Sociedade Pós-capitalista**. 2. ed. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa: à luz do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2004.

DUGUIT, Léon. Las Transformaciones del Derecho Privado. In: **Las Transformaciones Generales del Derecho** (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACCHINI NETO, Eugênio. Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: RT, 1976.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960.

FIÚZA, Ricardo. **O Novo Código Civil e as Propostas de Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALGANO, Francesco. **Diritto Commerciale: l'imprenditore**. Bolonha: Zanichelli, 2000.

\_\_\_\_\_. **História do Direito Comercial**. Trad. João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1990.

\_\_\_\_\_. **Instituzione di Diritto Privato: con tavole de comparazione giuridica**. 2. ed. Padova: Cedam, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Obrigações. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2003, v. 2.

GIERKE, Julius Von. **Derecho comercial y de la navegación**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Editora Argentina, 1957.

GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia Universale del Diritto Commerciale**. Trad. V. Pouchaine e A. Scialoja. Turim: ed. do autor, 1913.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: RT, 1972.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil – estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_; TEZEIN JÚNIOR, Augusto Geraldo. Função Social do Contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45, 1988, p. 141 e 144.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. versão 1.0.5a. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. 1 CD-ROM.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Mas Limonad, 2000.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Ato Jurídico**. Plano de existência. Existência. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1.

MESSINEO, Francesco. **Manuale de Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XI.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. vol. 11.

MORAES, José Diniz. **Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 1999.

MOURA, Mario Aguiar. Função Social do Contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 630, p. 249, abr. 1988.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado: no atual momento histórico**. São Paulo: RT, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito do Consumidor**. Florianópolis. p, 109. Trabalho não publicado.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A Lesão nos Contratos**. Rio de Janeiro Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

PEREZ, Viviane. **Função Social da Empresa: uma proposta de sistematização do conceito**. 2004, 23 f. Monografia (Grupo de pesquisa Direito Civil Empresarial – mestrado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIRENNE, Henri. **As Cidades da Idade Média**. Trad. Carlos Montenegro Miguel. Lisboa: Europa-América, 1973.

PONT, Manuel Broseta. **Manual de derecho mercantil**. Madrid: ed. do autor, 1971.

REALE, Miguel. **A Liberdade Empresarial na Carta de 1988**. Questões de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Projeto do Novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: Red Livros, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função Social do Contrato: primeiras anotações**. **Revista de Direito Privado**, v. 13, jul./set. 2002.

SANTOS, Antônio Jeová dos. **Direito Intertemporal e o Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais**. **Revista do Direito Privado**, São Paulo, v. 10, p. 9-37, 2002.

SANTOS JUSTOS, Antonio dos. **Direito Privado Romano I: parte geral**. 3 ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Élide. **Estatuto da Cidade**. JURID Publicações Eletrônicas Ltda. Rio de Janeiro: Forense.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Ver. e atual. Nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n 42, de 19/12/2003, publicada em 31/12/2003). São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Teresa Luso. **A Conversão do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1986.

SOUZA, Inglez de. **[Preleções Ministradas]**. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. Compilação de Alberto Biolchini. Juiz de Fora: Cia Dias Cardoso, 1926.

SPADA, Paolo. **Impresa. Digesto delle Discipline Privatistiche**. Turim: Torinese, 1992. v. 7.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

TOMASEVICIUS, Eduardo. A Função Social da Empresa, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 810, p. 35, abr. 2003.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Clássica, 1918.

\_\_\_\_\_. **Trattato di Diritto Commerciale**. 4. ed. Milão: Francesco Vallardi. [s.d.].

WALD, Arnoldo. **Os Juros e o Novo Código Civil**. Disponível em: <  
[http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo\\_visualizar.php?id=516&pagina=artigo\\_busca\\_form.php](http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=516&pagina=artigo_busca_form.php)> Acesso em: 18 out 2007.

WIEACKER, Franz. **El Principio General de la Buena Fé**. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

\_\_\_\_\_. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.